

PÉRDIDA TRIBUTARIA Y SUS EFECTOS EN LOS PROCESOS DE REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL

Antonio Faúndez Ugalde

Profesor de Derecho Tributario,
Candidato a Doctor en Derecho.
Magíster en Gestión Tributaria,
Asesor Comité Técnico CET UChile



ABSTRACT

Este artículo plantea un análisis hermenéutico de los efectos que producen las pérdidas tributarias en los procesos de reorganización empresarial, particularmente, en los casos de conversión de empresas individuales en sociedades de cualquier naturaleza y, también, en la transformación, división y fusión de sociedades.

1.- INTRODUCCIÓN

Nuestra legislación reconoce a las pérdidas tributarias como un gasto susceptible de disminuir la renta líquida imponible determinada en la forma establecida en los artículos 29 al 33 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, sujeta siempre a la acreditación fehaciente de ellas en los términos establecidos en el inciso primero del artículo 31 de la misma ley.

Se destaca en nuestro país la escasez de construcciones dogmáticas sobre el traspaso de las pérdidas tributarias en procesos de reorganización empresarial, cuyos alcances se pretende precisar en este artículo. Para tal propósito, este trabajo se dividirá en dos partes, la primera, en la que se construirá un marco teórico para establecer un concepto

de pérdida tributaria y su proceso de determinación. Además, se precisará los sujetos que tienen derecho a invocar pérdidas tributarias y la forma de imputarlas.

En la segunda parte de este trabajo, se establecerán los efectos de las pérdidas tributarias en los procesos de reorganización empresarial, pero desde un punto de vista de la *ratio legis*, esto es, considerando la historia, el espíritu y la interpretación sistemática de la ley.

2.- CONCEPTO Y DETERMINACIÓN DE LAS PÉRDIDAS TRIBUTARIAS

2.1.- Determinación de las pérdidas tributarias

La pérdida tributaria constituye el resultado negativo que se verifica en una empresa, la cual se determina de acuerdo con el mecanismo establecido en los artículos 29 al 33 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, excluyendo los gastos rechazados afectos al artículo 21, cuando correspondan.

De acuerdo con dichas disposiciones se procede a determinar la renta líquida imponible del Impuesto de Primera Categoría, de acuerdo al siguiente esquema:

INGRESOS DEL CONTRIBUYENTE
<u>(-) INGRESOS NO RENTA (ART. 17)</u>
LOS INGRESOS BRUTOS
<u>(-) COSTOS DIRECTOS (ART. 30)</u>
RENTA BRUTA
<u>(-) GASTOS NECESARIOS (ART. 31)</u>
RENTA LÍQUIDA
<u>(+) REAJUSTES O CORRECCIÓN MONETARIA (ART. 32)</u>
RENTA LÍQUIDA AJUSTADA
<u>(+) AGREGADOS (ART. 33 N°1)</u>
<u>(-) DEDUCCIONES (ART. 33 N° 2)</u>
RENTA LÍQUIDA IMPONIBLE O BASE IMPONIBLE

2.2.- Pérdidas que se pueden deducir como gastos

Las pérdidas que se pueden rebajar como gasto son aquellas que sufra el contribuyente producto de la gestión o desarrollo de su actividad que constituye su giro. Al respecto el inciso primero del N° 3 del artículo 31 señala que:

“Especialmente procederá la deducción de los siguientes gastos, en cuanto se relacionen con el giro del negocio:

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

Para poder rebajar como un gasto este tipo de pérdidas o daños de mercaderías, es necesario, conforme al inciso primero del artículo 31 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, que sean acreditadas en forma fehaciente. Esto significa que el contribuyente deberá probar la naturaleza, efectividad y monto de las mermas o pérdida de mercaderías.

También la Ley sobre Impuesto a la Renta en el inciso segundo del N° 3 del artículo 31, permite deducir como un gasto las pérdidas de ejercicios anteriores, más conocidas como pérdidas de arrastre, siempre que se acrediten de acuerdo con lo dispuesto en el inciso primero del mismo artículo.

2.3.- Contribuyentes que pueden deducir pérdidas tributarias como gastos

De conformidad a lo dispuesto por las normas generales del artículo 31 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, los contribuyentes que tienen derecho a deducir como gasto las pérdidas sufridas por el negocio o actividad que desarrollan, son aquellos que declaren en la Primera Categoría la renta efectiva determinada mediante contabilidad.

También tienen derecho, los de la Segunda Categoría clasificados en el artículo 42 N° 2 de la ley del ramo, cuando declaren en dicha categoría a base de los ingresos y gastos efectivos, ya que conforme a lo establecido por el artículo 50 de la ley precitada, tales contribuyentes en materia de deducción de gastos se rigen por las normas de la Primera Categoría en todo lo que les fuere pertinente.

2.4.- Orden de imputación de las pérdidas

A través de Circular N° 65 del 25 de septiembre de 2001, el Servicio de Impuestos Internos ha impartido instrucciones sobre esta materia indicando que las pérdidas sufridas por el negocio se imputarán a las utilidades tributables obtenidas por las empresas en el siguiente orden de prelación, según sea el tipo de contabilidad que lleve el contribuyente para la determinación de la renta efectiva que debe declarar:

(i) En el caso de contribuyentes que determinen su renta efectiva mediante contabilidad simplificada y los de la Segunda Categoría del artículo 42 N° 2 de la ley del ramo, que declaran a base de ingresos y gastos efectivos, las pérdidas generadas en el ejercicio comercial respectivo o las provenientes de períodos anteriores (estas últimas, debidamente reajustadas en el porcentaje de variación experimentada por el Índice de Precios al Consumidor existente en el período comprendido entre el último día del mes anterior al cierre del ejercicio comercial en que se generaron las pérdidas y el último día del mes anterior al del cierre del ejercicio en que proceda su deducción), se imputarán solamente a las utilidades obtenidas en los ejercicios siguientes.

(ii) Respecto de los contribuyentes que determinen su renta efectiva mediante contabilidad completa, las pérdidas generadas en el ejercicio comercial respectivo, se imputarán por el mismo valor determinado, en primer lugar, a las utilidades retenidas o acumuladas por los contribuyentes en el Fondo de Utilidades Tributables (FUT), dentro de las cuales se comprenden las utilidades recibidas en el ejercicio respectivo de otras empresas, debidamente actualizadas de acuerdo a la modalidad que establece la ley en su artículo 14, y en ausencia de éstas o por no ser suficientes su monto para su absorción, se imputarán a las utilidades generadas en los ejercicios siguientes debidamente reajustadas bajo la misma forma indicada en el punto anterior, hasta su total agotamiento o extinción.

Por su parte, las pérdidas provenientes de ejercicios anteriores, se imputarán debidamente reajustadas bajo la misma modalidad antes señalada, a las utilidades del ejercicio y en ausencia de éstas o por no ser suficiente su monto para su absorción a las utilidades que se obtengan en los ejercicios siguientes, hasta su total agotamiento o extinción²⁶.

²⁶ El Servicio de Impuestos Internos también ha impartido instrucciones sobre la materia en las siguientes Circulares, las cuales se encuentran plenamente vigentes: Circular N° 27, de fecha 8 de marzo de 1976; Circular N°109, de fecha 17 de agosto de 1977; Circular N°54, de fecha 24 de diciembre de 1984; Circular N°12, de fecha 29 de enero de 1986; Circular N°59, de fecha 17 de

3.- EFECTOS DE LAS PÉRDIDAS TRIBUTARIAS EN LOS PROCESOS DE REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL

3.1.- Efectos en la conversión de empresas individuales en sociedades de cualquier naturaleza

El Servicio de Impuestos Internos ha indicado que la pérdida tributaria determinada al tiempo de la conversión, no podrá ser recuperada por la sociedad que se crea, toda vez que el mecanismo de aprovechamiento de dichas pérdidas está concebido en la ley únicamente en favor de quien las generó²⁷. Sin embargo, esta interpretación fue establecida en los años setenta, data en la cual no existía una regulación de la conversión en materia tributaria, lo que podría generar un cierto cuestionamiento en su planteamiento.

Es importante hacer una pausa en la historia de la Ley N°18.482, de 1985, la que vino a establecer una serie de normas complementarias de la administración financiera y de incidencia tributaria, entre las cuales se incorporó una definición de transformación en el N°13 del artículo 8° del Código Tributario y modificó el inciso segundo del artículo 69 del mismo cuerpo legal, en lo que se refiere al término de giro por conversión, aporte o fusión de empresas. Fue precisamente en la sesión conjunta de las Comisiones Legislativas de fecha 11 de diciembre de 1985, en la que se sometió a aprobación el N°2 del artículo 24 del proyecto de ley que modificaba el inciso segundo del artículo 69 del Código Tributario, en el que se dejó asentada la intención de establecer medidas que impidieran el traspaso de las pérdidas en el caso de término de giro. En dicha sesión se realizaron indicaciones al artículo 69, las que se transcriben a continuación²⁸:

noviembre de 1986; Circular N°11, de fecha 27 de enero de 1989; Circular N°42, de fecha 28 de agosto de 1990; Circular N°60, de fecha 3 de diciembre de 1990; Circular N°17, de fecha 19 de marzo de 1993 (en Oficio N°194, de fecha 29 de enero de 2010, se establece un cambio de criterio del Servicio en lo que se refiere a las sociedades anónimas, manteniéndose en lo demás), y Circular N°65, de fecha 25 de septiembre de 2001.

²⁷ Así lo ha interpretado el Servicio de Impuestos Internos en Circular N°109, de fecha 17 de agosto de 1977; criterio ratificado en Oficio N°4.697, de fecha 23 de julio de 1980. Posteriormente, el Servicio de Impuestos Internos mantuvo la misma interpretación en Circular N°15, de fecha 30 de enero de 1986.

²⁸ En dicha sesión participaron en representación de la Primera Comisión Legislativa, el Almirante Toledo, las señoras Maturana y Piracés y el señor Lueje; de la Segunda Comisión Legislativa, los señores De la Cuadra y Kangiser; de la Tercera Comisión Legislativa, el señor Abud, y de la Cuarta Comisión Legislativa, el señor Araneda. Concurren como invitados, el Subsecretario del Interior, señor Alberto Cardemil, junto con sus asesores señora Nora Mandiola

“El señor Abud. Tengo la duda de si aquí se resuelve la inquietud que había planteado, en el sentido de que la sociedad que subsiste después de la fusión no puede aprovechar las pérdidas de la sociedad que desapareció.

Tengo instrucciones del Presidente de mi Comisión de rechazar la norma si no se corrige esa situación, a fin de no hacer posible que, por la vía de fusionar una sociedad en buena situación con otra que arrastra muchas pérdidas, la primera pueda aprovechar las pérdidas de la otra sociedad fusionada, sino que, al fusionarse, se pierdan las pérdidas acumuladas o bien, desaparezcan”.

En esta primera intervención del representante de la Tercera Comisión Legislativa, se deja claramente establecido que con la modificación del artículo 69 del Código Tributario se buscaba impedir el traspaso de las pérdidas tributarias de la sociedad que desaparece. Esta postura debe entenderse también para el caso de la conversión de una empresa individual, en virtud de la cual ésta desaparece y nace una nueva sociedad de cualquier naturaleza; por lo demás, el proyecto de ley también incidía en esta última figura.

El representante del Servicio de Impuestos Internos frente a la inquietud del representante de la Tercera Comisión Legislativa, respondió lo siguiente:

“El señor García. El problema que se presenta es más bien de tipo administrativo. Nosotros estamos de acuerdo en que las pérdidas no se aprovechan. Sin embargo, por otro lado, tenemos presente que exigir un trámite administrativo de término de giro significaría, además del perjuicio para la empresa que subsiste, uno administrativo para el Servicio de Impuestos Internos.

Por lo anterior, en la parte final se agregó que, cuando una empresa se disuelve o desaparece –idea que, además, se remacha diciendo que se extingue–, la empresa que subsiste debe hacer un balance y pagar los impuestos correspondientes. Es decir, hay un término de giro y una empresa que desaparece o se extingue, sin necesidad de dar aviso correspondiente al servicio.

y Juan Ignacio García; la Subsecretaria de Previsión Social, señorita María Teresa Infante; el Director de Presupuesto, señor Selume; el Subdirector del Servicio de Impuestos Internos, señor René García, junto con el señor Alfredo Echeverría; la señora Paiva y los señores Manuel Brito, Ernesto del Valle y Federico Walker, del Ministerio de Hacienda; los señores Javier Leturia y Rubén Covarrubias, por el Ministerio de Educación Pública; los señores Manuel Carrasco y Ricardo Silva, del Banco Central de Chile; el señor Luis Morand, Fiscal de la Superintendencia de Bancos; la señora Mirca Yugovic y el señor Charlie Holmes, en representación del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, y el señor César Vicuña, por el Ministerio de Minería.

¿Qué significa que se disuelva, extinga o desaparezca? Que como contribuyente termina su actividad y, por lo tanto, además de las pérdidas, no puede traspasar otros valores, como los créditos fiscales del IVA.

Entonces, esa es la idea de la parte final del N°2.

El señor Abud. Creo que basta con la constancia en el informe de que el objetivo de la frase final que se agrega es precisamente evitar el aprovechamiento de las pérdidas por parte de la sociedad que subsiste. De modo que no tenemos inconvenientes en aceptar el nuevo texto”.

En consecuencia, la obligación de la empresa individual de presentar un balance y determinar los impuestos a pagar al tiempo de materializar la conversión, implica que ese es el último momento en que la pérdida tributaria podrá ser considerada en la determinación de la renta líquida imponible de dicha empresa individual para los efectos de determinar los impuestos a pagar, no existiendo la posibilidad de que el saldo negativo pueda ser incorporado en la determinación de la renta líquida imponible de otras sociedades, atendido a que la ley tributaria no contempló dicho mecanismo. Es por lo anterior que los efectos patrimoniales que se pretendan otorgar a las pérdidas tributarias en un proceso de conversión, se encuentran ajenos a la intención del legislador tributario.

Quizás el alcance ideal hubiese sido haber establecido, en forma expresa, el no aprovechamiento de las pérdidas, otorgándole un carácter objetivo a la norma; o bien, haber incorporado una norma complementaria en la Ley sobre Impuesto a la Renta, considerando el carácter de aplicación general del Código Tributario. Sin embargo, aun cuando dicha sugerencia fue planteada en la sesión conjunta de las Comisiones Legislativas²⁹, se estimó que el inciso segundo del artículo 69 era suficiente para establecer la verdadera intención del legislador en cuanto a impedir el traspaso de la pérdida tributaria.

De acuerdo a lo anterior, se puede apreciar que la historia de la ley del artículo 69 del Código Tributario ha servido de apoyo para establecer la intención del legislador respecto de los efectos de las pérdidas tributarias en este tipo de proceso de reorganización empresarial, cuyo traspaso no es posible concretar.

²⁹ Así se desprende de la intervención del Sr. Abud al señalar: “*El señor Abud. Podríamos agregarle: ‘Como consecuencia de lo anterior, la sociedad subsistente no podrá aprovechar las pérdidas de[...]’.*”

3.2.- Efectos en la transformación de sociedades

Desde un punto de vista del derecho tributario, al subsistir la personalidad jurídica de la sociedad transformada, trae como consecuencia que no será necesario hacer el trámite de aviso de término de giro que exige el artículo 69 del Código Tributario. Por la misma razón, no es necesario realizar aportes de activos y pasivos al nuevo tipo social, manteniéndose todos los derechos y obligaciones que la sociedad tenía con anterioridad a la transformación.

De esta forma, la transformación solamente implica un cambio en el tipo social, continuando el mismo contribuyente, quien podrá seguir haciendo uso de las pérdidas tributarias generadas. Este criterio ha sido ratificado por el Servicio de Impuestos Internos en Oficio N°316 de fecha 23 de enero de 1987, el que señala lo siguiente:

“1.- Por presentación de la referencia se ha solicitado un pronunciamiento de este Servicio en orden a que se confirme que las pérdidas tributarias acumuladas y el remanente de IVA-crédito fiscal de períodos anteriores a una transformación de sociedad puedan ser reconocidas por la continuadora de una sociedad de responsabilidad limitada transformada, en la especie, una sociedad anónima.

2.- Sobre este particular, se debe tener presente que conforme a las modificaciones introducidas por el artículo 12 de la Ley N° 18.482, de 1985, a los artículos 8° y 69° del Código Tributario, la transformación de sociedades consiste sólo en el cambio de especie o tipo social efectuado por reforma del contrato social o de los estatutos subsistiendo la personalidad jurídica, es decir, el mismo contribuyente con distinta organización.

Lo anterior conlleva necesariamente el reconocimiento de que subsiste la misma persona jurídica con una distinta organización legal; que continúa el mismo contribuyente con todos los derechos y con todas las obligaciones tributarias que tenía al momento de la transformación.

3.- En consecuencia, en el caso planteado esto significa que la sociedad anónima cerrada podrá hacer uso de las posibles pérdidas acumuladas por la sociedad de responsabilidad limitada y que podrá también imputar los remanentes de créditos fiscales de IVA a los débitos que se produzcan con posterioridad a la transformación”.

Cabe recordar que la Ley N°18.482, de 1985, fue la que incorporó una definición de transformación en el N°13 del artículo 8° del Código Tributario y modificó el inciso segundo del artículo 69 del mismo cuerpo legal en lo que se refiere al término de giro por conversión. Antes de las modificaciones incorporadas por la Ley N°18.482, de

1985, la obligación de dar aviso de término de giro impuesta por el inciso segundo del artículo 69 del Código Tributario, recaía en la transformación de empresas individuales y sociales en una sociedad de cualquier naturaleza³⁰, lo que de cierta forma resultaba contradictorio con lo que se entiende hoy en día por transformar una empresa. Sin embargo, en aquel entonces, la transformación no se concebía como la continuación de la misma persona jurídica, razón por la cual se justificaba la obligación de presentar aviso de término de giro.

Empero, la Ley N°18.482 no incluyó modificaciones para establecer adecuaciones con la Ley sobre Impuesto a la Renta, generándose inconsistencia con el artículo 14 de dicha ley. En efecto, a la fecha de la publicación de la Ley N°18.482, la parte pertinente del artículo 14 señalaba lo siguiente:

“Las rentas que el empresario individual o los socios de las sociedades de personas retiren para invertir las en otras empresas obligadas a determinar su renta efectiva por medio de contabilidad con arreglo a las disposiciones del Título II, no se gravarán con los impuestos global complementario o adicional mientras no sean retiradas o distribuidas. Igual norma se aplicará en el caso de transformación de una empresa individual en sociedad de cualquier clase o en la transformación, división o fusión o modificación de sociedades, cuando las rentas acumuladas resulten no retiradas o no distribuidas o permanezcan en las empresas subsistentes”.

Si se considera el tenor literal de la norma, lo más probable es que se llegue a la conclusión de que la transformación implica una reinversión de utilidades. En este sentido, frente a una expresión oscura es posible atribuir diversos sentidos a la ley³¹, lo que exige dar un paso más en el análisis interpretativo de la norma a través de la *ratio legis*.

En atención a la definición de transformación incorporada en el N°13 del artículo 8° del Código Tributario, esta institución se hizo inoperante en el proceso de reinversión regulado en el artículo 14 de la LIR, puesto que ya no la concebía como una reorganización de la cual nacía una nueva persona jurídica. En este sentido, la Ley

³⁰ El antiguo texto del inciso segundo del artículo 69 era el siguiente: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 71, las empresas individuales o sociales no podrán transformarse en sociedades de cualquier naturaleza, ni las sociedades aportar a otra u otras todo su activo y pasivo, sin dar aviso de término de giro, salvo que la o las sociedades que subsistan o que se creen se hagan responsables solidariamente, en las respectivas escrituras de sociedad, de todos los impuestos que se adeudaren por la o las primitivas empresas”.

³¹ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Las reglas del Código Civil de Chile sobre interpretación de las leyes*² (Santiago, LegalPublishing, 2011), pp. 85, 86 y 87.

Nº18.482 debió haber modificado el referido artículo 14, reemplazando la institución de la transformación por la de conversión.

No obstante, con fecha 28 de junio de 1990, se publicó en el Diario Oficial la Ley Nº18.985, la cual sustituyó el artículo 14 de la LIR, señalando en la parte pertinente de la letra c) del Nº1 de la letra A, lo siguiente:

“c) Las rentas que retiren para invertir las en otras empresas obligadas a determinar su renta efectiva por medio de contabilidad completa con arreglo a las disposiciones del Título II, no se gravarán con los impuestos global complementario o adicional, mientras no sean retiradas de la sociedad que recibe la inversión o distribuidas por ésta. Igual norma se aplicará en el caso de transformación de una empresa individual en sociedad de cualquier clase o en la división o fusión de sociedades, entendiéndose dentro de esta última, la reunión del total de los derechos o acciones de una sociedad en manos de una misma persona. En las divisiones se considerará que las rentas acumuladas se asignan en proporción al patrimonio neto respectivo. Las disposiciones de esta letra se aplicarán también al mayor valor obtenido en la enajenación de derechos en sociedades de personas, efectuadas de acuerdo a las normas del artículo 41º, inciso penúltimo, de esta ley, pero solamente hasta por una cantidad equivalente a las utilidades tributables acumuladas en la empresa a la fecha de la enajenación, en la proporción que corresponda al enajenante”.

En este caso, se eliminó la procedencia de la reinversión en el caso de una transformación de sociedades, pero se mantuvo respecto de una empresa individual. Esta contradicción entre el artículo 14 de la LIR y la definición de transformación consagrada en el Nº13 del artículo 8º del Código Tributario, se mantiene hasta el día de hoy, situación que se debe a un simple error de adecuación normativa, debiendo ser entendida la expresión “transformación de una empresa individual en sociedad de cualquier clase” como una conversión de una empresa individual, en los mismos términos en que el legislador procedió a modificar el artículo 69 del Código Tributario.

Un antecedente anecdótico lo constituyó el proyecto de ley presentado por el Ejecutivo ante el Congreso, con fecha 3 de mayo de 2012, el cual incorporaba modificaciones a la Ley sobre Impuesto a la Renta, el que alcanzó a debatirse durante tres meses y después fue retirado por falta de acuerdo político y también por razones técnicas. Esto derivó en una serie de ajustes al proyecto original, lo que fue materializado en un segundo proyecto de ley presentado por el gobierno con fecha 2 de agosto de 2012. Esta nueva versión de la propuesta original tampoco concitó el respaldo parlamentario necesario y durante su tramitación en la Cámara de Diputados, el proyecto se fue modificando sucesivamente vía indicaciones, hasta su aprobación en septiembre de 2012.

Lo curioso de esta historia legal, fue que el primer proyecto de ley subsanaba la falta de adecuación legal con relación a la referencia a la transformación en la letra c) del N° 1 de la letra A) del artículo 14, sin embargo, retirado este primer proyecto, en la segunda versión –que definitivamente fue aprobada– no se incluyó dicha adecuación, sin encontrar en el mensaje del proyecto explicación por dicha omisión.

En consecuencia, el análisis hermenéutico basado en la *ratio legis*, permite establecer, a la luz de la regla de la inferencia³², que a partir de las modificaciones introducidas en el artículo 8° y 69 del Código Tributario, el legislador debe establecer una adecuación normativa en la letra c) del N°1 de la letra A del artículo 14 de la LIR, debiendo ser entendida esta última disposición como no aplicable a las transformaciones de sociedades, atendido a que las utilidades no se entienden retiradas en este tipo de reorganización empresarial.

Hay autores que postulan que en una transformación, las utilidades acumuladas siguen reinvertidas en la sociedad que asume un nuevo tipo social, de conformidad con lo dispuesto en la letra c) del N°1 de la letra A del artículo 14 de la LIR³³. En mi opinión, dicha postura incurre en un error de interpretación, atendido que en una transformación no cabe hablar de reinversión de utilidades, como se explicó anteriormente.

3.3.- Efectos en la fusión de sociedades

Se destaca en nuestro país la escasez de construcciones dogmáticas sobre el traspaso de las pérdidas tributarias en un proceso de fusión. El Servicio de Impuestos Internos ha mantenido firme su posición en cuanto a que las pérdidas tributarias determinadas en la o las sociedades que desaparecen en un proceso de fusión, no pueden ser recuperadas por la sociedad que se crea o que subsiste, toda vez que el mecanismo de aprovechamiento de dichas pérdidas está concebido en la ley únicamente en favor de

³² La regla de la inferencia revela el siguiente argumento: “si las premisas son verdaderas, entonces también tiene que serlo necesariamente la conclusión” (ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, *Las razones del derecho, teorías de la argumentación jurídica* [Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997], p. 31).

³³ Entre quienes apoyan esta posición se encuentran: SALORT, Vicente, *Planificación tributaria de las empresas*, en *Manual operativo tributario* (Santiago, Edimatri, N°47, 2006), p. 12; MOENNE-LOCCOZ SOTO, Evelyn; VERA OVALLE, Alejandro, *Las sociedades y su tributación en la ley sobre impuesto a la renta* (Santiago, Editorial Parlamento, 2005), p. 218.

quien las generó³⁴. Sin embargo, aun este criterio resulta confuso si se considera que el N°3 del artículo 31 de la LIR, nada de ello dice al respecto.

Por otro lado, la tendencia doctrinaria de recurrir a concepciones elaboradas en el derecho común, no permite explicar adecuadamente la figura de las pérdidas tributarias. Así por ejemplo, se ha indicado que las pérdidas tributarias no pueden quedar comprendidas en la refundición de los patrimonios, atendido a que no constituyen un derecho patrimonial para la sociedad³⁵. Otras posiciones más extremas, consideran que las pérdidas de las sociedades que se disuelven sí se pueden traspasar considerando lo prescrito en el inciso primero del artículo 99 de la Ley N°18.046, que establece una sucesión universal de todo el patrimonio de las sociedades absorbidas, incluso los derechos y obligaciones de carácter tributario, ya que la ley no distingue³⁶.

En concreto, la determinación de la procedencia o no del traspaso de las pérdidas tributarias debe ser enmarcada en las disciplinas propias del derecho tributario sustantivo, es decir, como parte del proceso de determinación de los impuestos. Es así que para precisar el alcance de las distintas normas tributarias que regulan la fusión de sociedades, la historia fidedigna de ciertos cuerpos normativos puede orientar a establecer la verdadera *ratio legis*³⁷.

De tal forma, al igual como se analizó a propósito de la conversión, la Ley N°18.482, de 1985, estableció una regulación complementaria de la administración financiera y de incidencia tributaria, entre las cuales se incorporó una definición de transformación en el N°13 del artículo 8° del Código Tributario y modificó el inciso segundo del artículo 69 del mismo cuerpo legal en lo que se refiere al término de giro por conversión, aporte o fusión de empresas.

Como se indicó anteriormente, fue precisamente en la sesión conjunta de las Comisiones Legislativas, de fecha 11 de diciembre de 1985, en la que se sometió a aprobación el N°2 del artículo 24 del proyecto de ley que modificaba el inciso segundo

³⁴ Así lo ha interpretado el Servicio de Impuestos Internos en Circular N°109, de fecha 17 de agosto de 1977; criterio ratificado en Oficio N°4.697, de fecha 23 de julio de 1980. Posteriormente, el Servicio de Impuestos Internos mantuvo la misma interpretación en Circular N°15, de fecha 30 de enero de 1986.

³⁵ Cfr. HERNÁNDEZ ADASME, Ricardo, *Fusión, transformación y división de sociedades anónimas, efectos tributarios* (Santiago, Editorial La Ley, 2000), p. 153.

³⁶ Cfr. PUELMA ACCORSI, Álvaro, *Sociedades*³ (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003), T. I, p. 212.

³⁷ En estricto rigor, para encontrar la *ratio legis*, se deben analizar distintos argumentos: la historia de la ley, espíritu de la ley, interpretación sistemática e interpretación analógica.

del artículo 69 del Código Tributario, en la que se dejó asentada la intención de establecer medidas que impidieran el traspaso de las pérdidas en el caso de término de giro³⁸.

En consecuencia, la obligación de la sociedad o sociedades que desaparecen producto de la fusión, de presentar un balance y determinar los impuestos a pagar al tiempo de materializar dicho proceso de reorganización, implica que ese es el último momento en que la pérdida tributaria podrá ser considerada en la determinación de la renta líquida imponible de dichas sociedades que desaparecen, para los efectos de determinar los impuestos a pagar, no existiendo la posibilidad de que el saldo negativo pueda ser incorporado en la determinación de la renta líquida imponible de las sociedades que subsisten o que se crean, atendido a que la ley tributaria no contempló dicho mecanismo. Es por lo anterior que los efectos patrimoniales que se pretendan otorgar a las pérdidas tributarias en un proceso de fusión de sociedades, se encuentran ajenos a la intención del legislador tributario.

3.4.- Efectos en la división de sociedades

Cabe aplicar lo analizado a propósito de la conversión y fusión, sin embargo, hay que considerar algunas variantes en el caso de la división.

En este tipo de reorganización empresarial, el Servicio de Impuestos Internos se ha mantenido firme en su posición en cuanto a negar toda posibilidad de poder traspasar las pérdidas desde la sociedad dividida a la o las nuevas sociedades, toda vez que el mecanismo de aprovechamiento de ellas está concebido en la ley únicamente en favor de quien las generó³⁹.

Asimismo, el órgano fiscalizador ha señalado que no es posible traspasar parte de las pérdidas acumuladas a la nueva sociedad en formación, en atención a que éstas no constituyen bienes tangibles ni intangibles, como es el caso de los activos y pasivos, sino que se trata de la cuantificación a título informativo del resultado de la gestión financiera de una empresa que gravita definitivamente sobre su patrimonio y por ello

³⁸ Me remito a las mismas indicaciones ya transcrita en el acápite relativo a la conversión de empresas individuales.

³⁹ Así lo ha interpretado el Servicio de Impuestos Internos en Oficio N°1.301, de fecha 20 de abril de 2000.

no puede ser susceptible de transferencia⁴⁰. Asimismo, ha declarado el organismo fiscalizador que la expresión patrimonio neto que utiliza la letra c) del N°1 del Párrafo A del artículo 14 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, no comprende las pérdidas tributarias que las empresas puedan tener acumuladas en sus registros contables⁴¹.

Resulta interesante el análisis del autor Ricardo Hernández, quien indica que “[...]al no existir una razón jurídica para disponer u ordenar la forma en que la sociedad debe dividir sus pérdidas acumuladas, éstas sólo podrán ser distribuidas entre las sociedades intervinientes en la forma que la junta de accionistas libremente determine, pudiendo quedar todas ellas en la sociedad madre o ser asignadas en otra forma; aunque insistimos, sólo podrán ser utilizadas tributariamente las pérdidas que queden en la sociedad madre”⁴². Sin embargo, frente a la posición planteada por Hernández, no argumenta sobre la forma como podrían ser asignadas en el patrimonio de la o las nuevas sociedades las pérdidas acumuladas, lo que podría generar un serio inconveniente en la determinación del resultado de estas empresas.

Ya se había sostenido con anterioridad que la tendencia doctrinaria de recurrir a concepciones elaboradas en el derecho común, no permiten explicar adecuadamente la figura de las pérdidas tributarias. Concretamente, la determinación de la procedencia o no del traspaso de las pérdidas tributarias debe ser enmarcada en las disciplinas propias del derecho tributario sustantivo, es decir, como parte del proceso de determinación de los impuestos. En este sentido, las pérdidas tributarias son parte del resultado financiero de la empresa, las que no son susceptibles ser aportadas, toda vez que ellas solamente pueden ser invocadas al término del ejercicio imputándolas a utilidades retenidas en el FUT, teniendo la posibilidad de ejercer el derecho que le otorga el inciso segundo del N°3 del artículo 31 de la LIR, esto es, la recuperación como pago provisional del impuesto de primera categoría pagado sobre las utilidades retenidas en el FUT y gravadas con dicho tributo y que resulten absorbidas por la pérdida tributaria determinada al cierre del ejercicio comercial respectivo.

Sin embargo, cabe tener presente la posición del Servicio de Impuestos Internos con relación de la determinación del FUT a la fecha de la división de una sociedad que ha registrado una renta líquida negativa. Al respecto, el Servicio señaló en Oficio N° 692

⁴⁰ Oficio N°4.697 del Servicio de Impuestos Internos, de fecha 23 de julio de 1980; también se puede consultar el Oficio N°633, de fecha 15 de febrero de 1993; Oficio N°692, de fecha 29 de abril de 2010.

⁴¹ Oficio N°4.310 del Servicio de Impuestos Internos, de fecha 20 de diciembre de 1990.

⁴² HERNÁNDEZ ADASME, Ricardo, *Fusión, transformación y división de sociedades anónimas, efectos tributarios* (Santiago, Editorial La Ley, 2000), p. 262.

de fecha 29 de abril de 2010, que en caso de determinarse una renta líquida provisoria negativa a la fecha de la división, de acuerdo al balance practicado a la citada fecha, ésta no se imputa a las utilidades acumuladas en el FUT que se determine a la fecha de la división, así como tampoco puede ser transferida a la empresa que nace de la división, ya que la deducción como gasto de dicho detrimento patrimonial constituye un gasto que conforme a la Ley sobre Impuesto a la Renta, sólo puede ser rebajado por la empresa que lo genera. Sobre este mismo punto, las referidas pérdidas sólo podrán ser deducidas como gasto al término del ejercicio una vez que constituyan un resultado definitivo, incorporándolo a través de la determinación de la renta líquida imponible, e imputándolo posteriormente, cuando corresponda, a las utilidades retenidas en el FUT al término del ejercicio, oportunidad en la cual podrá ejercer el derecho que le otorga el inciso segundo del N° 3 del artículo 31 de la LIR, esto es, la recuperación como pago provisional del impuesto de primera categoría pagado sobre las utilidades retenidas en el FUT y gravadas con dicho tributo y que resulten absorbidas por la pérdida tributaria determinada al cierre del ejercicio comercial respectivo.

4.- CONCLUSIONES

Considerando el análisis desarrollado, se pueden esbozar las siguientes conclusiones:

1. Se pudo apreciar que la historia de la ley del artículo 69 del Código Tributario sirve de apoyo para establecer la intención del legislador respecto de los efectos de las pérdidas tributarias en el proceso de conversión de empresas individuales en sociedades de cualquier naturaleza, cuyo traspaso no es posible concretar.
2. En el caso de la transformación, como implica solamente un cambio en el tipo social, continuando el mismo contribuyente, se podrá seguir haciendo uso de las pérdidas tributarias generadas antes de dicha reorganización.
3. Para precisar el alcance de las distintas normas tributarias que regulan la fusión de sociedades, la historia fidedigna de la Ley N° 18.482 ha servido de base para orientar el verdadero sentido de la ley frente la situación de las pérdidas tributarias en el referido proceso de reorganización empresarial, las cuales no podrán ser traspasadas a las nuevas sociedades que se crean o a la sociedad absorbente.
4. Finalmente, la determinación de la procedencia o no del traspaso de las pérdidas tributarias en un proceso de división, debe ser enmarcada en las

disciplinas propias del derecho tributario sustantivo, es decir, como parte del proceso de determinación de los impuestos, frente a lo cual, dichas serán parte del resultado financiero de la empresa, las que no son susceptibles ser aportadas.

5.- BIBLIOGRAFÍA

Atienza Rodríguez, Manuel, *Las razones del derecho, teorías de la argumentación jurídica* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997).

Faúndez Ugalde, Antonio, *Reorganización empresarial, derecho tributario y tributación interna* (Santiago, Legal Publishing, 2012).

Guzmán Brito, Alejandro, *Las reglas del Código Civil de Chile sobre interpretación de las leyes²* (Santiago, LegalPublishing, 2011).

Hernández Adasme, Ricardo, *Fusión, transformación y división de sociedades anónimas, efectos tributarios* (Santiago, Editorial La Ley, 2000).

Moenne-Loccoz SOTO, Evelyn; VERA OVALLE, Alejandro, *Las sociedades y su tributación en la ley sobre impuesto a la renta* (Santiago, Editorial Parlamento, 2005).

Puelma Accorsi, Álvaro, *Sociedades* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003), T. I.

Salort, Vicente, *Planificación tributaria de las empresas*, en *Manual operativo tributario* (Santiago, Edimatri, N°47, 2006).

Jurisprudencia del Servicio de Impuestos Internos:

Servicio de Impuestos Internos, Circular N°109, de fecha 17 de agosto de 1977. Materia: Pérdidas de arrastre. Amplía de dos a cinco ejercicios comerciales el plazo durante el cual se pueden imputar las pérdidas de arrastre.

Servicio de Impuestos Internos, Circular N°15, de fecha 30 de enero de 1986. Materia: Instrucciones sobre modificaciones introducidas a los artículos 8°, 69 y 97 del Código Tributario, por la Ley N°18.482, publicada en el Diario Oficial de 28 de diciembre de 1985.

Servicio de Impuestos Internos, Oficio N°4.697, de fecha 23 de julio de 1980. Materia: Solicitud sobre derogación impuesto D.L. N°619, de 1974, que afecta capital social de sociedades, y aprobación del traspaso de pérdidas acumuladas y pasivos en la creación de filiales.

Servicio de Impuestos Internos, Oficio N°633, de fecha 15 de febrero de 1993. Materia: Procedencia de la división de sociedades de personas.

Servicio de Impuestos Internos, Oficio N°4.310, de fecha 20 de diciembre de 1990. Materia: Situación de pérdidas tributarias en el caso de la división de una S.A.

Servicio de Impuestos Internos, Oficio N°1.301, de fecha 20 de abril de 2000. Materia: Efectos tributarios en caso de división de una sociedad – Solicitan revisión de criterios contenido en Oficio N° 62, de 11.01.99 – Que señala que utilidades pendientes de distribución en el libro FUT de la sociedad que se divide deben ser traspasadas a las sociedades que se crean en los términos del artículo 14 letra A, N° 1, letra c) – Se debe establecer el patrimonio de la sociedad a la fecha de su división – A la referida fecha deberá practicarse un balance – Utilidades tributarias que se determinen a la fecha de la división producto del balance – No dan derecho al crédito por Impuesto de Primera Categoría – Pérdida tributaria que se produzca o determine a la fecha de la división – No puede ser transferida a las empresas que nacen de la división – Dedución como gasto – Es un beneficio de carácter especialísimo – Sólo debe ser recuperado por la empresa que lo genera.

Servicio de Impuestos Internos, Oficio N°692, de fecha 29 de abril de 2010. Materia: Reorganización empresarial – División de sociedades – Forma de calcular la renta líquida provisoria, que debe determinarse con ocasión de la división y los efectos derivados de ésta, cuando su resultado es negativo – En caso de determinarse una renta líquida provisoria negativa a la fecha de la división, de acuerdo al balance practicado a la citada fecha, ésta no se imputa a las utilidades acumuladas en el FUT que se determine a la fecha de la división, así como tampoco puede ser transferida a la empresa que nace de la división – Las pérdidas sólo podrán ser deducidas como gasto al término del ejercicio una vez que constituyan un resultado definitivo, incorporándolo a través de la determinación de la Renta Líquida Imponible, e imputándolo posteriormente, cuando corresponda, a las utilidades retenidas en el FUT al término del ejercicio – El resultado negativo, en ningún caso afecta el saldo de FUT existente a la fecha de la división, el cual, se asigna en proporción al patrimonio neto respectivo.

