



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

Escuela de Derecho

## **LAS PERDIDAS EN LA TRANSFORMACION, DIVISION Y FUSION DE EMPRESAS**

Tesina para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas

**INTEGRANTES:**

Sebastián Patricio Fuenzalida Medina

Cristian Manuel Alejandro Mora Calderón

**PROFESOR GUIA:**

Sr. Rubén Ricardo Carrasco Fuentealba

VALPARAISO, CHILE

Noviembre, 2011

# INDICE

<b>RESUMEN.....</b>	<b>4</b>
<b>INTRODUCCION .....</b>	<b>5</b>
<b>CAPITULO I: REORGANIZACION EMPRESARIAL .....</b>	<b>7</b>
1.- FUSIÓN:.....	8
1.1.- <i>Características:</i> .....	9
1.2.- <i>Tipos de Fusión:</i> .....	10
2.- TRANSFORMACIÓN: .....	12
2.1.- <i>Concepto:</i> .....	12
2.2.- <i>Condiciones esenciales de la transformación:</i> .....	13
2.3.- <i>Fundamento:</i> .....	14
3.- DIVISIÓN: .....	15
3.1 <i>Concepto:</i> .....	15
3.2.- <i>Naturaleza jurídica:</i> .....	16
3.3.- <i>Formas de división:</i> .....	17
4.- LA CONVERSIÓN .....	17
<b>CAPITULO II: PRINCIPALES EFECTOS TRIBUTARIOS EN LA TRANSFORMACION, DIVISION Y FUSION.....</b>	<b>19</b>
I. LA OBLIGACIÓN DE TÉRMINO DE GIRO Y RESPONSABILIDAD EN EL PAGO DE LOS IMPUESTOS: .....	19
1. <i>La Transformación:</i> .....	19
2. <i>La División:</i> .....	20
3. <i>La Fusión:</i> .....	20
II. LOS CRÉDITOS TRIBUTARIOS: .....	21
1. <i>Transformación:</i> .....	21
2. <i>La División:</i> .....	22
3. <i>La Fusión:</i> .....	22
III. SITUACIÓN DE LOS ACTIVOS Y LOS PASIVOS EN RELACIÓN CON EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA: .....	23
1. <i>La Transformación y División:</i> .....	23
2. <i>La Fusión:</i> .....	23
IV. VALOR Y FECHA DE ADQUISICIÓN DE LAS ACCIONES: .....	23
3. <i>La Fusión:</i> .....	24
V. RETIRO DE UTILIDADES: .....	25

1. <i>La Transformación:</i> .....	25
2. <i>La División:</i> .....	27
3. <i>La Fusión:</i> .....	27
VI. UTILIDADES TRIBUTABLES Y NO TRIBUTABLES, EXENTAS DEL IMPUESTO DE PRIMERA CATEGORÍA E INGRESOS NO RENTA: .....	27
1. <i>La transformación:</i> .....	27
2. <i>La División:</i> .....	28
3. <i>La Fusión:</i> .....	29
VII. PÉRDIDAS TRIBUTARIAS: .....	29
1. <i>La Transformación:</i> .....	29
2. <i>La División:</i> .....	30
3. <i>La Fusión:</i> .....	30
<b>CAPITULO III: LAS PERDIDAS .....</b>	<b>32</b>
1.- DETERMINACIÓN DE LA BASE IMPONIBLE DEL IMPUESTO DE PRIMERA CATEGORÍA: .....	32
1.1.- <i>Determinación real o efectiva de la base imponible del impuesto de primera categoría:</i> .....	33
2.- GASTOS NECESARIOS PARA PRODUCIR LA RENTA:.....	34
3.- CONCEPTO DE PÉRDIDAS .....	39
4.- TIPOS DE PÉRDIDAS: .....	40
4.1. <i>Pérdidas ocasionadas por daños o menoscabos sufridos por el patrimonio de la empresa:</i> .....	41
4.2. <i>Pérdidas del ejercicio:</i> .....	43
4.3. <i>Pérdidas de arrastre:</i> .....	45
5.- LA ADQUISICIÓN DE EMPRESAS CON PÉRDIDAS TRIBUTARIAS: .....	46
5.1.- <i>Situación previa a la dictación de la ley 19.738:</i> .....	46
5.2.- <i>Situación actual para el aprovechamiento de las pérdidas:</i> .....	51
5.3.- <i>Economía de opción:</i> .....	55
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>59</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>61</b>

## **RESUMEN**

Este trabajo analiza el problema de las pérdidas tributarias cuando se decide hacer un cambio de propiedad en la empresa. Se examinará las diversas formas de reorganización empresarial y sus efectos tributarios, así como también el tratamiento que da la autoridad administrativa a las distintas figuras, concluyendo con el análisis de las pérdidas y adoptando la tesis de que su deducción si es posible luego de la entrada en vigencia de la ley 19.738. Lo anterior queda demostrado en el hecho de que el legislador jamás ha indicado que la práctica cuestionada por el órgano fiscalizador se encuentre prohibida y que en segundo término nuestra carta fundamental al regular expresamente ciertos derechos fundamentales faculta a los contribuyentes, como desarrolladores de una actividad económica, para poder organizar sus negocios en la forma que mejor les parezca, constituyendo la postura del SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS un serio obstáculo para que los privados puedan desarrollar las actividades económicas lícitas que los faculta la Constitución.

## INTRODUCCION

Una preocupación constante del legislador ha sido combatir los efectos negativos que producen al sistema impositivo del país ciertas prácticas de los contribuyentes, denominadas prácticas evasivas y elusivas. Lo anterior se ha logrado en parte con la dictación de una serie de reformas a la legislación tributaria restringiendo la forma de actuación de los mismos. Una de esas reformas fue la que se realizó con la ley 19.738 abarcando las pérdidas tributarias y los cambios de propiedad.

Después de la mencionada reforma gran parte de la doctrina ha señalado que la posibilidad de que una empresa pueda aprovechar las pérdidas de otra compañía frente a un cambio de propiedad es nula. Frente a este escenario, potenciado en parte por la autoridad tributaria, hemos querido desarrollar este trabajo para ver qué posibilidades tienen los contribuyentes a la luz de la legislación vigente para aprovechar las pérdidas de otros cuando ocurren cambios de propiedad.

En este contexto hemos querido analizar las posturas divergentes que existen sobre la materia y darle al contribuyente una visión más clara acerca de las opciones que tiene cuando existen pérdidas y opta por realizar cambios en la propiedad.

El trabajo se estructura en 3 capítulos, partiendo desde lo más general que es la reorganización empresarial y los tipos de figuras que encontramos dentro de este concepto, luego analizaremos los efectos tributarios de los distintos tipos de estructuras

organizativas y finalmente nos avocaremos al estudio de las pérdidas examinando en detalle los diversos tipos que existen, los escenarios que se han dado a lo largo de la historia en esta materia y cuál es el fundamento de las diversas posturas, concluyendo con el estudio de la economía de opción o planificación tributaria distinguiéndola de la evasión como figura ilícita.

## **CAPITULO I: REORGANIZACION EMPRESARIAL**

Dentro de un mercado cada vez más competitivo y globalizado, las empresas se ven en la necesidad de ir modificando sus estructuras organizativas para poder enfrentar en mejores condiciones los diversos desafíos de la aventura empresarial.

Muchas veces ocurre que las empresas surgen con una determinada forma organizativa, que se cree es la más correcta para perseguir los fines propuestos, sin embargo luego de un tiempo el empresario suele percatarse que el tipo de organización escogido no es el más adecuado para lograr las metas fijadas<sup>1</sup>. De esta forma la reorganización de empresas se concibe como una verdadera solución para el empresario, no sólo para adaptarse a los nuevos desafíos del mercado, sino que también para corregir el error de haber escogido una forma de organización equivocada. Por tanto vamos a estar en frente de una reorganización empresarial cuando exista un proceso que tiene por objeto la organización de la gestión financiera, económica y tributaria de una empresa con la finalidad de hacerla más eficaz para el logro de los objetivos deseados.

A lo largo de la historia podemos apreciar que estas reorganizaciones no son nada nuevo en el ámbito empresarial, de hecho desde la segunda mitad del siglo XX es posible encontrar diversas formas de organización que fueron motivadas por el progreso tecnológico y por una serie de factores que dieron lugar a la formación de grandes grupos económicos o de “súper empresas”, que se expandían por todo el mundo ofreciendo sus productos y servicios.

---

<sup>1</sup> SANDOVAL, López, Ricardo. Derecho Comercial, 6ª Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005., p.212.

En nuestro país la manera en que mayoritariamente se materializan estas reorganizaciones es a través de transformaciones, divisiones y fusiones de empresas. Sin embargo nuestro ordenamiento jurídico no regula de manera sistemática la reorganización empresarial, de hecho sólo encontramos normas dispersas en algunas leyes y disposiciones del CÓDIGO TRIBUTARIO.

A continuación analizaremos las principales formas de reorganización empresarial desde un punto de vista jurídico-tributario, para abocarnos finalmente en el análisis de las pérdidas y su relación con este tipo de reorganizaciones.

### **1.- Fusión:**

Esta figura es de carácter complejo<sup>2</sup>, lo que queda demostrado en que no existe unanimidad en la doctrina respecto a cuál es su naturaleza jurídica.

Si bien, encontramos una noción en el artículo 99 de la ley N° 18.046 sobre sociedades anónimas, que señala que la fusión consiste en la reunión de dos o más sociedades en una sola que la sucede en todos sus derechos y obligaciones, y a la cual se incorporan la totalidad del patrimonio y accionistas de los entes fusionados. Se critica que el legislador más que definir el concepto de fusión, lo que hace es describirla en sus características más esenciales.<sup>3</sup>

En la doctrina podemos encontrar conceptos de fusión amplios y restringidos, atendiendo a la posición que se adopte respecto a su naturaleza jurídica, y a la heterogeneidad de sus elementos.

---

<sup>2</sup> PRADO Puga, Arturo. Análisis doctrinal y jurisprudencial de la figura de la fusión. Gaceta Jurídica (340):p.7, 2008.

<sup>3</sup> ARAYA Saavedra, María José y Roco Pinto, Fernando Sebastián. La fusión de empresas y poder monopólico. Memoria (Para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas). Valparaíso, Chile. Universidad de Valparaíso, facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 2005. 172h.

Por exceder los límites de este trabajo el análisis de los distintos conceptos no será abarcado en esta tesina, sin embargo acogemos a la postura que define a la fusión como un procedimiento jurídico y económico por el cual dos o más sociedades agrupan sus patrimonios y sus socios en una sociedad única, previa extinción de todas las sociedades que se fusionen en el caso que se crea una nueva sociedad a todas las preexistentes o previa extinción de todas menos una que absorbe a las restantes.<sup>4</sup> En este mismo sentido, La fusión no es sino la unificación de dos o más sociedades en una sola, y este ayuntamiento se produce sobre la base de la extinción de la personalidad jurídica de aquellas sociedades que desaparecen como tales, y cuyos patrimonios se confunden y sus socios se agrupan en aquella sociedad en la que se materializa dicha unificación<sup>5</sup>, en consecuencia adoptamos la postura que señala que la fusión genera un efecto incorporativo unido a la sucesión o transmisión universal de patrimonios que en ella ocurre.

#### 1.1.- Características:

Existen diversos tipos de fusión, pero en este trabajo abordaremos las características de las fusiones propias, atendido a que las impropias son aquellas que no reúnen todos o algunos de los elementos de la fusión propia. Dentro de las características tenemos:

- a. En la fusión se produce la extinción de las sociedades fusionantes, absorbidas o incorporadas, según sea la especie de fusión que se produzca. La fusión puede considerarse como causal de extinción que opera de pleno derecho respecto de todas las sociedades fusionantes, con la sola excepción de la absorbente.<sup>6</sup>

Si bien la mayoría de la doctrina es uniforme al señalar que no puede haber fusión si no se produce al menos, la disolución de una de las sociedades que intervienen en ella<sup>7</sup>,

---

<sup>4</sup>FUENSALIDA Merino, Carolina. La fusión: Un acto incorporativo cuyas consecuencias tributarias debieran reevaluarse. Revista Chilena de Derecho. 29(3): p.574, 2002.

<sup>5</sup>BROSETA, Pont, M. Manual de Derecho Mercantil, 6ª Edición. Madrid, España, Ed. Tecnos, 1985., p. 295.

<sup>6</sup> FUENSALIDA Merino, Carolina. Ob. Cit., p.577.

<sup>7</sup> SANDOVAL, López, Ricardo. Ob Cit. p.212

estimamos que la fusión tiene principalmente un efecto extintivo, puesto que el legislador estableció que no procede liquidación en el caso de la fusión, y solo se concibe una disolución cuando es seguida de una liquidación, esta última posición como señala Carolina Fuensalida encuentra su respaldo en parte de las doctrinas italianas, francesa, española y argentina.

- b. No hay liquidación de las sociedades que se extinguen, porque como consecuencia lógica hay una compañía que se quedó sin patrimonio y sin socios, es por esto que la liquidación se omite debido a su inutilidad.
- c. Se produce una transmisión a título universal de los patrimonios a la sociedad creada, o a la absorbente, en un solo acto jurídico.<sup>8</sup>
- d. La fusión importa una unificación de varias sociedades, lo que es producto del acuerdo o convenio celebrado entre ellas.<sup>9</sup>
- e. Se produce la incorporación completa de los accionistas de las sociedades que se extinguen a la sociedad resultante de la fusión. En este caso la sociedad que se crea o subsiste recibe el patrimonio de la sociedad que desaparece y en contraposición entrega a los accionistas acciones de su propia emisión representativa del valor aportado.<sup>10</sup>

## 1.2.- Tipos de Fusión:

Nuestra ley distingue la fusión por creación de aquella denominada por absorción. Ambos tipos de fusiones son las que en doctrina se conocen como fusiones propias, sin embargo también es posible concebir otro tipo de fusiones denominadas fusiones impropias, que no reúnen los requisitos legales de estos tipos de reestructuración. Es así como tenemos:

---

<sup>8</sup> Manual de consultas tributarias, Santiago, Chile, (396):p.25, 2010.

<sup>9</sup> Manual de consultas tributarias, Ob. Cit. p.25.

<sup>10</sup> Manual de consultas tributarias, Ob. Cit.p.25

i. Fusión propia o institucional:

Se entiende por fusión propia aquella que reúne los requisitos establecidos en la ley. Subdistinguimos entre fusión por creación y fusión por absorción.

- a. Por creación: Esta se produce cuando dos o más sociedades se extinguen para aportar sus activos y pasivos a una nueva sociedad que se constituye, en consecuencia, estamos en frente a la extinción de sociedades por un lado y a la creación de una nueva o nuevas sociedades por otro lado.

Lo que caracteriza a esta modalidad es la extinción de todas las sociedades que intervienen o participan en la fusión como requisito previo a la cesión “en bloque” de los patrimonios y accionistas a la sociedad que resulta a partir de la fecha de la fusión<sup>11</sup>.

- b. Por absorción o incorporación: en este caso una sociedad denominada absorbente adquiere la totalidad del patrimonio de otra u otras sociedades que se disuelven, cuyos accionistas pasan a integrar la sociedad absorbente pasando a ser la continuadora legal de las sociedades absorbidas.

Una doctrina minoritaria ha pretendido negar la calificación de verdadera fusión a esta última modalidad, asimilándola a una compraventa o cesión de patrimonio de la sociedad absorbida.

ii. Fusiones impropias:

La doctrina denomina fusión impropia a la situación descrita por el artículo 103 de la Ley sobre Sociedades Anónimas, en otras palabras aquella que no observa todas o algunas de las características de las fusiones propias, por ejemplo, en aquellos casos en

---

<sup>11</sup> PRADO Puga, Arturo. Análisis doctrinal y jurisprudencial de la figura de la fusión. Gaceta Jurídica (340):p.11, 2008.

que se disuelve una sociedad por reunirse la totalidad de las acciones o derechos sociales en una sola mano. Por lo tanto estaremos frente a una fusión impropia cuando se den situaciones de concentración de empresas que constituyen procedimientos de concentración propios del derecho societario –que en el Derecho Chileno corresponde a la Ley de Sociedades Anónimas-, que eluden el procedimiento que caracteriza a una fusión propia y que como consecuencia de no observar dicho procedimiento carecen de alguna o de todas las características que tipifican a la fusión propia. Por ejemplo, se produce la liquidación de las sociedades que se disuelven y no se da, por ende la sucesión universal de patrimonios; o bien, no se produce la entrega a los socios de las sociedades disueltas de derechos de participación en la sociedad resultante. Cada uno de estos procedimientos de concentración de empresas recibe la denominación de “fusiones impropias”.<sup>12</sup>

## **2.- Transformación:**

### 2.1.- Concepto:

“La transformación de una empresa es el cambio de la estructura jurídica de la misma, subsistiendo la personalidad jurídica de la entidad transformada”.<sup>13</sup>

Esta modificación empresarial, se encuentra definida, tanto en la Ley sobre Sociedades Anónimas como en el CÓDIGO TRIBUTARIO, pero de manera más restringida, ya que sólo afecta a las sociedades.

En el N° 13 del artículo octavo del CÓDIGO TRIBUTARIO se define la transformación como el cambio de especie o tipo social efectuado por reforma del contrato social o de los estatutos, subsistiendo la personalidad jurídica. De forma similar, en el artículo 95 de la Ley sobre Sociedades Anónimas se indica que la transformación

---

<sup>12</sup> FUENSALIDA Merino, Carolina. Ob. Cit., p.575.

<sup>13</sup> MORALES Robles, Eduardo. Algunos efectos tributarios derivados de las modificaciones a las empresas. Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae. 1(1):p.48. 1997.

es el cambio de especie o tipo social de una sociedad, efectuada por reforma de los estatutos, subsistiendo su personalidad jurídica.

De ambas definiciones es posible deducir que para estar frente a una transformación, se requiere: que se trate de una sociedad, que exista una reforma o modificación del pacto social, que subsista la personalidad jurídica y que se cumpla con los requisitos que correspondan a la del nuevo tipo social.

Es importante destacar que “uno de los efectos fundamentales que produce la transformación es la conservación de la personalidad jurídica”<sup>14</sup> ya que no existe un cambio del contribuyente, sino que estamos en frente a la misma persona jurídica, que cambia su estructura social. En consecuencia, “es el mismo sujeto de derecho que era bajo la forma anterior, no produciéndose en ningún caso, la disolución de la sociedad”.<sup>15</sup>

## 2.2.- Condiciones esenciales de la transformación:

Es fundamental que se cumpla con las siguientes condiciones para estar en presencia de una transformación:

- a. Una de las condiciones esenciales para que se produzca la transformación es que la sociedad que se transforma debe estar legalmente constituida, esto en virtud de que la transformación consiste “en el paso de un estado jurídico a otro, pero dentro de la misma categoría genérica de sociedades”.<sup>16</sup>
- b. En segundo lugar, la sociedad debe cambiar de forma o tipo social, a través de la reforma del contrato o del estatuto social. El estatuto es el que nos permite encasillar a la sociedad en un determinado tipo social.

---

<sup>14</sup> RENCORET Orrego, Ernesto. Aspectos tributarios de la reorganización de empresas : transformación de sociedades. Temas de Derecho, Universidad Gabriela Mistral, Año XIV(1 y 2): p.24, 2002.

<sup>15</sup> Oficio. Ord. N° 3.845\84, de la Superintendencia de Valores y Seguros.

<sup>16</sup> MOENNE-LOCOZ, Soto.E y Vera, Ovalle. E. Las sociedades y su tributación en la ley sobre impuesto a la renta: análisis jurídico y tributario. Santiago, Parlamento, 2005. p.248.

Para estar en presencia de una transformación, la sociedad debe modificar este estatuto jurídico, en otras palabras cambiar de sociedad de personas a anónimas o viceversa. Para materializar aquello, el sujeto de derecho deberá adecuarse, mediante la reforma de sus estatutos o contrato social, a la nueva forma de organización jurídica. Lo anterior va a provocar que la misma compañía quede sujeta en lo futuro a nuevas normas que van a regir sus relaciones jurídica.<sup>17</sup>

### 2.3.- Fundamento:

El empresario, al momento de formar una empresa, opta por el tipo social que se adapte a las proyecciones que tenga en ese momento del negocio que pretende emprender. Si bien esto es lo más correcto durante los inicios de la empresa, puede ocurrir que con posterioridad y debido al éxito de la aventura empresarial el tipo social elegido no sea el más cómodo para una adecuada gestión del negocio. “La figura de la transformación permite al contribuyente derivar en estos momentos hacia otras formas societarias que respondan con más eficiencia a los requerimientos de esta nueva realidad comercial”.<sup>18</sup>

Lo anterior se ve reforzado si consideramos que la transformación permite que subsista la misma persona jurídica, es decir estamos en frente del mismo contribuyente, sólo que con una distinta organización jurídica, y por consiguiente, continúa con todos sus activos, pasivos y patrimonios que tenía con anterioridad a la transformación.<sup>19</sup>

Si no existiera esta forma de reorganización empresarial la única manera de llevar a cabo un cambio de tipo social para satisfacer las necesidades del negocio sería

---

<sup>17</sup> HERNÁNDEZ, Adasme R. Efectos tributarios de la Fusión, transformación y división de sociedades anónimas, Santiago, Editorial la Ley, 200. p.95.

<sup>18</sup> BAEZA, Ovalle G. Derecho Comercial tomo II. Santiago, Lexis Nexis, 2003. p., 1259.

<sup>19</sup> Boletín oficial del SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS, abril 2011, p.95

disolviendo la sociedad actual y constituyendo una nueva con las características deseadas.

### **3.- División:**

#### 3.1 Concepto:

Esta forma de reorganización, sólo puede verificarse entre personas jurídicas atendiendo a la naturaleza de la institución, en virtud de que “no es posible concebir que una persona natural pueda distribuir su propio patrimonio entre sí y otra entidad que crea al efecto”.<sup>20</sup>

El artículo 94 de la Ley sobre Sociedades Anónimas define la división como 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.

Se estima por la mayoría de la doctrina, que es posible concebir que tanto una sociedad anónima como una de personas se puedan dividir, lo dicho se fundamenta en el principio de la autonomía de la voluntad y de lo señalado por el artículo 14 letra c) del N°1 de la letra A de la Ley sobre el Impuesto a la Renta, ya que este último precepto se refiere a la expresión división de sociedades, sin limitarla. Existe también otra postura, pero minoritaria, que señala que el legislador sólo ha regulado ese mecanismo para las sociedades anónimas.<sup>21</sup>

En consecuencia, la división no es otra cosa que la distribución del patrimonio de una sociedad existente, entre sí y una o más sociedades que se constituyen para el efecto. Por

---

<sup>20</sup> MORALES Robles, Eduardo. Ob. Cit., p.52.

<sup>21</sup> BAEZA, Ovalle G. Ob. Cit., p.1320.

lo tanto, no existe una enajenación entre la sociedad base y la nueva sociedad que se crea, es por esto que el legislador tuvo que intervenir para que no se hiciera un uso abusivo de la división, para traspasar el Fondo de Utilidades Tributables<sup>22</sup> a la nueva sociedad.

Durante mucho tiempo, al no haber norma especial, las sociedades podían dividirse y distribuirse a su antojo las utilidades tributables, de manera que era común que estas utilidades se quedaran en su integridad en la sociedad que se dividía, naciendo una nueva sociedad sin obligaciones tributarias y susceptibles de disminuciones de capital sin pago de impuesto personal.

Pues bien, en la actualidad, el FUT debe ser distribuido proporcionalmente entre la sociedad antigua y la nueva, en razón de la disminución del capital de la sociedad. En efecto a través de este mecanismo, que de acuerdo al artículo 14, letra A, número 1, letra c), inciso primero de la Ley de la Renta, se mantiene el principio de que lo que se distribuye es un patrimonio, pero este patrimonio debe distribuirse proporcionalmente en sede tributaria.<sup>23</sup>

### 3.2.- Naturaleza jurídica:

Podemos decir que se trata de “un acto unilateral y corporativo”, es considerado como un acto corporativo en virtud de que la división de una sociedad es adoptada por la junta de accionistas de forma soberana, y con las formalidades prescritas por la ley.<sup>24</sup>

Además es un acto complejo, porque la junta de accionista que decide la división, debe determinar entre otras cosas la escisión del patrimonio, su distribución a unas o más sociedades como un todo y en un solo acto, la disminución de capital o la disolución de la sociedad según sea el caso, la creación de una o más sociedades y la aprobación de

---

<sup>22</sup> En adelante FUT.

<sup>23</sup> MORALES Robles, Eduardo. Ob. Cit., p.52.

<sup>24</sup> MOENNE-LOCOZ, Soto. E y Vera, Ovalle. E. Ob. cit. p.248.

sus estatutos, la incorporación de accionistas en las sociedades asignatarias del patrimonio, el canje de acciones, etc.<sup>25</sup>

### 3.3.- Formas de división:

En la doctrina es posible advertir tres tipos de división:

- a. Parcial: Es la única que está expresamente regulada en la ley, y se caracteriza por dejar subsistente la sociedad que se divide, señalando que se trata de la distribución de patrimonio de una sociedad entre sí y una o más sociedades que se distribuyen al efecto.
- b. Total: Esta forma de división ha sido reconocida por el SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS<sup>26</sup>, aunque no encuentre definida en la ley, podemos señalar que es aquella en la cual la sociedad que se divide se extingue asignando todo su patrimonio a las nuevas sociedades.
- c. Por absorción: Por último, en la doctrina extranjera se reconoce otra forma de división, la división por absorción, “en donde hay al menos dos sociedades participantes, una de las cuales absorbe la parte del patrimonio que se escinde de una de ellas”.<sup>27</sup> Sin embargo no existen pronunciamientos administrativos que reconozcan esta forma de división, existiendo solamente casos en el derecho comparado.

## 4.- La Conversión

Sin bien, la conversión no es objeto fundamental de nuestro estudio, es necesario hacer referencia a ella para obtener una mirada general de la reorganización empresarial

---

<sup>25</sup> HERNÁNDEZ, Adasme R. Ob. Cit., p.115.

<sup>26</sup> En adelante S.I.I.

<sup>27</sup> HERNÁNDEZ, Adasme R. Ob. Cit., p.116.

desde un punto de vista jurídico, sobre todo cuando una de las principales formas de organización establecida en nuestro ordenamiento jurídico para el desarrollo económico es la empresa individual.

Podemos entender por conversión como “aquella figura jurídica que se presenta cuando un empresario individual, en la perspectiva de aumentar la efectividad de su negocio, decide asociarse o constituir sociedad con otra persona, debiendo optar en esta oportunidad por si la estructura será la de una sociedad de personas o de una sociedad anónima y aportar a ella la totalidad de sus activos y pasivos”.<sup>28</sup>

Desde la perspectiva tributaria, “el fenómeno implica el traspaso de un verdadero patrimonio de afectación hacia una sociedad, la que lo adquiere para continuar desarrollando la actividad económica a que aquél estaba destinado”.<sup>29</sup>

En el artículo 69 del CÓDIGO TRIBUTARIO, se señala que toda persona natural propietaria de una empresa individual, podrá convertirse en una sociedad de cualquier naturaleza, poniendo término a sus actividades y aportando a la nueva persona jurídica todos sus activos y pasivos. Si bien el CÓDIGO TRIBUTARIO habla de Conversión de empresa individual, la Ley sobre Impuesto a la Renta en el artículo 14 letra A lo califica como Transformación.

---

<sup>28</sup> MOENNE-LOCOZ, Soto. E y Vera, Ovalle. E. Ob. cit. p.247.

<sup>29</sup> RENCORET Orrego, Ernesto. Ob. Cit., p.32.

## **CAPITULO II: PRINCIPALES EFECTOS TRIBUTARIOS EN LA TRANSFORMACION, DIVISION Y FUSION**

### **I. La Obligación de término de giro y responsabilidad en el pago de los impuestos:**

#### 1. La Transformación:

Cabe recordar que en la transformación no existe disolución de la sociedad que se transforma, en consecuencia, no se aplican a dicha entidad las obligaciones establecidas en el artículo 69 del CÓDIGO TRIBUTARIO relativas al aviso de término de giro, a la presentación de balances finales y al pago de impuestos pendientes, porque se trata del mismo contribuyente que está experimentando un cambio en la especie social, pero mantiene con sus actividades empresariales normales.<sup>30</sup>

Por lo tanto, las nuevas sociedad que se crean y la que se divide deberán considerar el nuevo patrimonio asignado a cada una de ellas para el pago de los impuestos. En este sentido se debe asignar a las nuevas sociedades proporcionalmente tanto el F.U.T existente al 31 de diciembre del año anterior a la división, como una utilidad definitiva, y además las utilidades determinadas en el período comprendido entre el 1 de enero del año de la división y la fecha en que materialmente ocurre ésta.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> Oficio del S.I.I. N° 313 de 22.01.2001.

<sup>31</sup> Oficio del S.I.I. N° 1.301 de 20.04.2000.

## 2. La División:

Tratándose de la división parcial a la sociedad no se aplican las normas relativas al término de giro ya que la sociedad que se divide continúa con sus actividades normales, por lo mismo además no tiene aplicación el impuesto establecido el artículo 38 bis de la Ley de Impuesto sobre la Renta.

En el caso de la división total, se produce la extinción de la sociedad que resulta dividida y por tanto se debe dar aviso al S.I.I del término de giro, presentando balances finales y pagar los impuestos hasta la fecha de cesación de actividades, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 69 del CÓDIGO TRIBUTARIO.

Esta última norma, no contempla para el caso de división total, que las sociedades que se crean se hagan responsables en la escritura de división de los impuestos adeudados por la sociedad que se divide producto de la división total, eximiendo a aquella de la obligación de dar aviso de término de giro. Sin embargo, pareciera no existir inconveniente para aplicar dicha norma al caso de la división total, ya que las nuevas sociedades son continuadoras del giro o de las actividades de la empresa que desaparece, existiendo una verdadera reinversión de rentas en las nuevas entidades. Así lo ha reconocido implícitamente el S.I.I. en el Oficio N° 3.690 del 9 de septiembre de 1992.<sup>32</sup>

## 3. La Fusión:

Según el artículo 69 del CÓDIGO TRIBUTARIO, las sociedades que desaparecen producto de la fusión, deben presentar un balance de término de giro a la época de su extinción y pagar los impuestos a la renta que correspondieren, dentro del plazo de dos meses contados desde la fecha de la extinción.

En el caso de la fusión por absorción, la sociedad absorbida puede optar por no dar aviso de término de giro, de acuerdo a la posibilidad que otorga la Ley en el inciso 2° del artículo 69, por cuanto la figura de la absorción debe considerarse comprendida en la de la fusión de sociedades, caso en el cual se liberará de referido aviso, cuando la sociedad que se crea o subsiste se haga

---

<sup>32</sup> HERNÁNDEZ, Adasme R. Ob. Cit., p.255

responsable de todos los impuestos que se adeudaren por la sociedad aportante o fusionada en la correspondiente escritura de fusión.

Siguiendo al profesor Arnaldo Gorziglia<sup>33</sup> de la regulación antes señalada se desprenden los siguientes requisitos:

- a. Debe tratarse de una fusión, incluyendo la fusión por absorción por reunirse en una sola mano los derechos y acciones.
- b. Que la sociedad que se crea o subsiste se haga responsable de todos los impuestos que se adeudaren por la o las sociedades aportantes o fusionadas en la correspondiente escritura de aporte o fusión.
- c. Las sociedades que desaparecen deben presentar balance de término de giro, que debe comprender el período que se inicia el 1° de Enero del año de la fusión y la fecha de esta última.
- d. Cumplir con una serie de formalidades administrativas, como por ejemplo entrega de RUT de las sociedades que desaparecen; documentos timbrados sin uso para su destrucción, etc.

## II. Los Créditos Tributarios:

### 1. Transformación:

Como hemos señalado con anterioridad, en la transformación estamos en frente del mismo contribuyente que cambia su estructura organizativa, conservando su personalidad jurídica, patrimonio, derechos, obligaciones, activos y pasivos.

En consecuencia los remanentes del crédito fiscal existentes a la fecha de la transformación, pueden ser imputados a los débitos fiscales con posterioridad a ellas. Este mismo beneficio se mantiene para otro tipo de remanentes derivados de otras operaciones, como por ejemplo, cambio de sujeto o anticipo de débito fiscal (en el caso de la harina, carne, etc.)<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> GORZIGLIA, Baldi, Arnaldo. Aspectos Tributarios de la Reorganización de Empresas. Fusión de Sociedades. Temas de derecho / Universidad Gabriela Mistral. (Santiago, Chile). Año XIV, nos. 1 y 2 (ene. / dic. 1999), p.13

<sup>34</sup> Manual de consultas tributarias, Santiago, Chile, (383):p.36, 2009.

Esto mismo sucede con otros créditos por concepto de PPM, créditos por gastos de capacitación, créditos por donaciones sujetos a leyes especiales, etc., pudiendo ser aprovechados por la sociedad que se transforma.

## 2. La División:

Como señala el S.I.I los créditos fiscales del I.V.A. no son traspasables a la sociedad que ha nacido de la división. Tampoco pueden ser traspasados otros créditos como es el caso de las donaciones, créditos por gastos de capacitación, PPM, etc., adoptando el órgano fiscalizador la teoría del carácter personalísimo de los créditos.<sup>35</sup>

## 3. La Fusión:

Como lo señala en forma reiterada el S.I.I por la circunstancia que los créditos tienen el carácter de personalísimos, estos sólo pueden ser utilizados en favor del contribuyente que los generó, y por consiguiente, no pueden ser trasladados a entes jurídicos distintos de aquel que ha soportado el impuesto en sus adquisiciones o en la utilizations de sus servicios, siendo intransferibles e intransmisibles en un proceso de fusión, por lo cual si el titular de uno de los créditos en referencia desaparece jurídicamente, dicho crédito también se extingue, ya que la existencia del sujeto activo es un elemento esencial de cualquier obligación personalísima, por ser un vínculo intersubjetivo.<sup>36</sup>

Creemos que el S.I.I. ha caído reiteradamente en contradicciones o incongruencias en relación a los efectos tributarios que se le reconocen en la fusión, ya que en diversas materias reconoce el efecto incorporativo de la fusión, existiendo continuidad entre las sociedades participantes y en otras materias adopta un criterio diverso.

Como ejemplo ilustrador de esta situación podemos señalar que el S.I.I. ha indicado que la sociedad que se crea o subsiste podrá ejercer los derechos que a la sociedad fusionada le correspondía por concepto de IVA exportador a que se refiere el decreto N° 348, de 1975, del MINISTERIO DE ECONOMÍA, FOMENTO Y RECONSTRUCCIÓN, siempre y cuando

---

<sup>35</sup> Oficio del S.I.I. N° 2528, de 15.09.08.

<sup>36</sup> Oficio del S.I.I N° 2632., de 31.10.97.

acredite cumplir los requisitos para solicitar dicha devolución.<sup>37</sup> En consecuencia es claro que en este último caso está adoptando la teoría incorporativa en la fusión y que los créditos son perfectamente aprovechables por la sociedad que nace o subsiste producto de la fusión.

### III. Situación de los activos y los pasivos en relación con el Impuesto sobre la Renta:

Respecto a los pasivos, tanto en la fusión, transformación, y división de empresas no se produce ningún efecto, manteniendo la misma situación tributaria anterior a la reorganización.

En lo que respecta a los activos hay que distinguir:

#### 1. La Transformación y División:

Como en la transformación no existe un aporte de bienes y en la división no hay una transferencia de bienes, el activo conserva la misma situación tributaria que tenía antes del cambio de estructura organizativa, conservando los bienes del activo, la misma fecha de adquisición, la misma calidad de nuevos, años de vida útil, depreciación acelerada, etc.

#### 2. La Fusión:

En la fusión si bien se mantienen de forma general las condiciones tributarias que existían antes del cambio de propiedad, es necesario hacer una advertencia respecto de los bienes que están afectos a depreciación acelerada. Lo anterior en virtud de que en este tipo de reestructuración no subsiste el beneficio de la depreciación acelerada respecto de los bienes del activo inmovilizado que se traspasen a las sociedades subsistentes o a las que nazcan producto de la fusión, ya que ellos pierden su calidad de bienes nuevos para los efectos de impetrar dicha franquicia tributaria.

### IV. Valor y fecha de adquisición de las acciones:

En primer lugar, respecto al valor de adquisición de las acciones:

---

<sup>37</sup> Oficio del S.I.I. N° 8.078 del S.I.I, de 23.12.1991.

### 1. En la Transformación:

El valor de adquisición es aquel que se les atribuye o asigne en el acto de la transformación de la sociedad. La capitalización de utilidades efectuada al tiempo de la transformación no perderá su calidad de tributables, debiendo figurar en el FUT de la nueva estructura social.

### 2. La División:

En la división las acciones mantienen el mismo valor que tenía en la sociedad dividida, en especial porque la distribución que se hace del patrimonio de la sociedad que se divide corresponde necesariamente a la asignación de cuotas de una universalidad jurídica, y consecuentemente, no existe propiamente una transferencia o transmisión de bienes, sino que hay 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 jurídicas independientes.<sup>38</sup>

### 3. La Fusión:

El S.II ha señalado que en la fusión no puede entenderse que por el hecho de que el accionista de la sociedad que se disuelve reciba acciones de la nueva sociedad, se produzca para éste un incremento patrimonial susceptible de gravarse con el impuesto a la renta. Agregando que las acciones de la sociedad absorbida se incorporan de pleno derecho en la sociedad absorbente, y que por tanto el costo de las acciones debe mantenerse no pudiendo generarse renta, debido a que las acciones que recibe la sociedad absorbente son en sustitución, no produciendo un incremento de patrimonio.<sup>39</sup>

En segundo lugar, en relación con la fecha de adquisición de las acciones podemos señalar:

#### 1. La Transformación:

En la transformación, corresponderá a la fecha de constitución de la sociedad anónima, toda vez que la ficción legal de reputar que subsiste la personalidad jurídica de una sociedad que se

---

<sup>38</sup> Oficio del S.II. N° 3.468 de 20.11.1995.

<sup>39</sup> Oficio del S.II. N° 879 de 24.04.1997.

transforma, persigue solamente mantener la aptitud de la nueva compañía para ser titular de derechos y obligaciones.

## 2. La División:

La fecha de adquisición de las acciones asignadas como activo a la sociedad que nace de la división, es la que corresponde a la sociedad dividida. El S.I.I. argumenta señalando que en la división la distribución que se hace del patrimonio corresponde a la asignación de cuotas de una universalidad jurídica, y no existe propiamente una transferencia o transmisión de bienes, sino que hay una especificación de derechos preexistentes que quedan radicados en personas independientes.<sup>40</sup>

## 3. La Fusión:

Se hace necesario hacer una distinción, ya que en el caso de la fusión por creación, la fecha de adquisición por la nueva sociedad (de las acciones poseídas por las sociedades que se fusionan) se verificaría por la escritura de constitución de la nueva sociedad, que, a su vez, debe dar cuenta de la correspondiente fusión y que constituirá el título translaticio de dominio.

Con respecto al caso de la fusión por incorporación, corresponderá a la fecha de la escritura de la fusión que incorpora la modificación del capital, debiendo, asimismo, cumplir con las formalidades de publicación en el diario oficial e inscripción en el registro de comercio.

## V. Retiro de utilidades:

### 1. La Transformación:

La situación tributaria de los retiros dependerá si existen o no utilidades tributables. En el caso de que existan utilidades tributables y se realicen retiros imputables a utilidades tributables antes de la transformación, se deberá tributar por ellos en el impuesto global complementario o adicional.

---

<sup>40</sup> FUENSALIDA, Merino, Carolina. Ob. Cit, p. 405.

En el caso de que existan retiros imputables a utilidades no tributables estas no serán gravadas con impuestos, de conformidad a lo establecido en el inciso final de la letra b) del N°1 de la letra A del artículo 14 de la Ley sobre Impuesto a la Renta.

Ahora bien en el caso que no existan utilidades tributables, y se realizan retiros, estamos frente a lo que el Servicio de Impuestos Internos llama retiros en exceso.

Pues bien, si al momento de verificarse la transformación de una sociedad de personas en sociedad anónima existen en la entidad retiros en exceso del F.U.T., este se gravará con el impuesto del artículo 21 de la Ley de Impuesto a la Renta, impuesto que tiene el carácter de único a esa renta, con tasa de 35%, que se devengará en el ejercicio en que la sociedad obtenga utilidades tributables. Así lo dispone expresamente el inciso final, de la letra b) del N°1 de la letra A), del artículo 14, de la Ley de Impuesto a la Renta.

Siguiendo al profesor Eduardo Morales, en esta materia se establecen a lo menos dos reglas especiales:

- a. Que en la transformación los retiros en exceso pagarán impuesto cuando se generen utilidades tributables, igual que en materia de sociedades de personas, pero con la salvedad que en esa sede la tasa del impuesto es de 35% y con el carácter de único.
- b. En segundo lugar, este impuesto especial se paga cuando existan utilidades tributables, esto es, independiente que existan utilidades financieras. Esto último resulta de toda lógica, ya que el legislador pretende dissociar la suerte de la sociedad de la suerte de los accionistas, ya que es la sociedad la que se encuentra en la obligación del pago del impuesto del artículo 21, impuesto que no sirve de crédito a los accionistas.<sup>41</sup>

Por otro lado, según lo dispuesto por el artículo 14, párrafo A, N°1, letra c) de la ley del ramo, las utilidades se entienden reinvertidas en la sociedad que se crea y, en consecuencia, no se gravan con Impuesto Global Complementario ni Adicional hasta que sean efectivamente retiradas.<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> MORALES, Robles, Eduardo, Ob.Cit p. 51.

<sup>42</sup> FUENSALIDA, Merino, Carolina. Ob. Cit, p 399.

## 2. La División:

En el caso de división de empresas, si existen retiros en exceso en sociedades de personas que se dividen, éstos se asignarán a las nuevas sociedades que resulten de la división en la misma proporción en que se divide el patrimonio de la sociedad primitiva. Cabe precisar, que el S.I.I. ha indicado que en el caso de la división de una sociedad anónima, sea ésta abierta o cerrada, no tiene aplicación el concepto de exceso de retiros, y cuando ocurra dicha figura jurídica, en la especie sólo es aplicable lo dispuesto en la letra c) del N°1 de la letra A) del artículo 14 de Ley sobre Impuesto a la Renta que dispone lo siguiente: “En las divisiones se considerará que las rentas acumuladas se asignan en proporción al patrimonio neto respectivo”.<sup>43</sup>

## 3. La Fusión:

Los retiros o distribuciones de utilidades realizados antes de la fusión deben ser imputados a las utilidades acumuladas. Lo anterior para determinar el saldo de FUT a fusionar y otorgar el crédito por Impuesto de Primera Categoría que corresponda a los socios o accionistas en sus impuestos finales por los valores que correspondan.

En relación con el exceso de Retiros, de acuerdo a lo que señala el artículo 14 letra A N° 1 letra b) en su segundo inciso, señala que "En el caso que el socio hubiere enajenado el todo o parte de sus derechos, el retiro referido se entenderá hecho por el o los cesionarios en la proporción correspondiente", y al ser una fusión una forma de reorganización empresarial, no conformando por tanto una enajenación en los términos que dicha norma señala, estos retiros no se traspasan a la sociedad sobreviviente, por tanto no se afectan con el Impuesto Global Complementario.<sup>44</sup>

## VI. Utilidades tributables y no tributables, exentas del impuesto de primera categoría e ingresos no renta:

### 1. La transformación:

---

<sup>43</sup> Manual de consultas tributarias. Ob. Cit., p.48

<sup>44</sup> Manual de consultas tributarias, Ob. Cit., p.48.

Si producto de la transformación de una sociedad de personas a una sociedad anónima se han capitalizado utilidades que provienen de aportes de otras empresas acogidas al mecanismo de reinversión del artículo 14 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, no perderán su calidad de tributables debiendo en todo caso figurar en el FUT de la nueva estructura social, por lo tanto se afectarán con el impuesto global complementario o adicional cuando se distribuyan a los accionistas.

Cabe precisar que si con motivo de la transformación de una empresa individual en una sociedad de cualquier especie, el contribuyente queda afecto a otro régimen tributario en el mismo ejercicio, se deberá separar los resultados afectados con cada régimen tributario. Pero si se sigue el mismo régimen tributario, se debe determinar un solo resultado tributario por todo el año comercial. En este caso, las utilidades acumuladas en FUT de la sociedad de personas pasarán a formar parte del FUT de la sociedad anónima<sup>45</sup>.

En relación con el fondo de utilidades no tributables, los conceptos acumulados siguen en la sociedad transformada hasta su distribución por ausencia de utilidades tributables, ya que también se entienden reinvertidas.

## 2. La División:

En la división, las utilidades contenidas en el FUT se asignarán a las sociedades que nacen, las cuales se considerarán reinvertidas según lo establece la letra c) del N°1 de la letra A del artículo 14 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, no gravándose con los impuestos finales, es decir, Impuesto Global Complementario y Adicional, sino hasta que sean distribuidas o retiradas. De esta forma, dichas utilidades mantendrán en las nuevas sociedades la antigüedad y la misma calidad jurídica.

Los contribuyentes deben traspasar a las sociedades nuevas, en la proporción correspondiente, tanto el FUT existente al 31 de diciembre del año inmediatamente anterior como una utilidad definitiva, como también las utilidades determinadas en el período comprendido entre el 1 de enero del año de la división y la fecha en que materialmente ocurrió ésta, con la salvedad importante que este último resultado tributario (en su calidad de provisorio por no haber sido sometido a la tributación que corresponde, lo cual ocurrirá al término del

---

<sup>45</sup> Manual de consultas tributarias. Ob. Cit., p.36.

ejercicio) no puede ser incorporado al registro FUT como una utilidad definitiva, mientras tanto no cumpla con la tributación que establece la ley.

Tanto la sociedad matriz como las sociedades que resultaron de la división, deberán agregarle al resultado provisorio determinado al momento de la división que les correspondió a cada una, el movimiento de sus operaciones realizadas posteriormente a dicho acto jurídico y determinar al término del ejercicio un resultado definitivo sobre el cual deben soportar los impuestos que correspondan, especialmente el impuesto de primera categoría, y en tal oportunidad registrarlo en el FUT de las empresas con los efectos tributarios que procedan, ya sea se trate de un resultado positivo o negativo. Así lo ha establecido en reiterados oficios el S.I.I.

### 3. La Fusión:

Tanto las utilidades acumuladas en el FUT como las utilidades no tributables tendrán el mismo tratamiento, es decir, se distribuirán en la misma proporción del patrimonio neto, las cuales se considerarán como reinvertidas de conformidad al artículo 14 letra A N°1 letra c) de la Ley de Impuesto a la Renta, no gravándose con los impuestos global complementario o adicional sino hasta que sean distribuidas. Lo mismo va a ocurrir con las utilidades que han sido capitalizadas antes de la fusión.

En consecuencia, se debe determinar a la fecha en que se materialice la fusión, el resultado tributario de la sociedad que desaparece con la finalidad de establecer el saldo del fondo de utilidades tributables (FUT) que será traspasado a las sociedades que se crean o que subsistan. El fondo de utilidades no tributables (FUNT) tendrá el mismo tratamiento<sup>46</sup>.

## VII. Pérdidas Tributarias:

### 1. La Transformación:

Las pérdidas tributarias experimentadas por la sociedad transformada podrán ser deducidas de futuras utilidades de conformidad con lo dispuesto el artículo 31 N° 3 de la Ley de Impuesto

---

<sup>46</sup> Manual de consultas tributarias. Ob. Cit., p.64.

sobre la Renta, puesto que se trata de la misma entidad que generó dicha situación patrimonial, sólo que se encuentra revestida de una naturaleza jurídica distinta.<sup>47</sup>

Puede ocurrir que antes de la transformación o en el acuerdo mismo, se decida excluir las pérdidas del patrimonio mediante la absorción de éstas por las utilidades o el capital, pero esto tiene efectos meramente contables o financieros y no tributarios ya que se pueden seguir utilizando, así lo ha reconocido el S.I.I. al señalar que “Las pérdidas financieras y tributarias se determinan de acuerdo a objetos diferentes”.<sup>48</sup>

## 2. La División:

El S.I.I ha establecido en jurisprudencia reiterada que “no es posible distribuir las pérdidas de arrastre, al tenor de las condiciones precisas de la ley tributaria, puesto que esta emplea las expresiones patrimonio neto respectivo, debiendo entenderse que al emplear dichas expresiones ha querido restringir la división a las entidades que presentan un patrimonio y no a aquellas que no lo tienen”.<sup>49</sup> En este mismo sentido ha señalado que las pérdidas no constituyen bienes tangibles o intangibles, como es el caso de los activos y los pasivos, sino que se trata de una cuantificación a título informativo del resultado de una gestión financiera de una empresa que gravita definitivamente sobre su patrimonio.

De conformidad al criterio establecido por el S.I.I., se entiende por patrimonio neto el total de los activos del contribuyente, representado por inversiones efectivas ya sea que estos constituyan derechos o bienes, menos el pasivo exigible, es decir, deudas y obligaciones contraídas, quedando por lo tanto excluidas las pérdidas tributarias.<sup>50</sup>

Por otro lado el S.I.I. en jurisprudencia reiterada ha señalado que el mecanismo establecido en el artículo 31, N°3 de la Ley de Impuesto sobre la Renta está establecido como un beneficio para la sociedad madre que se divide, pues es ella quien genera las pérdidas, en consecuencia no pueden ser recuperados por la sociedad que se crea.

## 3. La Fusión:

---

<sup>47</sup> Oficio S.I.I N°316, 23.0 1.1987

<sup>48</sup> MOENNE-LOCOZ, Soto. E y Vera, Ovalle. E. Ob. cit. p.259.

<sup>49</sup> MORALES Robles, Eduardo. Ob. Cit., p.53.

<sup>50</sup> Oficio del S.I.I. N° 4310 de 20.12.90.

Este efecto constituye el aspecto central de nuestro trabajo y su análisis será tratado en el capítulo siguiente, sin embargo, podemos adelantar que en reiteradas instrucciones el S.I.I. ha expresado que las pérdidas sólo pueden ser recuperadas o deducidas por los contribuyentes que las generaron, argumentando que este derecho está concebido en beneficio del mismo contribuyente que sufrió el menoscabo patrimonial y no en beneficio de personas jurídicas distintas de él. Por lo tanto, señala que en caso de fusión, integración o absorción de empresas, en que la empresa fusionada, integrada o absorbida ha sufrido pérdidas, estas no pueden ser imputadas a los resultados de la empresa subsistente.<sup>51</sup>

---

<sup>51</sup> Circular del S.I.I. N° 109 de 17.8.77.

## CAPITULO III: LAS PERDIDAS

### **1.- Determinación de la base imponible del impuesto de primera categoría:**

Cuando se establece un impuesto, no basta que la ley señale que una determinada acción da origen a una obligación tributaria, sino que además debe indicar la dimensión económica de ese hecho que va a resultar gravado. La base imponible representa esa dimensión, constituyendo el conjunto de elementos que concurren en el hecho gravado y que la ley considera para calcular el monto de la obligación.

En el impuesto de primera categoría se conocen tradicionalmente 3 formas de determinar la base imponible, a saber:

- a. **Determinación presunta:** Es la que se realiza en base a presunciones que la propia ley de la renta se encarga de señalar.
- b. **Determinación real o efectiva:** Es un proceso jurídico contable, que se realiza a través de diversas etapas que comprenden la depuración de la renta y la realización de diversos ajustes por medio de los cuales se determinará la cantidad afecta a impuesto.
- c. **Determinación tasada o de oficio:** Es la que realiza la administración tributaria generalmente como consecuencia de un proceso de fiscalización.

Los contribuyentes del Impuesto de Primera Categoría se encuentran obligados a llevar contabilidad completa y por tanto determinan sus rentas mediante el proceso de determinación real o efectiva indicado anteriormente. Si bien el legislador le reconoce a los contribuyentes el derecho de registrar sus operaciones comerciales, conforme al sistema contable que elijan, establece que el resultado que deriva de la aplicación del

sistema elegido, debe en todo caso sujetarse a las reglas que contienen los artículos 29 al 33 de la Ley de Impuesto a la Renta.<sup>52</sup>

1.1.- Determinación real o efectiva de la base imponible del impuesto de primera categoría:

En una primera etapa lo que debe hacer el contribuyente es agrupar todas las partidas que constituyan Ingresos Brutos. Estos son definidos por el artículo 29 de la ley de Impuesto a la Renta, que señala que son todos los ingresos derivados de la explotación de bienes y actividades incluidos en la presente categoría, excepto los ingresos a que se refiere el artículo 17 de la ley del ramo. Es decir excepto los ingresos no constitutivos de renta.

Por tanto para poder iniciar el proceso de determinación efectiva de la base imponible del impuesto de primera categoría se deben considerar todos los ingresos que obtenga una empresa en un periodo tributario con la sola exclusión de los ingresos no constitutivos de renta establecidos en el artículo 17 de la ley en comento.

En una segunda etapa lo que se debe obtener es la Renta Bruta. La ley nos dice que esta será determinada deduciendo de los Ingresos Brutos el costo directo de los bienes y servicios que se requieran para la obtención de dicha renta, o sea:

Ingresos Brutos – Costos Directos = Renta bruta.

En la tercera etapa el contribuyente debe determinar la Renta Líquida. Esta se determinará deduciendo de la Renta Bruta todos los gastos necesarios para producirla, siempre y cuando no hayan sido rebajados como costos directos.

Dentro de esta etapa es en donde encontramos las pérdidas, las que son reguladas dentro del proceso de determinación real o efectiva de la base imponible del impuesto de

---

<sup>52</sup> ASTE, Mejías C. Impuesto a la Renta. Tomo I. Santiago, Legal Publishing, 2007. p.308.

primera categoría a propósito de los gastos necesarios para producir la renta. A continuación analizaremos los gastos necesarios para posteriormente introducirnos de lleno en el problema de las pérdidas tributarias.

## **2.- Gastos necesarios para producir la renta:**

La empresa entendida como una unidad productiva debe incurrir de forma inevitable en determinados desembolsos, que pueden estar directa o indirectamente relacionados con el producto que produce y comercializa. Este producto pertenece al activo realizable y cuando la erogación en la que se ha incurrido tiene que ver directamente con dicho activo, estaremos en frente de costos directos, pero si la misma erogación está indirectamente vinculada a ese activo, estaremos en frente de costos indirectos de fabricación o de gastos.

Los costos fijos, llamados también gastos, son los costos que en el corto plazo permanecen invariables o constantes cuando la cantidad de bienes o productos aumenta o disminuye dentro de ciertos rangos de producción. Ejemplo de este tipo de costos o gastos es: El pago del arriendo.<sup>53</sup>

Para poder determinar la base imponible del impuesto de primera categoría es fundamental saber cuáles son los gastos necesarios en los que ha incurrido el contribuyente, ya que la ley nos permite deducir estas erogaciones y prevenir el pago del tributo sobre dichas partidas.

Por lo anterior es preciso saber de qué estamos hablando cuando nos referimos a gastos necesarios.

A partir de la información que proporciona la ley es dable decir que constituyen gastos necesarios, todas aquellas partidas pagadas o adeudadas por el contribuyente en el

---

<sup>53</sup> MASSONE, Parodi P. El impuesto a la renta. Valparaíso, Edeval, 1996. p. 166.

año comercial a que se refiere el impuesto y que cumplen con los requisitos copulativos que señala el legislador.

Si bien el legislador no nos da una definición de gastos necesarios si nos dice cuáles son los requisitos generales indispensables que deben cumplir para que sean aceptados tributariamente.

Estos son:

- a. Que se relacionen directamente con el giro o actividad que desarrolla el contribuyente.
- b. Que se trate de gastos necesarios para producir la renta: La ley no ha señalado que debe entenderse por necesario, pero a partir de lo que establece el S.I.I es posible decir que son todos aquellos desembolsos de carácter inevitable u obligatorio en relación con el giro del negocio, considerando no sólo la naturaleza del gasto, sino que, además, su monto, es decir, hasta qué cantidad el gasto es necesario para producir la renta. Asimismo, deben reunir la doble condición de ser comunes, habituales y regulares, por una parte, e inevitables, obligatorios, imprescindibles o indispensables para producir la renta, por la otra.<sup>54</sup>

La CORTE DE APELACIONES de Valparaíso pronunciándose sobre un recurso de apelación en la causa Rol N° 134.753 del 13 de marzo de 1995 establece que “gastos necesarios son todos aquellos en que incurre la industria porque son imprescindibles para su funcionamiento. Equivale al significado de lo que no se puede prescindir, todo aquello a lo cual es imposible sustraerse, faltar o resistir, como la luz, el agua, el gas, el teléfono, arriendo, fletes y otros por el estilo. Puede ocurrir que sea necesario un gasto –un medicamento por ejemplo- pero hay que condicionar en tales adquisiciones de bienes corporales muebles, o utilización de

---

<sup>54</sup> MASSONE, Parodi P. Ob. Cit., p.167.

servicios, que ellos guarden relación directa con la actividad o giro del contribuyente y que se destine a la empresa o negocio”.

- c. No debe tratarse de gastos incurridos en la adquisición y arrendamiento de automóviles, stationwagons y similares, salvo ciertas excepciones.
- d. Que correspondan al ejercicio por el cual se está determinando la renta a declarar.
- e. Que no se encuentren ya rebajados como parte integrante del costo directo de los bienes y servicios requeridos para la obtención de la renta, evitándose con esto que se rebaje dos veces un mismo gasto dentro del proceso de determinación de la base imponible.
- f. Que se haya incurrido efectivamente en el gasto o desembolso, sea que este se encuentre pagado o adeudado al término del ejercicio. El S.I.I. señala en oficio N°2973 del 14 de agosto de 1985 que para el debido cumplimiento de este requisito es menester que el gasto tenga su origen en una adquisición o prestación real y efectiva y no en una mera apreciación del contribuyente.
- g. Que se justifique o acredite de forma fehaciente ante el S.I.I. el hecho de haber incurrido en un gasto de esta naturaleza.

Analizando el tratamiento que realiza la ley de los gastos necesarios, podemos decir que este es bastante peculiar. Lo anterior porque podemos encontrar en la norma 3 tipos de gastos, a saber:

- a. Aquellos egresos que no pueden ser deducidos nunca como gastos necesarios, como son por ejemplo todos aquellos gastos que se efectúen para la adquisición, mantención o explotación de bienes que no están destinados al giro del negocio o empresa.

- b. También encontramos ciertas erogaciones que no sólo deben cumplir con los requisitos generales y supletorios del inciso primero del artículo 31 de la ley de Impuesto a la Renta, sino que además deben satisfacer determinadas condiciones adicionales para su consideración como gasto necesario.
- c. Finalmente existen gastos cuya deducción si está permitida, pero que en ciertos casos no cumplen con los requisitos generales enumerados anteriormente y que por diversas razones el legislador los ha tratado aquí, ampliando en consecuencia el abanico de gastos que pueden ser deducidos

Se ha entendido que “los gastos regulados expresamente por la ley son normas especiales frente a los requisitos generales establecidos en la primera parte de la norma, y contienen menciones que concretan los requisitos generales o en otros casos agregan otras condiciones”.<sup>55</sup>

Podemos decir entonces que las razones que han llevado al legislador a adoptar la técnica legislativa señalada anteriormente son por motivos de carácter social, tributario, de fiscalización, o de otras circunstancias que han requerido de regulación expresa, pues de lo contrario se producirían situaciones anómalas o simplemente dichos desembolsos del contribuyente no serían aceptados como gastos.

Dentro de estos gastos regulados especialmente, tenemos:

- a. Intereses pagados o adeudados por operaciones que digan relación con el giro de la empresa.
- b. Impuestos establecidos por leyes chilenas relacionados con la actividad de la sociedad.

---

<sup>55</sup> Manual de consultas tributarias, Santiago, Chile, (359):p.24, 2007.

- c. Pérdidas Tributarias, considerando dentro de estas tanto las sufridas por el negocio comercial, como las provenientes de delitos contra la propiedad.
- d. Créditos incobrables.
- e. Cuota anual de depreciación por los bienes físicos del activo inmovilizado.
- f. Salarios y remuneraciones del personal en general.
- g. Becas de estudio pagadas a los hijos de los trabajadores de la empresa.
- h. Donaciones con determinadas finalidades o a ciertas instituciones.
- i. Reajustes o diferencias de cambio provenientes de créditos o préstamos destinados al giro de la empresa.
- h. Gasto de organización y puesta en marcha.
- i. Gastos en promoción y colocación de productos.
- j. Desembolsos incurridos en la investigación científica y tecnológica en interés de la empresa.
- k. Pagos efectuados al extranjero por el uso de marcas, patentes, fórmulas, asesorías no técnicas y otras prestaciones similares.

A partir de lo anterior, es posible apreciar que las pérdidas son tratadas dentro del proceso de determinación real o efectiva de la base imponible del impuesto de primera categoría, como gastos necesarios para producir la renta y que corresponden a aquellas erogaciones que el legislador ha querido regular expresamente estableciendo los requisitos o condiciones para que proceda su deducción.

El profesor Pedro Massone<sup>56</sup> dice que “en la enumeración señalada hay que distinguir dos clases de deducciones: aquellas que responden al principio de gastos necesarios y otras cantidades que, en cambio, están regidas por otro concepto y que son admitidas como deducciones porque la ley expresamente lo dice”.

Las pérdidas por no tener una relación de necesidad con las ganancias gravadas son consideradas por el autor como deducciones propiamente dichas y que en consecuencia no responden al principio de los gastos necesarios para producir la renta, pero que por razones de distinta índole el legislador ha querido que sean tratadas aquí.

### **3.- Concepto de Pérdidas**

La Real Academia Española señala que una de las acepciones de la palabra pérdida es “un daño o menoscabo que se recibe en algo”, podemos decir por tanto que para estos efectos la pérdida implica un daño o menoscabo que experimenta el patrimonio del contribuyente. Más precisamente se trata de un detrimento o disminución real y efectiva que experimenta el contribuyente en su patrimonio y que no ésta directamente relacionada con los ingresos.

Es importante destacar que cuando aludimos a la palabra pérdida nos estamos refiriendo a aquella que resulta luego de aplicar a la contabilidad del contribuyente normas relativas a la determinación de la renta líquida imponible, es decir nos estamos refiriendo a las pérdidas tributarias y no a las financieras o aquellas que establece el resultado financiero.

Precisamente para poder determinar la utilidad o pérdida tributaria, el resultado de la compañía contenido en su balance financiero se debe someter a ajustes para eliminar o

---

<sup>56</sup> MASSONE, Parodi. P. Ob. Cit., p.170.

agregar sumas o “partidas” cuyo tratamiento financiero contable difiere del tributario. Estas diferencias se refieren a los ingresos, costos y los gastos de la empresa.<sup>57</sup>

#### **4.- Tipos de Pérdidas:**

La ley de impuesto a la renta señala que se podrá rebajar de la renta bruta las pérdidas sufridas por el negocio o empresa durante el año comercial a que se refiere el impuesto, incluyendo las que provengan de delitos contra la propiedad.

Señala la ley en el inciso segundo y tercero, que podrán deducirse también, las pérdidas de ejercicios anteriores.

A partir de lo señalado debemos distinguir dos conceptos de pérdidas, a saber; aquellas que corresponden a detrimentos patrimoniales y aquellas que se refieren “al resultado algebraico negativo de considerar el conjunto de las actividades económicas de la empresa en uno o más años comerciales”.<sup>58</sup>

Parte de la doctrina considera que la ley no es del todo clara. Porque, verdaderamente, aun cuando en sus tres incisos se habla de pérdidas, es innegable que las pérdidas a que se refieren los incisos 2° y 3° son sustancialmente distintas de aquellas a que se refiere el inciso primero.

La confusión nace de que esta expresión (pérdidas) está usada en acepciones diversas; el inciso primero alude a pérdidas en el sentido de daños o menoscabos sufridos por el patrimonio de la empresa, como pueden ser ocasionados por incendio, terremoto, inundación u otra calamidad; en tanto que los incisos 2° y 3° se refieren a las pérdidas en sentido contable, esto es, al resultado adverso que –en resumen- arrojan todas las operaciones y acontecimientos del ejercicio confrontados en el balance .

---

<sup>57</sup> Manual de consultas tributarias, Ob. Cit., p.27

<sup>58</sup> Manual de consultas tributarias, Santiago, Chile, (396):p.59, 2010.

Es tan evidente la diferencia que hay entre una y otra cosa, que una empresa puede haber sufrido pérdidas de aquellas a que se refiere el inciso primero, y no tener, en definitiva, pérdidas en el sentido del inciso segundo.<sup>59</sup>

Pues bien, Para efectos del presente trabajo nosotros dividiremos el tratamiento de las pérdidas de la siguiente forma: Abordaremos en primer lugar las pérdidas ocasionadas por daños o menoscabos sufridos por el patrimonio de la empresa, luego abarcaremos las pérdidas del ejercicio y por último nos abocaremos a las pérdidas de arrastre.

#### 4.1. Pérdidas ocasionadas por daños o menoscabos sufridos por el patrimonio de la empresa:

Este tipo de perdidas corresponden a una disminución patrimonial real y efectiva experimentada por el contribuyente que no están directamente relacionados con los ingresos<sup>60</sup> y que son producidas como consecuencia de delitos contra la propiedad y daños provocados con ocasión de casos fortuitos o fuerza mayor, como terremotos, incendios, inundaciones, etc.

Es importante destacar que la disminución patrimonial debe ser real y efectiva y no una mera valoración subjetiva que no se condice con la realidad o simplemente estimaciones de pérdidas futuras. El S.I.I además señala que tienen que haberse originado en el desarrollo de las actividades del negocio de la empresa, que se acrediten o justifiquen en forma fehaciente ante el S.I.I. y que cumplan con el requisito de ser necesaria entendido como inevitable u obligatorio.

Lo anterior es fundamental ya que la deducción será permitida siempre que efectivamente se cumpla con esos requisitos.

---

<sup>59</sup> RENCORET, Bravo A. El impuesto sobre la renta. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1975. p.101.

<sup>60</sup> De ahí que el profesor Pedro Massone considere a estas erogaciones como deducciones propiamente tales sin que respondan al principio de los gastos necesarios.

La letra D del artículo octavo del decreto ley número 825 de 1974 asimila a retiro, para uso o consumo propio del contribuyente, los bienes que faltaren en los inventarios del vendedor o prestador de servicios y cuya salida de la empresa no pudiere justificarse con documentación fehaciente, salvo los casos fortuitos o de fuerza mayor, calificados por el S.I.I., u otros que determina el reglamento.

Pues bien, conforme a la circular N°3 de 13 de enero de 1992 del S.I.I., para que la falta de los bienes en cuestión no sea considerada como retiros del contribuyente es fundamental que las pérdidas sean justificadas por las denuncias respectivas formuladas ante CARABINEROS o INVESTIGACIONES. En estos casos se exigirá al denunciante que acompañe una copia autorizada de la declaración jurada sobre la preexistencia de las cosas sustraídas, que le requirieron funcionarios de CARABINEROS, de la POLICÍA DE INVESTIGACIONES o del tribunal que recibió la denuncia por hurto o robo.

También deben acompañarse informes de liquidación de seguros, mermas reconocidas por disposiciones legales vigentes y organismos del ESTADO.

En el caso de seguros es importante destacar que serán consideradas como renta la indemnización del daño emergente tratándose de bienes incorporados al giro del negocio, empresa o actividad, cuyas rentas efectivas deban tributar por el impuesto de primera categoría, sin perjuicio de su deducción como gasto de dicho daño emergente. Además el S.I.I entiende que los actos ilícitos sólo pueden dar origen a pérdidas deducibles cuando el contribuyente es sujeto pasivo.

Para que proceda la deducción de la pérdida es condición ineludible que las cantidades y valores correspondientes, se encuentren contabilizados en la fecha en que se produjo.

También es necesario señalar que para estar frente a un caso fortuito o fuerza mayor se debe atender a los conceptos definidos en el artículo 45 del CÓDIGO CIVIL, es decir debe tratarse de un imprevisto al que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.

Respecto a las pérdidas producidas por la acción de fenómenos naturales, biológicos, químicos o físicos que provoquen la inutilización o destrucción, el contribuyente debe anotar cronológicamente las mermas en el sistema de inventario permanente, directamente relacionado con la contabilidad fidedigna que mantenga el vendedor.

Finalmente es fundamental dejar en claro que el contribuyente que sufra las pérdidas que se han indicado con anterioridad debe dar aviso a la unidad respectiva del S.I.I. correspondiente a su domicilio, todo dentro del plazo de 48 horas contados desde la ocurrencia del hecho.

#### 4.2. Pérdidas del ejercicio:

Las pérdidas de un ejercicio constituyen versiones o expresiones negativas de la ganancia; sus elementos componentes son idénticos a los que conforman esta última, sólo que el resultado de la suma algebraica de las partidas positivas y negativas generadas por la fuente pertinente arroja un saldo negativo.<sup>61</sup>

Este tipo de pérdidas son las que se obtienen una vez que aplicamos al resultado del balance financiero el conjunto de normas establecidas para la determinación de la renta líquida.

En el caso de que el ejercicio arroje pérdidas tributarias, la ley nos dice que deben ser imputadas a las utilidades retenidas (no retiradas ni distribuidas) que tenga el

---

<sup>61</sup> MASSONE, Parodi P. Ob. Cit., p.173.

contribuyente, o a las que obtenga en los ejercicios siguientes a aquél en que se generaron las pérdidas, pero si éstas no son suficiente para absorberlas deberán ser imputadas al ejercicio inmediatamente siguiente y así sucesivamente.

La forma que tienen los contribuyentes de primera categoría que determinan su renta efectiva según contabilidad completa para saber si existen pérdidas, se realiza de la misma manera que las utilidades del ejercicio (ingreso bruto, renta bruta, renta líquida, renta líquida reajustada, etc.), con la diferencia de que en el caso de las pérdidas, el balance arrojará un saldo negativo<sup>62</sup>, debiendo ser registradas en el F.U.T o fondo de utilidades tributables, que tiene por objeto controlar los retiros de utilidades que realicen los contribuyentes acogidos a este sistema en la tributación del impuesto global complementario, imponiendo según el profesor Arnolfo Composto<sup>63</sup> “un registro histórico tipo cuenta corriente, respecto de los retiros y rentas obtenidas en cada ejercicio”. Este registro lo que permite en definitiva es un control sobre las pérdidas y utilidades tributables de la empresa que se generan en los diversos ejercicios, colaborando con los estados financieros en su función.

El S.I.I. señala en circular N°17 de 19 de marzo de 1993, que la imputación antes aludida debe efectuarse en el orden de prelación que establece la ley, sin que exista la posibilidad de que el contribuyente pueda optar por un orden distinto para aprovechar este gasto.

Los estados financieros, incluidos el registro F.U.T, al contener la constancia acerca de las utilidades que se han generado y en qué periodos, permiten poder cumplir con esta orden de imputación establecida en la ley. También permiten tener claridad sobre los tributos que se han pagado sobre dichas ganancias y en qué momento. Esto último tiene importancia puesto que, como lo señala el mismo artículo 31 N° 3 de la Ley de la Renta, el impuesto de primera categoría que se haya pagado por estas cantidades, será

---

<sup>62</sup> VERGARA, Wistuba C. Manual de Derecho Tributario. Santiago, Librotecnia, 2009.p 247.

<sup>63</sup> COMPOSTO, Canales A. Manual de contabilidad para abogados. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998. p.214.

considerado como un pago provisional por las utilidades absorbidas, el cual podrá ser imputado a otros impuestos, o bien, podrá solicitarse su devolución

#### 4.3. Pérdidas de arrastre:

Como señalamos con anterioridad la ley de Impuesto a la Renta autoriza a deducir las pérdidas que se generaron en ejercicios anteriores, denominadas pérdidas de arrastre o carry forward, de las utilidades que arroje el ejercicio, fenómeno denominado “carry back”, lo anterior en virtud de que éstas han estado a la espera de la existencia de nuevas utilidades para poder ser utilizadas.

Como dice el profesor Rodrigo Ugalde Prieto<sup>64</sup>, éstas corresponden a “el saldo de pérdida que podrá ser deducido como gasto en la determinación de la renta líquida imponible de los ejercicios comerciales futuros, hasta que dicha pérdida se agote totalmente y sin límite de tiempo”.

Ahora bien, el proceso de imputación a las utilidades acumuladas en el F.U.T durante varios ejercicios debe comenzar por las más antiguas pendientes de reparto (desde 1984 en adelante), generando como devolución el impuesto de primera categoría con la tasa que haya afectado a tales utilidades en cada uno de los ejercicios comerciales. Al efecto, se recuerda que las utilidades del año 1989 pendientes de reparto no quedaron afectas al impuesto de primera categoría y, por ende, cuando corresponda cronológicamente imputar pérdidas a ellas, no se genera devolución de impuesto.<sup>65</sup>

Antes de la actual redacción del artículo 31 de la Ley de Impuesto a la Renta, el legislador impedía el aprovechamiento de pérdidas de más de cinco ejercicios, pero posteriormente con la reforma que se produjo a la norma se eliminó la limitación, por

---

<sup>64</sup> UGALDE, Prieto R. Reformas tributarias. Ley 19738 Normas para combatir la evasión tributaria. Santiago, Lexis Nexis, 2001. p.68.

<sup>65</sup> CONTRERAS, Urzúa H. y González, Silva L. Curso práctico de impuesto a la renta. 6°ed. Santiago, Cepet, 2009. p.256.

tanto en la actualidad no existe plazo para imputar las pérdidas a futuras utilidades. No obstante lo anterior en la actualidad existe otra limitación que se refiere al orden de imputación, el que según el S.I.I es el establecido en la norma y cuyo cumplimiento para el contribuyente es imperativo.

Por último, la ley permite que se puedan aprovechar las pérdidas tributarias contra utilidades de otras sociedades, creando con esto los incentivos necesarios para que los contribuyentes adquirieran sociedades con pérdidas con la finalidad de aprovecharlas contra sus ingresos futuros.

Nuestro trabajo centra su estudio en el análisis de este tipo de pérdidas que son las que generan ciertos problemas para el contribuyente luego de la entrada en vigencia de la ley 19.738 de 2001, lo anterior es en virtud de que el legislador limitó las posibilidades que existían para que las pérdidas de una empresa fueran aprovechadas por terceros, situación en la que nos concentraremos y que será analizada a posteriori.

## **5.- La adquisición de empresas con pérdidas tributarias:**

### **5.1.- Situación previa a la dictación de la ley 19.738:**

Previo a la dictación de la ley 19.738, se habían realizado diversas reformas que se referían a las pérdidas de arrastre y los cambios de propiedad. En este trabajo nos centraremos en el análisis de los hechos que ocurrieron entre la década del 70 y el fin del siglo pasado, para culminar con la dictación de la presente ley. Los antecedentes históricos nos permiten concluir que fueron muchos los factores que pudieron influir en la dictación de las reformas mencionadas. Chile sufre drásticos cambios políticos y económicos en las décadas pasadas que confluyen para incentivar al legislador a realizar cambios en el ámbito impositivo y de esta forma estimular la productividad del país.

Con posterioridad a la crisis política de 1973, Chile queda en una situación económica muy delicada.

Lo anterior se ve reflejado en el alto índice inflacionario del periodo, que fue en orden al 1000% y en los bajos índices de producción y empleabilidad. Frente a este panorama el gobierno militar intenta dar solución a los diversos problemas económicos que se van suscitando y comienza a tomar medidas radicales, entre las cuales se encuentran despidos masivos en el sector público para bajar el alto endeudamiento, privatización de empresas a bajos costos debido a sus bajos índices de rentabilidad, cambios en el sistema económico, etc.

En el ámbito internacional el petróleo comienza a valorizarse fuertemente entre los años 1973-1979, los miembros de la OPEP acuerdan reducir sus ofertas de crudo y su valor aumenta fuertemente generando grandes cantidades de rentabilidad que son puestas en los bancos internacionales para ser prestados al resto del mundo y así acrecentar los ingresos, es decir la forma en que los países exportadores de petróleo eligieron para prestar al resto del mundo fue a través de la tenencia de depósitos líquidos en los bancos más grandes de los países desarrollados. De ahí que estos bancos tuvieron que salir, por necesidad contable, a buscar dónde colocar los fondos recibidos.<sup>66</sup>

El alza en el precio del petróleo afecta negativamente a los países importadores de este, dentro los cuales se encuentra Chile, agravando por tanto la precaria economía de ese entonces.

Ante este complejo escenario y debido a la atractiva oferta de crédito por parte de los bancos internacionales, Chile comienza un fuerte periodo de endeudamiento por medio de los denominados “petrodólares”. El país comienza a crecer, pero a costa de un endeudamiento altamente peligroso, la expansión económica abarca todos los sectores debido a la oferta de crédito y se cree que lo peor ya ha pasado. La banca comienza a pedir créditos al extranjero a tasas muy convenientes para prestar dentro del país y la gente adquiere un nivel de endeudamiento que hace insostenible la situación en el año 1983. Una nueva crisis económica asecha nuestro país, la que es considerada como la segunda más importante de la historia, con una nación altamente endeudada tanto en el plano interno como externo.

Esta situación coincide con el agotamiento de los petrodólares en los mercados internacionales y con el alza de los intereses y la reducción de los créditos a un país con riesgos

---

<sup>66</sup> VALDÉS, Salvador. Orígenes de la crisis de la deuda: ¿Nos sobre endeudamos o nos prestaron en exceso? [En línea ] <[www.cepchile.cl/dms/archivo\\_1490\\_1159/rev33\\_valdes.pdf](http://www.cepchile.cl/dms/archivo_1490_1159/rev33_valdes.pdf)> [Consulta 15 de Agosto de 2011]

de no pago. Dos sectores se ven fuertemente afectados, el bancario y el de la construcción, con quiebras generalizadas. El ESTADO debe hacerse cargo de gran parte de la banca y a que se otorguen financiamientos especiales para la colocación de las viviendas construidas y ahora sin mercado<sup>67</sup>

Debido a la gran cantidad de empresas que estaban cayendo en quiebra, la posibilidad de que se produjeran procesos de concentración entre ellas aumento de manera notable, lo anterior no sólo por lo atractivo que resultaba para una empresa comprar a su competencia a un bajo precio, sino que también por lo tentador que era su pasivo, es decir sus pérdidas. Los beneficios que otorgaba la ley al contribuyente que adquiría una empresa con pérdidas eran sin duda muy rentables, no sólo se disminuía la base imponible del impuesto de primera categoría de la empresa adquirente, al poder rebajar como gasto necesario la pérdida, sino que además los socios de la adquirente no iban a tributar en sus impuestos finales por dichas utilidades, toda vez que tendrían un crédito en contra de su impuesto global complementario o adicional, y la empresa, podría recuperar el impuesto pagado por las utilidades absorbidas por dichas pérdidas, toda vez que era considerado pago provisional del mismo. Además la adquirente tenía plena libertad para modificar el giro de la empresa adquirida sin restricción alguna, lo que claramente constituía otra motivación para realizar la práctica en comento.

Todo esto motivó a la creación de un verdadero mercado de “empresas con pérdida”, las que según el profesor Rodrigo Ugalde<sup>68</sup> se vendían sin ningún tipo de bienes en su activo, ya que lo único que interesaba era la pérdida tributaria.

Por lo tanto la situación existente antes de la dictación de la ley 19.738 era básicamente cambios de propiedad que se materializaban a través de fusiones entre empresas que cumplieran con la condición básica para que operara el beneficio impositivo, esta era: que una de ellas tuviera utilidades y la otra pérdidas. De esta forma, y como se explicó, la empresa adquirente o resultante de la fusión (dependiendo de si es por absorción o incorporación) podía rebajar como gasto necesario, a sus utilidades, las pérdidas de la empresa que había absorbido. Con esto se logra disminuir la base imponible del impuesto de primera categoría, se recupera el impuesto

---

<sup>67</sup> CHATEAUNEUF, Rolando. Las crisis económicas en Chile. Análisis y comentarios sobre interesante artículo publicado en El Mercurio del 6 de julio de 2009. [En línea ] < <http://www.rochade.cl/?p=794>> [ Consulta 15 de Agosto de 2011]

<sup>68</sup> UGALDE, Prieto R. Situación actual de las sociedades con pérdidas tributarias. Cuadernos jurídicos Universidad Adolfo Ibañez. (18): p.216. 2003.

pagado por las utilidades absorbidas por pérdidas, como pago provisional y por últimos los socios no deberían tributar en sus impuestos finales por estos ingresos. A todas luces un beneficio al que era imposible resistir.

Sin embargo, y como sostuvimos previamente, es importante tener en cuenta que la ley de la renta en esta materia ha sufrido una serie de reformas. Estos cambios en un primer momento ampliaron el beneficio y con posterioridad lo restringieron. La razón de ello es lo que explicaremos a continuación.

En el momento en que entra en vigencia el Decreto Ley 824 y recogiendo la norma del artículo 25 número 3 de la ley 15.564, se establece en su artículo 31 número 3 que sólo podrán deducirse las pérdidas de hasta dos ejercicios anteriores. A posteriori, en el año 1977, se vuelve a modificar la disposición y se amplía el plazo de imputación desde dos hasta cinco ejercicios anteriores.

Finalmente el legislador vuelve a introducir una nueva modificación y establece en virtud de la ley 18.293 de 31 de enero de 1984, que se elimina el plazo límite de imputación de que disponían los contribuyentes para absorber las pérdidas de sus negocios.

Por último, la ley 18.489, de 1986 posibilitó la recuperación del impuesto de primera categoría pagado por las correspondientes utilidades absorbidas por pérdidas del ejercicio o futuras, dándoles el carácter de pago provisional.

Queda de manifiesto que el legislador va ampliando los beneficios a medida que se agrava la situación económica del país. Como explicamos anteriormente, en la década del 70 la economía atraviesa por periodos muy volátiles que van creando las condiciones necesarias para que en el año 1983 se produzca una crisis de proporciones. Es dable concluir que la intención del legislador ha sido querer promover el crecimiento económico y eso se logra estableciendo estos beneficios que son muy bien aprovechados por las empresas del país.

Con posterioridad sin embargo, el S.I.I., a través de diversas maneras, trata de restringir estos beneficios cuyo provecho aumenta gradualmente en el tiempo. Esto se logra, paulatinamente, a través de un cambio de criterio en sus actuaciones.

Desde el año 1984 y Previamente a la dictación de ley 19.738, los contribuyentes no tenían límites de tiempo para imputar las pérdidas y tampoco existía restricción respecto al facultado para aprovecharlas. Por esta razón los que podían disfrutar del beneficio eran tanto el contribuyente que las había generado como todo aquel que no las hubiese generado pero que adquirió una empresa con pérdidas.

Jamás existió una restricción legal para impedir que las pérdidas pudieran ser aprovechadas por una persona distinta de aquel que las generó. Sin embargo el S.I.I. en un intento desesperado por impedir esta práctica, emitió diversos dictámenes estableciendo de manera expresa la prohibición de su aprovechando por contribuyentes distintos a los que produjeron la pérdida. Manifestación de lo anterior es la circular número 109 del 17 de Agosto de 1977. Con esto no sólo se violaba el principio de reserva legal de los tributos consagrado tanto en la Constitución de 1925 como en la de 1980, sino que además el órgano fiscalizador se olvida por completo del principio Constitucional de legalidad, conforme al cual debe someter su actuar a la constitución y a las normas dictadas conforme a ella, atribuyéndose la facultad de legislar en una materia que es de reserva legal y que a mayor abundamiento es de iniciativa exclusiva del Presidente de la República.

En varias ocasiones, los tribunales superiores de justicia, conociendo de las reclamaciones presentadas por los contribuyentes, acogían la tesis de los particulares que se veían afectados por las circulares del S.I.I., que trataba de crear nuevas teorías para que impedir la práctica de adquirir empresas con pérdidas por medio de fusiones, llegando a sostener incluso posiciones contradictorias entre unas y otras circulares. En efecto el S.I.I. en circular número 124 de 7 de Octubre de 1975 señala expresamente que en las fusiones existe continuidad entre las sociedades participantes.

“Sin embargo, en otras materias el SII pareciera desconocer abiertamente la tesis del efecto incorporativo de las fusiones y optar por la disolución de las sociedades absorbidas”<sup>69</sup>

---

<sup>69</sup> FUENSALIDA Merino, Carolina. Ob. Cit., p.580.

## 5.2.- Situación actual para el aprovechamiento de las pérdidas:

Con la entrada en vigencia de la ley 19.738, el legislador introdujo una importante limitación para el aprovechamiento de las pérdidas de arrastre frente a un cambio de propiedad.

El artículo 31 N°3 del Decreto Ley 824 no establece la antijuridicidad de la adquisición de empresas con pérdidas, sino que impone determinados requisitos que debe cumplir el contribuyente si quiere aplicar la pérdida a los ingresos que se generen con posterioridad al cambio de la propiedad. Ello, dice el Profesor Rodrigo Ugalde<sup>70</sup>, en la medida que no se presente las situaciones indicadas en la ley, que son las siguientes:

- a. El cambio de propiedad más el cambio de giro de la sociedad o la ampliación del giro original a uno distinto, salvo que la sociedad mantenga su giro principal, realizado en los 12 meses anteriores o posteriores al cambio indicado en primer término.
- b. El cambio de propiedad y que, al momento de dicho cambio la sociedad no cuente con bienes de capital u otros activos propios de su giro en una magnitud que permita el desarrollo de su actividad o de un valor proporcional al de adquisición de los derechos o acciones.
- c. El cambio de propiedad y que la sociedad pase a obtener solamente ingresos por participación, sea como socio o accionista, en otras sociedades o por reinversión de utilidades.
- d. El cambio de propiedad acompañado de más de una de las situaciones indicadas en los puntos anteriores.

A partir de lo anterior es posible advertir que no sólo se imponen requisitos para imputar pérdidas a utilidades futuras, devengadas o percibidas, sino que también se establecen restricciones que apuntan a la empresa con pérdidas, es decir la adquirida, que debe cumplir con otra serie de condiciones que dificultan de manera notoria la búsqueda de empresas que cumplan con esas características.

---

<sup>70</sup> UGALDE, Prieto R. Ob. Cit., p.219.

Respecto a la posibilidad de la empresa adquirente de imputar como pago provisional el impuesto pagado por utilidades que son absorbidas por pérdidas, debemos decir que no se introduce modificación alguna, por lo que el contribuyente sigue gozando del mismo beneficio.

Finalmente, respecto al beneficio de los dueños, socios o accionistas de empresas cuyas utilidades son absorbidas por pérdidas para no tributar en sus impuestos finales (global complementario o adicional), es importante destacar que se mantiene la misma franquicia, pero siempre que se cumplan con todos los requisitos que establece la ley.

5.2.1.- Legalidad de la adquisición de empresas con pérdidas tributarias:

5.2.2.1.- Fundamentos de la ilicitud.

Mientras los contribuyentes seguían realizando la práctica de adquirir “empresas de cascarón”, la autoridad tributaria buscaba la forma de poner freno a esto.

El CÓDIGO TRIBUTARIO en su artículo 6° otorga al director nacional del S.I.I la facultad de interpretar administrativamente las disposiciones tributarias, fijar normas, impartir instrucciones y dictar órdenes para la aplicación y fiscalización de los impuestos. Haciendo uso de esta prerrogativa, el S.I.I comenzó a regular la práctica en comento y trato de restringir la aplicación de la disposición que la contemplaba.

Dentro de los argumentos que señaló el S.I.I para evitar la práctica susodicha, podemos mencionar los siguientes:

- a. Desconocer para estos efectos la naturaleza incorporativa de la fusión, señalando que en aquellos casos en que se produzca un cambio de propiedad, por medio de una fusión, se va a producir necesariamente la disolución de la sociedad adquirida<sup>71</sup>.

---

<sup>71</sup> Circular del S.I.I. N°109 de 17 de agosto de 1977.

- b. Indicar que la adquisición de empresas con pérdidas es una actitud elusiva y por tanto antijurídica (confundiendo elusión con evasión).<sup>72</sup>
- c. Señalar que el beneficio contemplado en la ley de la renta fue establecido sólo y exclusivamente en beneficio del contribuyente que generó las pérdidas, por lo que ningún contribuyente podría aprovechar las pérdidas de otro.<sup>73</sup>

Si bien el S.I.I. tiene el deber legal de fiscalizar todos los impuestos internos actualmente establecidos o que se establecieron, velando por el interés del fisco en dicha labor, no es menos cierto que debe realizar dicha actividad con plena sujeción a la ley y las normas dictadas conforme a la Constitución. Pues bien, la autoridad administrativa al momento de restringir la práctica de adquirir empresas con pérdidas, comenzó a establecer una serie de prohibiciones que excedían de manera notable la mera facultad de interpretar administrativamente las disposiciones tributarias, agregando elementos a la disposición de la ley que permitían concluir que en vez de interpretar lo que estaba haciendo era legislar. Esto es precisamente lo que ocurre cuando señala en oficio N°267 de 17 de enero de 1994 que en la eventualidad de que existan pérdidas tributarias reflejadas en los estados contables de la sociedad absorbida u otras partidas que constituyan créditos, estas no podrán ser reconocidas por la empresa absorbente, toda vez que el mecanismo de recuperación de dichas pérdidas o créditos está concebido en la ley únicamente a favor de quien las generó.

Si observamos el artículo 31 N° 3 de la Ley de Impuesto a la Renta a esa fecha, nos podemos dar cuenta que en ninguna parte se señala la limitación de que las pérdidas sólo pueden ser aprovechadas por el contribuyente que las generó, de manera que si tenemos en cuenta que el artículo 31 de la citada ley lo que hace es ayudar al contribuyente a determinar la base imponible del impuesto, y si a eso agregamos que la base imponible es uno “de los elementos más relevantes del impuesto”<sup>74</sup> podemos concluir que el S.I.I. en este caso está claramente determinando en cierto grado la base imponible del impuesto y por ende infringiendo el principio de reserva legal de los tributos consagrado en la Constitución, el que exige que todos y cada uno de los elementos del tributo estén señalados por la ley. A mayor abundamiento si aplicamos el adagio de que en donde la ley no distingue, no es lícito al intérprete distinguir, el

---

<sup>72</sup> Considerando 18° de la sentencia de la tercera sala de la Excm. Corte Suprema de Justicia, de 28 de enero de 2003 pronunciada en autos Rol 4.038-2001.

<sup>73</sup> Oficio del S.I.I. N°267 de 17 de enero de 1994.

<sup>74</sup> MASSONE, Parodi. P. Tribunal y Procedimientos tributarios. Santiago, Legal Publishing, 2009. p.

órgano fiscalizador se está excediendo en sus facultades interpretativas ya que no le correspondería distinguir.

A mayor abundamiento la Excma. Corte Suprema en un fallo de 12 de Agosto de 1998 acogiendo un recurso de casación, sentenció: “6°. Que en relación a lo anterior, el artículo 31 N°3 dispone que en el caso de las pérdidas absorban total o parcialmente las utilidades no retiradas, el impuesto de primera categoría pagado sobre esas utilidades se considera como pago provisional, y queda sujeto a restitución; esta disposición no distingue si las utilidades y pérdidas se han generado o no en una misma empresa, de modo que el beneficio debe entender otorgado por la ley a los contribuyentes que se encuentren en una y otra situación; así entonces, si la reclamante de autos ha tratado como pago provisional el impuesto de primera categoría pagado por otras sociedades de las que es accionista, en la parte correspondiente a los dividendos que aquellas le distribuyeron, ha tenido derecho a tal procedimiento porque la ley no ha previsto lo contrario; 7°. Que la interpretación extensiva que se viene de declarar es la que más conforme parece con el sentido y alcance del precepto, de conformidad a lo que disponen los artículos 19 y 20 del CÓDIGO CIVIL, ya que no existen antecedentes históricos, lógicos y sistemáticos que permitan concluir que la ley ha excluido a ciertos contribuyentes del procedimiento contemplado en el citado artículo 31 de la Ley de la Renta, por la sola circunstancia de no haber generado la utilidad que absorben con sus pérdidas...”

Finalmente y como consecuencia de las constantes presiones de la autoridad tributaria, se realiza una modificación legal a la Ley de Impuesto a la Renta que introduce una serie de requisitos a la práctica de adquirir empresas con pérdidas, logrando con esto reducir el número de adquisiciones.

Es importante destacar que la ley 19.738 sólo establece restricciones, pero no impide que se puedan seguir adquiriendo empresas con pérdidas.

#### 5.2.2.2.- Fundamentos de la licitud.

Los contribuyentes, como desarrolladores de una actividad económica, se encuentran facultados para “poder organizar sus negocios en la forma que mejor les parezca y que les resulte más conveniente desde el punto de vista económico (incluidos los aspectos

tributarios)”.<sup>75</sup> Por ende y con este derecho Constitucional consagrado, era perfectamente lícito que los contribuyentes pudieran adquirir empresas con pérdidas en la forma que prescribía la ley antes de la reforma de 2001.

Esto se enmarca plenamente dentro de los límites de la planificación tributaria, por lo que no era factible que fuera calificada de elusiva ni evasiva una práctica que estaba amparada por la Constitución.

Luego de la entrada en vigencia de la ley 19.738, podemos concluir que sigue siendo algo totalmente lícito, siempre y cuando se cumpla con las restricciones establecidas en la ley. Lo anterior, según el profesor Rodrigo Ugalde, en virtud de que estamos en frente de una reorganización empresarial que tiene una legítima razón de negocios que no queda comprendida en las restricciones impuestas por la ley.

### **5.3.- Economía de opción.**

Como se ha señalado en los fundamentos de la licitud de la práctica de adquirir empresas con pérdidas tributarias, el contribuyente tiene la posibilidad de organizar sus negocios de acuerdo a la forma que más le convenga económicamente, siempre que respete las leyes y la Constitución. Pues bien, la economía de opción o planificación tributaria le permite al contribuyente saber que opción lícita debe tomar para obtener un ahorro tributario y de esta forma maximizar sus utilidades como lo haría todo *homo economicus*. La planificación tributaria le muestra al contribuyente las opciones que presenta la ley implícita o explícitamente y cuál de todas ellas es la mejor desde un punto de vista económico, teniendo plena libertad para decidir cuál es el hecho jurídico tributario que realizará conforme a este panorama, o simplemente abstenerse de hacer algo en virtud de que las opciones que muestra la planificación no son viables para ejecutar un determinado negocio.

---

<sup>75</sup> UGALDE, Prieto. R. y García, Escobar. J. Elusión, planificación y evasión tributaria. Santiago, Legal Publishing, 2010. p.67

### 5.3.1.- Concepto:

A la luz de lo anterior y siguiendo al profesor Rodrigo Ugalde, podemos decir que la planificación tributaria consiste en la facultad de elegir entre varias alternativas lícitas de organización de los negocios o actividades económicas del contribuyente, o incluso de renunciar a la realización de negocios o actividades, todo con el fin de obtener un ahorro tributario<sup>76</sup> .

De esta forma si la alternativa lícita que ve el contribuyente para aminorar su carga tributaria es la de realizar un cambio en la propiedad, esto no puede ser considerado por el órgano fiscalizador como algo ilícito, porque precisamente lo que se ha tomado en cuenta para adoptar la decisión es que la alternativa se encuentre dentro del ordenamiento jurídico.

La economía de opción está en la ley y en la aplicación correcta de la misma, extrae sus ventajas para el contrato en curso; supone crear situaciones de ventaja cuyas alternativas ofrece el ordenamiento jurídico<sup>77</sup> .

La posibilidad que tiene el contribuyente de escoger entre estas alternativas que le ofrece el ordenamiento se funda en Derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución. La libertad es la que permite a las personas decidir qué actividad económica desarrollarán tomando en consideración lo rentable que ésta pueda ser y el ahorro tributario que puede involucrar la misma, el Derecho de propiedad es el que permite a las personas desarrollar la actividad mercantil con la convicción de que no serán privadas de forma arbitraria del producto de su trabajo ni del bien con que se cuenta para desarrollarlo y la seguridad, que es la que otorga la confianza necesaria para optar por una u otra alternativa lícita.

Finalmente es menester tener en cuenta que nadie está obligado a organizar sus negocios de la manera que resulte más favorable al Fisco.<sup>78</sup>

---

<sup>76</sup> UGALDE, Prieto. R. y García, Escobar. J. Ob. Cit., p.65.

<sup>77</sup> UGALDE, Prieto. R. y García, Escobar. J. Ob. Cit., p.67.

<sup>78</sup> UGALDE, Prieto. R. y García, Escobar. J. Ob. Cit., p.68.

### 5.3.2.- Diferencias entre la planificación tributaria y la elusión:

La elusión tributaria consiste en evitar por medio lícitos que un determinado hecho imponible se realice, mediante el empleo de formas o figuras jurídicas aceptadas por el Derecho –aun cuando alguna de aquellas sea infrecuente o atípica- y que no se encuentran tipificadas expresamente como hecho imponible por la ley tributaria.<sup>79</sup>

El contribuyente es plenamente libre para realizar el hecho generador del impuesto, pero si lo hace, nace, necesariamente e independiente de su voluntad, una obligación hacia el ESTADO: aquella de pagar una determinada cantidad.<sup>80</sup>

Lo que ocurre en la elusión es que el contribuyente decide no realizar el hecho generador del impuesto, sin que surja la obligación tributaria de pagar una determinada cantidad, valiéndose para esto de formas o figuras jurídicas no gravadas por el legislador, aun cuando ello pueda ser considerado como un error legislativo, ya que tales errores son de responsabilidad del ESTADO y no de los contribuyentes.<sup>81</sup>

La diferencia que existe entre elusión y planificación tributaria no es muy fácil de apreciar ya que ambas son formas lícitas que ayudan al contribuyente en el ahorro de impuestos, sin embargo podemos decir que en la elusión existe un escalón o grado superior a la simple planificación tributaria, puesto que en la primera son muchas las ocasiones en que el contribuyente utiliza formas jurídicas infrecuentes o atípicas o bien “se aprovecha” de lagunas, vacíos, errores o contradicciones del legislador.

En cambio en la planificación el contribuyente opta por una de las alternativas dispuestas por el legislador –en forma expresa o implícita- para que los particulares organicen sus negocios.<sup>82</sup>

### 5.3.3.- Diferencias entre la planificación tributaria y la evasión:

---

<sup>79</sup> UGALDE, Prieto. R. y García, Escobar. J. Ob. Cit., p.83.

<sup>80</sup> MASSONE, Parodi. P. El hecho jurídico tributario. Valparaíso, Edeval, 1969. p.36.

<sup>81</sup> UGALDE, Prieto. R. y García, Escobar. J. Ob. Cit., p.85.

<sup>82</sup> UGALDE, Prieto. R. y García, Escobar. J. Ob. Cit., p.91.

No es posible concebir la posibilidad de que en doctrina exista alguna confusión entre estos dos conceptos. La razón de esto radica en que estamos hablando de nociones totalmente distintas. Mientras uno presenta un carácter antijurídico, el otro es totalmente lícito y mientras en uno se produce el hecho jurídico tributario, en el otro jamás se verifica.

De esta forma la evasión implica necesariamente una vulneración abierta de la ley, por lo que su carácter antijurídico resulta incuestionable. No ocurre lo mismo en la planificación tributaria (ni tampoco en la elusión), en donde no existe transgresión manifiesta a la ley.

El concepto de evasión nos deja muy en claro cuáles son las diferencias respecto de la planificación tributaria y de la elusión. Se entiende por evasión el incumplimiento doloso de las obligaciones tributarias, generalmente acompañado de maniobras engañosas que buscan impedir que sea detectado el nacimiento o el monto de la obligación tributaria incumplida<sup>83</sup>.

A partir del concepto anterior podemos advertir que en la evasión se produce el nacimiento de la obligación tributaria ya que el contribuyente realiza voluntariamente el hecho jurídico tributario o hecho imponible y dolosamente incumple con esa obligación recurriendo a maniobras engañosas para no ser descubierto.

La diferencia es clara, en una figura hablamos de conductas amparadas por el ordenamiento jurídico y en donde no se verifica el hecho gravado y en otra figura hablamos de una conducta ilícita en que si se verifica el hecho imponible. Una es reprochable, la otra no.

---

<sup>83</sup> UGALDE, Prieto. R. y García, Escobar. J. Ob. Cit., p.109.

## CONCLUSIONES

1. Las principales formas de reorganización empresarial existentes en nuestro ordenamiento son: La Fusión, Transformación, y División, y la elección de una u otra dependerá de los requerimientos del negocio y de los beneficios tributarios que le puedan reportar a la empresa.
2. Hasta el año 2001 la fusión de sociedades fue considerada una de las formas de reorganización de empresas más provechosas. La razón de ello radicaba en el beneficio tributario que concedía la Ley de Impuesto a la Renta antes de las reformas introducidas el año 2001, permitiendo la deducción de las pérdidas sufridas por uno de los contribuyentes participante de la fusión dentro del año a que se refiere el impuesto, pudiendo incluso aprovechar las pérdidas de ejercicios anteriores, las cuales podían ser arrastradas sin tope. Y si existían utilidades retenidas, las pérdidas absorbían estas ganancias y en aquella parte que se absorbió se transformaba en Pago Provisional por Utilidades Absorbidas.
3. El S.I.I. ha tratado de prohibir la deducción de las pérdidas sufridas por la empresa en los procesos de reorganización de empresas, adoptando la teoría del carácter personalísimo, sin tener en cuenta que con dicha manera de obrar se excede en las facultades que le otorga la ley, incorporando elementos no previstos por la norma.
4. Con la entrada en vigencia de la ley 19.738 se restringió el uso de las pérdidas que existían con ocasión de los cambios de propiedad más no se prohibió dicho uso, pudiendo en todo caso llevarse a cabo la deducción siempre y cuando se respeten los límites establecidos por el legislador.
5. La restricción que introduce la modificación legal ratifica que la práctica que estamos analizando se enmarca completamente dentro del concepto de planificación tributaria o

economía de opción, lo que es totalmente lícito y no puede ser impedido por el órgano fiscalizador.

6. En consecuencia, se debe reformar el carácter personalísimo que se le ha dado a las pérdidas y permitir su deducción, así como también el aprovechamiento de los créditos.

## **BIBLIOGRAFIA**

1. ARAYA SAAVEDRA, María José y ROCO PINTO, Fernando Sebastián, La fusión de empresas y poder monopólico. Memoria (Para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas), Universidad de Valparaíso, facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Valparaíso, Chile, 2005.
2. ASTE MEJÍAS, Cristián: Impuesto a la renta, Tomo I y II, Legal Publishing, Santiago, Chile, 2009.
3. BAEZA OVALLE, Gonzalo.: Derecho Comercial Tomo II, Lexis Nexis, Santiago, Chile, 2003.
4. BROSETA, Pont, Manuel.: Manual de Derecho Mercantil, 6ª Edición, Ed. Tecnos, Madrid, España 1985.
5. CHATEAUNEUF, Rolando. Las crisis económicas en Chile. Análisis y comentarios sobre interesante artículo publicado en El Mercurio del 6 de julio de 2009. [En línea] <<http://www.rochade.cl/?p=794>> [Consulta 15 de Agosto de 2011].
6. COMPOSTO, CANALES, Arnolfo: Manual de contabilidad para abogados, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1998.
7. CONTRERAS, URZÚA, Hugo y GONZÁLEZ, SILVA, Leonel: Curso práctico de impuesto a la renta., 6ª edición, Cepet, Santiago, Chile, 2009.
8. CONTRERAS URZÚA, Hugo y GONZÁLEZ SILVA, Leonel: Manual de F.U.T, Cepet, Santiago, Chile, 2009.

9. CONTRERAS URZÚA, Hugo y GONZÁLEZ SILVA, Leonel: Declaraciones de rentas: año tributario 2011, Cepet, Santiago, Chile, 2011.
10. FUENSALIDA MERINO, Carolina: La fusión: Un acto incorporativo cuyas consecuencias tributarias debieran reevaluarse. Revista Chilena de Derecho. 29(3), Chile, 2002.
11. GORZIGLIA BALDI, Arnaldo: Aspectos Tributarios de la Reorganización de Empresas. Fusión de Sociedades, Temas de derecho / Universidad Gabriela Mistral, Año XIV, nos. 1 y 2, Santiago, Chile, 1999.
12. HERNÁNDEZ ADASME, Ricardo: Efectos tributarios de la Fusión, transformación y división de sociedades anónimas, Editorial la ley, Santiago, Chile, 2000.
13. MANUAL DE CONSULTAS TRIBUTARIAS (359), Legal Publishing, Santiago, Chile, 2007.
14. MANUAL DE CONSULTAS TRIBUTARIAS (383), Legal Publishing, Santiago, Chile, 2009.
15. MANUAL DE CONSULTAS TRIBUTARIAS (396), Legal Publishing, Santiago, Chile, 2010.
16. MASSONE PARODI, Pedro: El hecho jurídico tributario, Edeval, Valparaíso, Chile, 1969.
17. MASSONE PARODI, Pedro: El impuesto a la renta, Edeval, Valparaíso, Chile, 1996.
18. MASSONE, PARODI, Pedro: Tribunal y Procedimientos tributarios, Legal Publishing, Santiago, Chile, 2009.

19. MOENNE-LOCOZ SOTO, Evelyn y VERA OVALLE, Alejandro: Las sociedades y su tributación en la ley sobre impuesto a la renta: Análisis jurídico y tributario, Parlamento, Santiago, Chile, 2005.
20. MORALES ROBLES, Eduardo: Algunos efectos tributarios derivados de las modificaciones a las empresas, Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae. 1(1), 1997.
21. PRADO PUGA, Arturo: Análisis doctrinal y jurisprudencial de la figura de la fusión. Gaceta Jurídica (340), Santiago, Chile, 2008.
22. RENCORET BRAVO, Álvaro: El impuesto sobre la renta, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1975.
23. RENCORET ORREGO, Ernesto: Aspectos tributarios de la reorganización de empresas: transformación de sociedades. Temas de Derecho, Universidad Gabriela Mistral, Año XIV (1 y 2), Santiago, Chile, 2002.
24. SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo: Derecho Comercial, 6ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.
25. UGALDE PRIETO, Rodrigo: Reformas tributarias. Ley 19738 Normas para combatir la evasión tributaria, Lexis Nexis, Santiago, 2001.
26. UGALDE PRIETO, Rodrigo: Situación actual de las sociedades con pérdidas tributarias, Cuadernos jurídicos Universidad Adolfo Ibañez. (18), Santiago, Chile, 2003.
27. UGALDE PRIETO, Rodrigo y GARCÍA ESCOBAR, Jaime: Elusión, planificación y evasión tributaria, Legal Publishing, Santiago, Chile, 2010.
28. URENDA BILICIC, Nicolás: División y fusión de sociedades: Efectos tributarios, La ley, Santiago, Chile, 2004.

29. VALDÉS, Salvador. Orígenes de la crisis de la deuda: ¿Nos sobre endeudamos o nos prestaron en exceso? [En línea] <[www.cepchile.cl/dms/archivo\\_1490\\_1159/rev33\\_valdes.pdf](http://www.cepchile.cl/dms/archivo_1490_1159/rev33_valdes.pdf)> [Consulta 15 de Agosto de 2011].

30. VERGARA WISTUBA, Carlos: Manual de Derecho Tributario, Librotecnia, Santiago, Chile, 2009.