



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Comercial

LEGÍTIMA RAZÓN DE NEGOCIOS

EN LA FACULTAD DE TASACIÓN DEL SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS

Memoria para optar al Grado de Licenciado de Ciencias Jurídicas y Sociales

Autor:

Diego Enrique Núñez Cabezas

Profesor Guía:

Álvaro Parra Vergara

ÍNDICE.

ÍNDICE	2
RESUMEN DEL TRABAJO.....	4
INTRODUCCIÓN.....	5
CAPÍTULO I.- EL CONCEPTO LEGÍTIMA RAZÓN DE NEGOCIO.....	8
1.1. Aproximación al concepto Legítima Razón de Negocio.....	8
a. Concepto de Razón de Negocio.....	9
b. Concepto de Reorganización Empresarial.....	19
c. Reorganización Empresarial y Reorganización por Insolvencia.....	21
d. Reorganización Empresarial y Planificación Tributaria	22
CAPÍTULO II.- LEGÍTIMA RAZÓN DE NEGOCIO Y LAS OPERACIONES COMPLEJAS.....	23
2.1. Operaciones Complejas.....	23
2.2. División, Transformación y División de Sociedades y la Legítima Razón de Negocio.....	26
2.2.1. División.....	26
2.2.2. Fusión.....	32
2.2.3. Transformación.....	39
CAPÍTULO III.- ANÁLISIS DEL CONCEPTO LEGÍTIMA RAZÓN DE NEGOCIO POR EL SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS.....	40
3.1. Circulares.....	40
1.- Circular N° 23 del 6 de Febrero del año 1975.....	40

2.- Circular N° 68 del 28 de Noviembre del año 1996.....	41
3.- Circular N° 45 del 16 de Julio del año 2001.....	45
3.2. Nuevo Inciso Quinto Artículo 64 Código Tributario.....	49
CAPÍTULO IV.- RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIÓN.....	53
BIBLIOGRAFÍA.....	56

RESUMEN DEL TRABAJO

El presente trabajo tiene por finalidad el análisis y estudio del concepto razón de negocios, como fundamento de operaciones complejas en los procesos de reorganización de grupos empresariales

Los procesos de reorganización consideran varios actos sucesivos a ejecutar. Estos procesos en un principio tendían a ampliar las mallas societarias de los grupos empresariales, complejizando sus procesos. Hoy, como resultado de cambios en la legislación, modernización de los mecanismos de fiscalización de la autoridad Tributaria, y optimización de los procesos, la tendencia ha ido en simplificar las mallas societarias. Todo esto, sumado a la incidencia de la tipificación de delitos tributarios por evasión y elusión tributaria.

Con estos cambios en la legislación, se ha generado la necesidad de ampliar el interés en estos procesos de reorganización, y no centrarlo exclusivamente a un fin tributario. De esta forma, nos encontramos con fines laborales, costos operacionales, patentes, entre otros.

Para su ejecución, se debe determinar cómo el proceso de reorganización puede desarrollarse conforme a la reglamentación vigente, y por sobre todo, de qué forma se pueden desarrollar sin caer en vicios, o en la ejecución de ilícitos.

Es en esta determinación que el concepto “legítima razón de negocio”, funciona como punto de partida. Pero como muchas veces ocurre con nuestra legislación en distintas materias, se establece un concepto como condición necesaria para iniciar el proceso, pero sin desarrollo normativo.

Por lo tanto, a nuestro juicio, resulta necesario revisar el desarrollo del concepto “razón de negocio”, tanto legal, administrativo y doctrinario; y poder actualizarlo al desarrollo actual que tengan estos procesos de reorganización; siendo contingente y atingente a las necesidades que los grupos empresariales hoy tienen, y a los requerimientos que nuestra misma legislación ha establecido en materia tributaria y económica; las cuales no han ido de la mano, con el desarrollo del concepto.

INTRODUCCIÓN.

Nuestro ordenamiento jurídico, en lo diverso de sus instituciones y áreas ha buscado regular avances y actos de privados, siempre bajo la disyuntiva de determinar hasta dónde el rol del Estado puede venir a limitar lo que los mismos privados acuerden. Dicho de otro modo, una de las grandes controversias es hasta dónde el Estado puede entrar a regular relaciones de privados.

Sin dudas que esta dicotomía, entre un Estado activo y regulador, versus uno pequeño y que otorga libertades amplias, es una de las grandes discusiones en los modelos de sociedad desde fines del Siglo XX, y más aún en lo que llevamos de Siglo XXI¹. Entre las formas que el Estado tiene para regular la relación entre los privados, son las atribuciones que le da a sus propias instituciones, para determinar procedencia de ciertos actos, bajo el criterio que la misma institución tiene del acto que se realiza. Aquí no hablamos de un acto que este regulado o no en la ley, ya que si así fuera, y entre privados se realiza un acto constitutivo de delito, o bien un contrato que adolece de algún vicio, será un tribunal que determinará la legalidad o no de lo que se realizó. Nosotros vamos más bien, al hecho que un acto lícito entre privados, puede ser calificado de diversas formas por parte de una institución del Estado, al sólo criterio de esta institución, y cuya calificación generará diversos efectos en los privados.

En paralelo a esta discusión doctrinaria, existe la dimensión de la contribución de los ciudadanos al Estado por medio del pago de impuestos. Este pago de impuesto abre la posibilidad para que el Estado, aún más que en otras áreas, califique actos entre privados, ya no con un fin moral o de legalidad, si no que para determinar el devengo de un hecho imponible, lo cual tendrá como consecuencia el pago o no de un determinado impuesto. Lo interesante de este punto, es que si bien la norma determina cuál es el hecho imponible, será una institución del Estado, como lo es el Servicio de Impuestos Internos, quien en definitiva calificará la procedencia del hecho imponible, o aún más, las características de este hecho

¹ ¿Una nueva democracia para el siglo XXI? / Marco Antônio Carvalho Teixeira , Joaquín Brugué Torruella ; Simone Martins ; Carmen Pineda Nebot.- 1a ed.- Ciudad Autónoma de Buenos Aires : CLACSO, 2020.

imponible, para así establecer el monto de la tasa de impuesto con la que el mismo Servicio de Impuestos Internos (en adelante, el “SII”) califica la operación. El ejemplo de esto es la facultad de tasar que tiene el Servicio de Impuestos Internos, establecida en el artículo 64 del Código Tributario.

La contraposición de lo planteado, se encuentran las distintas relaciones entre los privados, las cuales existirán tantas, como privados existan, y a su vez tantas como relaciones se generen. Circunscribiendo al área de los impuestos, existirán infinitos actos comerciales, empresariales o donde los privados lleven a cabo o participen en hechos sujetos a cobro de impuestos. En este sentido, la ley tiene un carácter reactivo, ya que los negocios, actos y ciertas operaciones se llevan a cabo, y será luego el legislador quien determinará la aplicación de un determinado impuesto para ese acto. De esta forma, es el privado quien crea el acto, y legislador reacciona aplicando un determinado impuesto, una vez revisados los resultados económicos, comerciales, sociales e ideológicos.

Dicho lo anterior, en este trabajo, encontramos que en la facultad de tasar por parte del SII ya mencionada, encontramos que existe un elemento determinante en esta facultad, como es determinar su aplicación basado en el criterio de la legítima razón de negocios. Este concepto de legítima razón de negocios, nos llevó a encontrar en la misma norma y facultad del SII, un vacío, al no ser un elemento desarrollado por el legislador, quedando única y exclusivamente sujeta a la interpretación que el mismo SII realice. Esto, sumado a la realidad que existe entre los privados, quienes ya sabiendo que podrán realizar tantos actos como privados existan, las razones de sus negocios serán tan subjetivas a cada realidad, por lo que resulta imposible determinar un criterio único, y menos aún para el cobro de un determinado impuesto, o ejercicio de una facultad por parte del SII.

Es esta falta de desarrollo del criterio, lo que nos llevó a este trabajo, con el objetivo en un principio de acercarnos al concepto. Entender qué principios conlleva y qué podemos entender e interpretar con su sola enunciación. Luego, iremos a la dimensión del privado, analizando las operaciones jurídicas de una reorganización más complejas, para finalmente revisar el desarrollo que ha tenido el mismo SII en la interpretación del concepto. Nuestro

trabajo, esperamos concluya con una propuesta de definición, o al menos aproximación al concepto de legítima razón de negocios, entregando los elementos esenciales que a nuestro juicio, y en base a lo que estudiemos, contenga el concepto.

CAPITULO I

EL CONCEPTO LEGÍTIMA RAZÓN DE NEGOCIO.

1.1 Aproximación al concepto Legítima Razón de Negocio.

Como punto de partida en el desarrollo de la problemática planteada, resulta indispensable revisar y aproximarnos a conceptos que son la base conceptual y práctica del estudio propuesto. Varios de los conceptos que vamos a desarrollar, tienen estudios acabados en distintas disciplinas, y algunas inclusive han sido estudiadas por varias ramas del derecho, las cuales nos pueden llevar a cometer algunos errores conceptuales, entendiendo un enfoque distinto de los conceptos, al que queremos revisar.

De igual forma, otros conceptos no han sido bien estudiados, con enfoques muy similares entre disciplinas, y específicamente en el derecho han tenido poco desarrollo. El poco desarrollo de algunas materias y conceptos ha llegado a tal punto, que nuestra misma legislación enuncia ciertos conceptos, no ha sido capaz de desarrollarla conceptualmente.

Sin perjuicio del desarrollo doctrinario de los conceptos, es importante circunscribir el contexto y enfoque que estamos estudiando, el cual abarca principalmente las ramas del derecho comercial y tributario. Cuando hablamos de estas ramas del derecho, hacemos una alusión más bien a una distinción tradicional de las ramas del derecho, lo cual ha ido mutando a nuevas ramas del derecho, que se han ido actualizando con el tiempo y los contextos propios de la economía y desarrollo. Con este avance, entendemos que el enfoque concreto de este trabajo podemos encasillarlo en lo denominado “Derecho Corporativo” y “Derecho de la Empresa”.² Esto, porque el análisis y estudio, se enfoca sobre las sociedades comerciales, distinguiendo sus principales aspectos bajo la mirada de las problemáticas planteadas y como estas sociedades, conversan con los conceptos que vamos a desarrollar. Al conocer estos conceptos y ver la necesidad de un desarrollo doctrinario de ellos en el

² ARIAS PURÓN, Ricardo Travis, Derecho Corporativo Empresarial, Grupo Editorial Patria, México, 2015.

enfoque y área del derecho y profesional planteada, comprenderemos las implicancias que tienen y los eventuales conflictos que se generarán en la interpretación y ejecución práctica de los distintos procesos. Estos conflictos, se encuentran en diversos aspectos, generando efectos en la dimensión *intra* y *extra* societaria. Es en este punto, donde los procesos que se plantean tendrán orígenes en otras áreas afines, como lo es el Derecho Tributario.

a. **Concepto de Razón de Negocio.**

El concepto Razón de Negocio, y la necesidad de estudiarlo, surge de lo desarrollado en el Artículo 64 del Código Tributario, el cual en su inciso quinto desarrolla que *“Tampoco se aplicará lo dispuesto en este artículo, cuando se tratare del aporte, total o parcial, de activos de cualquier clase, corporales e incorporales, que resulte de otros procesos de reorganización de grupos empresariales, que obedezcan a una legítima razón de negocios, en que subsista la empresa aportante...”*

Entendemos y sabemos que en nuestro ordenamiento existen otras alusiones textuales al concepto Razón de Negocio, y que, a su vez, diversa doctrina, inclusive otras disciplinas, lo han desarrollado. Por ejemplo podemos encontrar interpretaciones que indican que *“una legítima razón de negocios obedecería a una infinidad de factores dentro de la gestión empresarial, considerando principalmente aspectos financieros, productivos y logísticos³”,* las cuales son disciplinas al derecho. De igual forma, podemos encontrar doctrina que interpreta el concepto Razón de Negocio de forma distinta. Ejemplos de esto encontramos en aquella doctrina que la entiende como un fundamento de una operación la cual no sea *“una forma de evitar el pago de impuestos⁴”*. Por su parte, otra interpretación ha dicho que parece *“razonable pensar que la razón económica y de negocios existe en la empresa desde su constitución y debe estar presente en la toma de decisiones en forma de gerencia de negocios – en especial en la denominada planificación tributaria – y en los procesos de reorganizaciones*

³ TRONCOSO BAUDRAND, Romulo y otros. Análisis Teórico y Práctico de las normas generales anti elusivas, Facultad de Economía y Negocios, Universidad Finis Terrae. P. 70.

⁴ ASTE, Curso sobre Derecho Tributario, T.I. Sexta Edición actualizada, Thomson Reuters, p.552

*empresariales*⁵, es decir, no se relaciona con un fundamento del no pago de impuesto, si no que responde más bien a un desarrollo empresarial.

El contexto en el que se enmarca esta norma es la facultad de tasación del Servicio de Impuestos Internos, en adelante e indistintamente *SII*. Como sabemos, esta facultad consiste principalmente en poder recalcular al alza, un monto determinado a una determinada operación, donde se transfieren activos, tales como bienes o servicios. El profesor Gonzalo Vergara Quezada, la define como aquella que “*permite a la administración fiscal, para efectos de determinar la base imponible de algún tributo, impugnar el valor acordado por las partes, porque él es notoriamente inferior al valor corriente en plaza*”⁶. La facultad de tasar, más allá de entender que otorga facultades importantes – y quizás una de las más importantes con la actual legislación – al *SII*, donde de buena o mala forma, se regula la forma en que opera, estableciendo como uno de los requisitos para aplicarla, el concepto de legítima razón de negocios.

Sin entrar en la discusión sobre la facultad de tasación y si ésta se encuentra bien o mal regulada, cuestión que puede ser objeto de un siguiente análisis; queremos centrar el objeto de este trabajo, en levantar la importancia que tiene un desarrollo normativo y doctrinario de este concepto, el cual, como mencionamos, otorga al *SII* facultades importantes para modificar el giro de un impuesto.

El mencionar la importancia de un desarrollo normativo y doctrinario del concepto, no viene en responder *ex ante*, el núcleo de nuestro trabajo, al decir que esto no existe en nuestro ordenamiento, por el contrario, viene en ser un punto de partida, manifestando la necesidad de estudiar y levantar toda alusión al concepto, sea en nuestra jurisprudencia, marco normativo o doctrina. Y es justamente esta necesidad, e interrogante de acerca de la falta o no de regulación, que toma sentido práctico nuestro estudio.

⁵ ALTAMIRANO VÉLIZ, Richard J. “Legítima Razón De Negocios En La Planificación, Elusión O Evasión Tributaria”. Tesis conducente al grado de Magíster en Gestión y Planificación Tributaria en la Universidad de Santiago de Chile, año 2005, publicada en Manual Tributario de la AFIICH de Junio de 2014.

⁶ Revista de Estudios Tributarios N° 18(2017), Centro de Estudios Tributarios de la Universidad de Chile. *Excepciones a la Facultad de Tasar del Artículo 64 del Código Tributario*.

Dicho esto, y nuevamente en base a nuestra opinión *a priori* de falta de regulación del concepto, se manifiesta diariamente en los Tribunales Tributarios y Aduaneros, quienes, en conjunto con las facultades administrativas del SII, han intentado suplir mediante jurisprudencia administrativa y judicial, la falta de criterio y regulación; ejemplos de esto encontramos en los fallos Rol N° 5118-2012, Rol N° 32.114-2014 y Rol N° 17.586-2014, todos de la Corte Suprema. Esto, según la forma en que operan nuestros tribunales de justicia, y como suele pasar en otras áreas del derecho, tiene como resultado una aplicación distinta entre uno y otro caso de cuestiones que deberían ser reguladas y establecidas bajo un criterio unívoco. Especialmente, cuando hacemos referencia al cobro de impuestos y modificación de la base imponible. Como consecuencia de esta aplicación no unificada del concepto y, por ende, procedimientos ejercidos con distintos criterios; nos levanta un problema mayor con el que se debe llevar este análisis; como lo es el del Principio de Legalidad Tributaria. *“Sólo en virtud de una ley pueden establecerse tributos, los que son de iniciativa exclusiva del Presidente de la República (artículo sesenta y cinco números uno de la Constitución Política de la República) y cuya discusión sólo puede tener su origen en la Cámara de Diputados (artículo sesenta y cinco inciso segundo de la Constitución Política de la República). Como consecuencia de dicho principio fundamental los impuestos son de derecho estricto y requieren de una ley expresa, estándole vedado al Presidente el pretender establecer tributos a través de la potestad reglamentaria (artículo treinta y dos de la Constitución Política de la República) e, incluso a través de derechos con fuerza de ley (artículo sesenta y cuatro inciso segundo de la Constitución Política de la República)”*.⁷ Por esto, al no ser el legislador quien venga a definir los alcances del concepto que luego permitirá ser aplicable o no una facultad del SII, que genera un mayor o menor cobro de impuesto; genera una importante vulneración a este principio.

"Así las cosas sólo la ley debe definir cuáles son los supuestos y los elementos de la relación tributaria. Al decir elementos y supuestos, se quiere acentuar que es la ley la que debe definir los hechos imposables en su acepción objetiva y también en la esfera subjetiva, o sea, cuales son los sujetos pasivos de la obligación que va a nacer. Debe ser la ley la que

⁷ Revista de Estudios Público Universidad de Chile, Volumen N° 70. Gonzalo Navarro Beltrán: *“Notas sobre principio de derecho constitucional tributario”*. Pag 81 y siguientes.

debe establecer el objeto y la cantidad de la prestación, es decir, el criterio con que debe evaluarse la materia imponible, para aplicar luego el impuesto en un monto determinado y es también la ley la que debe definir ese monto.⁸ Como mencionamos, *a priori*, postulamos que esto no ocurre, y que simplemente se establece como elemento objetivo de la facultad de tasación, la necesidad de una legítima razón de negocio, pero sin la misma legislación, establecer qué entiende por legítima razón de negocio, o al menos entregar las herramientas para poder delimitarla y limitarla. Sin perjuicio del dar cuenta del concepto en particular, parte de nuestro trabajo considera ahondar en la legislación vigente, y destacar cualquier referencia a la legítima razón de negocios. Pero, en concordancia con el principio en desarrollo, nos parece que cualquier referencia existente en otro cuerpo normativo, difícilmente cumplirá con el requisito antes mencionado y consagrado en nuestra Constitución, ya que vendrá a regular o mencionar normas particulares, distintas a las propias del derecho tributario; y de mala forma podemos aplicarlas por analogía, ya que, carece justamente del elemento subjetivo que determinará la aplicación y forma de aplicar el impuesto.

El Tribunal Constitucional ha señalado “que el principio de reserva legal de los tributos consiste en que la ley es la norma jurídica llamada a determinar los elementos esenciales que configuran la obligación tributaria, cuales son el hecho gravado, la base imponible, el sujeto obligado y la tasa o cuantía del tributo a aplicar⁹”. De igual forma, el mismo Tribunal Constitucional ha manifestado que “los elementos esenciales de la obligación tributaria deben quedar suficientemente definidos en la ley, no pudiendo efectuarse remisiones vagas y genéricas a la potestad reglamentaria de la ejecución. En tal sentido, la potestad reglamentaria sólo puede estar referida a situaciones de detalle técnico¹⁰”. Hoy el artículo 64 del Código Tributario regula los elementos de la relación tributaria, pero otorga a un ente administrativo la facultad de modificar las tasas de los impuestos aplicables, los montos de la base imponible e inclusive el hecho gravado, al sólo

⁸ NAVARRO BELTRÁN, Gonzalo: “Notas sobre principio de derecho constitucional tributario”. Revista de Estudios Público Universidad de Chile, Volumen N° 70. Pag 81 y siguientes.

⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 822-07, 3 de noviembre de 2007, considerando 5°

¹⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 718-07, 26 de noviembre de 2007, considerando 18 y considerando 31.

arbitrio basado en un concepto que por si no es capaz de regular. De esta forma, el que un mismo hecho realizado por distintas personas tenga un monto de impuesto a pagar destino, es cada vez más posible, cuestión que va en contra todos los elementos del principio de legalidad tributaria desarrollados. Y en la misma línea de lo que expresa el Tribunal Constitucional, la facultad de tasar no puede ser entregada como un detalle técnico sujeto de interpretación reglamentaria. Hacer esto, sólo genera como resultado una inseguridad y falta de certeza jurídica para toda la ciudadanía, cuestión que es justamente contraria a la necesidad de un ordenamiento jurídico que otorgue certezas a la población.

De cualquier forma, esto significa que un determinado contribuyente, cumpliendo todos los supuestos de un hecho gravado, siempre tendrá como contingencia pendiente, la posibilidad de tasar del SII, por elementos abiertos como la legítima razón de negocios. De esta forma, hoy creemos que ya no es sólo una falta de regulación: es una contradicción a principios fundamentales e inclusive falta a la propia constitución. En esta línea el Tribunal Constitucional se pronunció al establecer que “resulta contraria a la Constitución Política de la República la circunstancia de que la ley otorgue a la autoridad administrativa facultades discrecionales o genéricas para la regulación de los elementos esenciales de la obligación tributaria. De modo que si el tributo no se encuentra completamente determinado en la ley – pero las características propias de toda obligación tributaria -, debe a lo menos ser determinable, sobre la base de criterios claros y precisos fijados al afecto por el propio legislador, cumpliéndose así el mandato constitucional en cuanto a que sólo le compete a aquél el establecimiento de tributos, como asimismo su modificación o supresión¹¹.” Hoy, *a priori*, podemos decir que estos criterios claros y precisos fijados por el legislador, para los puntos en estudio no existen.

Sin perjuicio que la facultad de tasación del SII, como el principio de legalidad tributaria, no son el objeto central del presente trabajo, resultan elementos importantes que se relacionan directamente con el desarrollo de nuestro estudio, tanto por ser el punto de partida del concepto a analizar, como también ser objeto de controversia respecto a las

¹¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 718-07, 26 de noviembre de 2007, considerando 31 y considerando 33.

estructuras jurídicas que desarrollaremos. *“Entre los autores nacionales especialistas en el tema se ha afirmado que la ley debe determinar a lo menos los siguientes elementos: el hecho jurídico Tributaria, la correspondiente base imponible, la tasa y el sujeto pasivo de la obligación tributaria. Además, el principio en estudio comprende no sólo las normas que instituyen tributos, sino también aquellas que regulan su determinación y aplicación y las sanciones por la posible infracción de las mismas. En el mismo sentido se ha insistido que corresponde al legislador no sólo crear el tributo, sino que establecer la totalidad de los elementos de la relación tributaria entre el Estado y el contribuyente, de modo que la obligación quede determinada en todos sus aspectos y pueda cumplirse sin la necesidad de otros antecedentes. Un criterio reductor lleva el riesgo de la discrecionalidad administrativa y podía afectar garantías constitucionales como la igualdad ante la ley y la libertad de trabajo y empresarial¹². ”*

Dicho esto, y teniendo claro nuestro punto de partida, como lo es el artículo 64 del Código Tributario, el contexto donde se desarrolla el concepto en estudio, como lo es la facultad de tasación del SII; y las dificultades prácticas, doctrinarias y constitucionales que general la falta de desarrollo del concepto, queremos volver al elemento literal, y buscar una definición inicial y básica. En este punto, no queremos levantar las distintas referencias que existe para el concepto, ni tampoco confrontar las distintas visiones existentes; lo único que queremos establecer, es nuestra visión hoy del concepto razón de negocio; teniendo el artículo sesenta y cuatro del Código Tributario como base.

Cuando leemos el artículo sesenta y cuatro del Código Tributario, inmediatamente podemos distinguir dos elementos importantes dentro del concepto.

En primer lugar, **Razón de Negocio**, desde una mirada inicial, podemos entenderla bajo un criterio mercantil, tendiendo a pensarla como que lo que se realiza tenga un sentido de producir algo que tenga sustento económico. Nuestra doctrina y desarrollo normativo permiten enfrentarnos a este “subconcepto”, distinguiendo el sustento jurídico del negocio que se quiere realizar, y por otra parte, el interés económico que hay detrás.

¹² NAVARRO BELTRÁN. Gonzalo: *“Notas sobre principio de derecho constitucional tributario”*. Revista de Estudios Público Universidad de Chile, Volumen N° 70. Pág 82.

De esta forma, por una parte, podemos pensar en aquellas figuras de negocios que nos entrega la ley, yendo a cuestiones tan simples y domésticas como una compraventa, hasta llegar a contratos más complejos como un leasing. Todos los actos jurídicos, en los cuales exista una prestación económica, será perfectamente entendible como una razón de negocio. Es más, el que exista una prestación económica no debe ser únicamente la razón para que exista tal razón de negocio; ya que, muchas veces se realizan transacciones que no tienen un fundamento meramente económico, si no que sentimental, cultural, entre otros. En estos últimos casos, la razón de negocio no existe si la miramos como un elemento monetario, ya que se puede tratar de una transacción “poco beneficiosa” desde el punto de vista económico; pero sí resultar interesante desde un punto de vista cultural o social, siendo estas últimas la razón de negocio. De igual forma, cuando nos referimos a *razón*, inconscientemente podemos pensar en que existe un razonamiento previo a lo que se quiere lograr, los elementos de este razonamiento, es materia de otras disciplinas. Lo importante, tener en cuenta, que el hecho de hablar de razón de negocio implica que existió un proceso previo de razonar a lo que se quiere llegar, o un fundamento de sentido. Esto nos lleva inmediatamente a plantear que el legislador, al establecer la necesidad de una razón de negocio, a la excepción de la facultad de tasar del SII, lo que está haciendo en realidad, es que todo negocio, operación o acto, para que cumplan con el requisito, debe tener un sentido, debe ser planificado, debe tener una causa. Por su parte, cuando hacemos referencia a *negocio*, lo asociamos con “*aquello que es objeto o materia de una ocupación lucrativa*”¹³. Este concepto de empresa tiene una directa relación con la necesidad de estructurarlo por medio de una persona jurídica. Esta figura de razonamiento, ya lo plantea la Organización Internacional del Trabajo, al establecer que “para iniciar formalmente un negocio es necesario cumplir ciertos aspectos legales y normativos que regulan la actividad empresarial. La creación de una empresa es el primer paso para la formalización de un emprendimiento.... Explicando los pasos para la creación de empresas en Chile, los tipos y figuras legales y societarias, sus características y ventajas”¹⁴. Por su parte, la Real Academia

¹³ Definición Negocio. Disponible en <https://dle.rae.es/negocio>

¹⁴ OIT- SERCOTEC Santiago, Oficina Internacional del Trabajo, 2011 Manual para emprendedores de Chile, 2011. Pag 8

Española ha definido “negocio” con desatinas acepciones, entre las que hace referencia al derecho encontramos “declaración de voluntad de una o más personas a la que la ley reconoce efectos jurídicos”¹⁵. Esta definición, presenta una conexión directa con el principio de la autonomía de la voluntad. Alessandri define la autonomía de la voluntad como “*la libertad de que gozan los particulares para pactar los contratos que les plazcan, y de determinar su contenido, efectos y duración*”, y señala que: “esta voluntad es soberana, que el contrato nace del acuerdo de voluntades.”¹⁶ Es decir, las partes, las personas u organizaciones, voluntariamente, se interrelacionan, y a esa interrelación voluntaria, la ley le reconoce efectos jurídicos. Por lo tanto, y dicho esto, para realizar esta interrelación voluntaria, debe existir una casusa para realizarlo. El desarrollo de la causa en el Código Civil nos habla que el artículo 1445 inciso 1° del Código Civil establece que: “Para que una persona se obligue a otra, por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1° que sea legalmente capaz; 2° que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3° que recaiga sobre un objeto lícito y, 4° Que tenga una causa lícita”. A su vez, el artículo 1467 dispone: “No puede haber obligación sin una causa real y lícita, pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o el orden público. Así la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe carece de causa y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita”. Por último, cabe agregar el artículo 1468 del Código de Bello, establece que: “*No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas*”. Quizás, el fundamento de las normas precitadas es que la relación jurídica, lleva implícita la condición *sine qua non* del fin perseguido por los autores de la misma; la causa es una noción que se refiere y justifica la voluntad de las partes, de tal forma que -como ya se dijo- el artículo 1445 N° 4 debe entender de la siguiente manera: “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: [...] N° 4. Que el consentimiento tenga una causa lícita”.

¹⁵ Definición Negocio. Disponible en <https://dle.rae.es/negocio>

¹⁶ ALESSANDRI, Arturo. “*De los Contratos*”. Editorial Jurídica de Chile, pág. 11.

Como se indicó, y tratando de esbozar una adecuada interpretación de la norma contenida en este artículo, se estima que en ésta, se produce un quiebre entre el numeral 1° (que se refiere a la capacidad legal de las personas) y los restantes números (2° a 4°) los que -en opinión del suscrito- se refieren al consentimiento, de tal forma que la correcta lectura del artículo 1445 N° 4 del Código Civil debiera ser la siguiente: "Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: [...] 4° Que el consentimiento tenga una causa lícita¹⁷" Dicho esto, plantearemos que finalmente, esta razón de negocio, establecida como requisito por el legislador, será justamente la causa de la ejecución o relación voluntaria, que conlleva al hecho objeto del impuesto.

Para ilustrar lo desarrollado, proponemos el siguiente ejemplo. El accionista de una Sociedad por Acciones posee el 100% de la participación. Hoy, quiere vender el 50% de su participación a un tercero, que no tienen relación alguna con la sociedad, ni el giro que ésta desarrolla. Esta sociedad, según el patrimonio de la sociedad, según su capital propio tributario, y reflejado en un informe comercial de valorización realizado por un perito, es de \$100.000.000.- El capital estatutario de la sociedad es de \$1.000.000 dividido en 1.000 acciones. El precio de suscripción y pago por el actual accionista fue de \$1.000 por acción. Hoy al momento de realizar la venta de acciones por parte del accionista, ofrece al tercero, 500 acciones de esta sociedad, a un precio de \$1.300 por acción, el cual corresponde al precio que le costó al accionista, reajustado según el Índice de Precio del Consumidor ("IPC"). El tercero, ante esta oferta acepta, paga el precio y se realiza la correspondiente compraventa de acciones. Ante estos, encontramos una relación voluntaria entre las partes, como es la compraventa de acciones. Esta compraventa se hizo, porque existieron causas que la llevaron. En el caso del tercero puede ser la posibilidad de ingresar a una sociedad que tiene un alto patrimonio, a un bajo precio. Por parte del accionista vendedor, puede ser el querer abrir oportunidades a terceros que entreguen eventuales desarrollos a su sociedad. Por lo tanto, podemos decir que existe una razón de negocio para ambas partes.

¹⁷ Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 18 - N° 2, 2011 pp. 305-346

Ahora bien, el SII, puede revisar esta operación y decidir tasar la compraventa, argumentando que no existe una razón de negocio para celebrarla, ya que, el actual accionista está vendiendo el 50% de una sociedad a \$650.000, cuando patrimonialmente esa participación está avaluada en \$50.000.000.- El resultado de esto, es que el accionista vendedor, deberá tributar por el mayor valor obtenido, entre lo tasado por el SII y el precio que efectivamente le costó. Pero, esta razón de negocio levantada por el SII, es distinta a la planteada por las partes. Por lo tanto, esto nos hace entender, que para efectos del concepto agregado por el legislador, no basta con una mera causa de las partes, si no, que esta causa, debe tener una lógica económica.

En segundo lugar, el concepto habla de que esta razón de negocio debe ser **legítima**. Cuando estudiamos la definición otorgada por la Real Academia Española, se define como “algo conforme a las leyes, lícito”. Pero, que algo sea lícito o conforme a las leyes, nos parece que resulta absurdo que sea regulado en un cuerpo normativo. Es reiterativo que una norma jurídica, diga que si misma debe ser conforme a las leyes. Esto toma especial relevancia, cuando determinamos que la norma tributaria, no viene a realizar un control de legalidad de los actos que realizan los contribuyentes. Por esto, nos parece que la referencia a que sea una legítima razón de negocio, es una referencia directa no al acto que se debe celebrar, si no que a una causa meramente tributaria. Para ilustrarlo, y continuando con nuestro ejemplo anterior, la legislación tributaria y específicamente el artículo 64 del Código Tributario, en el caso de un delito de receptación, no tasará la venta del bien robado, ya que, adolece de objeto ilícito, y conlleva aparejado un delito de otra índole. Inclusive, para la legislación tributaria puede existir una razón de negocio, o en su defecto quien vende un bien robado, puede cumplir con las obligaciones tributarias emanadas de esa venta, y pagar los impuestos correspondientes. Por su parte, si tasará la compraventa de nuestro ejemplo anterior, argumentando que la compraventa de acciones se hizo con una razón de negocio no legítima.

b. Concepto de Reorganización Empresarial.

“Junto a las menciones individuales de determinadas operaciones de modificación estructural, la legislación tributaria contiene referencias expresas a la categoría de la “reorganización de empresas”, denominación cuyos orígenes se sitúan en la legislación tributaria de los Estados Unidos¹⁸”. Referencias a esto se encuentran en la Ley de la Renta, Código Tributario, Oficios, Circulares y Resoluciones del SII, pero sin duda, las más relevantes son las del (i) Artículo 59 del Código Tributario, el cual “se refiere a las reorganizaciones al regular el plazo de examen y revisión de las declaraciones presentadas por los contribuyentes, estableciendo un plazo especial de 12 meses (frente al general de 9 meses) para la revisión de los efectos tributarios de procesos de reorganización empresarial, a fin de poder comprender de forma adecuada la estructura de la operación en cuestión¹⁹”, y el inciso 4° y 5° del artículo 64 del Código Tributario, la cual regula la ya comentada facultada de tasación, al establecer “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.º 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”. “Desde la perspectiva conceptual, tanto el artículo 59 como el 64 del Código Tributario, son relevantes, por cuanto delimitan las

¹⁸ MARDONES OSORIO. Marcelo, “Modificaciones Estructurales de Sociedades”. Edición 2018, Thomson Reuters. Pag 72.

¹⁹ Ídem, Pag 73

operaciones que tributariamente son consideradas como reorganización empresarial. Atendida la referencia que el artículo 64 del Código Tributario efectúa a “otros procesos de reorganización”, cabe sostener que, tributariamente, son operaciones de reorganización, las siguientes: **la división, la fusión por creación y absorción, el aporte total o parcial de activos de cualquier clase**, y en general cualquiera otros aportes que, fundados en una legítima razón de negocios, impliquen la subsistencia del aportante, un aumento de capital en una sociedad preexistente o la constitución de una nueva sociedad, y no origine flujos efectivos de dinero para el aportante”. De las operaciones enunciadas se desprende que, a efectos tributarios, el factor determinante de que una operación pueda ser considerada como reorganización, es el traspaso de un patrimonio o de todo o parte de sus bienes mediando una legítima razón de negocios (expresa o presunta). Precisamente por ello, operaciones como la transformación o la disminución de capital no aparecen incluidas en la referente norma.

Junto a lo anterior, cabe destacar que para el artículo 59 del Código Tributario, las reorganizaciones empresariales constituyen verdaderos *procesos*. Ello es relevante, ya que pone de manifiesto un elemento importante de este tipo de operaciones, que es su configuración como sucesión de actos concatenados entres sí, tendientes a un fin específico. Así, como ha destacado la doctrina, las operaciones de reorganización empresarial se configuran como *operaciones complejas* compuestas de variados actos jurídicos dotados de unidad teleológica. Ejemplos de esto último vemos en el desarrollo realizado por Marcelo Mardones Osorio ²⁰o el profesor Antonio Faundes Ugalde²¹. Por tanto, de los desarrollos precedentes se desprenden las siguientes consideraciones: (a) En el ámbito tributario, la fusión, la división y el aporte total o parcial de activos de cualquier clase(en la medida que cumplan con las exigencias del inc. 5° del artículo 64 del Código Tributario) constituyen operaciones de reorganización empresarial; (b) Desde la perspectiva tributaria, los procesos de reorganización empresarial no son privativos de determinado tipo societario, sino que

²⁰ MARDONES OSORIO. Marcelo, “Modificaciones Estructurales de Sociedades”. Edición 2018, Thomson Reuters.

²¹ FAUNDES UGALDE. Antonio, “Reorganización Empresarial y Planificación Tributaria”. Centro de Estudios Tributarios Universidad de Chile.

aparecen configurado como una categoría genérica aplicable tanto a las sociedades de capital como de personas, debiendo estarse a los conceptos de división y fusión contenidos en los artículos 94 y 99 de la Ley de Sociedades Anónimas, respectivamente, y en cuanto a la transformación, a la legislación tributaria, atendido lo dispuesto en el artículo 2 del Código Tributario; (c) Dichas Reorganizaciones se vinculan teleológicamente con la necesidad de la empresa de adecuarse a las nuevas exigencias del mercado, y; (d) La legislación tributaria reconoce a las operaciones de reorganización empresarial el carácter de verdaderos *procesos*²². ""

Más allá de los elementos planteados con la necesidad de un concepto, queremos revisar cómo las reorganizaciones empresariales se han visto afectadas por esta falta de regulación, o quizás no. Cómo se realizan y qué tan importante es la razón de negocio en sus realizaciones. Existe efectivamente una razón de negocio, o las estructuras responden más bien a desconocimientos técnicos, y una restauración viene a sólo dar un orden y beneficio económico al optimizar los recursos técnicos, profesionales, contables patentes, etc. ¿Podemos encontrar en este optimizar una eventual definición? O esta optimización, por ejemplo, en el pagar impuesto por 1 o 2 sociedades, en vez de 4 o 5 no es válido. ¿Pero a su vez, podemos entender que existe una optimización en el impuesto si pensamos que para eliminar esas sociedades se realizó un término de giro? Entonces, la optimización va más bien en la generación de trabajos, contadores, abogados y profesionales afines, y no tanto en el pago final del impuesto. Que a la larga es lo que el legislador debe venir a resguardar, donde la reorganización no sea un proceso, que tenga como único fin el reducir la recaudación del Estado por medio de impuestos.

c. Reorganización Empresarial y Reorganización por Insolvencia.

Sólo nos resulta importante diferenciar, la Reorganización Empresarial como concepto desarrollado en el punto b. precedente, él es considerado y objeto del presente estudio; con la reorganización por insolvencia, proceso regulado en la Ley número veinte

²² MARDONES OSORIO. Marcelo, "Modificaciones Estructurales de Sociedades". Edición 2018, Thomson Reuters. Pag 77 y 78.

mil setecientos veinte, que estableció procedimientos de reorganizar y/o liquidar activos y pasivos (bienes y deudas) de una empresa deudora. Esta última, no es objeto del presente estudio.

d. Reorganización Empresarial y Planificación Tributaria

Esta distinción, la venimos a plantear como una evolución de los conceptos y procesos, los cuales, de la mano del contexto social y el avance de la misma legislación, ha teñido de un manto de dudas toda alusión a Planificación Tributaria. Para efectos de este estudio, proponemos como definición de Planificación Tributaria aquel proceso de ejecución de diversos actos, que tienen como objetivo la elección legal del contribuyente que genere un ahorro impositivo. Todos estos actos son lícitos por el contribuyente, y por lo tanto no tiene como objeto el eludir o evadir impuesto, si no que sólo generar un ahorro y optimizar el pago de impuestos. Es por esto, y lo planteado en el punto b. precedente, que se hace esta distinción, entendiendo que la Reorganización Empresarial significa una evolución en los conceptos y proceso Empresariales.

CAPITULO II

LEGÍTIMA RAZÓN DE NEGOCIO Y LAS OPERACIONES COMPLEJAS.

En el desarrollo de la actividad profesional y comercial, sabemos que confluyen diversos actores y se mueven capitales, los cuales vienen en invertir según sus intereses. Pero todos los movimientos de capitales, inversiones y en definitiva cualquier actividad comercial que opera como la conocemos día a día, tiene una estructura jurídica sobre la cual opera. Esta estructura jurídica, no sólo sirve para el un ordenamiento contable, división patrimonial, una razón social particular, entre otras, sino que también para estructurar mediante vehículos de inversión, el flujo de capitales aportados por los socios y accionistas de las distintas sociedades.

La forma, que las estructuras jurídicas de distintos inversionistas conversan entre sí, se relacionan y desarrollan nuevos negocios, se hace mediante las denominadas operaciones complejas. Estas operaciones, tendrán directa relación, con el concepto de legítima razón de negocio y la facultad de tasación del SII, ya estudiadas²³.

2.1. OPERACIONES COMPLEJAS.

Cuando hablamos de operaciones complejas, proponemos un concepto en virtud del cual nos referimos a aquellas modificaciones de sociedades, en las cuales a nuestro juicio se modifica sustancialmente la estructura societaria, ya sea por el ingreso de nuevos socios, accionistas o capital, la transformación del tipo social; y en aquellas en que el patrimonio es dividido en nuevas sociedades; como son en los términos regulados por nuestra legislación la División, Transformación y Fusión de acciones.

El concepto de tratarlas como Operaciones Complejas, lo damos porque si bien, desde el punto de las solemnidades que se deben realizar para poder materializarlas, responden a las mismas solemnidades que tendrá cualquier modificación de sociedad según

²³ Ver SUPRA: *Pag 8.*

su tipo social, existen acuerdos adicionales y particulares, que los socios u accionistas deben adoptar, respecto de las sociedades involucradas, las cuales afectarán patrimonialmente de una forma adicional, a lo que se puede afectar cumpliendo meramente las solemnidades legales y de las cuales, la ley no se hace cargo. Por ejemplo, respecto a la división de una sociedad anónima, la Junta de Accionistas que acuerde dicha división, deberá no solo someterse a las solemnidades propias de toda modificación de sociedad, sino que además debe aprobar *“1) La disminución del capital social y la distribución del patrimonio de la sociedad entre ésta y la nueva o nuevas sociedades que se crean; 2) La aprobación de los estatutos de la o de las nuevas sociedades a constituirse, los que podrán ser diferentes a los de la sociedad que se divide, en todas aquellas materias que se indiquen en la convocatoria. Esta aprobación incorpora de pleno derecho a todos los accionistas de la sociedad dividida en la o las nuevas sociedades que se formen²⁴”*. Por lo tanto, se acordará un efecto directo en el patrimonio de la sociedad dividida, y el de la nueva o nuevas sociedades que se forman. Este efecto patrimonial, que nos hace determinarla como operación compleja, es que según los patrimonios que una determinada sociedad tenga, como efecto de esta asignación patrimonial, generará transferencias de activos y pasivos, desde la sociedad dividida a las sociedades nacientes; generando efectos tal, como puede ser transferencias de inmuebles, activos o pasivos financieros, entre otros. Pero esta asignación, tiene doble relevancia, cuando sabemos que el patrimonio de una sociedad es finito, por lo cual, en la asignación producto de una división de una sociedad a las sociedades nacientes, el patrimonio total sumado entre continuadora y nacientes; siempre será el mismo, provocando, por lo tanto, una disminución de capital en la sociedad dividida, en consecuencia, de la asignación a la o las nacientes. Esta disminución de capital no es solo una disminución nominal en el número del capital social, ni tampoco la sola transferencia patrimonial a las nacientes, si no que también generará efectos importantes con terceros que se relacionan con la sociedad dividida; y sea como acreedores, deudores o relacionados comercialmente. De esto último, la norma en cuestión, nada dice, no regula sus

²⁴ Artículo 95 Ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas.

efectos, ni da cuenta de cómo se debe operar respecto a cuestiones propias de la práctica comercial.

Pero a este conjunto de operaciones como las presentamos, la doctrina las denomina como *“Modificaciones Estructurales”*, inclusive la plantea como una categoría doctrinal nueva, la cual tiene el objeto de *“facilitar la interpretación e integración de las operaciones que la conforman, en supuestos de conflictos normativos o de existencia de vacíos legales. Ello, por cuanto en principio permitirían aplicar a una operación atípica los requisitos, tutelas y/o efectos de una modificación estructural típica. Así por esta vía sería posible brindar protección a los intereses involucrados en aquellas nuevas operaciones surgidas en el marco del tráfico mercantil moderno que no se encuentran expresamente regularas y que son asimilables a operaciones de modificación estructural típicas²⁵”*. Ejemplo más típico de esta aplicación, es la falta de regulación que existe en nuestro ordenamiento, respecto a las operaciones de División, Fusión y Transformación respecto a tipos sociales distintos a la Sociedad Anónima. Pero al igual que dijimos respecto al concepto de Legítima Razón de Negocio²⁶, nuestra *“legislación no contempla expresamente la categoría de modificaciones estructurales, sino que las operaciones que ingresan la categoría son objeto de tratamiento independiente, sin determinarse la sustancia que subyace en tales operaciones, a efectos de sistematizarlas. En cuanto a su doctrina, sólo cabe mencionar algunas referencias realizadas en forma particular respecto de un tipo de operación, pero no como categoría general²⁷”*. De esta forma, si la doctrina ni menos nuestra legislación, ha dado respuesta al concepto donde se encasillan estas operaciones, mucho menos, existirá una aproximación o desarrollo de estos conceptos con la problemática de la legítima razón de negocio y la facultad de tasación del SII con los distintos tipos sociales.

²⁵ MARDONES OSORIO. Marcelo, *“Modificaciones Estructurales de Sociedades”*. Edición 2018, Thomson Reuters. Pp. 67-68

²⁶ Ver SUPRA. *Página 8.*

²⁷ MARDONES OSORIO. Marcelo, *“Modificaciones Estructurales de Sociedades”*. Edición 2018, Thomson Reuters. Pág. 69.

2.2. DIVISIÓN, TRANSFORMACIÓN Y DIVISIÓN DE SOCIEDADES Y LA LEGÍTIMA RAZÓN DE NEGOCIO.

2.2.1. DIVISIÓN:

“La división de sociedades, también denominada “escisión”, es una operación de modificación estructural en cuya virtud una sociedad separa una porción o la totalidad de su patrimonio, creando con él una o varias nuevas sociedades beneficiarias (división por creación) o traspasándolo a una o más sociedades beneficiarias existentes (división por absorción), asignándoseles a los socios de la sociedad traspasante títulos de la nueva sociedad beneficiaria o de la sociedad absorbente beneficiaria²⁸”. La división de sociedades, está regulada en la ley 18.046, donde en el artículo 94 se dice que “consiste en la distribución de su patrimonio entre sí y una o mas sociedades anónimas que se constituyan al efecto, correspondiéndole a los accionistas de la sociedad dividida, la misma proporción en el capital de cada una de las nuevas sociedades que aquella que poseían en la sociedad que se divide”. Como vemos, es una definición que se articula bajo la idea de una Sociedad Anónima, lo cual, regula y define efectos propios de las sociedades anónimas. Como dijimos²⁹, existe una importante falta de regulación en los efectos y situaciones que pueden existir en esta operación, respecto a sociedades no reguladas particularmente, o bien, circunstancia dentro de la misma sociedad anónima, que pueden quedar fuera de la esfera reglada por el legislador. Este punto, nos conecta, lo desarrollado respecto a la legítima razón de negocio³⁰, y la necesidad de generar regulación respecto a aquellos aspectos donde existen vacíos importantes, y cuya falta de regulación puede ocasionar importantes efectos patrimoniales a las partes involucradas. Dicho esto, y siempre considerando el elemento central en estudio, podemos levantar un primer elemento a considerar en una definición eventual, de legítima razón de negocios, como es la necesidad de que algo se encuentre regulado o no. Cuando hablamos de regulación, no nos referimos a que la legislación sea

²⁸ MARDONES OSORIO. Marcelo, “Modificaciones Estructurales de Sociedades”. Edición 2018, Thomson Reuters. Pág. 267.

²⁹ Ver SUPRA - Página 22..

³⁰ Ver SUPRA - Página 25..

una reproducción de eventuales actos y listado de circunstancias sobre estos actos que puedan ocurrir, si no, que sea la misma legislación que entregue a las personas, los lineamientos para poder establecer los efectos de los actos a desarrollar, en virtud de las circunstancias puntuales. Un ejemplo de esta problemática es una sociedad anónima cerrada, que se divide en una sociedad, siguiendo lo regulado en la Ley Número 18.046. La sociedad dividida, cumplirá estrictamente todos y cada una de las solemnidades que establece la ley y sus estatutos, en los plazos y según los quorum indicados. Como consecuencia de esta división tendremos entonces, la sociedad continuadora, y la sociedad naciente. Pero es el caso, que la sociedad naciente, la Junta Extraordinaria de Accionistas de la sociedad que se divide, acuerda por unanimidad constituir la como Sociedad por Acciones. La problemática que tenemos, no regulada por la ley, es que la sociedad constituida en consecuencia de la división se constituyó según lo regulado por la Ley de Sociedades Anónimas, con la única salvedad, que la sociedad fue una Sociedad por Acciones. La pregunta que tenemos aquí es ¿Cumplir con los requisitos de una sociedad anónima en una división, donde la naciente es una Sociedad por Acciones, bastan para la constitución libre de vicios de la sociedad por acciones? Para responder a esta pregunta, revisamos el elemento literal de lo regulado en la Ley N° 18.046, donde del artículo 95 ya transcrito; en su N° 2, indica que los estatutos de la nueva sociedad pueden ser diferentes a los de la sociedad que se divide. El único requisito para este cambio es que aquellas materias que cambian deben estar en la convocatoria a la Junta Extraordinaria de Accionistas que aprueba la división. Por lo tanto, cumpliendo en la convocatoria con el requisito de incluir que los estatutos de la sociedad naciente serán los de una Sociedad por Acciones, se tiene por cumplida la norma en comentario. Pero ¿Qué pasa con las solemnidades propias de las Sociedades por Acciones, que no fueron cumplidas en la división de la Sociedad Anónima? Volviendo a nuestro ejemplo, pensemos que el extracto de la sociedad constituida cumple con todos los requisitos que establece el artículo 426 del Código de Comercio. El problema, será lo regulado en el Artículo 425 del Código de Comercio, el cual establece que *“la sociedad se forma, existe y prueba por un acto de constitución social escrito, inscrito y publicado en los términos del artículo siguiente, que se perfeccionará mediante escritura pública o por instrumento*

privado suscrito por sus otorgantes, y cuyas actas sean autorizadas por notario público, en cuyo registro será protocolizado dicho instrumento". Específicamente en el instrumento mediante el cual se perfecciona el acto de constitución. Si consideramos que, para dividir la sociedad anónima, cumplimos lo regulado estrictamente en la Ley de Sociedades Anónimas, es decir, fue el acta de la Junta Extraordinaria de Accionistas la que se redujo a escritura pública. Inclusive, las firmas de quienes firmaron el acta fueron autorizados ante Notario, ¿ Se cumple con el requisito establecido en el Artículo 425 del Código de Comercio para la constitución de Sociedades por Acciones? En un principio pensamos que sí, pero que pasa si ¿La Sociedad Anónima tiene 20 accionista, y se designaron 3 de ellos en los términos que establece el artículo 72 de la Ley N° 18.046? o ¿La Junta Extraordinaria de Accionistas, se celebró por medios tecnológicos en los términos regulados en el Artículo 108 del Reglamento de Sociedades Anónimas y la Norma de Carácter General N° 435 de la Comisión para el Mercado Financiero? En ambos casos, no se cumplirá con lo regulado en el Artículo 425 del Código de Comercio, pero no por una falta al cumplimiento de requisitos particulares, si no que por cumplir con las normas reguladas para las circunstancias definidas por la ley.

Volviendo a concepto de modificación estructural³¹, desarrollado por la doctrina, reconozcamos los elementos que tiene la división de sociedades, y como estos elementos tienen relación con la legítima razón de negocios.

Un primer elemento, es entender la división como una modificación estructural, o como dijimos, operación compleja³². Para poder decir esto, tenemos que considerar que una división de sociedad *"altera sin dudas el esquema organizacional patrimonial de la sociedad, al implicar una separación de una porción (o de todo, al menos en el Derecho Comparado) patrimonial, con las consiguiente alteración de las posiciones de socios de los miembros de la entidad que se divide, quienes ven reemplazadas parte de sus participaciones por otras diversas, correspondientes a una nueva entidad o a una entidad preexistente diversa, o derechamente sufren una reducción en dichas*

³¹ Ver SUPRA - Página 25.

³² Ver SUPRA - Página 22.

*participaciones*³³". Si bien, el impacto de la distribución patrimonial ya lo revisamos³⁴, debemos considerar también, la posición que tendrán los accionistas o socios, en relación a su patrimonio distribuido ahora, en más de una sociedad. Si pensamos, en una determinada persona que tiene invertido una importante suma de dinero en una sociedad que se dedica a una industria en particular, puede plantearse la posibilidad de dividir esta sociedad, dando origen a la formación de una nueva sociedad, la cual desarrollará una industria totalmente distinta a la sociedad dividida. Para efectos patrimoniales de esta persona, su situación no ha cambiado, ya que tendrá la misma suma de dinero, sólo que ya no invertida en una sociedad, si no que en dos. Pero si miramos esta división, desde un punto de vista patrimonial, dentro de las sociedades, y de estas sociedades con terceros, la situación patrimonial si puede ser importante. Por ejemplo, pensemos que la sociedad dividida tenía al momento de su división un patrimonio de \$100.000.000.- Esta sociedad, operaba en el mercado, tenía proveedores, clientes y una capacidad de deuda en base a su patrimonio. Sus socios o accionistas deciden dividir la sociedad, ya que quieren emprender en un rubro distinto. Por lo tanto, dividirán la sociedad, asignando a la sociedad naciente activos de la sociedad dividida, principalmente para poder poner en marcha el nuevo negocio. La asignación patrimonial de esta división consistió en un patrimonio de la sociedad naciente de \$40.000.000.- y la correspondiente disminución patrimonial de la continuadora a \$60.000.000. La consecuencia directa de esta distribución de patrimonio es la posición de los accionistas respecto del patrimonio de cada sociedad. Hoy, los accionistas de la sociedad naciente tendrán un patrimonio de \$40.000.000.- respecto a una sociedad que recién se inicia en un respectivo proyecto; por lo tanto, para poder tener alguna utilidad, deberá pasar un tiempo operativa, periodo en el que seguramente existirá un gasto importante. Por su parte, la sociedad continuadora, verá reducir su patrimonio, cuestión especialmente importante respecto a terceros, quienes, si resulta importante saber la situación patrimonial de la sociedad, como por ejemplo un Banco para otorgar financiamiento, o un proveedor quien entrega productos en concesión. Como vimos en este simple ejemplo, pensando una razón

³³ MARDONES OSORIO. Marcelo, "Modificaciones Estructurales de Sociedades". Edición 2018, Thomson Reuters. Pág. 269.

³⁴ Ver SUPRA – *Página 25*.

de negocio, la operación quizás no fue patrimonialmente la mejor decisión, ya que, de una sociedad que estaba funcionando, con un patrimonio importante y una situación económica estable, dividió sus activos, entregando una parte importante de su liquidez a la sociedad naciente, que emprenderá en un mercado nuevo, lo que directamente significa un gasto importante. Y a su vez, reducirá en un 40% su capacidad de endeudamiento frente a terceros que quieran contratar con ella. Por lo tanto, ¿podemos decir que esta división, carece de requisito de tener legítima razón de negocio? A nuestro parecer, debemos distinguir ante esta pregunta, por una parte, la razón de negocios desde un punto de vista comercial del mercado, contexto bajo el cual abiertamente podemos responder que esta división carece de una razón de negocio, y sin duda que hubiese sido más aconsejable, iniciar este emprendimiento, con por ejemplo endeudamiento proveniente de la misma liquidez que tiene la sociedad dividida, o bien, aportes directos de los accionistas o eventuales nuevos participantes. Pero desde un punto de vista del derecho de empresas y derecho tributario, no encontramos elementos *a priori*, para decir que no existe una legítima razón de negocios, siempre que consideremos que se cumplieron con todas las normas respectivas. Por lo tanto, podemos afirmar, que el concepto de legítima razón de negocios, no debe tener como un elemento causal, el mercado o criterio comercial. O dicho de otro modo, puede que tenga como objetivo alguna razón en el mercado o comercial, sin perjuicio que esa decisión se mala desde el punto de vista de los resultados de la decisión.

Un segundo elemento de la división, es entenderla como un supuesto de asignación de derechos preexistentes; es decir, *“como una operación en la cual se realiza una asignación de cuotas de una universalidad, sin mediar la utilización del expediente técnico de la sucesión universal. Así, en virtud de la aplicación de las normas generales sobre partición de comunidades, se entiende que la nueva sociedad beneficiaria es titular de los bienes del patrimonio dividido en virtud de un acto meramente declarativo, no de enajenación”*. Este punto que levanta el elemento de la asignación de derechos preexistentes nos parece de gran relevancia cuando lo analizamos respecto al concepto de la legítima razón de negocios, en el sentido ver cuál es la finalidad de una determinada distribución de patrimonio. Pensemos en la división de una sociedad, la cual tiene como uno de sus activos un inmueble. Este inmueble, se encuentra hipotecado en

beneficio de un determinado acreedor, con la respectiva prohibición de enajenar. Según el elemento en cuestión, esta sociedad, puede asignar a la nueva sociedad, el inmueble hipotecado, sin requerir autorización por parte del acreedor, ya que no se considerará una enajenación. A nuestro juicio, este ejemplo, deja en evidencia, más allá de una discusión doctrinaria respecto a entender o no como enajenación el hecho de distribuir el patrimonio como consecuencia de una división, la necesidad de tener un objetivo real en una determinada operación, el cual no puede ser engañar a terceros o dispersar de forma encubierta parte del patrimonio. En este punto es importante hacer énfasis, ya que, con este elemento, no podemos hablar de que el objetivo de una determinada división debe ser lícito, o al menos no prohibido por la ley, si no que solamente, esta división no puede tener como objetivo, distribuir patrimonio con el fin de engañar a un tercero. Este no engañar a un tercero mediante esta distribución de patrimonio, será un elemento de la legítima razón de negocios al momento de revisar la operación. Sin perjuicio de esto, sabemos que hablar de tener como objetivo engañar a un tercero, entra en una categoría de interpretación importante, puesto que para lo que tiene como fin engañar para A, para B puede ser distinto. Sin embargo, el que tenga un carácter subjetivo e interpretable, no es indicativo para no considerarlo como un elemento de la legítima razón de negocio.

Un tercer elemento de la división es la no afectación de la personalidad jurídica de la sociedad dividida, *“debido a que en el ordenamiento jurídico chileno la división consagrada en la Ley de Sociedades Anónimas es sólo parcial, la operación no afecta la personalidad jurídica de la sociedad que se divide, dado que dicha sociedad mantiene su existencia. Así la división no opera como causal de extinción de la sociedad que se divide (como si ocurre en los supuestos de la división total³⁵)”*. Este elemento desarrollado por la doctrina viene en reafirmar en cierta medida, lo plantado en el elemento recién desarrollado, y a nuestro juicio carece de elementos para incidir en un desarrollo de la legítima razón de negocios. Por el contrario, el que la sociedad dividida

³⁵ MARDONES OSORIO. Marcelo, “Modificaciones Estructurales de Sociedades”. Edición 2018, Thomson Reuters. Pág. 270.

desde el punto de vista de su personalidad jurídica no se vea afectada, no nos permite cuestionar su procedencia con solo este elemento.

Finalmente, un último elemento de la división es entenderla como una operación que implica la escisión de un patrimonio. *“Una de las diferencias sustanciales entre la división y la fusión radica en que mientras ésta constituye un supuesto de unificación de una única sociedad, aquella conlleva inexorablemente el desmembramiento de un patrimonio (el de la sociedad que se divide), en una parte del cual es entregada a una o más sociedades (división parcial), o el que puede transferirse íntegramente a dos o más sociedades (división total), opción esta última no contemplada en nuestra legislación... Lo anterior, aunque parezca obvio, tiene una consecuencia clara: la porción patrimonial que se escinda de la sociedad debe tener los caracteres propios de un patrimonio, eso es, un activo y un pasivo. Ello a su vez acarrea otras consecuencias relevantes: la de inventariar o describir de manera precisa los elementos activos y pasivos que son asignados a la o las sociedades beneficiarias³⁶.”* Como bien desarrollamos de forma detallada³⁷, existe una división de un mismo patrimonio, el cual por consecuencia, lo que hay en una sociedad, una vez dividida, tendrá 2 o más patrimonios más pequeños. Este sólo hecho de que exista una disminución del patrimonio producto de la asignación, nos genera una atención adicional a la luz de la legítima razón de negocios. Ejemplo de esto, es la antigua redacción del artículo 69 del código tributario, la cual establece como un requisito ante una disminución de capital, la autorización del SII para poder masterizarla. Es decir, han existido elementos de texto, los cuales nos indican que nuestro ordenamiento, mira con malos ojos las disminuciones de capital, justamente porque entrega al ente administrativo, el control de la operación.

2.2.2. FUSIÓN:

“La fusión puede definirse como una operación de modificación estructural, en cuya virtud dos o más entidades unifican sus patrimonios por la vía de la sucesión universal, extinguiéndose al menos una de ellas, e integrando asimismo sus respectivas masas sociales³⁸”. Por su parte, el

MARDONES OSORIO. Marcelo, “Modificaciones Estructurales de Sociedades”. Edición 2018, Thomson Reuters. Pág. 271.

³⁷ Ver SUPRA - Página 25.

³⁸ MARDONES OSORIO. Marcelo, “Modificaciones Estructurales de Sociedades”. Edición 2018, Thomson Reuters. Pág. 131.

artículo 99 de la Ley N° 18.046, 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 entres fusionados. Hay fusión por creación, cuando el activo y pasivo de dos o más sociedades que se disuelven, se aporta una nueva sociedad que se constituye. Hay fusión por incorporación, cuando una o más sociedades que se disuelven, son absorbidas por una sociedad ya existentes, la que adquiere todos sus activos y pasivos. En estos casos, no procederá la liquidación de las sociedades fusionadas o absorbidas. Aprobados en junta general los balances auditados y los informes periciales que procedieren de las sociedades objeto de la fusión y los estatutos de la sociedad creada o de la absorbente, en su caso, el directorio de ésta deberá distribuir directamente las nuevas acciones entre los accionistas de aquéllas, en la proporción correspondiente”*. De la definición legal, podemos no sólo desprender una definición de texto de lo que al menos la Ley de Sociedades Anónimas entiende como fusión, sino que también, la ilustración de distintos tipos de fusión, contrario a lo que pasa como vimos, respecto a la división³⁹. Inclusive, la sola definición textual nos entrega un lineamiento de cómo se debe desarrollar la Junta extraordinaria de Accionistas que aprueba la fusión, indicando lo que se debe aprobar.

En el caso de la fusión, contrario a lo que estudiamos respecto a la división⁴⁰, no existe la problemática de cuestionar la contingencia de una disminución patrimonial, como uno de los elementos que resultan cuestionables al momento de aplicar el concepto de legítima razón de negocio. Sin embargo, el que no exista una disminución de capital, no quiere decir que debemos revisar sus elementos, y con ello analizar la legítima razón de negocio en las fusiones. Sin perjuicio de lo anterior, creemos necesario, previo a estudiar los elementos del concepto de fusión, advertir que al decir que no existirá una disminución patrimonial, esta dada desde una mirada del capital social; y no tomando el patrimonio como un todo. La razón de esto es que de ambas definiciones dadas, se desprende como un elemento central, que existirá una unión de al menos dos patrimonios en un solo. A priori, se puede entender, que la unión de a lo menos dos patrimonios, es sumar el patrimonio de la sociedad A, con el patrimonio de la sociedad B, lo cual por cierto esta correcto. La

³⁹ Ver SUPRA – Página 25.

⁴⁰ Ver SUPRA - Página 25..

distinción es que, en cualquiera de los casos, ya sea de la sociedad A o de la sociedad B, ambas objeto de la fusión, el patrimonio puede ser negativo, cumpliéndose la siguiente ecuación:

$$\begin{array}{rcl}
 \text{PATRIMONIO} & & \text{PATRIMONIO} & & \text{PATRIMONIO} \\
 \text{SOCIEDAD A} & + & \text{SOCIEDAD B} & = & \text{C} \\
 \text{PATRIMONIO} & & \text{PATRIMONIO} & & \\
 \text{SOCIEDAD A} & < & \text{C} & & \\
 \text{PATRIMONIO} & & \text{PATRIMONIO} & & \\
 \text{SOCIEDAD B} & > & \text{C} & &
 \end{array}$$

El resultado de esto significará que en a lo menos una de las sociedades, la situación patrimonial luego de la fusión, y en consecuencia de ella, será peor a la que existía previo a la fusión. Esto, al menos desde el punto de vista nominal. Por lo tanto, el sumar dos o más patrimonios, no siempre significará para todas las partes involucradas, un incremento patrimonial, y es justamente este elemento, el que se repite en la división. Considerando esta situación, resulta interesante analizar de que forma la legítima razón de negocio existe, en quien tiene una sociedad con un patrimonio positivo, y decide fusionar su sociedad con otra, teniendo la segunda un patrimonio negativo. Sin perjuicio de esto, desde un punto de vista comercial del negocio, podríamos encontrar más justificación a una fusión, de una sociedad con un patrimonio negativo, con una de patrimonio positivo; justificando esto por razones de una buena administración, de activos comercialmente más valorados, o por un activo difícil de contabilizar. Pero como bien dijimos, nuestro estudio no considera los aspectos comerciales⁴¹ o de mercado, y es justamente en estos otros aspectos donde la discusión toma aún más importancia. Proponemos como un concepto a revisar, y como este opera con la fusión de sociedades, como es el de la *Pérdida Tributaria*. “*La pérdida Tributaria constituye el resultado negativo que se verifica en una empresa, la cual se determina de acuerdo al mecanismo establecido en los artículos 29 al 33 de la Ley sobre Impuesto a l Renta, excluyendo los*

⁴¹ Ver SUPRA - Página 25..

gastos rechazados afectos al artículo 21, cuando correspondan."⁴² Es decir, agregamos al análisis, ya no sólo el hecho de que una sociedad objeto de fusión tenga un patrimonio negativo, sino que también, durante un determinado ejercicio, tenga un resultado negativo. Es decir, la sociedad hoy no genera ingresos. La lógica, más allá de las condiciones del mercado, y el incalculable valor agregado que puede tener esta sociedad con pérdida tributaria, nos hace pensar que resulta difícil para una sociedad, que tenga un patrimonio positivo, y utilidades acumuladas y del ejercicio importantes; el fusionarse con otra sociedad en estas circunstancias tan negativas. Pero ¿Qué pasa si los accionistas de la sociedad con patrimonio positivo no quieren fusionarse con la sociedad de patrimonio negativo por razones comerciales, si no que solo por razones contables tributarias? Estas razones contables tributarias, pueden estar dadas, en la posibilidad de que la sociedad que absorbe pueda aprovechar la pérdida tributaria que tiene la sociedad absorbida con patrimonio negativo y pérdida tributaria, y con ello afectar la base imponible de la sociedad continuadora, lo que se traducirá al final del ejercicio, en un menor pago de impuesto. En este caso, no tenemos una razón de negocio desde el prisma del mercado o intención de un mercado; pero si existe una razón de negocio, de fusionarse con una sociedad con el fin de al final del proceso, pagar un menor impuesto. La pregunta evidente en esta figura es si esta razón de pagar menos impuestos, ¿puede entenderse bajo el concepto de legítima razón de negocio? Para responder esta interrogante, volvamos a estudiar el concepto de pérdida tributaria, y como el legislador a desarrollado estos puntos. Por una parte *"el Servicio de Impuestos Internos ha mantenido firme su posición en cuanto a que las pérdidas tributarias determinadas en la o las sociedades 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 generó"*⁴³. Por lo tanto, entendemos que existe pronunciamiento de la autoridad tributaria respecto a esta situación. De esta interpretación, podemos desprender un rechazo absoluto a tener este objetivo de la fusión como una

⁴² FAUNDEZ UGALDE. Antonio. *Pérdida tributaria y sus efectos en los procesos de reorganización empresarial*. Centro de Estudios Tributarios Universidad de Chile. Pág. 2.

⁴³ Así lo ha interpretado el Servicio de Impuestos Internos en Circular N° 109, de fecha 17 de agosto de 1977; criterio ratificado en Oficio N°4.697, de fecha 23 de julio de 1980. Posteriormente, el Servicio de Impuestos Internos mantuvo la misma interpretación en Circular N°15, de fecha 30 de enero de 1986

legítima razón de negocio. En consecuencia, la obligación de la sociedad o sociedades que desaparecen producto de la fusión, de presentar un balance y determinar los impuestos a pagar al tiempo de materializar dicho proceso de reorganización, implica que ese es el último momento en que la pérdida tributaria podrá ser considerada en la determinación de la renta líquida imponible de dichas sociedades que desaparecen, para los efectos de determinar los impuestos a pagar, no existiendo la posibilidad de que el saldo negativo pueda ser incorporado en la determinación de la renta líquida imponible de las sociedades que subsisten o que se crean, atendido a que la ley tributaria no contempló dicho mecanismo. Es por lo anterior que los efectos patrimoniales que se pretendan otorgar a las pérdidas tributarias en un proceso de fusión de sociedades se encuentran ajenos a la intención del legislador tributario.⁴⁴ la razón de esta negativa, no podemos asegurar que sea estrictamente evitar que se reproduzcan ilimitadamente este tipo de operaciones, con el sólo fin de aprovecharse de alguna contingencia de pérdida tributaria. Pero sin dudas, que en el caso que esto si operara como tal, se transformaría en un incentivo perverso para todo contribuyente, de poder tener sociedades que generen importantes pérdidas, y una sociedad paralela que obtenga las ganancias, y luego de algunos ejercicios, fusionarlas con el único objetivo de aprovechar la pérdida tributaria. Según lo expuesto, y en el análisis de un impuesto en particular, podemos decir que encontramos un elemento que otorga legitimidad a la razón de negocio que puede tener un determinado acto, como es, que este acto, no puede realizarse con el único fin de incidir en la determinación de la base imponible de un determinado impuesto. Decimos esto, al entender que hoy el legislador a hecho aún mas extensa esta circunstancia. Ejemplo de esto, es lo que ocurre respecto a la fusión de dos sociedades anónimas, producto de la reunión de acciones en una sola mano, en los términos que regular el Artículo 108 de la Ley N° 18.046. En concreto, la sociedad anónima cerrada A tiene dos accionistas actualmente, sociedad B y persona natural Z. El accionista Z vende sus acciones de la sociedad A a la sociedad B, en consecuencia, la sociedad B tiene el 100% de las acciones de la sociedad A. Cumplidos los requisitos que establece la ley, se producirá la disolución de la sociedad A, puesto que un solo accionista reunió el 100% de las acciones de

⁴⁴ FAUNDEZ UGALDE. Antonio. *Pérdida tributaria y sus efectos en los procesos de reorganización empresarial*. Centro de Estudios Tributarios Universidad de Chile. Pág. 13.

la sociedad. El efecto directo de esta situación, y considerando que *“la sociedad que se disolviere por reunirse las acciones en manos de una sola persona no será necesaria la liquidación⁴⁵”*, será que la sociedad B absorberá todo el patrimonio de la sociedad A, generado una fusión. Es decir, fue la compraventa de acciones, un cambio en la propiedad de la sociedad, el acto en virtud del cual se produjo la fusión. Esta situación y siguiendo con lo ya planteado, el legislado mantiene su posición, y muestra un claro rechazo a esta posibilidad de modificar la base imponible de un determinado impuesto, con actos como el aprovechar la pérdida Tributaria de otra sociedad. Así, lo vemos por ejemplo en el Artículo 31 N° 3 de la Ley sobre el Impuesto a la Renta, al decir que *“las sociedades con pérdidas que en el ejercicio hubieren sufrido cambio en la propiedad de los derechos sociales, acciones o del derecho a participación en sus utilidades, no podrán deducir las pérdidas generadas antes del cambio de propiedad de los ingresos percibidos o devengados con posterioridad a dicho cambio.”*

De lo recién expuesto, queda en manifestó la intención del legislador, de evitar todas aquellas operaciones que se realicen con fines únicamente conducentes a modificar la base imponible de algún impuesto; y por lo tanto, premia o permite aprovechar todas aquellas circunstancias en que la persona que ocasiona las circunstancias que ocasionen cambios en la base imponible, sean las mismas que las puedan aprovechar, como es el caso de la pérdida tributaria.

Retomando el estudio de la fusión a nivel conceptual, entre sus elementos encontramos en primero lugar, la circunstancia que sea una modificación estructural. *“La fusión conlleva una la alteración sustancial del esquema organizativo de una sociedad, tanto en lo atinente a su patrimonio (para una significa traspaso a otra entidad por medio de la técnica de la sucesión universal, y para la potra implica un aumento del mismo), como en lo relativo al régimen jurídico-asociativo al cual se encuentran sometidos sus socios⁴⁶.”* Los efectos patrimoniales de este elemento, nos parece que han sido ampliamente desarrollados anteriormente⁴⁷. En segundo

⁴⁵ Inciso 3ero Artículo 110, Ley N° 18.046, Sobre Sociedades Anónimas.

⁴⁶ MARDONES OSORIO. Marcelo, “Modificaciones Estructurales de Sociedades”. Edición 2018, Thomson Reuters. Pág. 134.

⁴⁷ Ver SUPRA – Página 31.

lugar, encontramos como elemento, el hecho que la fusión se entienda como supuesto de sucesión universal uno actu, es decir, *“la fusión constituye uno de los supuestos más claros – si no el más claro – de sucesión universal inter vivos. En ésta, una entidad traspasa todo su patrimonio, así como los socios que integran la sociedad, a otro ente, por medio de una sola actuación. Así el traspaso patrimonial se efectúa in toto, es decir, del patrimonio como un todo, como una universalidad de derecho conformada por diversos elementos de variadas naturaleza que integran el activo y pasivo del ente, y abarcando asimismo los socios de la entidad.”*⁴⁸ Sin embargo, nos parece que puede existir una discusión de este punto, respecto a aquellos bienes que requieren solemnidades adicionales para poder perfeccionar el traspaso de una sociedad a otra, como es lo que ocurre con los bienes inmuebles, ya que, si en la escritura de fusión no constan detallados los inmuebles parte del patrimonio de la sociedad absorbida, será necesario una nueva escritura que complemente la anterior, con los datos e individualización del inmueble. Y aún más, puesto que, inclusive constando todos los datos en la escritura de fusión, será necesario un paso adicional, como es el de la inscripción en el Registro de Propiedad respectivo. Por lo tanto, respecto de ciertos bienes, el traspaso no se realizará únicamente con el acto de la fusión. En tercer lugar, es un elemento de las fusiones, el hecho de que al menos una de las sociedades que participan en la fusión debe extinguirse. *“Esto es lo que usualmente se denomina como “disolución sin liquidación”. En efecto, el traspaso de todo el patrimonio de la sociedad hacia una nueva o hacia una preexistente determina que la traspasante deje de existir al perder uno de sus elementos basales en tanto que persona jurídica, esto es, su patrimonio. Pero, asimismo, la extinción se justifica por cuanto la misma constituye una vía de reorganizar la entidad, al permitir el traspaso de su patrimonio a otra entidad con un esquema organización diverso”*⁴⁹. Finalmente, un último elemento de la fusión es la integración de las masas sociales, la cual encontramos en *“la definición legal de fusión (artículo 99 LSA) parece incluir el*

⁴⁸ MARDONES OSORIO. Marcelo, “Modificaciones Estructurales de Sociedades”. Edición 2018, Thomson Reuters. Pág. 135.

⁴⁹ MARDONES OSORIO. Marcelo, “Modificaciones Estructurales de Sociedades”. Edición 2018, Thomson Reuters. Pág. 135.

*traspaso de los socios de la sociedad que se extingue hacia la nueva sociedad o la absorbente como un elemento de la esencia de la operación*⁵⁰.

2.2.3. TRANSFORMACIÓN.

*“La transformación es un concepto transversal a toda ellas, sean públicas o privadas, enmarcable en la idea general de modificación de la persona jurídica. Este concepto, en su sentido técnico-jurídico, se refiere a aquellos cambios que pueden efectuarse en el carácter jurídico, en la ordenación, en el funcionamiento o en el sustrato de una persona jurídica y que tienen el efecto negativo de dejar intacto el sujeto, de no alterar su identidad, de forma que aquél continúa con su personalidad a pesar de las transformaciones sufridas, sin que exista una interrupción en las relaciones jurídicas*⁵¹”. Por su parte, la Ley N° 18.046, en el artículo 96 la define como *“La transformación es el cambio de especie o tipo social de una sociedad, efectuado por reforma de sus estatutos, subsistiendo su personalidad jurídica.”* Del estudio desarrollado hasta ahora, a nuestro juicio respecto a la transformación de sociedades, existe una importante diferencia a las dos operaciones complejas ya analizadas. Especialmente, cuando el concepto legítima razón de negocio actúa como un elemento determinante de las consecuencias que cada acto pretende realizar. En particular, nos parece que en una transformación de sociedad, los efectos que se generan no ocasionan importantes cambios, que resulten relevantes analizar a la luz de la legítima razón de negocios desde un punto de vista tributario y del derecho de empresa, ya que, al realizarse la transformación, subsistirá la personalidad jurídica, cambiando únicamente la forma de organización que esta tendrá, pero sus obligaciones se mantendrán para todos los efectos legales, siendo en definitiva, la misma persona.

⁵⁰ MARDONES OSORIO. Marcelo, “Modificaciones Estructurales de Sociedades”. Edición 2018, Thomson Reuters. Pág. 135.

⁵¹ MARDONES OSORIO. Marcelo, “Modificaciones Estructurales de Sociedades”. Edición 2018, Thomson Reuters. Pp. 333-334.

CAPITULO III

ANÁLISIS DEL CONCEPTO LEGÍTIMA RAZÓN DE NEGOCIO POR EL SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS.

Realizada ya una aproximación conceptual al concepto de la legítima razón de negocios, junto con un desarrollo de la aplicación en distintos ámbitos de la misma, nos parece importante acercarnos al desarrollo administrativo que se ha realizado al respecto, especialmente revisando el tratamiento que ha tenido el Servicio de Impuestos Internos (SII) al respecto. Es importante considerar, que en la aplicación del concepto legítima razón de negocio en la facultad de Tasar del SII, será justamente este ente, quien determinará su aplicación; siendo el desarrollo jurisprudencial, un elemento fundamental, para entender el desarrollo del concepto, y de qué forma podemos aproximarnos a elementos para una definición.

3.1. CIRCULARES.

1) CIRCULAR N° 23 DEL 6 DE FEBRERO DEL AÑO 1975.-

La circular en análisis viene en entregar diversas instrucciones respecto al Código Tributario, a la fecha éste comenzó a regir. Es importante destacar, que a la fecha de la presente circular, el artículo 64 del Código Tributario, sólo tenía contemplada la facultad de tasar como tal, y no las circunstancias de no aplicación de esta facultad contempladas hoy en los incisos 4 y 5 del mismo artículo.

Teniendo esto en consideración, la circular aparte de manifestar la existencia de la facultad de tasar del SII, el desarrollo normativo que nos entrega se hace en referencia de los Bienes Raíces.

2) CIRCULAR N° 68 DEL 28 DE NOVIEMBRE DEL AÑO 1996.-

La Circular en análisis, nos presenta un análisis más concreto que lo general de la Circular revisada en el punto anterior, en este sentido plantea que *“en el artículo 64 del Código Tributario el Servicio puede tasar el precio o valor asignado al objeto de la enajenación de una especie mueble corporal o incorporal que sirva de base o sea uno de los elementos para determinar un impuesto, cuando dicho precio o valor fuere notoriamente inferior a los corrientes en plaza o de los que normalmente se cobren en convenciones de similar naturaleza considerando las circunstancias en que se realiza la operación”*. Entendemos esto, como el supuesto que considera la Circular que establece el legislador, y sobre la cual, el SII deberá desarrollar su interpretación.

Establece la Circular, que sus instrucciones respecto al precepto antes descrito distinguen 3 circunstancias. En primer lugar desarrolla las instrucciones respecto a la división de una sociedad. En este sentido, establece que *“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.”* En segundo lugar, se enuncia lo regulado respecto a la fusión de sociedades, ya sea por creación o por incorporación, siempre bajo las definiciones de la Ley número 18.046 sobre Sociedades Anónimas. En este sentido, el servicio *ha hecho extensiva a las normas de carácter tributario.”* En resumen, bajos los supuestos que desarrolla la Ley sobre sociedades anónimas respecto a la fusión de sociedades, *“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.”

Esta última frase, nos parece de vital importancia respecto al estudio en cuestión, ya que, es una primera aproximación para determinar el campo de aplicación del artículo 64 del Código Tributario para el SII. Como elemento de aplicación del Artículo 64 del Código Tributario, será el incremento patrimonial en una determinada operación, el indicador que para ojos del SII, hace o no susceptible de aplicación la facultad de tasar para el SII.

Sin perjuicio de que bajo nuestra interpretación de la circular, encontramos un elemento que se relaciona con el campo de aplicación, el mero incremento patrimonial no es un elemento determinante para llegar a considerarlo un elemento central dentro de la definición o ámbito de aplicación de la facultad de tasar. Dicho de otro modo, en los términos desarrollados por el SII, la ausencia de incremento patrimonial, hacen improcedente la aplicación del Artículo 64 del Código Tributario. Pero esto, no quiere decir, que en todo acto donde no exista un incremento patrimonial, generará una improcedencia del artículo 64 del Código Tributario. Sumado a lo anterior, el ámbito de aplicación del Artículo 64 del Código Tributario es un contexto muy amplio, lo cual no es determinante para relacionarlo en un inicio, con la facultad de tasar y el concepto de legítima razón de negocio.

Dicho esto, la circular ahonda dado que *“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.”* Así, nos parece encontrar un nuevo elemento importante en nuestra construcción conceptual y análisis en curso. El concepto de valor tributario es un elemento que viene en regular el registro que los activos deben mantener, sin importar el acto complejo que se realice. Es más, la misma circular, al establecer que independientemente de hablar de fusión o división, lo importante es que los bienes de las sociedades se mantengan al valor tributario. Pero bajo una revisión mayor del

párrafo en comento, encontramos que el fundamento de mantener el valor tributario en el registro de los activos o bienes de las sociedades objeto de la operación, es el cumplir con todas las obligaciones tributarios que corresponden, ejemplificadas en la Ley sobre Impuesto a la Renta. Dicho de otro modo, sin importar la operación que se realice, esta se debe realizar sin modificar el cumplimiento de las obligaciones tributarias, en los mismos términos que se cumplirían si la fusión o división que no se realizará. Es en este último punto, donde interpretamos una relación con elementos del concepto legítima razón de negocios, en el sentido de entender que cualquiera de estas operaciones, no puede tener como objetivo el modificar el cumplimiento de las obligaciones tributarias; y la forma de poder mantener estables estos cumplimientos, el SII lo materializa mediante el aporte de bienes, registrándolos a valor tributario.

Finalmente, la circular viene en regular un tercer supuesto, el cual trata de *“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.”* Este último punto, complementa en análisis de los 2 puntos anteriores dando otras instrucciones para la aplicación del artículo 64 del Código Tributario. Como elemento central de este punto, nos parece que es el concepto de Reorganización, entendiéndola como un proceso complejo, en los términos desarrollados

anteriormente⁵². El agregar este concepto a la interpretación de la norma por parte del SII, seguramente dado por el contexto de su redacción, viene en demostrar que la interpretación de estas normas y conceptos, especialmente en lo que se limita al objeto de nuestro estudio, se deben considerar como procesos complejos y en los cuales se desarrollan diversos actos sucesivos. De esta forma, deberemos entender cuando hablemos ya sea de la facultad de tasación del SII en virtud del Artículo 64 del Código Tributario, como el concepto de legítima razón de negocio, debe ser aplicada y entendida para el proceso complejo en su totalidad, y ya no, respecto a un acto particular. En este mismo sentido, el mismo SII, al desarrollar un tercer punto independiente de los actos regulados como lo son la fusión y división, distingue de cualquiera de estos actos individuales y aislados, de los procesos de reorganización, lo cuales *contrario sensu* los entendemos como a lo menos un conjunto de actos sucesivos. Dicho esto, otro elemento que encontramos es la referencia a que no se originen flujos efectivos de dinero para el aportante en esta reorganización. Es decir, para quien aporta o para la sociedad que aporta un activo en esta reorganización, para definir la procedencia del artículo 64 del Código Tributario, será un requisito que no reciba una retribución en dinero por dicho aporte. Esta exigencia, la entendemos como una alusión directa al objetivo que tenga la reorganización, el cual debe tener como horizonte, el desarrollo posterior de la organización a la cual se aportan los activos. De otra forma, el único objetivo de la reorganización si quien aporta puede recibir flujo efectivo de dinero, será justamente recibir este dinero. Y como último elemento, encontramos una nueva referencia al valor contable o tributario. No es objeto de nuestro análisis el distinguir entre valor contable o tributario, pero nos parece que esta nueva referencia al valor tributario deja en manifiesto la intención del SII, de generar una estructura de aplicación en la interpretación de las normas de forma generalizada; y ya no sólo para regular un acto en particular como lo es la fusión. Como fundamento a la aplicación del concepto de valor tributario, nos parece aplicable lo mismo que lo dicho en nuestro párrafo anterior⁵³, y

⁵² Ver Supra – Página 22.

⁵³ Ver Supra – Página 22

justamente el que la aplicación sea extensible a las reorganizaciones, nos permite confirmar lo planteado.

Finalmente, la circular en análisis establece que *“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.”*

Esta referencia a la legítima razón de negocios es una importante aproximación para llegar a una definición del concepto a desarrollar, principalmente porque junto con mencionarla, define un ejemplo de lo que no se entiende como legítima razón de negocios. Dicho de otra forma, será una reorganización que no tiene una legítima razón de negocios, aquella que tiene como objetivo el evitar el pago de impuestos. Pero la circular no se queda en esto, acto seguido nos entrega un ejemplo de reorganización que tiene como objetivo el evitar el pago de impuestos. Esta situación, se levanta como una curiosidad en la forma de desarrollar los conceptos por parte del SII. Ya que, define lo que entiende como legítima razón e negocios de una forma negativa, al definir lo que no es legítima razón de negocios, y es más entrega ejemplos de lo que no entiende como tal, contrario a lo que podemos entender como una lógica legislativa, de definir un concepto, y dar ejemplos de esta definición. Nos atrevemos a levantar este punto, pensando que el SII regula este concepto de esta forma, con el objetivo de resguardar la posibilidad de interpretar caso a caso la aplicación de la legítima razón de negocios. De otra forma, si el SII entregara un catalogo de circunstancias en las que entiende que existe legítima razón de negocios, una fiscalización se limitaría a comprobar los supuestos y no entrar al fondo de cada uno de los actos o reorganizaciones, que es justamente donde se ejecutan las figuras que tienen como objeto el evitar el pago de impuestos.

3) **CIRCULAR N° 45 DEL 16 DE JULIO DEL AÑO 2001.-**

Ya establecido el procedimiento del artículo 64 del Código Tributario, regulado por la interpretación del SII en esta materia, la Circular N° 45 en comento, viene a regular una

importante modificación, implementada por la Ley N° 19.705, la cual viene en introducir dos incisos al primitivo artículo 64 del Código Tributario, en el sentido de indicar los casos en que dicho artículo, o más bien la facultad de tasación por parte del Servicio de Impuestos Internos, no tendrá aplicación.

En este sentido, y como bien la misma circular lo dice, *“la circular tiene por objeto comentar estas modificaciones y fijar sus alcances tributarios respecto del Impuesto a la Renta”*. Para contextualizar e ir analizando los cambios implementados en dicho artículo, debemos revisar el tener literal de los cambios incorporados por la Ley N° 19.705, en el artículo 64 del Código Tributario. En este sentido, los 2 nuevos incisos dicen lo siguiente:

“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.

Comentamos anteriormente la facultad de tasación del SII regulada en el inciso tercero del artículo 64 del Código Tributario⁵⁴. Es importante recalcar, que esta facultad de tasar por parte del SII, sin necesidad de citación previa, será en los casos que el precio o valor en la enajenación será **notoriamente inferior** a los que comúnmente se cobren en las operaciones a realizar. En otras palabras, con lo regulado tanto en el inciso tercero del

⁵⁴ Ver Supra – Página 39.

artículo 64 del Código Tributario, como en la revisión de lo desarrollado hasta ahora en el presente análisis, tenemos los campos de aplicación y límites entregados al mismo SII, para ejercer su facultad, cuando encuentre que corresponda en función a sus propios criterios. Sin embargo, el legislador mediante la incorporación de los 2 nuevos incisos antes transcritos vino en regular aquellos casos en que esta facultad de tasación no tendrá aplicación, siempre que se cumplan los siguientes ciertos requisitos. Respecto a estos requisitos, la circular en análisis los detalla e interpreta; sin embargo, dichos requisitos tienen directa relación con las figuras jurídicas reguladas en la Ley N° 18.046 sobre Sociedades Anónimas y que ya detalladamente vimos con anterioridad, como son la división⁵⁵ y la fusión⁵⁶ de sociedades, figuras jurídicas y análisis que es importante tener en consideración. Ahora bien, dicho esto y teniendo en consideración dichos elementos, la circular establece que la facultad de tasación en los términos indicados *“no tendrá aplicación en los casos que se indican a continuación, siempre y cuando en la especie se dé cumplimiento a los siguientes requisitos:*

1) *En los casos de división de sociedades, siempre y cuando las nuevas sociedades que nazcan producto de la división, los activos y pasivos que se les traspasen los mantengan registrados al **valor tributario** que tenían éstos en la sociedad matriz que fue escindida o dividida.”* Es decir, de esta forma, se mantendrá el mismo valor que existía antes de la división, ahora en la sociedad naciente, de tal forma, que como consecuencia de la división no existirá un enriquecimiento de los accionistas de la sociedad naciente, los cuales a su vez son los mismos que los de la sociedad dividida, ni tampoco un empobrecimiento de los mismos, lo cual tendría como consecuencia un eventual menor pago de impuestos.

2) *“En los casos de fusión de sociedades, ya sea, por creación o por incorporación de sociedades, siempre y cuando la nueva sociedad que nazca producto de la fusión por creación o la que subsista con motivo de la fusión por incorporación, los activos y pasivos que se les traspasen los mantengan registrados **al valor tributario** que tenían éstos en la sociedad que desaparece o subsiste*

⁵⁵ Ver Supra – Página 25.

⁵⁶ Ver Supra – Página 31.

producto de la figura jurídica antes mencionada.” Se mantiene el mismo sentido que lo dicho para las divisiones.

3) “Es importante destacar que producto de las figuras jurídicas precitadas, las sociedades que se dividen o fusionan pueden traspasar los activos y pasivos a las nuevas sociedades que nacen o subsisten con motivo de tales actos jurídicos, al valor por el cual éstos figuran contabilizados en sus registros contables (**valor financiero**), pero dicha norma legal impone como condición indispensable para que no sea aplicable lo que ella establece que las sociedades que reciben dichos activos y pasivos en sus registros contables deben mantener registrado en forma separada su **valor tributario** de las referidas partidas, con el fin de que éstas puedan dar cumplimiento a sus obligaciones tributarias respecto de dicho valor, como por ejemplo, para los fines de su revalorización conforme a las normas del artículo 41 de la Ley de la Renta; su depreciación según el artículo 31 N° 5 de la referida ley; determinación del mayor o menor valor que se pueda obtener en el caso de su enajenación a terceros o por cualquiera otra circunstancia; etc.” Así, se permite la posibilidad que las sociedades divididas y fusionadas, tengan la posibilidad, y es importante este punto, ya que se interpreta como **posibilidad y no obligación**, de traspasar los activos al valor financiero, que estos tengan al momento de la división o fusión; y no sólo al valor tributario. Sin perjuicio de esto, en el caso que se asigne el valor financiero, existirá la obligación, y en este caso es expresa la referencia a una **obligación**, el hecho de tener que llevar de forma separada el valor tributario de dicha asignación. Este punto, es especialmente importante y relevante en el desarrollo de negocios y sociedades en el ámbito comercial, ya que, el valor financiero que tenga los distintos bienes y activos de una sociedad, serán determinantes al momento de tomar decisiones comerciales por parte de la sociedad, o bien por ejemplo evaluarla de cara a un endeudamiento o venta. Por su parte, el valor tributario que tengan asignados estos bienes será un elemento directamente relacionado con la base imponible y carga tributaria que tendrá la sociedad, la cual puede ser diametralmente distinta, a la situación comercial y financiera de una sociedad.

Analizado los puntos anteriores, y haciendo referencia las circunstancias en las cuales no se aplicará la facultad de tasación del SII, nos parece importante hacer énfasis en

dos puntos importantes. Por una parte, los casos de “no aplicación” de esta facultad, tienen un sentido de no modificar la carga tributaria como producto de alguna de estas operaciones, y de esta forma, que la reorganización tenga como objeto disminuir el pago de impuesto. Esto nos hace pensar, que la legítima razón de negocios, y en virtud de lo interpretado por el mismo SII, debe ser algo “no tributario”, manteniendo los mismos valores y carga impositiva que antes de realizar los actos, y donde sus efectos se vean a nivel financiero, organizacional, comercial o cualquier otro, que no sea el tributario. Y por otra parte, entendemos que se limita la facultad discrecional del SII para tasar ciertas operaciones y asignación de activos, bajo el fundamento de un valor distinto al *corriente en plaza* sin un criterio unificado. Esto, ya que, si bajo el criterio del SII en un periodo de tiempo en particular, se produce una división o fusión, donde la asignación de un activo es notoriamente inferior a los corrientes en plaza o de los que normalmente se cobren en convenciones de similar naturaleza, el SII no podrá ejercer su facultad de tasación sin necesidad de citación previa, si dicha asignación fue realizada bajo el valor tributario de los activos, puesto que en virtud de la misma norma, es un ámbito de no aplicación.

3.2. Nuevo Inciso Quinto artículo 64 Código Tributario:

Sin lugar a dudas, que entre los elementos más interesante que podemos encontrar en el análisis del artículo en comento y la correspondiente circular, es la redacción del nuevo inciso quinto⁵⁷. De esta incorporación, se desprende como elemento central, nuevas circunstancias bajo las cuales la facultada de tasación que completa el artículo 64 del Código Tributario no se aplica.

Para su no aplicación, los procesos de reorganización deben cumplir los siguientes requisitos: 1) “*Que implique un aumento de capital en una sociedad preexistente o la constitución de una nueva sociedad*”. Es decir, a modo de ejemplo inmediatamente tenemos 2 posibilidades. Por una parte, que una sociedad aumente su capital, mediante el aporte de activos de cualquier clase, que resulten provenientes de otro proceso de reorganización. O bien, una

⁵⁷ Ver Supra – Página 8.

división de una sociedad, mediante la cual se constituya una nueva sociedad, a la cual se le asignen activos que tenía la sociedad dividida.

Un 2) Requisito, es la condición que *“no se originen flujos directos de dinero para el aportante”*. De esta forma, el aporte que se realice se haga efectivamente como un aporte aumentando el capital de la sociedad, ya sea la constituida o la ya preexistente; y que quien aporta no lo realice por recibir algo a cambio. En estricto rigor, a nuestro juicio, la interpretación del SII busca que el patrimonio de quien aporta se mantenga mediante el activo inversión, de una en otra sociedad, y no cambiar este activo, por dinero en efectivo. De esta forma, al capitalizar y transferir a la sociedad naciente o preexistente un activo ya valorizado, la sociedad que adquiera dicho activo, deberá mantener el mismo valor como costo, y el valor que aportante tenga a dicho bien, será el mismo en el que se aportó. Sin estar sujeto a la liquidación de un activo, lo que puede ocasionar un mayor valor, y beneficio tributario para quien aporta.

El 3) requisito que se establece, es *“que los aportes que se efectúen y registren al valor contable o tributario en que los activos estaban registrados en la aportante”*. Este requisito, viene en reafirmar lo comentado en el párrafo anterior. Es decir, si el aportante viene en aportar derechos sociales que tenía en otra compañía, a la nueva sociedad (en adelante, la “NEWCO”), el valor al que la NEWCO registrará este aporte, será el mismo que tenía el aportante; y no se verá afectado por una valuación particular o que las partes quieran asignarle luego de alguna tasación comercial.

Finalmente, el 4) requisito, establece que *“los valores se asignen en la respectiva junta de accionistas o escritura públicas de constitución o modificación de la sociedad tratándose de sociedades de personas.”* Es decir, se deberá dejar constancia en el mismo acto de constitución o aumento de capital; el valor de asignación según el criterio del requisito 3); el cual a su vez, significará establecer el valor de común acuerdo que las mismas partes establecen; no siendo sujeto a una interpretación o variación según las fluctuaciones del negocio o mercado en particular.

“De los requisitos exigidos por la norma legal antes mencionada, cabe destacar el indicado en el punto a.1.3)” – requisito 3) – *“ precedente, en cuanto a que los aportes se pueden efectuar a las*

empresas o sociedades receptoras de ellos al valor contable (financiero) o tributario que tenían registrado en la sociedad fuente aportante, pero si el valor contable o financiero es superior al tributario, a la empresa aportante se le produce una utilidad o un mayor valor equivalente a la diferencia existente entre ambos valores, sobre el cual debe tributar con los impuestos generales de la Ley de la Renta, esto es, con el impuesto de Primera Categoría y Global Complementario o Adicional, según corresponda, aplicándose dichos tributos en la oportunidad que establecen las normas legales de la ley del ramo que regulan los citados gravámenes.” De esta forma, se mantiene a lo largo de todo el análisis e interpretación entregada por el SII mediante esta circular, que el objetivo de este aporte debe ser uno distinto a disminuir la carga tributaria de cualquiera de los contribuyentes, eliminando cualquier posibilidad que la reorganización tenga como objetivo un no pago de impuesto. De esta forma, al interpretar que el mayor valor deba ser pagado por la aportante antes del aporte, no será atractivo para un contribuyente que quiere disminuir su carga tributaria, realizar esta operación. En este punto, a nuestro juicio, nos parece que además de fijar el criterio respecto a ciertas operaciones, y definir el momento en que se debe considerar el mayor valor para estos aportes, el SII viene en regular cuando entenderá el concepto de legítima razón de negocios en este tipo de reorganizaciones. Ya que, entrega al contribuyente la posibilidad de registrar el aporte en la NEWCO o la sociedad que se aumenta su capital, a valor contable o tributario (requisito 3); sin embargo, sea cual sea su elección y registro del aporte, siempre, si conlleva un mayor, el impuesto se deberá pagar siempre antes de materializar la operación, según corresponda. De otra forma, un contribuyente, podría aportar a la NEWCO un activo, cuyo valor es mucho mayor, al que tributariamente tiene asignado; producto que este activo goza de mucho valor en ese momento en el mercado, y aportándolo a la NEWCO, el contribuyente aumentará el valor del activo, hoy siendo los derechos sociales sobre la NEWCO, sin tributar por este mayor valor.

De esta forma, *“si se cumplen las condiciones antes señaladas, no se aplicará lo dispuesto por el artículo 64 del Código Tributario,”* es decir, la facultad de tasación. Este punto, resulta de todo lógico, ya que, el impuesto al que puede estar afectada operación, se entiende pagado

o determinado ante todo evento, por el sólo hecho que será el aportante quien tendrá que pagarlo.

Finalmente, el SII cierra su interpretación al indicar que *“debe tenerse presente, que se entenderá que existe reorganización para los efectos de lo dispuesto en dicha norma, cuando exista 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”*. Nos parece, que es justamente este último punto, el que hemos podido ir desarrollando y entendiendo a lo largo de nuestro análisis, especialmente al momento de tener como elemento de texto esta circular, y como el SII plasma en ella el criterio definitivo que entenderá como legítima razón de negocios.

CAPITULO IV

RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIÓN

Nos parece que a lo largo de nuestro análisis, hemos abarcado distintos elementos en búsqueda de poder definir lo que significa el concepto de legítima razón de negocio. Nos parece, que resulta importante, retomar el punto inicial dicho en la introducción de este trabajo. El legislador, mediante el Artículo 64 del Código Tributario, otorgó al SII una de las facultades o atribuciones más relevantes que podemos encontrar en general, a lo largo del ordenamiento que lo rige. Sin dudas, que puede ser materia de un trabajo posterior determinar que dificultad del SII es más relevante, o importante por sobre otra, pero sin lugar a dudas, esta facultad de tasación es de las más autónomas, y que mayor ejercicio de sus facultades le permite ejecutar. En este sentido, de la mera atribución otorgada, nos encontramos que los límites por parte del SII para ejecutar la tasación son bastante amplios. Por una parte en un inicio se le otorga la facultad, y por otra con el paso del tiempo, la modernización de las operaciones y el crecimiento del mercado con un desarrollo de movimientos a gran velocidad obligó a restringir esta facultad, que en un principio era bien amplia.

Hoy, el legislador otorga al SII, una facultad de tasar, la cual por una parte le permite gozar de gran autonomía, pudiendo tasar las operaciones como elemento central. Pero por otro, intenta limitar esta facultad de tasar, planteando ciertas hipótesis en las cuales la facultad de tasar no se aplicará. En este punto nos gustaría detenernos, ya que a nuestro entender, el legislador lo que viene hacer, no es limitar la facultad de tasación respecto a un criterio de arbitrariedad, si no, que viene a limitar esta facultad según el tipo de operaciones en las cuales el legislador no quiere que el SII pueda entrar a revisar y ejercer las facultades que él mismo legislador le otorgó. Dicho de otra forma, se le otorga la facultad de tasar al SII, diciéndole, puedes tasar a tú arbitrio, todas las operaciones que se enmarquen entre tales limites, pero si pasas a ciertos límites, tu facultad de tasación quedará excluida.

Y son justamente estos límites, los que se encuentra inmersos en el concepto de legítima razón de negocios. En otras palabras, le legislador permite tasar al SII, si pasa a

cierto límite, podrá tasar siempre y cuando no exista una legítima razón de negocios. Desde un punto de vista teórico, podríamos encontrar en un principio lógica esta forma de regular la facultad de tasación. Pero si analizamos aún más allá, el límite que el mismo legislador entrega al SII, es un concepto, como el de legítima razón de negocios, el cual, sólo se enuncia, no existiendo un desarrollo normativo, que indique al SII y a los contribuyentes, que se debe entender por tal, y de qué forma las operaciones que se realicen, sean orgánicas y conversen con el resto de la legislación.

Con este camino revisado, nos encontramos que fue el mismo SII quien vino a darle un contenido al concepto entregado por el legislador. Sin embargo, como pudimos estudiar, los distintos criterios y reglas entregadas por el propio SII, vienen en relación a una interpretación meramente del pago de impuesto, y no funcional a lo que una reorganización puede tener en la práctica. Dicho de otra forma, revisamos las operaciones completas que se pueden llevar en el marco de una reorganización, entre las cuales pueden existir tantas razones para llevarlas a cabo, como la realidad de cada persona, grupo empresarial, familia o negocio se tenga, y todas tendrá un carácter de legítimo, mientras se cumpla con los principios de legalidad regulados de forma general. Sin embargo, una operación que puede tener una legítima razón de negocios desde el punto de vista del lenguaje o de la realidad comercial o económica, quedara sujeta a una facultad de tasación del SII, porque puede que para el concepto de legítima razón de negocio del mismo SII, no lo sea. Esta diferencia de criterios, los cuales pueden atraer efectos económicos aberrantes para los contribuyentes, si no miran desde el prisma del SII sus operaciones, nos parece sin duda que es una mala técnica legislativa de nuestros legisladores, quienes al final, entregaron una definición e interpretación de la misma, al ente que la aplica, sin considerar que existe tanto otros espacios de la sociedad, los cuales son regulados por las mismas normas, que pueden tener otras circunstancias y características. El legislador sin dudas debió entregar elementos literales, bajo los cuales los criterios de los distintos órganos intervinientes pudieran desarrollar su definición, o al menos aproximarse.

Finalmente, y dando cuenta de esta problemática nos encontramos con alguna aproximación al concepto desarrollada por el propio SII. Quien, sigue de cierta forma la técnica del legislador, viene a desarrollar lo que entiende por legítima razón de negocio, sin decir qué es legítima razón de negocio, y aún peor, sin decir qué lo desarrolla. Así, nos encontramos con una aproximación al concepto dada por el SII de forma negativa. Es decir, el SII establece que será una legítima razón de negocios, aquella operación que no tenga por objeto el no pagar, o pagar menos impuestos. Lo cual vimos, puede ser una de los objetivos, además de un sinfín de otros que cada contribuyente vislumbró con la operación; y es aún más, una cierta operación puede tener una legítima razón de negocios, la cual termina con un resultado de pagar menos impuesto, pero este resultado el contribuyente nunca lo espero.

Considerando el análisis entregado, nos parece que una aproximación apropiada o propuesta de definición al concepto de legítima razón de negocio, es el sustento que tienen operaciones complejas o de reorganización, cuyo resultado determine un aumento patrimonial final por parte de los beneficiarios finales, el cual producto de la reorganización signifique una disminución o menor pago de impuesto, como único resultado.

BIBLIOGRAFÍA

Libros, revistas y artículos:

- ALESSANDRI, ARTURO. "De los Contratos". Editorial Jurídica de Chile.
- FAUNDEZ UGALDE, ANTONIO. Pérdida tributaria y sus efectos en los procesos de reorganización empresarial. Centro de Estudios Tributarios Universidad de Chile.
- MARDONES OSORIO, MARCELO, "Modificaciones Estructurales de Sociedades". Edición 2018, Thomson Reuters.
- NAVARRO BELTRÁN GONZALO: "Notas sobre principio de derecho constitucional tributario". Revista de Estudios Público Universidad de Chile, Volumen N° 70.
- OIT- SERCOTEC Santiago, Oficina Internacional del Trabajo, 2011 Manual para emprendedores de Chile, 2011.
- Revista de Estudios Tributarios N° 18(2017) , Centro de Estudios Tributarios de la Universidad de Chile. Excepciones a la Facultad de Tasar del Artículo 64 del Código Tributario.
- Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 18 - N° 2, 2011.

Leyes y normativa:

- Ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas.
- Código Tributario.
- Código de Comercio.
- Circular N° 109, de fecha 17 de agosto de 1977, Servicio de Impuestos Internos.
- Oficio N°4.697, de fecha 23 de julio de 1980, Servicio de Impuestos Internos.
- Circular N°15, de fecha 30 de enero de 1986, Servicio de Impuestos Internos.
- Circular N° 23 de 6 de febrero del Año 1975, Servicio de Impuestos Internos.

- Circular N° 68 del 28 de noviembre del año 1996, Servicio de Impuestos Internos.
- Circular N° 45 del 16 de julio del año 2001, Servicio de Impuestos Internos.
-

Jurisprudencia:

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 822-07, 3 de noviembre de 2007.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 718-07, 26 de noviembre de 2007.