

NEUTRALIDAD TRIBUTARIA EN PROCESOS DE REORGANIZACIÓN EMPRESARIALES INTERNACIONALES: ANÁLISIS DEL ANTIGUO ARTÍCULO 64 Y ELEMENTOS DE INTERPRETACIÓN ANTE SU NUEVA REDACCIÓN

CRISTIÁN CHEYRE MORAGA¹ E IGNACIO PINOCHET RAVIOLA²

RESUMEN

En un mundo globalizado las empresas se han preguntado cómo reorganizar y ordenar sus estructuras corporativas mitigando los impactos tributarios. El artículo 64 del Código Tributario permite aportar, dividir y fusionar entidades de forma tributariamente neutral cumpliendo ciertos requisitos. Esto aplica para procesos de reorganización local y se ha ido extendiendo a reorganizaciones con factores transnacionales. En un escenario cada vez más globalizado, es relevante entender la extensión de dicho principio a procesos de reorganización internacional, salvaguardando el interés fiscal. El enfoque de nuestro artículo será analizar el referido artículo, su aplicación práctica a procesos de reorganización locales, así como pronunciamientos históricos emitidos por la autoridad fiscal en donde se puedan extraer elementos que hagan viable su aplicación a procesos de reorganización internacionales, considerando también la nueva redacción que entró en vigor con la Ley 21.713.

PALABRAS CLAVE: neutralidad, reorganizaciones empresariales, internacionales, transfronterizas.

INTRODUCCIÓN

La globalización ha permitido que las empresas operen en múltiples jurisdicciones, lo que a su vez ha generado la necesidad de reorganizar sus estructuras corporativas para adaptarse a las demandas del mercado y maximizar sus eficiencias. Por esto, las reorganizaciones de

¹ Abogado, Universidad de Chile. Magíster en Dirección y Gestión Tributaria, Universidad Adolfo Ibáñez. Correo electrónico: cheyre.c@gmail.com.

² Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Magíster en Dirección y Gestión Tributaria, Universidad Adolfo Ibáñez, MBA ©, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor Magíster en Dirección y Gestión Tributaria, Universidad Adolfo Ibáñez. Correo electrónico: ivpinoch@uc.cl.

grupos empresariales, y en particular las reorganizaciones con elementos internacionales han sido objeto de atención tanto por parte del Servicio de Impuestos Internos (en adelante también, el “SII”) como por parte de la doctrina. Lo anterior, porque las reorganizaciones internacionales conllevan implicaciones tributarias significativas, que pueden dar lugar a la generación de ganancias o pérdidas tributables, así como a la aplicación de impuestos en diferentes países.

En ese contexto, uno de los objetivos de estas reorganizaciones internacionales, al considerar su naturaleza como una reorganización o un reordenamiento de la estructura de un grupo empresarial y no como una enajenación o disposición de un activo, es lograr claridad en los lineamientos necesarios para que dichas reorganizaciones se lleven a cabo de manera neutra evitando efectos tributarios indeseados.

Así, tanto la legislación como la autoridad han buscado establecer directrices claras y precisas para asegurar que las reorganizaciones internacionales se realicen de una manera neutra desde el punto de vista tributario. Lo anterior, sin descuidar el hecho de evitar que estas reorganizaciones, y las reorganizaciones internacionales en especial, impidan la generación o permitan la postergación de hechos gravados, o bien generen que una determinada jurisdicción pierda su capacidad para recaudar impuestos para ser luego gravados en una jurisdicción más favorable desde el punto de vista impositivo.

Dicho esto, y para efectos de este artículo, es importante intentar al menos dar luces respecto a lo que se entiende por reorganización empresarial desde el punto de vista del derecho tributario. En ese sentido, la legislación chilena no entrega una definición de reorganización empresarial pese a que existen ciertas normas que hacen referencia a este concepto³. Ante la falta de definición legal, la doctrina la ha definido en relación con el concepto de planificación como “*un proceso metódico y sistemático, constituido por conductas lícitas del contribuyente, realizadas ingeniosamente con la finalidad de aumentar su rentabilidad financiero fiscal, mediante la elección racional de alguna de las opciones legales tributarias que el ordenamiento jurídico establece*”⁴. En esa línea, también se ha entendido que la reorganización desde el punto de vista tributario “*es la variación del conjunto de relaciones que inciden en su constitución o funcionamiento... se enfoca con aquellas decisiones relacionadas con procesos de transformación de tipo social, de división de sociedades, fusiones, entre otras*”⁵.

Por su parte, también nos parece relevante entender el concepto de neutralidad tributaria. 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

³ Ver, por ejemplo, Artículo 10, 14, 31 N°6 del Decreto Ley N° 824 de 1974 sobre Impuesto a la Renta (LIR).

⁴ Vergara, Samuel (2006). Planificación Tributaria & Tributación. Editorial Nova Lex, (Santiago), p. 15.

⁵ Faundez U., Antonio. (2021). Tributación en las reorganizaciones empresariales. (Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia), p. 34.

tributables en determinados actos tributarios⁶. No obstante, la importancia de la neutralidad tributaria, tampoco se encuentra establecida de manera independiente en el marco jurídico nacional, sino que se deriva principalmente de la limitación en el poder de tasación del SII.

Es así como dentro del ordenamiento jurídico chileno, el art. 64 del CT proporciona un marco legal que permite realizar aportes, divisiones y fusiones de entidades de manera neutral desde el punto de vista fiscal, siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos, inhibiendo de esta forma la facultad de tasar del SII. Este principio ha sido aplicado en procesos de reorganización a nivel local y se ha extendido a reorganizaciones con elementos internacionales.

A modo de contexto, el antiguo inc. 5º del art. 64, del CT, previo a las modificaciones introducidas por la Ley 21.713, fue incorporado por la Ley N°19.705, del año 2000, cuyas actas señalan que el objeto de estas modificaciones fue dar certeza sobre el régimen tributario aplicable en una división, fusión o cualquier otro proceso de reorganización, de manera que la utilidad que pueda generar la transferencia de activos se realizará efectivamente cuando los enajene un determinado grupo empresarial a un tercero.

De esta forma, según la historia de la ley N°19.705, se señaló en la sesión “*que 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, subsista 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*”⁷.

Dicho esto, en la misma sesión no se entregaron muchas luces respecto al tema de las reorganizaciones con elementos internacionales, limitándose a señalar que para efectos de dar más certezas se debían agregar a las agencias o sucursales de sociedades extranjeras. Sin embargo, se indicó de forma expresa que se debía dejar incorporado a la norma a “*los activos aportados de cualquier clase, ya que, tanto en uno como en el otro caso, no se aprecian razones conceptuales o de control para mantener esta limitación*”⁸.

Por lo tanto, podemos inferir una intención al momento de legislar, donde se incluían dentro de esta inhibición de la facultad de tasación aquellos procesos que eventualmente podían incluir elementos internacionales.

Con esto en consideración, y ante la falta de elementos de texto que permitan entregar lineamientos más precisos, es que el SII fue estableciendo criterios a través de diversos

⁶ Alvarez G., Luis (2022). “NEUTRALIDAD TRIBUTARIA EN LOS PROCESOS DE DIVISIÓN DE SOCIEDADES: ANÁLISIS DESDE FUNDAMENTOS DE NEUTRALIDAD FISCAL”. Anuario de Derecho Tributario UDP, N° 14, Universidad Diego Portales (Santiago).

⁷ Historia de la Ley N°19.075 disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadaley/nc/historia-de-la-ley/6477/>.

⁸ Ídem.

pronunciamientos, los cuales a nuestro juicio fueron recogidos por el nuevo texto del artículo 64 del CT según las modificaciones introducidas en la Ley 21.713. En nuestra opinión, en materia de divisiones y fusiones éstos se han mantenido desde hace cierto tiempo de forma orgánica y estable, pero es respecto de los aportes donde se ha apreciado un criterio más impreciso, exigiendo requisitos que no se encontraban expresados en la antigua redacción pero que ahora se encontrarían dentro de dicha norma.

A modo de cierre de esta introducción, debemos agregar que para efectos del análisis nos centraremos en aquellas operaciones que impliquen una transferencia o asignación directa del activo subyacente chileno.

I

CRITERIOS HISTÓRICOS APLICABLES EN PROCESOS DE REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL INTERNACIONAL

1. NEUTRALIDAD TRIBUTARIA EN LA DIVISIÓN INTERNACIONAL

Desde el punto de vista de la división internacional, nos referimos a aquella operación que implique una transferencia directa del activo chileno. De esta manera, de esta división que tiene lugar en el extranjero, el activo chileno es asignado al nuevo vehículo que nace producto de la división.

De acuerdo con el texto anterior del art. 64 del CT, el SII se encontraba inhibido de aplicar la facultad de tasación 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.

Respecto de la división, el SII históricamente ha sido invariable en señalar que estos procesos implican 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, los cuales, en virtud de la decisión societaria adoptada, quedan radicados en una entidad jurídica independiente⁹.

Lo anterior basado también en la interpretación administrativa realizada por el Superintendencia de Valores y Seguros (actual Comisión para el Mercado Financiero o CMF) que señaló que en una división no existe propiamente una transferencia o transmisión de bienes, sino que una especificación de derechos preexistentes, los cuales, en virtud de la decisión societaria adopta en la forma y por la mayoría que prescribe la ley, quedan radicados en entidades jurídicas independientes¹⁰.

Por su parte, el SII había interpretado que para que se aplique la inhibición de la facultad de tasación en las divisiones con carácter internacional, es decir, una entidad

⁹ Entre otros, mediante oficios N° 1465 de 2021, N° 843 de 2017 y N° 2531 de 2015.

¹⁰ Oficio N° 2048 de 1989 de la Superintendencia de Valores y Seguros (actualmente CMF).

residente en el extranjero que tiene un activo subyacente chileno, que es asignado a la nueva sociedad resultante de la división, se debía cumplir con el requisito que la división en el país de la sociedad dividida sea análoga a la división efectuada en conformidad a la legislación chilena¹¹.

De esta forma, y según la autoridad, en la medida que la división sea análoga en los términos de la legislación chilena, es decir, que la operación consista en una “*...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*”¹², esta operación sería neutra tributariamente y por lo tanto el SII se encontraba imposibilitado de aplicar su facultad de tasación.

Así, era posible entender que existía una división internacional tributariamente neutra cuando se cumplían los siguientes requisitos: (i) Existe en la legislación internacional, donde se lleva a cabo la operación, un concepto de división análogo al chileno, esto es, cumplir con los elementos de la definición de la división de la Ley 18.046 y que se trate de una especificación de derechos preexistentes, que quedan incorporados en una nueva entidad y (ii) mantenga registrado el valor tributario que tenían los activos y pasivos en la sociedad dividida o aportante.

Dicho esto, es importante mencionar que la definición de división dada por el artículo 94 de la LSA que señala que “[...] 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” apunta al concepto de escisión parcial, toda vez que la entidad que se divide sigue subsistiendo.

En esta misma línea, el SII había exigido que para cumplir con este concepto de división se debe considerar a esta operación como una distribución del patrimonio en una o más sociedades, correspondiendo a los partícipes de la sociedad dividida, la misma proporción en el capital social de cada una de las nuevas, cerrando de esta forma la posibilidad de plantear una división en el extranjero que implique una distribución asimétrica de las participaciones en la nueva sociedad¹³.

A nuestro juicio, la interpretación que ha dado el SII respecto a los procesos de división internacional se ajustaba al antiguo texto del art. 64 del CT toda vez que este no hacía ninguna distinción respecto al domicilio o residencia de las entidades divididas y la exigencia de que tengan elementos análogos a los chilenos es producto del hecho de asegurarse que la división mantenga su esencia como una especificación de derechos preexistentes, y por lo tanto, substancialmente neutra desde el punto de vista tributario.

¹¹ Entre otros, mediante oficios N° 1465 de 2021, N°947 de 2018 y N° 843 de 2017 y Circular N°45 de 2001.

¹² Artículo 94 de la Ley 18.046 sobre Sociedades Anónimas.

¹³ Oficio N° 3590 de 2009.

2. *NEUTRALIDAD TRIBUTARIA EN LA FUSIÓN INTERNACIONAL*

Como señalamos anteriormente, de acuerdo con el texto anterior del art. 64 del CT, el SII se encontraba inhibido de aplicar la facultad de tasación en los casos de fusión por creación o por incorporación de sociedades, siempre que la nueva sociedad o la subsistente mantuviese registrado el valor tributario que tenían los activos y pasivos en la sociedad fusionada.

De esta forma, y de manera similar a la interpretación que ha tenido respecto a la división, el SII había sostenido que para efectos que en una fusión internacional se pueda inhibir la facultad de tasación, esto se fundamentará en la medida que dicha fusión se ajustara al concepto establecido en el art. 99 de la LSA, y se mantuviera registrado el valor tributario de los activos y pasivos en la sociedad que sucede a la o las sociedades disueltas¹⁴.

Por lo tanto, para efectos que las fusiones en el extranjero no se encontrasen sujetas a la facultad de tasación del SII, estas operaciones debían consistir en la reunión de dos o más sociedades en una sola que las sucede en todos sus derechos y obligaciones, y a la cual se incorporan la totalidad del patrimonio y accionistas de los entes fusionados; o cuando el activo y pasivo de dos o más sociedades que se disuelven, se aporta a una nueva sociedad que se constituye (fusión por creación) o finalmente cuando una o más sociedades que se disuelven, son absorbidas por una sociedad ya existente, la que adquiere todos sus activos y pasivos (fusión por incorporación)¹⁵. Lo anterior siempre que la sociedad subsistente mantuviera registrado el valor tributario que tenían los activos y pasivos en la sociedad absorbida.

De esta forma, era posible entender que existía una fusión internacional tributariamente neutra cuando se cumplían los siguientes requisitos: (i) Existe en la legislación internacional, donde se lleva a cabo la operación, un concepto de fusión análogo al chileno, esto es, cumplir con los elementos de la definición de la fusión de la LSA y (ii) mantenga registrado el valor tributario que tenían los activos y pasivos en la sociedad absorbida o fusionada. En el caso de las fusiones nos parece que el criterio sostenido por el SII cumplía con los fundamentos y razones señaladas para el caso de la división. Por lo tanto, considerando que el art. 64 del CT no hace ninguna distinción respecto al domicilio o residencia de las entidades fusionadas era posible llegar a la misma conclusión sostenida por el SII.

Finalmente cabía preguntarnos entonces que ocurría con aquellas operaciones que teniendo elementos de una fusión no cumplen con el concepto de la fusión en los términos de la LSA. En este escenario, el SII ha sostenido que en caso de que la fusión no cumpla con las definiciones de la LSA y se produzca una transferencia de acciones, se podría aplicar la facultad de tasación a menos que los efectos de la reorganización se produzcan y agoten íntegramente en Chile¹⁶, es decir, se remite a las interpretaciones que ha tenido respecto del aporte de activos, lo cual desarrollaremos de forma más extensa a continuación.

¹⁴ Entre otros, mediante oficios N° 978 de 2021 y N° 840 de 2018.

¹⁵ Artículo 99 Ley 18.046 sobre Sociedades Anónimas.

¹⁶ Oficio N° 978 de 2021.

3. NEUTRALIDAD TRIBUTARIA EN EL APORTE

En primer lugar, interpretando lo dispuesto en el antiguo inc. 5º, del art. 64 del CT, el SII estableció¹⁷ que no se aplicarán las facultades de tasación que contempla el referido art. 64 del CT, cuando se trate del aporte, total o parcial, de activos de cualquier clase, corporales o incorpórales, 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 art. 58 de la LIR, y siempre que dichos procesos de reorganización cumplían los siguientes requisitos:

- Que impliquen un aumento de capital en una sociedad preexistente o la constitución de una nueva sociedad.
- Que no se originen flujos efectivos de dinero para el aportante.
- Que los aportes se efectúen y registren al valor contable o tributario en que los activos estaban registrados en la aportante.
- Que los valores se asigne en la respectiva junta de accionistas o escritura pública de constitución o modificación de la sociedad tratándose de sociedades de personas.

Ahora bien, en una primera instancia el SII señaló, en forma reiterada,¹⁸ que para que tenga aplicación lo dispuesto en el antiguo inc. 5º, del art. 64 del CT, era necesario que los efectos tributarios de la reorganización se produzcan y agoten íntegramente en el país, circunstancia que no ocurre cuando, tanto la empresa aportante de los derechos o acciones de una sociedad chilena como la que recibe el aporte, son entidades constituidas en el exterior y sometidas a jurisdicciones tributarias extranjeras (énfasis añadido). En dicho caso, el aporte sí podrá ser objeto de tasación por parte del SII con las consecuentes determinaciones de potenciales ganancias de capital afectas a impuestos en Chile.

No obstante lo anterior, en nuestra opinión dicho criterio (al menos la interpretación del mismo SII) fue variando con el tiempo. Así tenemos el oficio N° 2213 de 2022 en que la autoridad concluye que la exigencia que los efectos tributarios de la reorganización se produzcan y agoten en Chile busca salvaguardar el interés fiscal y la posibilidad de fiscalizar efectivamente esas operaciones, descansando en “*que dicha reorganización o reestructuración del patrimonio tenga como objetivo una asignación eficiente de los activos, manteniendo el correcto desempeño del grupo empresarial, sin desprenderse de los activos o su control, ni radicando el mayor valor, a fin de cuentas, en otra jurisdicción*”¹⁹.

¹⁷ Mediante la Circular N° 45 de 2001.

¹⁸ Entre otros, mediante Oficios N° 530 de 2021, N° 2156 de 2013 y N° 2435 de 2010.

¹⁹ El mismo SII cita el Primer Informe de la Comisión de Hacienda del Senado, durante el segundo trámite constitucional de la Ley N° 19.705, en el cual se indicó que es frecuente que las reorganizaciones no se busque realizar una utilidad, sino que una nueva estructura empresarial para enfrentar los problemas que se generan de la dinámica actual de la economía.

En el citado oficio, el SII razona que lo esencial en un proceso de reorganización es que una enajenación de dicho activo aportado pueda gravarse en Chile posteriormente, cuando el bien salga efectivamente del control del grupo empresarial. El hecho de mantenerlos registrados a costo tributario sería necesario entonces para, si bien posponer la tributación, que en la enajenación posterior se pueda determinar una potencial ganancia de capital gravable. Concluye la autoridad que en el caso analizado (en donde una entidad chilena aportaba activos ubicados en el exterior a otra entidad sin domicilio ni residencia en Chile) se impedía que el mayor valor obtenido por esta última entidad, posteriormente, tras enajenar los activos – registrados en su oportunidad a costo tributario – sea susceptible de pagar impuestos en Chile, al tratarse de un bien ubicado en el extranjero enajenado por una entidad extranjera.

A partir de dicha conclusión pareciera no haberle quedado más espacio al SII que concluir que si en el caso anterior los activos aportados eran chilenos (aun cuando la sociedad receptora del aporte era entidad sin domicilio ni residencia en Chile), se cumplirían los supuestos básicos exigidos por el antiguo art. 64 del CT, inhibiendo al SII de practicar su facultad de tasación²⁰. Así, la necesidad que una enajenación de dicho activo aportado pueda gravarse en Chile posteriormente, cuando el bien salga efectivamente del control del grupo empresarial sería en nuestra opinión el elemento central para entender que los efectos tributarios de la reorganización se producen y agotan íntegramente en el país.

El punto de la legítima razón de negocios ha sido también de constante discusión en su aplicación práctica. Así, adicional a los requisitos que se desprenden de forma expresa en la norma²¹, y de la necesidad que los efectos tributarios de la reorganización se produzcan y agoten íntegramente en el país, cuyo primer alcance ya discutimos, que una reorganización obedezca a una legítima razón de negocios fue primero conceptualizado por el SII cuando la reorganización no sea una forma para evitar el pago de impuestos, como podía ser el aporte a una sociedad existente que registra una pérdida tributaria y los bienes respectivos fuesen vendidos por ésta última dentro del período de revisión a un mayor valor absorbido por dicha pérdida. Mediante oficios la autoridad ha dado luces adicionales de este concepto de legitimidad, como podría ser obtener una mayor presencia comercial en el extranjero y mejores posibilidades de financiamiento lo cual quedó más delimitado por la definición entregada en el nuevo artículo 64 del CT según la Ley 21.713.

²⁰ Así lo concluye la autoridad fiscal mediante Oficio N° 881 de 2023.

²¹ A saber, que la reorganización: (i) implique un aumento de capital en una sociedad preexistente o la constitución de una nueva sociedad; (ii) que no se originen flujos efectivos de dinero para el aportante; (iii) que los aportes se efectúen y registren al valor contable o tributario en que los activos estaban registrados en la aportante; y, (iv) que los valores se asigne en la respectiva junta de accionistas o escritura pública de constitución o modificación de la sociedad tratándose de sociedades de personas.

II

NUEVA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 64 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO

En el Diario Oficial de 24 de octubre de 2024 se publicó la Ley N° 21.713 sobre Cumplimiento de Obligaciones Tributarias. En ella se incorporaron cambios al art. 64 de CT que nos parece relevante remarcar, y que de acuerdo con las disposiciones transitorias de la referida ley entraron en vigor a partir del 1 de noviembre del mismo año.

Por una parte, los nuevos incisos noveno y undécimo del art. 64 indican que no se aplicará la facultad de tasación respecto de fusiones y divisiones internacionales siempre que se mantenga el costo tributario de los activos en la sociedad absorbente o naciente de una fusión, en la o las sociedades que nacen con ocasión de la división.

En ese sentido, parece claro que la nueva redacción viene a confirmar el criterio histórico que a nuestro juicio se desprendía del antiguo art. 64 y que se extraía también de la última jurisprudencia administrativa emitida por el SII.

Ahora bien, el nuevo art. 64 agrega que cuando se trate de procesos de reorganizaciones empresariales internacionales distintas de fusiones y divisiones (como sería el caso de aporte de activos que hemos venido discutiendo), que produzcan efectos en bienes, acciones o derechos situados en el país, no procederá la facultad de tasación siempre que cumplan los siguientes requisitos copulativos:

- i. que exista una legítima razón de negocios;
- ii. que no se originen flujos de dinero para el aportante;
- iii. que se mantenga el costo tributario de los activos que se transfieren, asignen o aporten con ocasión de la reorganización;
- iv. que se haya cumplido con las exigencias legales de la jurisdicción extranjera que corresponda;
- v. se mantenga o no se afecte la potestad tributaria de Chile, esto es, cuando un posterior aporte o transferencia de los activos que hubieran sido asignados o aportados en el proceso de reorganización sean efectivamente susceptibles de ser gravados en Chile.

Importante tener presente que el inc. décimo cuarto del nuevo art. 64 del CT agrega una definición del concepto de “legítima razón de negocios”, ejemplificado, entre otras razones, aquella que tenga por finalidad mejorar o facilitar las condiciones del negocio, así como obtener ventajas competitivas; financiamiento; la eliminación o mitigación de costos o riesgos; aumentar la capacidad productiva o de presencia en el mercado; optimizar la administración o cualquier otra finalidad similar a las anteriormente señaladas y que, en cualquier caso, sea distinta a la meramente tributaria.

Ahora bien, de una primera lectura de este nuevo inc. duodécimo del art. 64 del CT pareciera que se han recogido los principales elementos del antiguo art. 64. Lo relevante a nuestro juicio son dos condiciones novedosas a nivel legislativo al menos: (1) que se solicita que se produzcan efectos en bienes, acciones o derechos situados en el país; y, (2) se

mantenga o no se afecte la potestad tributaria de Chile. Ambas condiciones, como vimos, en línea con los últimos criterios sostenidos por la autoridad fiscal en su jurisprudencia administrativa.

Adicional a lo anterior, el nuevo inc. décimo tercero del art. 64 agrega que no procederá la limitación de la facultad de tasación en proceso de reorganización empresarial (incluyendo fusiones y divisiones) que impliquen el traslado de la propiedad de acciones o derechos hacia paraísos fiscales²² o que estén liberados de llevar contabilidad según normas de general aplicación.

III EFECTOS DEL NUEVO ENTENDIMIENTO

Nos parece claro que el concepto referido a que los efectos tributarios de una reorganización se produzcan y agoten íntegramente en el país ha ido mutando. Históricamente la autoridad fiscal sostuvo que esto solo se cumpliría en la medida el aporte debía hacerse en una entidad chilena o hacerse en una entidad extranjera que simultáneamente radicara tal participación en una entidad local²³. Tal como advirtió la doctrina²⁴, el año 2021 pareció modificar el entendimiento de una neutralidad de los aportes de entidades locales en entidades extranjeras en caso de que los aportantes fuesen locales. Efectivamente mediante el oficio N° 530 de 2021 el SII entendió que, cumpliéndose ciertos supuestos un aporte de una sociedad local en una sociedad extranjera podía llegar a agotar sus efectos en Chile. Lamentablemente el oficio N° 2213 de 2022 pareciera haber limitado dicho entendimiento en caso de que el aporte fuera realizado por una entidad extranjera de una sociedad local en otra sociedad extranjera. La consecuencia lógica de lo anterior es que dicha transferencia no sería neutra tributariamente, debiendo determinar cuál es la ganancia de capital a ser sujeta a los impuestos que correspondan.

En ese sentido, si bien nos parece razonable inhibir las facultades de tasación del SII en estos casos, debería ser salvaguardando el interés fiscal y la posibilidad de fiscalizar efectivamente esas operaciones.

²² La norma propuesta se refiere a entidades domiciliadas o residentes en países o territorios con régimen fiscal preferencial, a los que se refiere el art. 41 H de la LIR.

²³ Aquí se citan los oficios N°1628 de 2002, N°2410 de 2017, N°4849 de 2005, N°41 de 2021, y N°978 de 2021, para ratificar el aporte a una sociedad chilena; y los oficios N°209, N°4848 y N°4849 de 2005, N°1433 de 2008, N°1276 de 2007, N°2410 de 2017 y N°1628 de 2020, para la radicación simultánea.

²⁴ Ibáñez, María Jesús (2022). “OPERACIONES DE REORGANIZACIÓN INTERNACIONALES”, Anuario de Derecho Tributario UDP, N° 14, Universidad Diego Portales (Santiago).

Sobre salvaguardar el interés fiscal, como analizamos, a nuestro juicio el elemento central para justificar una neutralidad en procesos de reorganización internacionales es la necesidad que una enajenación de dicho activo aportado pueda gravarse en Chile posteriormente, cuando el bien salga efectivamente del control del grupo empresarial. Por lo tanto, una forma de asegurar dicha facultad de gravar se lograría en la medida que la sociedad que recibe el aporte sea una entidad con domicilio o residencia en Chile, ya que esa sociedad al ser residente o domiciliada en Chile en enajenación posterior deberá gravarse por su renta de fuente mundial²⁵. Como recién mencionamos, esto ya ha sido reconocido históricamente por el SII a través de numerosa jurisprudencia administrativa ya citada. Ahora bien, otra forma de salvaguardar el interés fiscal pareciera desprender del Oficio N° 881 de 2023 ya revisado. En la práctica bastaría con que el activo aportado sea de fuente nacional en los términos de los arts. 10 y 11 de la LIR para hacerlo.

Es por eso por lo que en nuestra opinión la nueva redacción del art. 64 del CT incluida en la Ley 21.713 va en la línea correcta de salvaguardar el interés fiscal, al exigir, en lo pertinente, que los procesos de reorganizaciones empresariales internacionales produzcan efectos en bienes, acciones o derechos situados en el país y se mantenga o no se afecte la potestad tributaria de Chile. Ante esto nos preguntamos: *¿Debiese ser tributariamente neutro el aporte de un bien situado en Chile en que tanto el aportante como la entidad receptora del aporte son no domiciliados ni residentes en Chile?* A nuestro juicio, en la medida que se trate de bienes, acciones o derechos situados en el país se mantendría la potestad tributaria chilena en una posterior enajenación, lo que debería inhibir la facultad de tasación del SII. Luego está la posibilidad de fiscalizar efectivamente esas operaciones. Sobre esto último nos parece nuevamente que la Ley 21.713 va en la línea adecuada al establecer limitaciones a la inhibición de la facultad de tasación del SII en casos en que dicha fiscalización se pueda ver mermada, tales como por falta de acceso a información (por ejemplo, cuando el traslado de la propiedad de acciones o derechos hacia paraísos fiscales) o falta de información contable básica que nos permita mantener registrado el costo tributario de los bienes aportes (por ejemplo, cuando la jurisdicción de la sociedad receptora del aporte libere de llevar contabilidad según normas de general aplicación).

Por el contrario: *¿Qué pasaría si el bien aportado fuera extranjero y la sociedad receptora del aporte es también no domiciliada ni residente en Chile?* En ese caso, la posición que pareciera desprendese ahora del legislador es que en dicha venta efectivamente, y en línea con el criterio del antiguo art. 64 de CT, se impide que el mayor valor obtenido por esta última entidad, posteriormente, tras enajenar los activos sea susceptible de pagar impuestos en Chile, al tratarse de un bien ubicado en el extranjero enajenado por una entidad extranjera.

²⁵ En línea con lo dispuesto en el art. 3 de la LIR.

CONCLUSIÓN

En un escenario cada vez más globalizado, estimamos relevante como herramienta que existan procesos de reorganizaciones empresarial neutros para efectos fiscales. En línea con lo que tuvo a la vista el legislador, es cada vez más frecuente la necesidad de reorganizarse por razones legítimas de negocios, no buscando en ese proceso la realización de una utilidad, sino que una nueva estructura empresarial para enfrentar los problemas que se generan de la dinámica actual de la economía. Así, el objetivo es que la utilidad que pueda generar la transferencia de activos se realice efectivamente cuando éstos se enajenen a un tercero.

En ese contexto, la norma del art. 64 del CT permite aportar, dividir y fusionar entidades de forma tributariamente neutral cumpliendo ciertos requisitos. En un escenario transfronterizo, la autoridad ha sido consistente en interpretar que para los casos de divisiones y fusiones con componentes internacionales se inhibe la facultad de tasación del SII en la medida que dicha división y/o fusión en el país de la sociedad dividida y/o fusionada sea análoga a la división y/o fusión efectuada en conformidad a la legislación chilena.

El criterio para los aportes pareciera ser más difuso. En el razonable intento de proteger el interés fiscal, a nuestro juicio la autoridad en su interpretación generó cierta incertidumbre al diferenciar caso a caso las circunstancias en que dichos aportes con componentes internacionales serían neutros para efectos fiscales. Nos parece que el camino adecuado sería que en la medida que se cumplan con los requisitos que se extraen del referido art. 64 de CT²⁶, la creación administrativa de que los efectos tributarios de la reorganización se produzcan y agoten en Chile no sería necesaria, en la medida que se pueda salvaguardar el interés fiscal y la posibilidad de fiscalizar efectivamente esas operaciones, esto es, cuando un posterior aporte o transferencia de los activos que hubieran sido asignados o aportados en el proceso de reorganización sean efectivamente susceptible de ser gravado en Chile.

En ese sentido, la nueva redacción del art. 64 del CT entrega herramientas valiosas, tales como que los procesos de reorganización no impliquen el traslado de activos situados en el país a entidades domiciliadas o residentes en países o territorios a los que se refiere el art. 41 H de la LIR o que según la legislación extranjera estén liberados de llevar contabilidad según normas de general aplicación.

²⁶ A saber, en línea con lo ya indicado: que la reorganización, que: (i) implique un aumento de capital en una sociedad preexistente o la constitución de una nueva sociedad; (ii) que no se originen flujos efectivos de dinero para el aportante; (iii) que los aportes se efectúen y registren al valor contable o tributario en que los activos estaban registrados en la aportante; y, (iv) que los valores se asignen en la respectiva junta de accionistas o escritura pública de constitución o modificación de la sociedad tratándose de sociedades de personas.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez G., Luis (2022). “NEUTRALIDAD TRIBUTARIA EN LOS PROCESOS DE DIVISIÓN DE SOCIEDADES: ANÁLISIS DESDE FUNDAMENTOS DE NEUTRALIDAD FISCAL”. Anuario de Derecho Tributario UDP, N° 14, Universidad Diego Portales (Santiago).
- Faúndez U., Antonio. (2021). Tributación en las reorganizaciones empresariales. Editorial Tirant Lo Blanch (Valencia).
- Ibáñez, María Jesús (2022). “OPERACIONES DE REORGANIZACIÓN INTERNACIONALES”, Anuario de Derecho Tributario UDP, N° 14, Universidad Diego Portales (Santiago).
- Vergara, Samuel (2006). Planificación Tributaria & Tributación. Editorial Nova Lex (Santiago).