

NEUTRALIDAD TRIBUTARIA EN LOS PROCESOS DE DIVISIÓN DE SOCIEDADES: ANÁLISIS DESDE FUNDAMENTOS DE NEUTRALIDAD FISCAL¹

LUIS ANTONIO ÁLVAREZ GARCÍA DE LA HUERTA²

RESUMEN

Este trabajo busca efectuar un análisis crítico del régimen chileno de neutralidad tributaria de la división de sociedades en materia de impuesto a la renta. Esto, desde la perspectiva de los fundamentos de dicho régimen. Para lo anterior, se expone el tratamiento de la división en nuestro ordenamiento, frente a la neutralidad tributaria en su concepto y fundamentos. De este modo, se plantea la necesidad de desarrollar el estatuto jurídico de neutralidad existente, donde respecto a la división, cobren mayor relevancia criterios propios de lo que es una reorganización empresarial y sus principios, más allá de la regulación corporativa aplicable.

PALABRAS CLAVE: Neutralidad tributaria, reorganización empresarial, división

INTRODUCCIÓN

En el ámbito empresarial, es común la necesidad que tienen las empresas de reorganizarse, para así hacer frente a las diversas vicisitudes que se les presentan en el desempeño de sus giros. Esto adquiere relevancia en un contexto económico cambiante y competitivo, el que muchas veces hace dable modificar la estructura de un negocio, para así continuar desarrollando el mismo.

Es así como nuestra legislación contempla diversas operaciones que pueden constituir la reorganización de una empresa, tales como, aportes o transferencias, radicaciones, transformaciones, fusiones, divisiones, entre otras tantas. Atendida su naturaleza, dichas operaciones generalmente no buscan la realización de ganancias o rentabilidades, sino que establecer una nueva estructura

¹ Este trabajo corresponde a resumen adaptado de parte de Actividad Formativa Equivalente a Tesis defendida por el autor en el contexto del Magister en Derecho Mención Derecho Tributario cursado en la Universidad de Chile.

² Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Magister en Derecho Mención Derecho Tributario Universidad de Chile. Consultor Tributario Senior en Deloitte Chile.

del negocio. Las cuales, entre otras consideraciones, en cuanto reorganización empresarial, tienen por fundamentos o principios la continuidad de la empresa en el desarrollo de sus negocios y la continuidad del interés de los propietarios. Dado lo anterior, es que las reorganizaciones empresariales llevan comúnmente aparejadas un tratamiento de neutralidad tributaria, ya que es dable admitir una postergación en la tributación de la empresa o sus propietarios, toda vez que pese a existir un cambio de estructura, el negocio e interés de los propietarios en el mismo continúa.

Así, en materia de impuesto a la renta, la neutralidad tributaria se ha abordado como un régimen de reconocimiento legal que inhibe la generación de ganancias o pérdidas tributables en determinados actos³. Donde, tratándose de ganancias de capital, la neutralidad constituiría una excepción a su régimen general de tributación, en el que existe un concepto amplio de renta⁴ en la LIR⁵, susceptible de tributar con IDPC, IGC o IA, dependiendo de la concurrencia de los distintos supuestos normativos contemplados en nuestra ley tributaria. En caso contrario, la neutralidad fiscal implicaría la no generación de una pérdida para efectos tributarios.

No obstante, la importancia de la neutralidad tributaria, en nuestro país no presenta un desarrollo jurídico autónomo, sino que principalmente se desprende, de una inhibición de la facultad de tasar del SII. Al efecto, la tasación en general permite al SII determinar valores o rentabilidades de mercado en las operaciones de los contribuyentes, a efectos de aplicar un impuesto. De este modo, al establecerse una inhibición para el SII en la aplicación de esta facultad, la rentabilidad de mercado perdería relevancia, dándose un reconocimiento del costo tributario de los activos y pasivos que podrían ser asignados o transferidos en una reorganización empresarial, no originándose, por tanto, resultado tributario alguno.

Por otro lado, si bien este régimen es de lógica aplicación en las reorganizaciones empresariales, en nuestro ordenamiento no se ha atendido del todo a la existencia de los fundamentos de continuidad de una reorganización empresarial. Al efecto, en algunos casos, se han considerado ciertas operaciones corporativas

³ Entendimiento desarrollado en curso de Reorganizaciones Empresariales, de Magister en Derecho Tributario, Universidad de Chile, 2020, en base a desarrollo administrativo del Servicio de Impuestos Internos. Profesores, Mario Silva P, Ariel Castillo S. y César Toledo C.

⁴ Artículo 2 N°1 de la Ley sobre Impuesto a la Renta: “*Para los efectos de la presente ley se aplicarán, en lo que no sean contrarias a ella, las definiciones establecidas en el Código Tributario y, además, salvo que la naturaleza del texto implique otro significado, se entenderá: 1.- Por “renta”, los ingresos que constituyan utilidades o beneficios que rinda una cosa o actividad y todos los beneficios, utilidades o incrementos de patrimonio que se perciban o devenguen, cualquiera sea su naturaleza, origen o denominación*”.

⁵ Decreto Ley N°824, Chile.

en específico, las cuales de ordinario constituirían una reorganización empresarial, pero podrían carecer por ejemplo de fundamentos de continuidad de la empresa o interés de los propietarios. Como contrapartida, esta sujeción a operaciones del ámbito corporativo también puede implicar que otras operaciones similares que califiquen como una reorganización empresarial y cumplan con los fundamentos referidos, definitivamente se excluyan por no haber en la regulación corporativa.

Este es el caso de la división de sociedades, en que la principal disposición de neutralidad fiscal es el Inc. 4° del Art. 64 del CT⁶, donde se ha entendido que, a falta de definición tributaria de dicha operación, debe atenderse necesariamente a la división de la Ley de S.A.⁷ para que se considere neutra. En particular, la división de la Ley de S.A. se ha considerado neutra tributariamente por el SII, toda vez que se ha interpretado que tendría un efecto declarativo, donde no existe por tanto una enajenación.

Lo anterior no es algo menor, al efecto, las divisiones constituyen un acto de reorganización empresarial de común aplicación, las cuales tanto en el desarrollo doctrinal como comparado presentan más modalidades que la de Ley de S.A. Así, en Chile, se presenta el problema de que nuestra legislación limitaría la libertad reorganizacional mediante divisiones, ya que existen otras modalidades escisorias, que al igual que la división de la Ley de S.A., tienen la aptitud para considerarse una reorganización empresarial en cuanto a sus fundamentos. Fundamentos que no precisamente atienden al efecto declarativo señalado.

Por otro lado, en relación a los requisitos de neutralidad fiscal de la división, el Inc. 4° del Art. 64 del CT, se limita a exigir un deber de registro de valor tributario de activos y pasivos asignados en división. No obstante, la importancia que pueda tener este requisito a efectos de registro cabe nuevamente cuestionar si atiende a la existencia de una reorganización empresarial en sus principios o fundamentos.

A efectos de analizar la problemática anterior, el presente trabajo trata primeramente la división de sociedades en general y su contraste con la de la Ley de S.A. Donde, considerando esto, se expone en términos generales la aplicación de un régimen de neutralidad fiscal en las divisiones, mediante la inhibición a la facultad de tasar del SII.

A partir de esto, con miras a evaluar el régimen existente en Chile, se analiza el mismo a partir del concepto y principios de la neutralidad tributaria, donde, como se indicó, cobra relevancia entre otras consideraciones, la continuidad de la empresa e interés de los propietarios.

⁶ Decreto Ley N°830, Chile.

⁷ Ley N°18.046, Chile.

I DIVISIÓN DE SOCIEDADES

Sin perjuicio de que este artículo tiene por objeto analizar la división de sociedades y su neutralidad fiscal a partir de los fundamentos de este último régimen, es preciso referirse primeramente a la división. Esto toda vez que, atendiendo a la división y sus características generales es posible identificar otros tipos de divisiones no tratadas en nuestro ordenamiento, que pueden guardar coherencia con la neutralidad tributaria y sus fundamentos en cuanto operación de reorganización empresarial.

1. DIVISIÓN DE SOCIEDADES Y CARACTERÍSTICAS GENERALES

La división o también denominada escisión⁸, doctrinariamente se ha entendido como una figura jurídica en virtud de la cual una sociedad existente escinde su patrimonio, en forma total o parcial, para dar origen a nuevas sociedades o a sociedades ya existentes, a las cuales se incorpora en bloque el patrimonio o la parte del patrimonio escindido como así también sus accionistas⁹.

En términos similares, se ha señalado que la división de sociedades 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 o traspasándolo a una o más sociedades beneficiarias existentes, asignándoseles a los socios de la sociedad traspasante títulos de la nueva sociedad beneficiaria o de la sociedad absorbente beneficiaria¹⁰.

Así, en general, la división se ha caracterizado por presentar: (i) Existencia de una disminución patrimonial de la sociedad escindida, donde se desprende de todo o parte de su patrimonio; (ii) Existencia de una asignación o traspaso del patrimonio escindido a una o más sociedades, ya sean de nueva creación o preexistentes; (iii) Existencia de asignación de derechos para los socios de la sociedad dividida en la o las sociedades beneficiarias del patrimonio escindido.

De dicho entendimiento, es posible sostener que la división, en su concepto doctrinal, comprende diferentes tipos de escisiones¹¹, los cuales podemos clasificar entre otras categorías en:

⁸ A efectos de este Artículo nos referiremos a ambos conceptos como sinónimos.

⁹ Sandoval (2009), p. 391.

¹⁰ Mardones (2018), p. 267.

¹¹ Sin perjuicio de lo anterior, se pueden considerar otras clasificaciones. Así se encuentra la segregación, en que se contempla la posibilidad de que los títulos de la nueva sociedad beneficiaria o de la sociedad absorbente beneficiaria no sean entregados a los socios de la sociedad dividida, sino que directamente a la propia sociedad dividida; en Mardones (2018), p. 268.

- a. **Escisión total o parcial:** En este caso, la escisión se puede presentar como una distribución total o parcial del patrimonio de una empresa a otra u otras. Si la distribución es total, se denomina escisión total¹², en donde la sociedad que distribuye su patrimonio desaparece; si es parcial, se conoce como escisión parcial o división, caso en el cual la sociedad dividida no se extingue¹³.
- b. **Escisión por creación o por absorción:** Si se atiende a la sociedad receptora del patrimonio escindido, se puede distinguir una división por creación de una por absorción. La primera corresponde a una operación de modificación estructural en la cual una sociedad separa una porción o la totalidad de su patrimonio, creando con él una o varias nuevas sociedades beneficiarias; mientras que, en la segunda, el patrimonio separado se traspa a una o más sociedades beneficiarias ya existentes¹⁴.
- c. **Escisión homogénea o heterogénea:** A partir de la clasificación anterior, se presenta como subdistinción en la escisión por creación, la escisión homogénea de la heterogénea. La división es homogénea si se crean sociedades de los mismos tipos sociales que la dividida, o heterogénea en caso contrario^{15 16}.
- d. **Escisión simétrica o asimétrica:** Finalmente, en relación con los socios de las sociedades involucradas en una división, se puede distinguir también entre la división simétrica de la asimétrica. En las divisiones simétricas, los socios o accionistas de la sociedad que se constituye producto de la división mantienen las mismas proporciones que tenían en la sociedad dividida. Y, en las divisiones asimétricas, los socios o accionistas tienen proporciones distintas¹⁷.

Por otro lado, si bien no se refiere a la división en concreto, es posible distinguir la misma con alcance nacional o internacional. En la escisión nacional los efectos de la operación se agotan íntegramente en nuestro país. Por su parte, en la división internacional, se encuentra la división transfronteriza y la división en el extranjero con activos situados en Chile. La división transfronteriza se identificaría con aquella en que la sociedad beneficiaria del patrimonio escindido es de una jurisdicción diferente a la de la sociedad dividida; y la división extranjera con activos en Chile, correspondería a la división en que tanto la sociedad dividida como la beneficiaria se encuentran en el extranjero, pero de todas formas existen activos situados en Chile involucrados en la operación.

¹² También denominada “división total” en Mardones (2018), p. 287.

¹³ Puelma (2011), p. 219.

¹⁴ Mardones (2018), p. 267.

¹⁵ Puelma (2011), p. 219.

¹⁶ Somos de la opinión, que bien podría aplicar esta clasificación a la división por absorción, en el caso de que la sociedad beneficiaria del patrimonio escindido sea de diverso tipo social que la dividida.

¹⁷ Clasificación desarrollada en curso de Reorganizaciones Empresariales, de Magister en Derecho Tributario, Universidad de Chile, 2020, en base a desarrollo administrativo

De este modo, es apreciable la existencia de diferentes tipos de escisiones, lo cual se condice con el tratamiento comparado¹⁸, donde la división de sociedades regulada en Chile contemplaría sólo algunas modalidades.

2. DIVISIÓN EN CHILE

En lo que se refiere a la regulación de la división a nivel local, al no contar esta operación con una definición en materia impositiva, la Ley de S.A. es la normativa que define la escisión para fines tributarios. Al efecto, en su Art. 94 establece que se entiende por división:

“La división de una sociedad anónima consiste en la distribución de su patrimonio entre sí y una o más 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”.

Este concepto de división es relevante, ya que en materia de neutralidad tributaria se ha entendido por el SII que las divisiones susceptibles de neutralidad son las de la Ley de S.A.¹⁹.

En relación al concepto de división anterior, y tomando las clasificaciones dadas, es posible clasificarla como una escisión parcial, por creación, homogénea de S.A. y simétrica.

La división de la Ley de S.A. sería parcial, ya que el Art. 94 de dicho cuerpo normativo, indica que la división consiste en la distribución del patrimonio de una sociedad entre sí y una o más sociedades que se constituyen al efecto²⁰.

Por otro lado, la creación, viene dada porque producto de la división se constituyen una o más S.A. con el patrimonio escindido. Es por esto que el Art. 94 referido trata como “sociedades anónimas que se constituyen al efecto” o “nuevas sociedades”.

A su vez, del Art. 94 de la Ley de S.A., se podría sostener que la división es homogénea, toda vez que recae sobre una S.A. y una o más S.A. que se constituyen al efecto. De todas formas, las divisiones heterogéneas han sido admitidas atendiendo a los Arts. 147 f)²¹

del Servicio de Impuestos Internos. Profesores, Mario Silva P, Ariel Castillo S. y César Toledo C.

¹⁸ Al efecto, es posible encontrar estas modalidades de escisiones en el derecho continental europeo y en Estados Unidos de un modo más flexible en lo que se refiere al tipo de operación, ver: Álvarez (2022), p. 12-18. También en Latinoamérica es posible afirmar la existencia de estos tipos de escisiones en Argentina y Colombia.

¹⁹ Servicio de Impuestos Internos, Circular N°45 de 2001.

²⁰ Hernández (2005), p. 107.

²¹ Artículo 147 letra f) del Reglamento de Sociedades Anónimas: “En una fecha no posterior a la del primer aviso de citación de la junta extraordinaria de accionistas que deberá pronunciarse sobre la división y hasta el mismo día de su celebración, el directorio deberá poner a disposición de los accionistas

y 150²² del Reglamento de S.A.²³ También, se ha justificado legalmente esta operación, atendiendo al Art. 95 N°2 de la Ley de S.A.²⁴. Al efecto, se ha entendido que la creación de toda sociedad supone la determinación de sus estatutos, donde no es esencial que sean idénticos a los de la sociedad dividida, y por tanto tampoco es requisito que la nueva entidad tenga el mismo tipo social que la antigua²⁵. En concordancia con esto, el SII ha admitido esta operación como división de la Ley de S.A.²⁶, y por tanto división válida para efectos tributarios.

Finalmente, la división de la Ley de S.A., en su definición es simétrica, ya que les corresponderían a los accionistas en las nuevas sociedades, la misma proporción que poseían en la sociedad que se divide. De todas formas, es también posible admitir una asimetría atendiendo al Art. 100²⁷ de la Ley de S.A., en cuanto establece, en lo que interesa, que ningún accionista puede perder su calidad de tal con motivo de una división, a menos que consienta en ello. Esto permitiría aseverar que, de consentirlo, un accionista podría perder su calidad de tal en una división, por tanto, se alteraría la proporción de participación de los accionistas en la sociedad constituida producto de división²⁸.

los siguientes antecedentes: f) Los proyectos de estatutos de la o las sociedades que se crean producto de la división, los que podrán ser diferentes a los de la sociedad que se divide, en todas aquellas materias que se indiquen en la convocatoria, incluso pudiendo corresponder a otros tipos sociales, en caso que hubiese ocurrido simultáneamente una transformación; y (...)”.

²² Artículo 150 del Reglamento de Sociedades Anónimas: “(...) Si producto de la división, nacieran dos o más sociedades nuevas que tuvieren como formalidad de constitución la inscripción de un extracto en el Registro de Comercio, se deberá realizar un extracto que contenga la modificación de la sociedad dividida, y extractos separados, uno por cada nueva sociedad que nace de la división, todos los cuales deberán cumplir con las menciones y las formalidades establecidas en el Artículo 5 de la Ley respecto de cada una de ellas. (...)”

En caso que de la división naciera una sociedad que no fuere sociedad anónima, por haber operado simultáneamente una transformación, deberá cumplirse respecto de dicha sociedad con las formalidades propias de su tipo social”.

²³ Decreto N°702, Chile.

²⁴ Artículo 95 N°2 de la Ley sobre Sociedades Anónimas: “La división debe acordarse en junta general extraordinaria de accionistas en la que deberán aprobarse las siguientes materias: 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 (...)”.

²⁵ Lyon (s.a.), p. 211.

²⁶ Servicio de Impuestos Internos, Oficio N°3.422 de 2016.

²⁷ Artículo 100 del Reglamento de Sociedades Anónimas: “Ningún accionista, a menos que consienta en ello, podrá perder su calidad de tal con motivo de un canje de acciones, fusión, incorporación, transformación o división de una sociedad anónima”.

²⁸ También se puede considerar en el mismo sentido, el Artículo 147 g) del Reglamento de Sociedades Anónimas: “En una fecha no posterior a la del primer aviso de citación de la junta extraordinaria de accionistas que deberá pronunciarse sobre la división y hasta el mismo día de su celebración, el directorio deberá poner a disposición de los accionistas los siguientes antecedentes: (...) g) El número de acciones o participación en los derechos sociales de las sociedades que se constituyen

No obstante el reconocimiento corporativo de la asimetría, el SII se ha mostrado disconforme con esta interpretación y no ha admitido tributariamente las escisiones asimétricas. Al efecto, el SII ha interpretado que el Art. 100 es de protección de intereses minoritarios, pero que en caso alguno puede desvirtuar la proporcionalidad en las participaciones, el cual sería para el SII uno de los elementos de la esencia de una división²⁹.

Sin perjuicio, de la interpretación del SII, creemos que en base al Art. 100 de la Ley de S.A. esta operación sí correspondería a una división. De todos modos, como se verá, la asimetría no se condeciría con la neutralidad fiscal, si cambia la participación cuantitativa consolidada de los socios en los patrimonios involucrados en una división. Al efecto, resulta lógico que los socios o accionistas no aumenten su patrimonio en una división para que sea neutra, pero esto no implica que deban tener idénticas participaciones en cada patrimonio (el de la sociedad dividida y beneficiaria). Para entender lo anterior, se puede mencionar como ejemplo España, donde en el ámbito tributario existe una proporcionalidad cuantitativa en las escisiones y otra cualitativa. La primera, estaría siempre presente en las escisiones, y consiste en que debe cumplirse una correlación entre el valor de las acciones de cada accionista en la sociedad originaria con el valor de las acciones que recibe de la sociedad escindida como canje; la segunda, en tanto, procede cuando la participación de los socios en la sociedad escindida se reproduce idénticamente en cada sociedad beneficiaria que exista en la operación³⁰. Es este último caso, el que se postula como división de la Ley de S.A.; donde de aplicar asimetría por el Art. 100 referido, no se resguardaría una proporcionalidad cuantitativa.

En virtud de lo expuesto, es interesante conocer el concepto de división de la Ley de S.A. y su contraposición con el desarrollo y clasificaciones expuestas, ya que permite analizar si bajo un entendimiento lógico de neutralidad tributaria, es coherente la exclusión de divisiones totales, por absorción o asimétricas con proporcionalidad en el patrimonio consolidado.

que recibirán los accionistas de la sociedad que se divide. Salvo que la unanimidad de las acciones emitidas de la sociedad que se divide acuerde otra cosa, el acuerdo de división no podrá modificar las participaciones relativas de dichos accionistas”.

²⁹ Servicio de Impuestos Internos, Oficio N°3.590 de 2009.

³⁰ Jiménez (2017), p. 20-21p.

II NEUTRALIDAD TRIBUTARIA EN CHILE

1. CONCEPTO DE NEUTRALIDAD TRIBUTARIA Y ENTENDIMIENTO EN LA DIVISIÓN DE SOCIEDADES

En nuestro país la neutralidad tributaria carece de definición legal, de todas formas, el SII la ha entendido como un régimen en ciertas reorganizaciones empresariales, en que no hay ganancias ni pérdidas para efectos tributarios, donde la división no sería la excepción:

“(...); y particularmente que siendo la división una distribución del patrimonio de la sociedad que se divide, no existe propiamente una transferencia o transmisión de bienes, sino que existe una especificación de derechos preexistentes, y este se efectúe bajo un régimen de neutralidad tributaria al no haber ganancias ni pérdidas en la operación antedicha”³¹ [énfasis añadido].

Este entendimiento también ha sido usado en materia de aportes en el extranjero donde existe activo subyacente en Chile³² y en proceso de fusión³³.

Así, la neutralidad tributaria, se ha entendido como un régimen de reconocimiento legal que inhibe la generación de ganancias o pérdidas tributables en determinados actos³⁴.

Dicho tratamiento no implicaría que una operación no pueda contar con resultados financieros asociados³⁵, sino que, atendidas sus características, en el plano fiscal la reorganización no sería apta para una realización de ganancias o pérdidas tributables. Así, en el ámbito comparado se ha considerado que, el objetivo es “neutralizar” las consecuencias fiscales de determinada reorganización empresarial, de modo que la reorganización no implique ni una ventaja ni una desventaja fiscal. De este modo, existe un aspecto que implica que no se aplica ningún impuesto en el momento de la reorganización; y, después de la reorganización, las ganancias imponibles de la sociedad cesionaria y sus accionistas se

³¹ Servicio de Impuestos Internos, Oficio N°843 de 2017, véase mismo entendimiento en Oficio N°947 de 2018.

³² Servicio de Impuestos Internos, Oficio N°1.394 de 2019.

³³ Servicio de Impuestos Internos, Oficios N°362 de 2018, N°1.511 de 2020 y N°1.334 de 2021.

³⁴ Entendimiento desarrollado en curso de Reorganizaciones Empresariales, de Magister en Derecho Tributario, Universidad de Chile, 2020, en base a desarrollo administrativo del Servicio de Impuestos Internos. Profesores, Mario Silva P, Ariel Castillo S. y César Toledo C.

³⁵ Servicio de Impuestos Internos, Circular N°45 de 2001.

calculan sobre la base de elementos fiscales que estaban presentes en la empresa cedente y sus acciones inmediatamente antes de la reorganización³⁶.

En lo que interesa, en el marco del impuesto a la renta, es posible constatar el no reconocimiento de ganancias o pérdidas tributables, respecto de la o las sociedades reorganizadas; y también de sus socios o accionistas. Así, la neutralidad es apreciable desde esas dos perspectivas, lo cual es aplicable para la división de sociedades.

En el caso de las sociedades, es posible detectar que existe una sociedad dividida, la cual asigna todo o parte de su patrimonio a una o más sociedades de nueva constitución o preexistentes. Más allá del tipo de división de que se trate, como elemento común a toda operación de división, hay una sociedad dividida que experimenta una disminución patrimonial, y una o más sociedades beneficiarias del patrimonio asignado. Así, el hecho de que la división sea neutra tributariamente implica que la sociedad dividida no experimenta un resultado tributario de ganancia o pérdida tributaria como consecuencia de dicha asignación. Además, la sociedad beneficiaria del patrimonio tampoco tiene un resultado tributario por el patrimonio que le es asignado.

En lo que respecta a los socios o accionistas, también, como consecuencia de toda división, existe una asignación de derechos o títulos para los socios de la sociedad dividida en la o las sociedades beneficiarias del patrimonio escindido. Esta adjudicación de títulos o derechos a los socios o accionistas, también es neutra tributariamente, toda vez que dichos socios o accionistas no experimentarían un resultado de ganancia o pérdida para efectos tributarios, sino que su participación en la sociedad dividida es reconocida en la o las entidades beneficiarias.

2. FACULTAD DE TASACIÓN Y NEUTRALIDAD TRIBUTARIA EN DIVISIÓN DE SOCIEDADES

En lo que respecta a la neutralidad fiscal, como se dijo, nuestra legislación no trata operaciones de reorganización empresarial como neutras tributariamente, sino que establece ciertos casos en que el SII se encuentra inhibido de ejercer la facultad de tasación. Dado esto, para analizar la neutralidad en nuestro país es necesario atender a la facultad de tasación.

Se ha entendido la facultad de tasación como una atribución que la ley otorga al SII, en virtud de la cual la Autoridad Fiscal se encuentra autorizada para fijar o estimar la base imponible de un impuesto, o los precios o valores que sirvan de base o sean uno de los elementos para la determinación de un impuesto, en los casos y bajo las condiciones establecidas por la norma³⁷.

³⁶ Vanistendael (1998), p. 13.

³⁷ Cabello (2001), p. 34.

No obstante la ausencia de definición legal de qué se entiende por facultad de tasación, el Art. 64 del CT en sus tres primeros incisos concentra en general la regulación de supuestos en el que el SII puede ejercer esta facultad³⁸, sin perjuicio de existir otras disposiciones³⁹.

Por otro lado, dado que los precios o valores que determinen las partes en sus operaciones normalmente constituyen la base o son uno de los elementos para determinar un impuesto, la facultad de tasación sería una NEA. Esto, toda vez que pretendería evitar que el contribuyente evite dolosamente la configuración del hecho gravado o reduzca su carga impositiva⁴⁰.

Más allá de lo anterior, a efectos de neutralidad fiscal, interesa que en ciertos casos el SII puede verse impedido de ejercer la referida facultad de tasación, ya que determinadas operaciones se enmarcarían en un régimen de neutralidad tributaria.

En el caso de la división de sociedades, la única disposición que, en específico, da un tratamiento de neutralidad fiscal en las divisiones sociales, es el Inc. 4° del Art. 64 del CT:

“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” [énfasis añadido].

En base a dicha disposición, y la interpretación administrativa del SII, se ha establecido la neutralidad tributaria de la división de sociedades bajo las siguientes consideraciones: (i) División de sociedad de la Ley de S.A.; (ii) Efecto declarativo de la división; y, (iii) Deber de registro de valores tributarios de los activos o pasivos de la sociedad dividida.

³⁸ Incisos primero, segundo y tercero del Artículo 64 del Código Tributario: “El Servicio podrá tasar la base imponible, con los antecedentes que tenga en su poder, en caso que el contribuyente no concurriera a la citación que se le hiciera de acuerdo con el Artículo 63° o no contestare o no cumpliera las exigencias que se le formulen, o al cumplir con ellas no subsanare las deficiencias comprobadas o que en definitiva se comprueben.

Asimismo, el Servicio podrá proceder a la tasación de la base imponible de los impuestos, en los casos del inciso 2° del Artículo 21 y del Artículo 22.

Quando el precio o valor asignado al objeto de la enajenación de una especie mueble, corporal o incorporal, o al servicio prestado, sirva de base o sea uno de los elementos para determinar un impuesto, el Servicio, sin necesidad de citación previa, podrá tasar dicho precio o valor en los casos en que éste sea 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”.

³⁹ Artículo 10 inciso tercero, 17 N°8 inciso cuarto, 38 inciso tercero de la Ley sobre Impuesto a la Renta, entre otros.

⁴⁰ Vergara (2010), p. 96.

2.1. DIVISIÓN DE SOCIEDADES EN LA LEY SOBRE SOCIEDADES ANÓNIMAS

En relación con estas operaciones, y como ya se ha señalado para el caso de la división, el SII se remite para su entendimiento a la Ley de S.A., supeditando a dicha operación un tratamiento de neutralidad tributaria:

“b.5) Para los efectos de la aplicación de lo dispuesto en el nuevo inciso cuarto del Artículo 64 del Código Tributario, se entiende por las figuras jurídicas que indica la citada disposición lo siguiente, de acuerdo a lo establecido en la Ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas: (...)”⁴¹ [énfasis añadido].

De este modo, se entiende por división, la operación definida en el Art. 94 de la Ley de S.A., la cual hemos calificado, entre otras características, como una escisión parcial por creación.

Cobra relevancia cuestionar si en el presupuesto de que la neutralidad fiscal es un régimen especial de las reorganizaciones empresariales, es del todo coherente que otras operaciones de escisión que tengan características de reorganización empresarial no puedan calificar en dicho tratamiento. Esto podría ser el caso de una escisión total o por absorción, por ejemplo, que si bien no están contempladas en nuestra legislación podrían ser realizables por autonomía de la voluntad, guardando coherencia con principios de neutralidad fiscal.

A esto se puede agregar el hecho de que operaciones de escisión, no contempladas en nuestra legislación, podrían realizarse de todas formas en sus efectos, mediante una combinación de actos neutros tributariamente. Así, por ejemplo, los mismos efectos de una escisión por absorción, podrían lograrse mediante una división de la Ley de S.A., donde la sociedad de nueva creación se fusiona posteriormente con una preexistente⁴².

O, también se podría controvertir si tiene la misma aplicación la división de la Ley de S.A. para las sociedades de personas, toda vez que, el Art. 94 de la Ley de S.A. se refiere expresa y exclusivamente a “sociedades anónimas”⁴³.

2.2. DISTRIBUCIÓN PATRIMONIAL EN LA DIVISIÓN DE SOCIEDADES

Sin perjuicio de lo expuesto, a nivel administrativo, el argumento de neutralidad tributaria en la división no se ha abocado del todo en principios de neutralidad propias del ámbito impositivo, sino que en la distribución patrimonial aplicable a las mismas. Así, la distribución patrimonial de las divisiones se ha considerado

⁴¹ Servicio de Impuestos Internos, Circular N°45 de 2001.

⁴² Álvarez (2022), Capítulo I.

⁴³ Álvarez (2022), p. 45-49.

como una especificación de derechos preexistentes⁴⁴, lo cual tiene un efecto declarativo, no existiendo por tanto una enajenación.

En particular, se ha entendido por enajenación, aquel acto de disposición en virtud del cual un bien pasa a formar parte de un patrimonio diverso⁴⁵. La ausencia de enajenación sería relevante, toda vez que, como acto de disposición de un bien o derecho, implicaría en general un requisito temporal de una eventual ganancia susceptible de ser considerada dentro del hecho gravado renta⁴⁶. Así, la ausencia de enajenación pareciera condecirse con la neutralidad tributaria, toda vez que no habría un acto de disposición patrimonial.

Esta interpretación se sustentó originalmente por la SVS, para las S.A.:

“Al definirse esta institución como un proceso de distribución de patrimonio entre entes jurídicos que desarrollarán actividades independientes, pero manteniendo en conjunto las identidades de un patrimonio inicial, los mismos accionistas y con iguales derechos individuales de estos en el patrimonio referido, esta distribución corresponde necesariamente a una asignación de cuotas de la universalidad jurídica que representa el patrimonio de la sociedad que se divide, realizado por una decisión de los accionistas de la persona jurídica por simple reforma estatutaria.

(...) resulta lógico concluir que en la especie, división de una sociedad anónima, no existe propiamente una transferencia o transmisión de bienes, sino que una especificación de derechos preexistentes, los cuales en virtud de la decisión societaria adoptada en la forma y por la mayoría que prescribe la ley, quedan radicados en entidades jurídicamente independiente, (...)”⁴⁷ [énfasis añadido].

Así, la SVS interpretó que no existe enajenación en la división, ya que hay una identidad en el patrimonio inicial, si se consideran en conjunto los patrimonios de las sociedades resultantes de la operación; donde también son los mismos accionistas en las sociedades involucradas, con iguales participaciones. Teniendo en cuenta esto, el SII se ajustó a la interpretación de la SVS, mediante

⁴⁴ Esto puede ser observado respecto de la sociedad beneficiaria del patrimonio, y también de los accionistas o socios, a los que la sociedad beneficiaria les emite títulos de participación. Así, la sociedad beneficiaria se considera propietaria del patrimonio que le es distribuido atendiendo a la titularidad que tenía la sociedad dividida; y los accionistas o socios de la sociedad beneficiaria, atendiendo a los derechos que tenían en la entidad dividida.

⁴⁵ Servicio de Impuestos Internos, Oficios N°1.385 de 2016, N°1.935 de 2010 y N°843 de 2017.

⁴⁶ Álvarez (2022), p. 63-65.

⁴⁷ Superintendencia de Valores y Seguros (hoy Comisión para el Mercado Financiero), Oficio N°2408 de 1989.

Circular N°68 de 1996⁴⁸. Donde, este entendimiento lo ha reiterado en varias ocasiones⁴⁹.

Sin perjuicio de esto, el efecto declarativo de la división ha sido criticado, atendiendo a que dicho efecto es propio de la partición de la comunidad hereditaria, donde existe un cuasicontrato susceptible de ser dividido. Se ha postulado que, al no existir cuasicontrato en una sociedad, en la división es más propio la procedencia de una “sucesión universal parcial”⁵⁰.

Más allá de la importancia que puedan tener las enajenaciones en la generalidad de los actos de disposición patrimonial, cabe controvertir si para efectos de neutralidad fiscal es del todo relevante. Esto ya que existen operaciones en que se ha interpretado existencia de enajenación, y de todos modos el SII se encuentra inhibido de tasar. Tal es el caso de la fusión por incorporación y por creación en el Inc. 4° del Art. 64 del CT⁵¹, donde el SII entiende en estos casos existe enajenación, pero, de todos modos, se da un tratamiento de neutralidad fiscal al no haber una contraprestación e incremento patrimonial⁵². También se comprenden como enajenaciones neutras, los aportes de capital en los términos del Inc. 5° del Art. 64 del CT⁵³.

⁴⁸ Servicio de Impuestos Internos, Circular N°68 de 1996: “1.- División de una sociedad.- (...), este Servicio ha concluido que en el caso de división de una sociedad, la distribución que se hace del patrimonio de la sociedad que se divide corresponde a la asignación de cuotas de una universalidad jurídica y, consecuentemente, no existe propiamente una transferencia o transmisión de bienes, sino que se trata de una especificación de derechos preexistentes los cuales, en virtud de la decisión societaria adoptada, quedan radicados en una entidad jurídica independiente. En consecuencia, el traspaso de los bienes que se efectúan 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”.

⁴⁹ Servicio de Impuestos Internos, Oficios N°1.873 de 1989; N°2.734 de 1989; N°3.734 de 1989; N°3.654 de 1995; N°2.100 de 1996; N°519 de 2007; N°494 de 2011; N°2.531 de 2015; N°947 de 2018; entre otros.

⁵⁰ Para detalle sobre la sucesión universal parcial en división, véase: Puelma (2011), Mardones (2018) y Greve (2018).

⁵¹ Inciso cuarto del Artículo 64 del Código Tributario: “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”.

⁵² Circular N°68 de 1996, Servicio de Impuestos Internos.

⁵³ Inciso quinto del Artículo 64 del Código Tributario: “Tampoco se aplicará lo dispuesto en este Artículo, cuando se trate del aporte, total o parcial, de activos de cualquier clase, corporales o 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, 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

Por otro lado, existen operaciones en que se podría plantear ausencia de enajenación, al no constar un patrimonio diverso, y de todos modos ser susceptibles de tasación del SII bajo ciertos supuestos. Tal es el caso de la radicación en la constitución de un EP⁵⁴, y la radicación en la constitución de una EI^{55 56}.

2.3. MANTENCIÓN DE REGISTRO DE VALORES TRIBUTARIOS QUE TENÍAN ACTIVOS Y PASIVOS EN LA SOCIEDAD DIVIDIDA

Por otro lado, el Inc. 4° del Art. 64 del CT, exige un solo requisito en materia de neutralidad tributaria, consistente en que la nueva sociedad o la subsistente mantenga registrado el valor tributario de los activos o pasivos de la sociedad dividida o aportante:

“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” [énfasis añadido].

Dicho requisito, se encuentra también reconocido por el SII, en los mismos términos que el Inc. 4° del Art. 64 del CT, en Circular N°45 de 2001⁵⁷.

en la respectiva junta de accionistas, o escritura pública de constitución o modificación de la sociedad tratándose de sociedades de personas”.

⁵⁴ Inciso tercero del Artículo 38 de la Ley de Impuesto a la Renta: “Será aplicable a la asignación de activos de cualquier clase, corporales o incorporales, que se efectúe desde el exterior por la matriz a un establecimiento permanente en el país, o desde éste a su matriz extranjera o a otro establecimiento permanente ubicado en Chile o en el exterior; lo dispuesto en el inciso tercero del Artículo 64 del Código Tributario. Tratándose de la asignación de acciones o derechos sociales en sociedades constituidas en el país efectuada desde el exterior por la matriz a un establecimiento permanente en el país, el Servicio carecerá de la facultad de tasar con tal que dicha asignación obedezca a una legítima razón de negocios, no origine un flujo efectivo de dinero para la matriz y sea efectuada y registrada en la contabilidad del establecimiento permanente al valor contable o tributario en que los activos estaban registrados en ella”.

⁵⁵ Artículo 17 N°8 de la Ley sobre Impuesto a la Renta: “No constituye renta: 8°.- Las cantidades que se señalan a continuación, obtenidas por personas naturales, siempre que no se originen en la enajenación de bienes asignados a su empresa individual, con las excepciones y en los casos y condiciones que se indican en los párrafos siguientes: (...)”.

⁵⁶ Servicio de Impuestos Internos, Circular N°43 de 2021 y Oficio N°4.677 de 2003.

⁵⁷ Circular N°45 de 2001, Servicio de Impuestos Internos: “Ahora bien, el nuevo inciso cuarto agregado a dicho Artículo establece que lo dispuesto en el mencionado precepto legal, especialmente lo establecido en su inciso tercero, comentado en la letra precedente, no tendrá aplicación en los casos que se indican a continuación, siempre y cuando en la especie se dé cumplimiento a los siguientes requisitos: b.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”.

En lo que se refiere a esta disposición, desde nuestra perspectiva, la mantención de registro de valores tributarios más que un requisito de neutralidad tributaria de la división sería una consecuencia de dicha operación. Al respecto, constituiría un error de técnica legislativa la exigencia para que el SII se vea inhibido de ejercer la facultad de tasación, el que se deban mantener registrados los valores tributarios. Esto, ya que no es disponible por parte de los contribuyentes modificar dichos valores, dado que corresponde a una materia propia de un derecho sustantivo o material⁵⁸. Dicho derecho tributario sustantivo se contrapondría al derecho tributario formal⁵⁹. Al efecto, el derecho tributario sustantivo, se referiría al conjunto de normas que disciplinan el tributo, dado esto, no es disponible por los contribuyentes la modificación de los valores tributarios. Lo cual se constata en el marco del principio de legalidad tributaria existente en nuestro ordenamiento.

De este modo, por la naturaleza de reorganización de la operación de división, el deber de registro de valores tributarios, más que un requisito de neutralidad tributaria correspondería a un deber de control exigible al contribuyente; e incluso, más probablemente, corresponde a un efecto de las divisiones, toda vez que, en lo que se refiere al valor tributario de los activos y pasivos asignados, como se señaló, dichos valores no son disponibles por los contribuyentes.

3. REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL Y NEUTRALIDAD TRIBUTARIA

De lo expuesto, el tratamiento de neutralidad tributaria de la división de sociedades se supedita a la aplicación del concepto restringido de la división de la Ley de S.A., donde también se daría importancia a la interpretación de que no existe enajenación, y el cumplimiento del deber de registro de los activos y pasivos conforme al Inc. 4° del Art. 64 del CT.

Sin perjuicio de esto, dado que la neutralidad se identifica de ordinario con las reorganizaciones empresariales, es preciso atender a que se entiende por reorganización empresarial, y conocer qué principios o fundamentos hacen que sea lógico este tratamiento. Consideramos lo anterior relevante, ya que la regulación existente, no contemplaría del todo dichos fundamentos.

El concepto de reorganización empresarial se ha denominado de diferentes formas. Al respecto, el profesor Mardones, las ha tratado como “modificaciones estructurales”, lo cual se originaría en la doctrina norteamericana, donde se alude

⁵⁸ Greve (2018), p. 79.

⁵⁹ Al respecto, el derecho tributario sustantivo es el conjunto de normas que disciplinan el tributo y las relaciones jurídicas accesorias, es decir, que lógicamente se vinculan al tributo; por otro lado, el formal es el conjunto de normas que disciplinan la actividad administrativa y las relaciones que teleológicamente se vinculan, al tributo. De lo anterior, el derecho tributario sustantivo se vincularía con la obligación tributaria y sus elementos, tales como los sujetos de la relación tributaria, el objeto, la causa y el hecho gravado. Jarach (1982), p. 14.

a las *structural changes*. Las *structural changes* se relacionan con aquellas decisiones que, siendo de carácter económico e implicando conocimientos especiales en inversión, diversos de los conocimientos generales propios de la generación de negocios, no se adoptan en el marco general o estructura del negocio como tal, si bien implican un cambio sustancial en la estructura del negocio⁶⁰.

Desde nuestra perspectiva, es interesante que las reorganizaciones implican un cambio sustancial en la estructura del negocio, ya que, implicaría que el negocio continúa funcionando, manteniendo un vínculo con sus propietarios. Así, se ha considerado que, en las reorganizaciones empresariales, dadas sus características, es dable un principio de aplazamiento del impuesto sobre las ganancias no realizadas que existen en el momento de la reorganización⁶¹.

En línea con lo anterior, el SII ha entendido que una reorganización empresarial, involucra una reordenación de los activos que conforman el patrimonio del contribuyente, sin alterar su naturaleza o calidad jurídica⁶².

No obstante esto, el SII en general no ha atendido a la existencia de una reorganización empresarial para dar un tratamiento neutro a dichas operaciones, sino que ha adoptado diversos criterios dependiendo del tipo de acto en particular de reorganización empresarial. Este es el caso de la división, en la cual como se indicó, el SII atiende a que corresponda a la operación del Art. 94 de la Ley de S.A., donde no existe enajenación dada su eficacia declarativa, siempre y cuando se mantengan registrados los valores tributarios de los activos y pasivos asignados.

Sin perjuicio de lo anterior, atendiendo a la Historia de la Ley N°19.705, la cual introdujo los actuales Inc. 4° y 5° del Art. 64 del CT, se puede tener mayor claridad del propósito de las disposiciones referidas. Al respecto previo a aprobarse estos incisos en el Senado, el abogado de la entonces SVS, señor Orlando Vásquez, fundamentó:

“(...) cada vez se hace más frecuente la necesidad de reorganizarse que tienen las sociedades anónimas, sociedades de personas y en general las empresas, constituidas en Chile, por razones legítimas de negocios. En estas circunstancias, lo normal es que tanto de una división, fusión o cualquier otro proceso de reorganización, en que se aportan en forma total o parcial los activos de cualquier clase, subsistiendo la aportante, no se busca realizar una utilidad, sino que una nueva estructura empresarial para enfrentar los problemas que se generan de la dinámica actual de la economía.

En este evento, lo natural es que los activos se aporten a valores de libro, e incluso tributario, de manera que la utilidad que pueda generar la transferencia de esos activos se realizará efectivamente cuando los enajene a su vez la sociedad receptora.

⁶⁰ Mardones (2018), p. 9.

⁶¹ Vanistendael (1998), p. 13.

⁶² Servicio de Impuestos Internos, Oficio N°3.320 de 2016.

No obstante, el Artículo 64 del Código Tributario entrega una facultad al Servicio de Impuestos Internos para tasar los citados valores cuando ellos sean inferiores a los corrientes en plaza los que básicamente son valores comerciales, con lo cual puede gravarse una utilidad no realizada, o bien, que nunca se realice.

Como esta normativa significa mantener una situación de incertidumbre en el resultado de una reorganización lo cual entraba una fluida y oportuna adecuación organizativa, el propio Servicio de Impuestos Internos dictó la Circular N°68, del año 1996, por la cual interpretó la norma legal descrita en el párrafo anterior, procurando el mismo efecto de la indicación que ahora se formula, al señalar que los valores contables o tributarios de los aportes deben considerarse como los corrientes en plaza para los fines del Artículo 64 del Código Tributario, con lo cual la tasación no procede en esa oportunidad.

Ahora bien, como parece más conveniente dar absoluta certeza al régimen tributario aplicable en estos casos, el Gobierno propone incorporar en el mismo Código Tributario el procedimiento descrito, (...)⁶³ [énfasis añadido].

Como se puede ver, la Historia de la Ley menciona la división y otras reorganizaciones como aportes o transferencias. Nos parece interesante recalcar que el argumento para consagrar la inhibición de tasar del SII, no es precisamente la existencia de división bajo el concepto restrictivo de la Ley de S.A. o la ausencia de enajenación en la misma, sino que el hecho de que en estos casos no se realizaría ganancia tributaria, ya que lo que se produce es el establecimiento de una nueva estructura empresarial para continuar un negocio.

Si bien la Historia de la Ley, no es del todo detallada en este punto, en la misma se da a entender que en las reorganizaciones lo que se pretende no es buscar realizar una utilidad, sino que una nueva estructura empresarial para enfrentar los problemas que se generan de la dinámica de la economía, siendo dable por tanto el no reconocimiento de ganancias o pérdidas para efectos tributarios. Este entendimiento se condeciría con desarrollo a nivel comparado, donde se ha señalado que, en las reorganizaciones empresariales, debiese existir una continuación de las actividades comerciales y del interés de los socios o accionistas en la empresa, que no constituye un cambio suficiente en la posición económica para merecer tributación⁶⁴.

III

PRINCIPIOS GENERALES DE NEUTRALIDAD TRIBUTARIA

Si bien los requisitos de neutralidad tributaria en una reorganización empresarial varían de país en país, de todos modos, como se ha adelantado, se han entendido como principios básicos o recurrentes la continuidad de la empresa y el interés

⁶³ Historia de la Ley N°19.705, Boletín N°2289-05, Chile.

⁶⁴ Vanistendael (1998), p. 2.

de sus propietarios en una reorganización⁶⁵. A su vez, se puede considerar la existencia de una legítima razón de negocios o buena fe comercial.

En este punto, cabe indicar que, no es el propósito de este artículo exponer normativa comparada con la intención de que se replique en nuestro país, sino que, dar a entender como estos fundamentos atenderían más propiamente al ámbito tributario, que el tratamiento existente.

1. EXISTENCIA DE CONTINUIDAD EN LA EMPRESA Y CONTINUIDAD DE INTERÉS DE LOS PROPIETARIOS DE ÉSTA

La continuidad de la empresa no es lo mismo que la continuidad de interés de los propietarios de ésta. De todos modos, dada su vinculación, a efectos de una mejor comprensión, nos referiremos a ambas en conjunto.

En lo que se refiere a la continuidad de la empresa, a nivel comparado se ha entendido como el “*Continuity of Business Enterprise Requirement*”. Se refiere a que, en una reorganización adquisitiva⁶⁶, en general, debe existir una continuación del negocio histórico de la empresa cedente por la empresa cesionaria, bajo una estructura corporativa distinta.

Al respecto, en el derecho estadounidense, la continuidad de la empresa sin desconocerse su aplicación a posterior se resguardaría en el tiempo, con un énfasis *ex-ante*. Así, en una operación divisiva de *spin-off*⁶⁷, se exige el requisito de que sociedad matriz y subsidiaria, lleven activamente el negocio, inmediatamente después de la operación, donde se entiende cumplido este requisito si la respectiva sociedad está llevando activamente su negocio al momento de la operación; se ha llevado activamente el negocio por 5 años anteriores a la división; el negocio no haya sido adquirido en los mismos 5 años anteriores, mediante operación en que se reconozca ganancia o pérdida; y, el control de la corporación que conduce el respectivo negocio no debe haberse adquirido por la entidad dividida o alguna subsidiaria en el mismo plazo, mediante operación en que se reconozca ganancia o pérdida⁶⁸.

En este punto, se atendería a la historia de la empresa, para resguardar la existencia de un negocio funcional al tiempo de la división, de modo tal que la

⁶⁵ Vanistendael (1998), p. 14.

⁶⁶ En el derecho norteamericano este requisito se sustenta principalmente atendiendo a reorganizaciones en general de la §368(a)(1) del *US Code*, en ese sentido podría no aplicar del mismo modo en las *corporate divisions*, que se encuentran tratadas en la §355 de la misma norma. No obstante lo anterior, interesa la referencia más que por la operación en concreto, para tratar la continuidad en una reorganización, más allá de la operación en el instante que se realiza y sus efectos inmediatos.

⁶⁷ Consiste en la distribución a prorrata que efectúa una sociedad matriz (entidad dividida) a sus accionistas en el control que esta tiene sobre su subsidiaria (patrimonio aportado).

⁶⁸ Kidder (2011), p. 438-447.

escisión tenga un sustento que permita desprender que la misma obedece a un cambio estructural de la empresa, en que seguirá funcionando bajo otra estructura por razones de negocios. Desde nuestra perspectiva, esto no debería implicar que en lo que se refiere al fondo del negocio, éste deba ser exactamente igual al giro que se desempeñaba con anterioridad a la división; sino que los giros desempeñados, tengan por sustrato el giro de la empresa antes de la división. Así, las legislaciones fiscales suelen exigir que todas las sociedades cesionarias ejerzan una actividad empresarial tras la escisión, lo cual no tiene por qué ser necesariamente la misma actividad que antes de la escisión⁶⁹.

En el caso de Chile, no existiría esta lógica de atender al antes y el después de la operación, de todas formas, existiría una continuidad de la persona jurídica en el acto, mediante la regulación corporativa de la Ley de S.A. que trata una escisión parcial. Dicha continuidad se condeciría más con la persona jurídica, que, con la empresa entendida como negocio histórico, toda vez que más que resguardar la continuidad del negocio, se atiende a que subsista la sociedad dividida.

En ese sentido, bajo el actual entendimiento corporativo, no se contemplaría, la posibilidad de que la empresa no continúe existiendo. Sin embargo, nada obstaría en nuestra legislación a que la entidad continuadora de nueva creación, con posterioridad, no continúe el negocio para el cual se habría realizado la operación o derechamente se disuelva o enajene.

De este modo, es posible plantear que una escisión total, contaría con una continuidad de la empresa, si las sociedades beneficiarias siguen desarrollando el negocio, no obstante, la disolución de la entidad dividida. O, en una escisión por absorción, si la empresa beneficiaria en la división continúa con la actividad empresarial que sustenta el patrimonio asignado.

Dicho lo anterior, además de la continuidad de la empresa, también está la continuidad en el interés de los propietarios como principio general de neutralidad fiscal⁷⁰.

⁶⁹ Vanistendael (1998), p. 19.

⁷⁰ Junto con la continuidad de interés de los propietarios, también se ha distinguido una continuidad en el control en las operaciones divisivas, denominándose en conjunto como “*Distribution of Control and Continuity of Interest requirements*”, en McDaniel, Martin y Simmons (1999), p. 527-541. Al respecto la distribución de control apunta a que en las *corporate divisions* la sociedad escindida o distribuidora transfiere participación en la entidad subsidiaria que controla a sus accionistas; respecto a dicha participación en la sociedad subsidiaria, la sociedad dividida debe tener el control de la subsidiaria antes de la operación; y como resultado de la operación, los accionistas de la entidad dividida deben controlar la sociedad subsidiaria (que antes controlaba la sociedad dividida).

Con esto se velaría que efectivamente exista un cambio sustancial en la estructura del negocio, SEAGO (2021), p. 26.

La continuidad en el interés de los propietarios apunta a que los dueños de la sociedad original mantengan participación en cada una de las sociedades que sobreviven a la operación⁷¹.

La continuidad en el interés de los propietarios se alude en referencia a la §355 (c)⁷² del *Internal Revenue Code*⁷³. Al respecto, se exige una continuidad en la propiedad de los accionistas de la entidad dividida o distribuidora, como en la sociedad subsidiaria sobre la cual se reparten acciones o derechos. Así, se exige en general que los “accionistas históricos” – entendidos como los accionistas de la sociedad dividida antes de la operación –, mantengan al menos un 50% de participación en la entidad dividida y la entidad subsidiaria sobre la cual se reparten acciones o derechos como consecuencia de la operación⁷⁴. Así, los casos, en que no se cumpliría esta condición, apuntan a situaciones en que terceros adquieren participaciones en la sociedad dividida o beneficiaria de la operación, superándose el 50% de participación exigido.

Esta continuidad de interés de los accionistas históricos se resguardaría incluso con posterioridad a la operación divisiva. En este caso, para determinar si existe continuidad, se atiende a cuándo ocurre la posterior enajenación, si fue venta o reorganización, o si responde a un contrato vinculante a la fecha de la división⁷⁵. En definitiva, se atiende a otras operaciones vinculadas, para calificar la operación en su contexto, más allá de la división en particular. La forma en que el derecho estadounidense trata esto haría sentido, toda vez que en el curso de los negocios pueden existir circunstancias ajenas a la voluntad de los propietarios que hagan necesario obstruir esta continuidad; no obstante, de todas formas, la división, en cuanto reorganización empresarial, haya tenido vocación de continuidad del negocio a posterior.

⁷¹ McDaniel, Martin y Simmons (1999), p. 709-711.

⁷² §355 (c), Internal Revenue Code: “(c) *Taxability of corporation on distribution*
(1) *In general Except as provided in paragraph (2), no gain or loss shall be recognized to a corporation on any distribution to which this section (or so much of section 356 as relates to this section) applies and which is not in pursuance of a plan of reorganization.*

(2) *Distribution of appreciated property*

(A) *In general If— (i) in a distribution referred to in paragraph (1), the corporation distributes property other than qualified property, and (ii) the fair market value of such property exceeds its adjusted basis (in the hands of the distributing corporation), then gain shall be recognized to the distributing corporation as if such property were sold to the distributee at its fair market value.; (B) Qualified property For purposes of subparagraph (A), the term “qualified property” means any stock or securities in the controlled corporation.; (...).”*

⁷³ Code of Laws of the United States, Title XXVI, Internal Revenue Code. Estados Unidos.

⁷⁴ Seago (2021), p. 69.

⁷⁵ Kidder (2011), p. 443.

Dicho lo anterior, cabe mencionar, que este tratamiento de continuidad de la empresa y el interés de los propietarios tampoco es ajeno a nuestro continente. Así, se puede mencionar a modo de ejemplo, el caso de Argentina.

En Argentina, el Art. 77⁷⁶ de la Ley de Impuesto a las Ganancias⁷⁷, trata la continuidad de la empresa al establecer que las sociedades continuadoras o subsistentes en una división, deben proseguir por 2 años, la actividad de la empresa dividida u otra vinculada a la misma, para no resultar afectos los resultados de la operación al impuesto a las ganancias de dicho país. Además, se exige que los accionistas históricos, mantengan por el mismo plazo de 2 años, un importe de participación no menor al que debían poseer a la fecha de la división, en el capital de la o las empresas continuadoras, de acuerdo lo determine para cada caso, la respectiva Reglamentación de dicho país.

En el caso de Chile, la continuidad de interés de los propietarios es apreciable, pero de un modo diverso, en la regulación corporativa de la Ley de S.A., donde se atiende al acto de división más que a un periodo de tiempo.

Como se desarrolló, si bien, existe argumento para admitir las escisiones asimétricas, bajo la Ley de S.A., no serían la regla general. Esto, toda vez que el Art. 94 de la Ley de S.A., establece que a los accionistas de la sociedad que se constituye producto de la división les corresponde la misma proporción en el capital que tenían en la sociedad dividida. Al respecto, el Art. 100 de la Ley de S.A. sería una excepción, al permitir que un accionista pierda su calidad de tal en una división.

⁷⁶ Artículo 77 de la Ley de Impuesto a las Ganancias: “*Cuando se reorganicen sociedades, fondos de comercio y en general empresas y/o explotaciones de cualquier naturaleza en los términos de este Artículo, los resultados que pudieran surgir como consecuencia de la reorganización no estarán alcanzados por el impuesto de esta ley, siempre que la o las entidades continuadoras prosigan, durante un lapso no inferior a DOS (2) años desde la fecha de la reorganización, la actividad de la o las empresas reestructuradas u otra vinculada con las mismas.*”

En tales casos, los derechos y obligaciones fiscales establecidos en el Artículo siguiente, correspondientes a los sujetos que se reorganizan, serán trasladados a la o las entidades continuadoras. (...)

Se entiende por reorganización: (...) b) La escisión o división de una empresa en otra u otras que continúen en conjunto las operaciones de la primera. (...)

Para que la reorganización tenga los efectos impositivos previstos en este Artículo, el o los titulares de la o las empresas antecesoras deberán mantener durante un lapso no inferior a dos (2) años contados desde la fecha de la reorganización, un importe de participación no menor al que debían poseer a esa fecha en el capital de la o las empresas continuadoras, de acuerdo a lo que, para cada caso, establezca la reglamentación. (...)

Las limitaciones a que se refieren los párrafos anteriores no serán de aplicación cuando se trate de reorganizaciones producidas en el marco de un proceso concursal y/o la reorganización la autorice la Administración Federal de Ingresos Públicos, como forma de asegurar la continuidad de la explotación empresarial”.

⁷⁷ Ley N°20.628, Argentina.

Dado esto, se ha afirmado la existencia de un principio general de la continuidad de la participación, ya que el tratamiento de la Ley de S.A. propendería a que los accionistas de la entidad dividida mantengan sus mismas participaciones en el capital social. Sin embargo, como señala el profesor Caballero⁷⁸, esta continuidad resguarda el consentimiento de los accionistas afectados en la operación. Así, el Art. 100 de la Ley de S.A. sería una medida de protección o tutela de los socios o accionistas⁷⁹. Esto tendría sentido, ya que, en caso de existir asimetría en la división de la Ley de S.A., no se resguarda que cuantitativamente los socios mantengan su participación en el patrimonio.

Como se señaló, es coherente que los socios o accionistas mantengan la participación cuantitativa que tenían en la sociedad dividida, donde atendido la división, dicha participación se podría reflejar en la sociedad dividida y la beneficiaria del patrimonio escindido. Esto sería lógico, ya que implicaría que no existe un resultado tributario, que implicaría un aumento o disminución patrimonial para los socios o accionistas. De todas formas, esta proporcionalidad no debería implicar que sus participaciones en la entidad dividida con las beneficiarias sean exactamente iguales. Así, los propietarios, podrían variar sus participaciones por canje entre los mismos, no variando su patrimonio consolidado, y siendo esto conveniente por razones de negocio.

De este modo, las divisiones asimétricas tendrían sentido bajo una regla de proporcionalidad en el patrimonio. Esto, también permitiría admitir divisiones por absorción donde la entidad beneficiaria del patrimonio podría tener terceros accionistas. Lo anterior, en la medida que los accionistas históricos que adquieren participación en la entidad beneficiaria cumplan con un margen que permita afirmar una continuidad de su interés en el negocio.

Finalmente, de lo expuesto sobre continuidad en el tratamiento de neutralidad de las reorganizaciones, a nuestro parecer, esto se conciliaría con la idea de reorganización empresarial, en cuanto corresponden a decisiones que, siendo de carácter económico, no se adoptan en el marco general o estructura del negocio como tal, si bien implican un cambio sustancial en la estructura del negocio⁸⁰. Se conciliaría, por el hecho de que una continuidad de la empresa comercial y el interés de los socios o accionistas se apartaría del concepto de enajenación, no en el entendimiento del SII, sino que en cuanto se hace algo ajeno a la empresa entendida como un todo⁸¹, y tiene por tanto el potencial de realizar rentas.

⁷⁸ Caballero (2015), p. 382-383.

⁷⁹ Mardones (2018), p. 124-125.

⁸⁰ Mardones (2018), p. 9.

⁸¹ Es decir, no la persona jurídica en particular, sino que el conjunto de entidades y personas que conforman un negocio.

Al efecto, producto de la reorganización, el negocio no se haría ajeno a los propietarios, por lo que sería de toda lógica el aplazamiento en el reconocimiento de ganancias susceptibles de tributación, o el aprovechamiento de pérdidas tributarias.

2. BUENA FE COMERCIAL O RAZÓN DE NEGOCIOS

A la continuidad tratada, se suele agregar la exigencia de una buena fe comercial o razón de negocios⁸². En nuestro entendimiento, dicha razón de negocios podría resguardar la continuidad de la empresa comercial y el interés de los propietarios.

En Estados Unidos, en cuanto a la apreciación de un requisito de buena fe comercial, jurisprudencialmente se ha desarrollado el requisito de una *business purpose* o razón de negocios para la división⁸³, entendiéndose que más allá de los requisitos legales, la operación debe realizarse por uno o más fines empresariales. En este punto el *Internal Revenue Service* da ejemplos como, concentración de actividades en una entidad o grupo de entidades, reducción de riesgos de líneas de negocios, facilitar una adquisición, obtención de financiamiento, entre otros; los cuales de todos modos deben ser razones reales y sustentadas en hechos⁸⁴.

Esta razón de negocios, también se manifiesta a nivel legal en Estados Unidos, al establecerse en la §355 (a)(1)(B)⁸⁵, que la distribución de una división no debe ser usada primordialmente como un instrumento para distribuir ganancias o utilidades a los accionistas. Este requisito no excluye la exigencia de *business purpose*.

En la Unión Europea, también se encontraría presente este requisito, al respecto, el considerando (13)⁸⁶ de la Directiva 2009/133/CE⁸⁷, insta a que cada Estado miembro tiene la facultad de no dar lugar a la aplicación de un tratamiento de neutralidad tributaria, ante la existencia de fraude o evasión fiscal en

⁸² Vanistendael (1998), p. 14.

⁸³ Gregory v. Helvering, 293 U.S. 465 (1935).

⁸⁴ Kidder (2011), p. 442.

⁸⁵ §355 (a)(1)(B), Internal Revenue Code: “(a)Effect on distributes (1)General rule If— (...) (B) the transaction was not used principally as a device for the distribution of the earnings and profits of the distributing corporation or the controlled corporation or both (but the mere fact that subsequent to the distribution stock or securities in one or more of such corporations are sold or exchanged by all or some of the distributees (other than pursuant to an arrangement negotiated or agreed upon prior to such distribution) shall not be construed to mean that the transaction was used principally as such a device)”.

⁸⁶ Considerando (13) de la Directiva 2009/133/CE de la Unión Europea: “Conviene prever la facultad de los Estados miembros de rechazar el beneficio de la aplicación de la presente Directiva cuando la operación de fusión, de escisión, de escisión parcial, de aportación de activos, de canje de acciones o de traslado de domicilio social de una SE o SCE tenga como objetivo el fraude o la evasión fiscal o como efecto que una sociedad, participe o no en la operación, ya no reúna las condiciones necesarias para la representación de los trabajadores en los órganos de la sociedad”.

⁸⁷ Directiva 2009/133/CE, Europa.

la reorganización. Este requisito de neutralidad se ratifica en el Art. 15 apartado 1⁸⁸, en cuanto exige una razón de negocios en la operación.

Esto también, se plasma en las legislaciones de los Estados Miembros de la Unión Europea. Así, por ejemplo, en el caso de España, el Artículo 89⁸⁹ de la Ley del Impuesto sobre Sociedades⁹⁰, establece que no aplica el régimen de neutralidad fiscal en caso de fraude o evasión fiscal; donde se exige en particular, motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación.

Dicho lo anterior, un punto que es importante discernir, es el alcance de esta buena fe comercial o razón de negocios.

A este respecto, es interesante el Artículo 15, 1. de la Directiva 2009/133/CE de la UE, en cuanto distingue, dicho requisito para aplicación de neutralidad fiscal:

“Un Estado miembro podrá negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de los Artículos 4 a 14 o a retirar total o parcialmente el beneficio de las mismas cuando una de las operaciones contempladas en el Artículo 1: a) tenga como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal; el hecho de que las operaciones no se efectúen por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación, puede constituir una presunción de que esta operación tiene como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal; b) (...)” [énfasis añadido].

De la lectura de esta disposición, la Directiva distinguiría lo que es el fraude o evasión fiscal, de los motivos económicos válidos como la reestructuración o la racionalización de las actividades de la respectiva sociedad. Más allá de que se entienda por fraude o evasión fiscal en la Directiva, es posible desprender que

⁸⁸ Artículo 15, 1. de la Directiva 2009/133/CE de la Unión Europea: *“Un Estado miembro podrá negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de los Artículos 4 a 14 o a retirar total o parcialmente el beneficio de las mismas cuando una de las operaciones contempladas en el Artículo 1: a) tenga como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal; el hecho de que las operaciones no se efectúen por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación, puede constituir una presunción de que esta operación tiene como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal; b) tenga por resultado que una sociedad, que participe o no en la operación, ya no reúna las condiciones necesarias para la representación de los trabajadores en los órganos de la sociedad según las modalidades aplicables antes de la operación en cuestión”.*

⁸⁹ Art. 89 apartado 2. de la Ley 27/2014: *“2. No se aplicará el régimen establecido en el presente capítulo cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. En particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal. (...)”.*

⁹⁰ Ley 27/2014, España.

los “motivos económicos válidos”, al ejemplificarse como una reestructuración, apuntarían a que exista una reorganización empresarial.

En ese sentido, es posible afirmar, que, en materia de neutralidad fiscal, se podría establecer condición de buena fe orientada a la ausencia de fraude o evasión fiscal – bajo nuestra legislación correspondería a ausencia de elusión o evasión –, o podría ser exigible una exigencia mayor, que apuntase a que exista necesariamente reorganización empresarial como razón de negocios.

En el contexto anterior, cabe mencionar, que, en nuestro país, este requisito es interesante, toda vez que, no está establecido para las divisiones en general, en cuanto el Inc. 4° del Art. 64 del CT es una NEA. De todos modos, como se verá, podría ser atendible en la NGA, toda vez que en base a la misma los contribuyentes debe actuar de buena fe.

Finalmente, en coherencia con los principios de neutralidad expuestos, se pueden considerar argumentos de índole práctica para afirmar la neutralidad de las reorganizaciones empresariales. Así, en ausencia de reglas de neutralidad, estas operaciones podrían dar lugar a obligaciones tributarias de cuantías considerables. Esto no sería económicamente eficiente, porque los impuestos desalentarían los actos de reorganización que carecen de onerosidad⁹¹. Lo anterior se respalda en el hecho de que en las reorganizaciones empresariales, en principio, hay una inexistencia de flujos de dinero que permita afrontar el pago de impuestos⁹².

IV

NORMAS ANTELUSIVAS: PRINCIPIOS DE NEUTRALIDAD TRIBUTARIA BAJO INTERPRETACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA NORMA GENERAL ANTELUSIVA EN LA DIVISIÓN DE SOCIEDADES

Si bien nuestra legislación no establece precisamente condiciones de neutralidad fiscal, destinadas a que una división corresponda a una reorganización empresarial, en que exista continuidad de la empresa y del interés de los propietarios, de todas formas, a nivel administrativo el SII ha razonado en base a estos principios al interpretar la NGA.

Dado que la facultad de tasación corresponde a una NEA, cabe considerar su vinculación con la NGA.

⁹¹ Vanistendael (1998), p. 2.

⁹² Razón desarrollada en curso de Reorganizaciones Empresariales, de Magister en Derecho Tributario, Universidad de Chile, 2020, en base a desarrollo administrativo del Servicio de Impuestos Internos. Profesores, Mario Silva P., Ariel Castillo S. y César Toledo C.

1. CONCEPTO Y ALCANCE DE NORMAS ANTIELUSIVAS

Para entender las normas antielusivas, cabe referirse a qué se entiende por elusión.

Al respecto, si no se ha configurado un hecho gravado, el contribuyente puede realizar conductas tendientes a evitar total o parcialmente su configuración; en términos generales, este fenómeno se ha denominado planificación tributaria⁹³.

En lo que se refiere a la planificación tributaria, si el contribuyente obtiene una evitación o disminución de su carga tributaria como consecuencia de haber elegido entre varias alternativas permitidas por la ley para organizar sus negocios o actividades económicas, se configuraría una planificación tributaria lícita que se ha denominado economía de opción. Por el contrario, si el contribuyente obtiene una evitación o disminución de su carga tributaria como consecuencia de la realización de actividades que cumplen la ley formalmente, pero atentando contra su sentido se configura una planificación tributaria ilícita que se ha denominado elusión⁹⁴. Así, se ha entendido por elusión, aquella conducta que busca dejar sin aplicación la ley tributaria a través del abuso de las formas jurídicas⁹⁵ o la simulación⁹⁶ ⁹⁷. Por el contrario, la evasión, supone un incumplimiento de la obligación tributaria nacida y válida⁹⁸.

En este contexto, las normas antielusivas buscan combatir la elusión. Donde, la NEA, establece un supuesto de hecho específico cerrado, donde el legislador prevé los presupuestos aplicativos de un modo rígido, detallado y taxativo, considerado elusivo aparejado de una consecuencia jurídica económica también específica⁹⁹.

⁹³ Fundación de Estudios Sistémicos Tributarios (2021), p. 9. cita a: Iribarra (2014) y Faundez (2016).

⁹⁴ Fundación de Estudios Sistémicos Tributarios (2021), p. 9. cita a: Marín (2013) y Cattaneo & Burgos (2017).

⁹⁵ Inciso 1° del Artículo 4 ter. del Código Tributario: “*Los hechos imponderables contenidos en las leyes tributarias no podrán ser eludidos mediante el abuso de las formas jurídicas. Se entenderá que existe abuso en materia tributaria cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho gravado, o se disminuya la base imponible o la obligación tributaria, o se postergue o difiera el nacimiento de dicha obligación, mediante actos o negocios jurídicos que, individualmente considerados o en su conjunto, no produzcan resultados o efectos jurídicos o económicos relevantes para el contribuyente o un tercero, que sean distintos de los meramente tributarios a que se refiere este inciso*”.

⁹⁶ Artículo 4 quáter. del Código Tributario: “*Habrán también elusión en los actos o negocios en los que exista simulación. En estos casos, los impuestos se aplicarán a los hechos efectivamente realizados por las partes, con independencia de los actos o negocios simulados. Se entenderá que existe simulación, para efectos tributarios, cuando los actos y negocios jurídicos de que se trate disimulen la configuración del hecho gravado del impuesto o la naturaleza de los elementos constitutivos de la obligación tributaria, o su verdadero monto o data de nacimiento*”.

⁹⁷ Servicio de Impuestos Internos, Circular N°65 de 2015.

⁹⁸ Fundación de Estudios Sistémicos Tributarios (2021), p. 7. cita a: Hensel (2005), p. 230, nota 164.

⁹⁹ Fundación de Estudios Sistémicos Tributarios (2021), p. 10.

Este sería el caso de la facultad de tasación, en cuanto, pretende evitar que el contribuyente evite dolosamente la configuración del hecho gravado o reduzca su carga impositiva¹⁰⁰.

Por otro lado, la NGA, establece un supuesto de hecho abierto, aparejado de facultades para recalificar actos o negocios jurídicos y así exigir el pago de un tributo ante actuaciones consideradas elusivas¹⁰¹.

Teniendo en cuenta estas dos clasificaciones de normas antielusivas, interesa tener en cuenta que, por un criterio de especialidad, la NEA tiene aplicación por sobre la NGA, a efectos de combatir la elusión. Esto, se ha establecido a partir del Inc. 4° del Art. 4 bis del CT¹⁰², donde, ante la existencia de una NEA, las consecuencias jurídicas se rigen por dicha disposición.

Esta primacía de la NEA por sobre la NGA, ha sido reconocida por el SII:

*“De conformidad con lo que dispone el inciso cuarto del Artículo 4° bis, en los casos que resulte aplicable una norma especial para evitar la elusión, las consecuencias jurídicas que deriven de los actos detectados se regirán por dicha disposición especial y no por los Artículos 4° ter y 4° quáter del mismo cuerpo legal. De esta forma, por ejemplo, no se aplicarán las normas de los Artículos 4° ter y 4° quáter, ni los procedimientos referidos en los Artículos 4° quinquies y 160 bis, cuando la situación específica de que se trate se encuentre regulada: Por las disposiciones sobre tasación del Artículo 64 del Código Tributario; (...)”*¹⁰³ [énfasis añadido].

De la lectura del Inc. 4° del Art. 4 bis del CT, como del apartado anterior, la NGA no podría aplicar a las divisiones en lo referente a la neutralidad tributaria, en el sentido de objetar la distribución patrimonial de una división, en lo que se refiera a un potencial resultado tributario susceptible de tributación. Esto, toda vez que la facultad de tasación tiene primacía como NEA.

Esto no quiere decir que la NGA no pueda ser aplicable en divisiones que puedan producir otros perjuicios fiscales, distintos al no reconocimiento de ganancias o pérdidas tributables en la operación. De todos modos, el SII ha reconocido dicha aplicabilidad de la NGA en casos en que existe un conjunto de operaciones y características más allá de una división¹⁰⁴. Aquí, sin hacerse uso de

¹⁰⁰ Vergara (2010), p. 96.

¹⁰¹ Fundación de Estudios Sistemáticos Tributarios (2021), p. 10.

¹⁰² Inciso cuarto del Artículo 4 bis del Código Tributario: “En los casos en que sea aplicable una norma especial para evitar la elusión, las consecuencias jurídicas se regirán por dicha disposición y no por los Artículos 4° ter y 4° quáter”.

¹⁰³ Servicio de Impuestos Internos, Circular N°65 de 2015.

¹⁰⁴ Como, por ejemplo, se reconoce en división que involucra fusión, modo de extinguir confusión, *leaseback*, entre otros; en, Oficio N°365 de 2018, Servicio de Impuestos Internos.

la facultad de tasación, el SII podría requerir al TTA competente determinada tributación para el contribuyente por existir elusión¹⁰⁵.

Por otro lado, la facultad de tasación como NEA – si nos ubicamos en el marco del Inc. 4° del Art. 64 del CT y la actual interpretación del SII –, solo podría aplicarse ante una división que se considere que no califica como división del Art. 94 de la Ley de S.A.; o, eventualmente, en que no se mantenga registrado el costo tributario de los activos o pasivos asignados.

Bajo el panorama expuesto, cabe preguntarse si dado que la neutralidad tributaria se encuentra ligada en nuestro ordenamiento a la inhibición de la facultad de tasar del SII, cabe exigir mayores requisitos para esta inhibición en la división. A su vez, cabe cuestionar si es lógico que la división se limite a la de la Ley de S.A., toda vez que otras operaciones de escisión, de todos modos, podrían identificarse con principios de neutralidad, en cuanto reorganización empresarial.

2. PRINCIPIOS DE NEUTRALIDAD TRIBUTARIA BAJO INTERPRETACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA NORMA GENERAL ANTELUSIVA EN DIVISIÓN DE SOCIEDADES

De lo expuesto y bajo la normativa existente, la NGA no podría aplicar sobre las divisiones, en lo que dice relación con el potencial resultado tributario que aparejaría la distribución patrimonial de esta operación, y los títulos que se adquieren por socios o accionistas en la o las entidades beneficiarias de la distribución. Sin perjuicio de esto, ha sido en el marco de la NGA, donde el SII ha analizado operaciones que involucran división, bajo argumentos armónicos con los principios de neutralidad expuestos anteriormente.

2.1. CONTINUIDAD EN LA EMPRESA BAJO LA NORMA GENERAL ANTELUSIVA

En relación a la continuidad de la empresa, apuntaría a que en general exista una continuación del negocio histórico de la empresa cedente, bajo una estructura corporativa distinta. Esta continuidad regiría a futuro, en cuanto una reorganización pretendería reestructurar la empresa para hacer frente a los problemas que se generan para el giro, en la dinámica de la economía.

Independiente del mecanismo particular con que se resguarde esto en cada legislación, en derecho comparado, se ha atendido al desarrollo histórico del negocio, con anterioridad a la división; y también a futuro, es decir, con posterioridad a la escisión. En nuestro país, como analizamos, la continuidad de la empresa correspondería solo a una continuidad de la persona jurídica escindida

¹⁰⁵ Inciso primero del Artículo 4 quinquies del Código Tributario: “*La existencia del abuso o de la simulación a que se refieren los Artículos 4° ter y 4° quáter será declarada, a requerimiento del Director, por el Tribunal Tributario y Aduanero competente, de conformidad al procedimiento establecido en el Artículo 160 bis. (...)*”.

en el mismo acto de división y no un periodo, en cuanto el SII ha reconocido como aplicable la escisión parcial por creación de la Ley de S.A.

Más allá de esto, entendemos que la continuidad sería del negocio a futuro, en cuanto la reorganización empresarial implica una restructuración del negocio. Al atenderse a la historia de la empresa, serviría para así resguardar la existencia de un negocio funcional al tiempo de la división, de modo tal que la escisión tenga un sustento que permita desprender que la misma obedece a un cambio estructural de la empresa, en que seguirá funcionando bajo otra estructura.

Esta atención a la historia de la empresa es atendible en interpretación del SII del año 2017. En particular, el SII aborda, en el marco de la NGA, el caso de una división de SRL, donde se asigna patrimonio a sociedad naciente, permaneciendo en patrimonio de dicha SRL determinadas cuentas por cobrar. Dada esta división, la SRL se disolvería.

La reorganización expuesta, tendría por objeto para el contribuyente, evitar la existencia de cuentas por cobrar dentro de los activos propios del negocio que, en los hechos, jamás podrán ser cobradas ni percibidas. Sin perjuicio de lo anterior, el SII, razona lo siguiente:

“a) La “Sociedad XXXX Limitada”, Rut N° XXXXX, se constituyó con fecha 24 de noviembre de 2016, iniciando actividades el día 11 de enero de 2017. (...)

c) Los socios de la compañía son dos personas naturales con un porcentaje de participación social y en las utilidades de 50% cada uno. Al momento de su constitución, no enteraron el capital social, comprometiéndose a aportar la suma de \$XXXX cada uno a más tardar el 24 de mayo de 2017. (...)

d) La “Sociedad XXXX Limitada” registra dentro de sus activos, créditos o cuentas por cobrar adquiridas con motivo del desarrollo del objeto social o giro social, cuyo cobro, por variados motivos, se ha tornado dificultoso para la sociedad. (...)

2. En base a las circunstancias descritas precedentemente, se estima que en el caso particular existirían antecedentes que podrían ser indiciarios de actos o negocios jurídicos constitutivos de elusión tributaria, en los términos de los Artículos 4 bis y siguientes del Código Tributario:

i) Capital social no enterado al momento de la constitución de la “Sociedad XXXX Limitada”. Compromiso de los socios de enterarlo a más tardar el 24.05.2017. (...)

En base a lo anterior, es admisible el pago del aporte sujeto a un plazo determinado, como ocurre en el caso particular, pero siempre con la obligación de cumplir la obligación pendiente. Sin embargo, el hecho de que sea aceptado por el ordenamiento jurídico estipular una época y forma distinta para el pago del aporte de capital, no obsta que pueda ser un elemento (junto a otros) a considerar por este Servicio en el análisis de un acto o negocio jurídico, o conjunto de ellos que pudieran ser constitutivos de elusión. De esta forma, el hecho de que la sociedad se haya constituido el 24.11.2016, y haya iniciado actividades a partir del 11.01.2017, que se haya constituido para ejecutar negocios que conllevan tiempo en su desarrollo (obras de ingeniería, inversiones, arriendo de

inmuebles amoblados, compra, venta y alquiler de inmuebles propios o arrendados), y que luego se pretenda su disolución como se anuncia en la consulta, sumado que a la fecha no consta que se haya enterado capital social alguno, son situaciones indiciarias que la constitución de la sociedad y las actuaciones posteriores podrían ser actos o negocios jurídicos que solo tendrían como finalidad obtener ventajas tributarias, sin que exista un propósito económico sustancial que los sustente, ya que la constitución de la sociedad tiene pendiente una obligación esencial, como es el aporte de capital, el giro de la sociedad no se condice con su capital (no aportado) y menos aún, el tiempo de duración de la sociedad en relación con el giro informado”¹⁰⁶ [énfasis añadido].

Del pronunciamiento anterior es posible visualizar, que, si bien el SII no lo establece a modo expreso, toma en consideración diversos elementos anteriores a la división, que permiten determinar que la SRL dividida no es una empresa con un negocio en marcha. Así, se considera que la SRL se constituyó en noviembre del año 2016, y en menos de un año pretende su disolución; donde, además, nunca se enteró el capital suscrito por los socios; y su giro, de obras de ingeniería requiere tiempo para desarrollarse.

Por nuestra parte, el razonamiento anterior también demostraría, que históricamente la entidad dividida no es un negocio en funcionamiento. Lo cual permite suponer, que la operación de división no buscaría directamente una reorganización empresarial, que implicaría continuar el negocio de otra forma.

También es interesante, que más allá de la fecha de constitución de la SRL, esta se habría constituido por aporte de los socios. Esto interesa, ya que, si la SRL se hubiere creado por división u otra reorganización equivalente; no obstante, su fecha reciente, podría ser de todas formas un negocio en marcha, atendida su historia antes de su nacimiento. Por el contrario, de crearse la SRL por un acuerdo ordinario de los socios, en que no existe reorganización de antecedente, es de suponer que el negocio comenzaría desde cero.

Finalmente, se puede mencionar, que en este caso el SII no atiende a que la SRL dividida se disuelva con posterioridad a la división, no continuando en el negocio. Por tanto, en este caso no se evaluaría la continuidad del negocio a futuro. Sin embargo, cabe señalar que la disolución de la SRL no implica de por sí una ausencia de continuidad, sino que es el hecho de que el patrimonio de dicha sociedad no continuaría un giro de la empresa, así, una escisión total, podría contar con continuidad empresarial, no obstante disolverse la sociedad dividida.

Dicho esto, nos referiremos a la continuidad a futuro.

Como se señaló, somos de la postura que la continuidad regiría a futuro, en cuanto mediante la reorganización se pretendería reestructurar la empresa para hacer frente a los problemas que se generan en la dinámica de la economía en el desempeño del giro. De todas formas, muchas veces esos problemas son

¹⁰⁶ Servicio de Impuestos Internos, Oficio N°2.108 de 2017.

contingencias que no se pueden prever. Por tanto, no debería ser sencillo, regular una continuidad a posteriori, porque si bien al dividir se puede pretender continuar un negocio, por circunstancias aleatorias esto puede no ser sustentable en el tiempo.

Por otro lado, creemos que es relevante distinguir la continuidad del negocio como empresa de la continuidad de las personas jurídicas que intervinieron en la escisión. Esto, ya que se podría argumentar que no obstante disolverse una de las personas jurídicas en la división, su disolución no implica que el negocio no continúe. Así, como se señaló, una escisión total no implicaría que falte continuidad de la empresa, si las sociedades beneficiarias continúan con el negocio.

En relación a como se evalúa la continuidad del negocio *a posteriori*, el SII dio interpretación a la NGA¹⁰⁷ en el caso de una división de SRL de socios personas naturales, que registra dentro de sus activos uno o varios bienes inmuebles. Al respecto, el contribuyente evaluó dividir, manteniendo determinados inmuebles en SRL continuadora; asignando a la nueva sociedad, las demás inversiones y activos registrados, a fin de que esta última continúe desarrollando el giro social. De todas formas, con posterioridad a esto, la SRL continuadora se disolvería y se le pondría término de giro, adjudicándose los socios el o los respectivos bienes raíces en la liquidación, conforme al Art. 38 bis de la LIR.

En este caso, el contribuyente argumentó, que la reorganización expuesta, tendría por objeto, separar las líneas de negocios que actualmente registra la SRL continuadora, desafectándola del giro social de la inversión de inmuebles; donde la disolución de la SRL perseguiría liquidarla, en cuanto en la práctica no desarrollará ninguna actividad económica con los inmuebles que permanezcan en su patrimonio. En ese contexto, el SII razona lo siguiente:

“Por otra parte, la Ley N° 20.899 de 2016 estableció en su Artículo tercero transitorio una disposición transitoria que, como tal, tiene un carácter temporal, y que otorga la calidad de Ingreso No Renta a la adjudicación de bienes que durante el año comercial 2016, se efectúe a los propietarios, comuneros, socios o accionistas con ocasión de la liquidación o disolución de la respectiva empresa o sociedad, siempre que éstas determinen su renta efectiva según contabilidad completa y hayan terminado su giro durante dicho periodo, (...)

¹⁰⁷ Otra interpretación interesante se puede encontrar en Oficio N°2.514 de 2018 del Servicio de Impuestos Internos. En dicho caso, el Servicio admite la división de una sociedad bajo la Ley de S.A., donde la sociedad de nueva creación se fusiona inmediatamente con otra entidad, para así cumplir términos comerciales de *covenant*. En este caso, también se verifica una continuidad de negocio a futuro, más allá de que se extinga la nueva sociedad; donde también cobra interés que dicha operación de división y posterior fusión se asimilaría a una división por absorción.

La misma disposición, en lo pertinente, señala que respecto de dicha adjudicación no corresponde la aplicación de lo dispuesto en el Artículo 64 del Código Tributario y en el inciso cuarto del N°8 del Artículo 17 de la Ley sobre Impuesto a la Renta.

En consecuencia, y de conformidad con las disposiciones legales citadas, los socios, personas naturales de una sociedad de responsabilidad limitada, podrían adjudicarse bienes a valor de costo, y además dicha adjudicación no sería tasable y constituiría ingreso no renta en la medida que el valor tributario del total de los bienes que se les adjudiquen, no exceda del capital aportado a la empresa. (...)

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

Por lo tanto, de lo expuesto, podría ser el caso que las operaciones descritas en la consulta, en su conjunto, no tendrían un fin jurídico o económico relevante distinto al ahorro tributario que se produce por la aplicación del Artículo 38 bis de la Ley sobre Impuesto en relación con el Artículo tercero transitorio de la Ley N° 20.899”¹⁰⁸ [énfasis añadido].

Como se ha sostenido, este caso nos parece interesante, ya que el SII aborda una continuidad *a posteriori*, interpretando que, en el contexto dado, se esperaría que ambas sociedades continuaran con sus líneas de negocios en forma paralela, lo cual no ocurre en el caso, ya que, producida la división, la SRL, se va a disolver y poner término de giro, donde sus socios son personas naturales. Esto último implicaría que más allá de la disolución de la SRL, los socios personas naturales, dado que no son una empresa, no continuarán el negocio de la empresa en relación a los inmuebles.

2.2. CONTINUIDAD DE INTERÉS DE LOS PROPIETARIOS BAJO LA NORMA GENERAL ANTIELUSIVA

Esta condición, presentaría importancia junto con la continuidad de la empresa comercial, ya que resguardaría que el negocio sigue en propiedad y control de los propietarios anteriores a la época de división. Creemos que esto presentaría relevancia, toda vez que, la neutralidad fiscal busca un aplazamiento de la tributación, ante una futura enajenación. Esto se puede apreciar también, en la tributación de utilidades del negocio, ya que, de diluirse la participación de los propietarios de una entidad, con posterioridad a la división; si esa dilución participativa no tiene como contrapartida un aumento de la rentabilidad del negocio, en definitiva, pagarían menos impuestos por las utilidades de la empresa.

¹⁰⁸ Servicio de Impuestos Internos, Oficio N°261 de 2017.

En ese sentido, es esperable que se mantenga el interés patrimonial de los propietarios históricos –es decir, aquellos titulares, anteriores a la división– para que sean sujetos de impuestos en el futuro respecto de la entidad reorganizada o resultante. Y, también, porque esta continuidad de interés permitiría afirmar que no ha habido un cambio sustancial en la posición económica de la empresa reorganizada¹⁰⁹.

Al efecto, desde la perspectiva de la NGA, existe pronunciamiento sobre un grupo empresarial con presencia en América, dedicado a la generación de energía, el cual está en proceso de crecimiento. Para lo anterior no sería rentable utilizar fondos propios, por lo que se evalúa invitar a un nuevo inversionista no relacionado. Para la entrada de este nuevo inversionista, una sociedad chilena, AAAA S.A., es dueña de BBBB SpA. Esta última se dividirá, creándose Newco BBBB SpA, a la cual se le asignará participación en filial colombiana (CCCC S.A.).

Una vez que se haya encontrado al inversionista independiente, se aumentaría capital de Newco BBBB SpA, mediante suscripción de acciones por el nuevo inversionista. Al respecto, el contribuyente indica que estas nuevas acciones tendrían un valor representativo del 30% del patrimonio de Newco BBBB SpA. Dado lo anterior AAAA SpA pasaría de tener el 100% de Newco BBBB SpA al 70%.

Además, el contribuyente señala que a pesar de diluirse AAAA S.A. en la propiedad de Newco BBBB SpA, como consecuencia de la entrada del nuevo inversionista; su nuevo porcentaje de participación diluido de 70%, sumado a los beneficios de las nuevas inversiones a realizarse en conjunto con el nuevo inversionista, generaría a AAAA S.A. una mayor rentabilidad que el 100% de la propiedad en Newco BBBB SpA sin el nuevo inversionista.

En ese contexto, el SII razona lo siguiente:

“Al respecto, se aprecia que la separación de activos –por medio de la división de sociedades– con el objetivo de incorporar un socio inversionista, a través de un aumento de capital, para financiar un plan de crecimiento del grupo, en general, constituyen finalidades lícitas en una reorganización empresarial, razón por la cual, queda por determinar si efectivamente los actos que se realizarán con motivo de la reorganización presentada, en su conjunto, tendrán como resultado estas finalidades.

(...). Asimismo, parece razonable la opción de que el grupo reduzca su porcentaje de propiedad en la inversión en Colombia, si a futuro ello le significará mayores utilidades y rentabilidad en sus inversiones, con lo cual el diluirse obedecería a razones económicas que van más allá de las exclusivamente tributarias. (...)¹¹⁰ [énfasis añadido].

¹⁰⁹ Vanistendael (1998), p. 2.

¹¹⁰ Servicio de Impuestos Internos, Oficio N°1.549 de 2019.

Del caso anterior, el SII atiende a diferentes razones de negocio para argumentar la entrada de nuevo inversionista en vez de otras formas de financiamiento. Más allá de lo anterior, nos parece interesante que la operación si bien diluiría a AAAA SpA como accionista histórico, de todos modos, se argumenta la razón de negocios, en que el inversionista aparejaría mayores ganancias para la sociedad de nueva creación. Esto hace desprender que AAAA SpA no verá disminuida su carga tributaria en materia de reparto de dividendos y utilidades.

A su vez, es interesante como el diluirse AAAA SpA en Newco BBBB SpA, podría también ocurrir de modo similar en una operación de división por absorción, toda vez que en esta operación, de ser los accionistas históricos distintos en identidad y participación a los de la sociedad beneficiaria, efectivamente diluirían su participación. De todas formas, si esta dilución no es de magnitud que implique vulnerar la continuidad del negocio y su interés, no debería ser óbice para un tratamiento de neutralidad fiscal. Además, bajo esta hipótesis existiría asimetría en las participaciones.

2.3. BUENA FE COMERCIAL O RAZÓN DE NEGOCIOS BAJO LA NORMA GENERAL ANTIELUSIVA

En este punto, más que la buena fe comercial o razón de negocios tratada anteriormente como fundamento de neutralidad tributaria, en la NGA se reconoce una buena fe, entendida como la ausencia de elusión.

Al efecto, como se trató, la elusión implica la obtención del contribuyente de una evitación o disminución de su carga tributaria como consecuencia de la realización de actividades que cumplen la ley formalmente, pero atentando contra su sentido se configura una planificación tributaria ilícita que se ha denominado elusión¹¹¹.

De lo anterior, para determinar si existe buena fe en la NGA se debe distinguir si se está vulnerando el sentido de la ley. Para lograr vislumbrar esto, es relevante el concepto de economía de opción, toda vez que no constituye elusión (y por tanto mala fe), la evitación o disminución de carga tributaria como consecuencia de haber elegido entre varias alternativas permitidas por la ley para organizar negocios o actividades económicas¹¹².

Por tanto, para discernir si existe buena fe en la NGA, es elemental conocer si hay elusión; donde cobra especial importancia la economía de opción, toda vez que implica buena fe y de todas formas implicaría un ahorro tributario.

En ese sentido, el SII interpreta lo anterior en los siguientes términos:

¹¹¹ Fundación de Estudios Sistemáticos Tributarios (2021), p. 9. cita a: Marín (2013) y Cattaneo & Burgos (2017).

¹¹² Fundación de Estudios Sistemáticos Tributarios (2021), p. 9. cita a: Marín (2013) y Cattaneo & Burgos (2017).

*“no toda ventaja tributaria, lograda por el contribuyente, constituye elusión, sino que, es la discordancia entre las razones económicas entregadas y los actos y negocios jurídicos que se ejecutarán, lo que entregará las variables para determinar si se está en presencia de una reorganización societaria elusiva”*¹¹³ [énfasis añadido].

Consideramos interesante el apartado anterior, ya que la neutralidad fiscal podría ser una ventaja tributaria, de permitir aplazar eventuales resultados susceptibles de tributación.

De este modo, bajo el entendimiento de la NGA, bastaría para que exista buena fe, que se dé una concordancia entre las razones económicas entregadas y los actos jurídicos ejecutados. Esto podría implicar un tratamiento de neutralidad, en el contexto de una economía de opción.

Sin embargo, cabe preguntarse si esto debería ser suficiente. Como se desarrolló al tratar los principios de neutralidad fiscal, la buena fe en materia de neutralidad, en general, no debería contradecir la continuidad de la empresa y el interés de los propietarios y accionistas.

Por lo tanto, cabe analizar si a efectos de neutralidad tributaria, bastaría con exigir una buena fe, entendida como ausencia de elusión en la NGA; o, se podría plantear una buena fe o razón más específica, que más allá de los diferentes motivos económicos de una operación, atienda particularmente a la naturaleza de reorganización empresarial, que de lo analizado corresponde a una reestructuración donde hay una continuación de las actividades comerciales y del interés de los socios o accionistas en la empresa, que no constituye un cambio suficiente en la posición económica para merecer tributación¹¹⁴.

En esta materia, creemos útil atender a pronunciamiento del SII, sobre división de sociedad para posterior venta de negocio.

Al respecto, el caso trata de la sociedad YYY SpA, la cual cuenta con un negocio operativo, y dentro de su patrimonio contempla un inmueble con construcciones y pasivos bancarios. Bajo dicha situación, YYY SpA recibe una carta oferta de fecha 22 de diciembre de 2017, de un tercero no relacionado para comprar su negocio, sin embargo, como parte de las condiciones de compra, el tercero manifiesta que no requeriría el terreno con construcciones ni los pasivos bancarios, en atención a que no contaba con los fondos suficientes para ello.

En ese contexto YYY SpA se dividió día después, con fecha 28 de diciembre de 2017, asignando el inmueble con construcciones a sociedad de nueva creación denominada Inversiones XXX SpA. De este modo, el tercero interesado en el negocio YYY SpA compraría dicha empresa.

¹¹³ Servicio de Impuestos Internos, Oficio N°4 de 2021.

¹¹⁴ Vanistendael (1998), p. 2.

En ese contexto el SII interpreta que no es aplicable la NGA, a la división de YYY SpA y constitución de Inversiones XXX SpA, bajo el siguiente razonamiento:

“En este contexto, en razón del principio de la buena fe tributaria, tanto el Servicio como los contribuyentes, deberían reconocer la totalidad de los efectos que surjan de los actos o negocios jurídicos que hubieren llevado a cabo, cualquiera sea la forma o denominación que las partes le hubieren dado, pues lo que determina el nacimiento y exigibilidad de las obligaciones tributarias establecidas en las leyes que fijan los hechos imposables, es la naturaleza jurídica propia de los hechos, actos o negocios realizados más que los formalismos contractuales o las denominaciones que los interesados les hayan atribuido. (...). En este análisis, se debe precisar si el conjunto de los actos presentados y los efectos que originan tienen relación con el fin económico presentado o si tienen la sola finalidad de obtener ventajas tributarias, de forma no contemplada en la ley tributaria. (...)

En el caso particular, consta que además de la escritura de división y balance tributario mencionados precedentemente, los consultantes acompañaron los siguientes antecedentes adicionales:

– Copia simple de la carta oferta de fecha 22-12-2017, (...). En este documento se establecieron los puntos que iba a abordar la negociación y transacción respectiva, señalando expresamente que la transacción no iba a incluir los pasivos bancarios de la sociedad, ni el terreno y galpón de la misma. Además, en el número 13 del mismo documento se señala que el inmueble y galpón donde operaba Sociedad YYY SpA, debía ser traspasado a una tercera sociedad conformada exclusivamente por los accionistas que –a esa fecha– eran dueños de Sociedad YYY SpA, lo que debía ocurrir antes de llevarse a cabo la compraventa de la misma.

– Copias de la compraventa y traspaso de acciones de Sociedad YYY SpA, ambos de fecha 14-03-2018. En estos documentos se observa que la sociedad Asesorías e Inversiones ZZZ SpA, adquirió el 100% de las acciones de Sociedad YYY SpA, por un precio total de \$000.000.000. Con estos antecedentes se verifica que la compraventa efectivamente se materializó con posterioridad a la división de Sociedad YYY SpA, en virtud de la cual se asignó el inmueble junto con sus construcciones y los pasivos bancarios a la nueva sociedad que nació de la división, esto es, Inversiones XXX SpA.

Teniendo en consideración estos antecedentes, en relación con el proceso de división de Sociedad YYY SpA, se observa que éste habría estado motivado por las condiciones establecidas por la parte interesada en comprar el negocio operativo de Sociedad YYY SpA. De esta forma, la división habría permitido que el inmueble y préstamos bancarios fueran asignados a otra sociedad compuesta exclusivamente por los mismos accionistas que –hasta antes de la compraventa de acciones– eran dueños de Sociedad YYY SpA, cumpliendo de esta forma con las condiciones manifestadas en la carta oferta de fecha 22-12-2017. (...)

Con todo, y de conformidad con los antecedentes analizados, podría estimarse que, en principio, la división y posterior venta de Sociedad YYY SpA no constituyen actuaciones

elusivas, advirtiéndose que la intención que habría tenido Sociedad YYY SpA para llevar a cabo el proceso de división, concuerda con la justificación de tipo económico planteada -condiciones de venta de la sociedad-, por lo que no se aprecia que estas operaciones hayan tenido efectos puramente tributarios, sino que, como se indica, habrían existido efectos económicos relevantes detrás de su realización. (...)”¹¹⁵ [énfasis añadido].

De la revisión del caso anterior, existiría una reorganización en que se presenta una economía de opción para los propietarios del negocio, YYY SpA. Si bien se tributaría por la venta del negocio, la ventaja tributaria estaría en que la división de YYY SpA previa a su venta, implica la creación de Inversiones XXX SpA, donde se le asigna un bien inmueble con construcciones y pasivos bancarios, en un marco de neutralidad fiscal, donde el SII se encuentra inhibido de ejercer su facultad de tasación.

No obstante, la obtención de esta ventaja tributaria, la operación cumpliría con el requisito de buena fe en la NGA, toda vez que se enmarca en lo que es una economía de opción. Al respecto, se aprecia una concordancia entre las razones económicas entregadas y los actos y negocios jurídicos ejecutados; toda vez que, existe un comprador no relacionado en comprar el negocio, que no está dispuesto a adquirir el inmueble con construcciones, ni pasivos bancarios.

De todos modos, si bien existe buena fe por parte del contribuyente, no existiría una razón de negocios propia de una reorganización empresarial. Esto, no por el hecho de que el negocio se venda voluntariamente inmediatamente después de la división (creemos que eso sería un análisis de continuidad)¹¹⁶; sino que, por el hecho, de que el contribuyente tenía conocimiento antes de realizar la división, de que la motivación era transferir su negocio.

Sin perjuicio de lo expuesto, bajo la normativa actual la norma pareciera cumplir con la NGA. E incluso más, se podría plantear que de todas formas existe una reorganización, si se aplicase el marco del Inc. 5° del Art. 64 del CT, en cuanto se puede afirmar una legítima razón de negocios justifica la operación y no una forma para evitar el pago de impuestos¹¹⁷.

En ese sentido, no existiendo un perjuicio fiscal, la admisibilidad de neutralidad de esta operación sería una decisión de Política Fiscal. Al efecto, bajo la actual normativa, sería válida la neutralidad fiscal de esta división.

Sin perjuicio de lo anterior, pareciera ser preferible que se exigiera una razón de negocios de reorganización empresarial, que comprenda el concepto

¹¹⁵ Servicio de Impuestos Internos, Oficio N°1.197 de 2019.

¹¹⁶ En este punto, no se daría continuidad en YYY SpA al ser vendida; pero, además, podría también darse una falta de continuidad para la entidad de nueva creación “Inversiones XXXX SpA”, toda vez que se le habría asignado determinados bienes que no configurarían un negocio en marcha, que permita afirmar una continuación de la empresa.

¹¹⁷ Servicio de Impuestos Internos, Circular N°45 de 2001.

de continuidad de la empresa comercial e interés de los propietarios. Pareciera lógico, ya que, de adherirse a principios de continuidad tratados, y establecerse como exigencia un requisito de buena fe en la NGA o de legítima razón de negocios –bajo el entendimiento de la Circular N°45 de 2001 del SII–; implicaría admitir un régimen de neutralidad para operaciones como las del pronunciamiento en comento.

En el caso expuesto, el hecho de que a la división no se le diere un tratamiento de neutralidad fiscal, no aparejaría del todo un perjuicio para el contribuyente. Al respecto, al ser la intención la venta del negocio YYY SpA a un tercero; el patrimonio distribuido por división de venta debiese ser a valor de mercado para la sociedad beneficiaria, Inversiones XXX SpA. Esto, si bien importaría una tributación ante un eventual mayor valor en la distribución, también implicaría un aumento del costo de los bienes que conforman el patrimonio de la nueva sociedad. En ese sentido, ante una posterior venta de dicho inmueble con construcciones en el caso, dicha venta ya tendría el nuevo costo tributario incorporado; lo cual disminuiría una eventual ganancia.

Lo anterior, se concediría de mejor forma con la realidad económica de la operación. Esto, ya que si bien la división es de común un acto de reorganización empresarial; en el caso más que una reestructuración para continuar el negocio, la división es una operación preparatoria para llevar a cabo una venta onerosa de YYY SpA.

Sin perjuicio de esto, existiría como dificultad el hecho de que, en la legislación chilena, la neutralidad tributaria se regula mediante una NEA, como es la facultad de tasación. Dado esto, implicaría que de no considerarse neutra la operación aplicaría el impuesto único del Art. 21 de la LIR¹¹⁸, el cual tiene carácter sancionatorio, y en el caso en comento no existiría precisamente elusión.

En dicho contexto, como se trató, la neutralidad tributaria correspondería a un régimen especial para el contribuyente. Por tanto, de no darse cumplimiento a los requisitos que se estableciesen para su procedencia, no necesariamente implica que se está en presencia de una conducta elusiva o evasiva. A este respecto, si bien la facultad de tasación es una NEA, no es lo mismo que la neutralidad tributaria, sin perjuicio de lo cual en nuestro ordenamiento ambos conceptos se traten en conjunto.

¹¹⁸ Inciso primero número ii. del Artículo 21 de la Ley sobre Impuesto a la Renta: “*Las sociedades anónimas, los contribuyentes del número 1 del Artículo 58, los empresarios individuales, comunidades y sociedades de personas que declaren sus rentas efectivas de acuerdo a un balance general según contabilidad completa, deberán declarar y pagar conforme a los Artículos 65, número 1, y 69 de esta ley, un impuesto único de 40%, que no tendrá el carácter de impuesto de categoría, el que se aplicará sobre: ii. Las cantidades que se determinen por aplicación de lo dispuesto en los Artículos 17, número 8, inciso cuArto; 35 inciso tercero, 36, inciso segundo; 38, 41 E, 70 y 71 de esta ley, y aquellas que se determinen por aplicación de lo dispuesto en los incisos tercero al sexto del Artículo 64, y en el Artículo 65 del Código Tributario, (...)*”.

CONCLUSIONES

De lo analizado, la sujeción al concepto de división de la Ley de S.A., el efecto declarativo de la división y el deber de mantener registrado el valor tributario de los activos y pasivos asignados en la operación, no atenderían del todo a principios de neutralidad tributaria.

Al respecto, si bien el concepto de división de la Ley de S.A. tiene la aptitud para considerarse una reorganización empresarial, existen otros tipos de divisiones en doctrina y derecho comparado, que, de igual forma, guardan coherencia con lo que es una reorganización empresarial y sus principios de neutralidad; tal es el caso de la escisión total, escisión parcial o escisión asimétrica con una regla de proporcionalidad en los patrimonios. En cuanto al efecto declarativo de la división, pareciera ser que la enajenación tendría más relevancia en un régimen general de ganancias de capital, pero a efectos de neutralidad tributaria cobrarían mayor importancia la continuidad de la empresa comercial y el interés de los propietarios en el negocio, que en definitiva sustentan la realidad económica de una reorganización empresarial. En cuanto al deber de registro de valores tributarios, si bien presenta relevancia como medida de control de valores, correspondería a una exigencia que tiene por causa la existencia de una operación neutra tributariamente.

En dicho contexto, bajo la actual normativa, se ha sustentado un concepto de escisión parcial por creación, la cual en base a lo expuesto podría ser homogénea o heterogénea, y también simétrica o asimétrica, no obstante, el SII no admita en la práctica la asimetría.

Sin perjuicio de esto, analizándose la operación referida como reorganización empresarial y con fundamentos de neutralidad fiscal, parece restrictivo el tratamiento e interpretación en referencia de la Ley de S.A., sobre todo considerando que el concepto de división es más amplio si se atiende a la doctrina y al derecho comparado. Así, pareciera lógico que se admitiese la neutralidad fiscal de escisiones totales, por absorción o asimétricas con proporcionalidad, siempre y cuando se resguarde la continuidad de la empresa e interés de los propietarios, como principios de neutralidad tributaria.

Por otro lado, al no existir una lógica en la regulación existente, que permita afirmar una continuidad del negocio y el interés de los propietarios en un periodo de tiempo, más allá de la división en sí, sería interesante que se prestara también atención a principios de neutralidad fiscal, como requisitos de procedencia de dicho tratamiento.

En relación a la continuidad de la empresa como requisito de neutralidad, se debiese atender a la continuidad del negocio, por sobre la continuidad de existencia de una persona jurídica determinada. Así, de plantearse como requisito de neutralidad fiscal, esta continuidad no limitaría una escisión total donde se extinga la sociedad dividida, en la medida que la o las entidades beneficiarias del

patrimonio continúen el negocio de la entidad escindida. En este punto, tampoco parecería procedente que se exigiera que el negocio que se continúe sea el mismo que el de la entidad dividida, toda vez que, por diferentes motivos ajenos a la empresa, puede ser conveniente o incluso necesario, ajustar o modificar la marcha de la empresa comercial.

En cuanto a la implementación de este requisito, de considerarse un plazo previo de funcionamiento del negocio, creemos que se debería atender propiamente al desempeño de un giro, más que al plazo de existencia de la persona jurídica. Esto, porque perfectamente un negocio podría llevar un largo tiempo en desarrollo y haber mutado en su estructura por reorganizaciones empresariales recientes a la fecha de cuando se pretende dividir la sociedad que mantiene dicho negocio. Así, más allá del plazo, sería interesante atender al desempeño efectivo del negocio. Es decir, los antecedentes que den cuenta de que se realiza un giro.

Por otro lado, desde la perspectiva de la continuidad de la empresa a futuro, creemos que requeriría mayor precaución. Al efecto, si bien la continuidad de la empresa debiese tender al futuro, las decisiones de un negocio pueden variar por circunstancias ajenas a la voluntad de los propietarios. Así, si bien puede efectuarse una operación con una finalidad de reorganización en que se pretende mantener la actividad empresarial, pueden existir situaciones forzosas como una situación deficitaria, o un procedimiento de liquidación concursal, que impidan continuar el negocio. O incluso, podría darse casos menos extremos, como ocurriría si los propietarios decidieran vender su empresa por mera autonomía de la voluntad.

En relación a la continuidad de interés de los propietarios de la sociedad escindida, pareciera lógico considerar la misma lógica que en la continuidad de la empresa. Al efecto, más que una exigencia a futuro que podría limitar la autonomía de la voluntad o circunstancias forzosas parece ser que sería dable considerar que deben existir socios o accionistas que, con anterioridad a la división, estén activa e históricamente involucrados en la empresa, antes de la división de ésta. De este modo, existiría un indicio de que, dada la historia de dichos propietarios en el ejercicio de la actividad empresarial, pretenderán continuar en la misma con posterioridad a la división.

En esta materia, como se sostuvo, las divisiones asimétricas a nuestro juicio se admitirían en la Ley de S.A. y su Reglamento como elemento de la naturaleza de la división, donde la Ley de S.A. no resguardaría una proporcionalidad en cuanto equivalencia de patrimonios que debería ser dable en una escisión neutra. Considerando esto, más allá de que una división sea simétrica o asimétrica, sería relevante que los socios o accionistas –tanto de la entidad dividida como de las beneficiarias del patrimonio–, tengan un interés patrimonial y de control en las entidades participantes, que permita afirmar que, con posterioridad a la operación de escisión, no ha existido un cambio de posición económica en el negocio que haga dable una tributación de la operación. De este modo se podría aplazar la tributación de las utilidades que eventualmente percibirían de enajenar el negocio.

Similares consideraciones se pueden plantear en la división por absorción, en cuanto puede presentar asimetría en las participaciones.

Finalmente, atendido que podrían existir dificultades en establecer plazos de continuidad de la empresa comercial y de interés de los propietarios a futuro, pareciera ser que este fin de persistencia después de la división; podría resguardarse con la exigencia de una razón de negocios reorganizacional, mediante la cual se proyecte a futuro la continuidad que se daría en la marcha del negocio y el interés de los dueños de la entidad. Esta razón de negocios debería ser más exigente que la buena fe en la NGA, y también que la legítima razón de negocios del Art. 64 Inc. 5° del CT. Toda vez que, a fines de neutralidad tributaria, junto con no buscar meramente evitar el pago de impuestos, se desarrollaría el concepto de reorganización empresarial, en cuanto se mantiene un negocio en marcha.

Sin perjuicio de lo anterior, la implementación de una legítima razón de negocios de reorganización empresarial presentaría reparos en nuestro sistema tributario. Esto, toda vez que, en nuestro país, la neutralidad tributaria se identifica con una inhibición de la facultad de tasación del SII, la cual es una NEA; y no precisamente el faltar neutralidad fiscal en una operación, quiere decir que exista elusión, ya que podría de todos modos existir una economía de opción.

BIBLIOGRAFÍA

- Baeza, Gonzalo (2003). Derecho Comercial (Santiago de Chile, Lexis Nexis, Tomo II).
- Boletín N°2289-05, correspondiente a la Historia de la Ley N°19.705, “Regula las ofertas públicas de adquisición de acciones (OPAS) y establece régimen de gobiernos corporativos” de 1 de abril de 2000.
- Caballero, Guillermo (2015). “La Ley de Sociedades Anónimas y las “Modificaciones Estructurales”: Un tema pendiente” en Modernización del Derecho Societario. Ed. por Vásquez, María Fernanda y Embid, José Miguel (Santiago de Chile, Thomson Reuters).
- Cabello, Juan Pablo (2001). La facultad de tasación del Servicio de Impuestos Internos. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- Code of Laws of the United States, Title XXVI, Internal Revenue Code. 14 de enero de 2019 (Estados Unidos).
- Decreto N°702, “Aprueba nuevo Reglamento de Sociedades Anónimas”, publicado en el Diario Oficial de fecha 6 de julio de 2012 (Chile).
- Decreto Ley N°824, “Aprueba texto que indica de la Ley sobre Impuesto a la Renta”, publicado en el Diario Oficial de fecha 31 de diciembre de 1974 (Chile).
- Decreto Ley N°830, “Aprueba texto que señala del Código Tributario”, publicado en el Diario Oficial de fecha 31 de diciembre de 1974 (Chile).
- Directiva 2009/133/CE, “Relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro”, de 19 de octubre de 2009 (Europa).

- Fundación de Estudios Sistémicos Tributarios (2021). Informe Subcomisión 6: Combate a la elusión y evasión (Santiago de Chile).
- Greve, Gert (2018). Efectos Tributarios de la División de Sociedades: División de Sociedades chilenas, extranjeras y la división internacional. Tesis para optar al Título de Magíster en Derecho, mención en Derecho Tributario, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- Hernández, Ricardo (2005). Fusión, Transformación y División de Sociedades Anónimas (Santiago de Chile, Editorial La Ley, Segunda Edición Actualizada).
- Jiménez, Jacobo (2017). Cuestiones sobre las escisiones en el Régimen fiscal especial de reestructuraciones empresariales. Facultad de Derecho, Universidad Pontificia Comillas. Madrid, España.
- Kidder Gregory (2011). Basics of U.S. tax-free spin-offs under section 355 en *International Taxation* (5) (Estados Unidos).
- Ley 27/2014, “Del Impuesto sobre Sociedades”, publicada en el Boletín del Estado de fecha 28 de noviembre de 2014 (España).
- Ley N°18.046, “Ley sobre Sociedades Anónimas”, publicada en el Diario Oficial de fecha 22 de octubre de 1981 (Chile).
- Ley N°20.628, “Impuesto a las Ganancias”, texto Ordenado por Decreto 649/97, publicado en Boletín Oficial de 6 de agosto de 1997 (Argentina)
- Lyon, Alberto. (s.a.) *Personas Jurídicas* (Santiago de Chile, Ediciones UC).
- Mardones, Marcelo (2018). *Modificaciones estructurales de sociedades. Fusiones, divisiones y transformaciones* (Santiago de Chile, Thomson Reuters).
- McDaniel, Paul; Martin, McMahon Jr. y Simmons, Daniel (1999). *Federal Income Taxation of Corporations* (Estados Unidos, Foundation Press, Segunda Edición).
- Puelma, Álvaro (2011). *Sociedades* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Tomo I).
- Sandoval, Ricardo (2009). “La división o escisión de sociedades” en *Anuario de Derecho Comercial y Marítimo N°1.*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad de Valparaíso (Valparaíso, Edeval).
- Seago, W. Eugene (2021). *Tax Aspects of Corporate Division* (Estados Unidos, Business Expert Press, Primera Edición).
- Servicio de Impuestos Internos, Circular N°68 de 1996.
- Servicio de Impuestos Internos, Circular N°45 de 2001.
- Servicio de Impuestos Internos, Circular N°65 de 2015.
- Servicio de Impuestos Internos, Circular N°43 de 2021
- Servicio de Impuestos Internos, Oficio N°1.873 de 1989.
- Servicio de Impuestos Internos, Oficio N°2.734 de 1989.
- Servicio de Impuestos Internos, Oficio N°3.734 de 1989.
- Servicio de Impuestos Internos, Oficio N°3.654 de 1995.
- Servicio de Impuestos Internos, Oficio N°2.100 de 1996.
- Servicio de Impuestos Internos, Oficio N°4.677 de 2003.
- Servicio de Impuestos Internos, Oficio N°519 de 2007.
- Servicio de Impuestos Internos, Oficio N°3.590 de 2009.
- Servicio de Impuestos Internos, Oficio N°1.935 de 2010

- Servicio de Impuestos Internos, Oficio N°494 de 2011.
- Servicio de Impuestos Internos, Oficio N°2.531 de 2015.
- Servicio de Impuestos Internos, Oficio N°1.385 de 2016
- Servicio de Impuestos Internos, Oficio N°3.320 de 2016.
- Servicio de Impuestos Internos, Oficio N°3.422 de 2016.
- Servicio de Impuestos Internos, Oficio N°261 de 2017.
- Servicio de Impuestos Internos, Oficio N°843 de 2017.
- Servicio de Impuestos Internos, Oficio N°2.108 de 2017.
- Servicio de Impuestos Internos, Oficio N°362 de 2018.
- Servicio de Impuestos Internos, Oficio N°365 de 2018.
- Servicio de Impuestos Internos, Oficio N°947 de 2018.
- Servicio de Impuestos Internos, Oficio N°2.514 de 2018
- Servicio de Impuestos Internos, Oficio N°1.197 de 2019.
- Servicio de Impuestos Internos, Oficio N°1.394 de 2019.
- Servicio de Impuestos Internos, Oficio N°1.549 de 2019.
- Servicio de Impuestos Internos, Oficio N°1.511 de 2020.
- Servicio de Impuestos Internos, Oficio N°4 de 2021.
- Servicio de Impuestos Internos, Oficio N°1.334 de 2021.
- Superintendencia de Valores y Seguros (hoy Comisión para el Mercado Financiero), Oficio N°2408 de 1989.
- Vanistendael, Frans (1998). “Chapter 20: Taxation of Corporate Reorganizations” en Tax Law Design and Drafting, volume 2. International Monetary Fund. Ed. por Thuronyi, Victor (Estados Unidos).
- Vergara, Samuel (2010). “Tasación fiscal como medida antielusión o antievasión” en Revista de Estudios Tributarios Vol. 2. Universidad de Chile (Santiago de Chile).