

RESTRICCIONES A LA REBAJA DE LAS PÉRDIDAS DE ARRASTRE *RESTRICTIONS ON DEDUCTION OF LOSSES*

Gonzalo Vergara Quezada¹

RESUMEN: el artículo estudia las limitaciones administrativas y legales a la deducción de las pérdidas de arrastre en Chile, con el objetivo de determinar si pueden ser consideradas elusivas las reorganizaciones de un mismo grupo económico destinadas a optimizar el uso de las pérdidas del grupo, considerando la historia de la normativa especial que regula las restricciones al uso de las pérdidas de arrastre sufridas por las empresas.

PALABRAS CLAVES: pérdidas de arrastre, reglas antielusivas específicas, restricciones por cambio de control.

ABSTRACT: *the article studied the administrative and legal limitations to the deduction of carryover losses in Chile, in order to determine whether reorganizations of the same economic group aimed at optimizing the use of group losses, considering the history of the special rule, can be considered tax avoidance, bearing in mind the special regulations that applied restrictions on the use of losses suffered by companies.*

KEYWORDS: *losses, specific anti avoidance rules, control change restrictions.*

1. INTRODUCCIÓN

Actualmente, las reglas contenidas en el artículo 31 de la Ley sobre Impuesto a la Renta son consideradas por la administración fiscal como antielusivas específicas², por lo que el número 3 del mencionado artículo, que establece una limitación a la rebaja de la renta líquida imponible de las llamadas pérdidas de arrastre, sin lugar a dudas, podemos encontrar una regulación que prima por especialidad³ sobre la normativa antielusiva general, lo que vuelve

¹ Abogado Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Master en Derecho con Mención en Derecho Tributario Pontificia Universidad Católica de Chile. Abogado PwC. Profesor LLM UC. correo electrónico: gonzalo.vergara@cl.pwc.com. Recibido el 1 de febrero de 2017, aceptado el 3 de abril de 2017.

² En su introducción la Circular SII N° 65, de 2015, señala como ejemplos de normas especiales antielusivas a “aquellas que establecen limitaciones o prohibiciones para la deducción de ciertos gastos, las que permiten la tasación de precios o valores, las normas sobre precios de transferencia o las que reglan los efectos del exceso de endeudamiento, entre otras”.

³ En rigor, el artículo 4° bis inciso 4° del Código Tributario simplemente repite un antiguo principio general del derecho, que fue reconocido desde hace mucho entre nuestros juristas. CHACÓN, Jacinto (1881): *Esposición razonada i studio comparado del Código Civil chileno* (Valparaíso, 2ª ed., Imprenta del Mercurio), Tomo I p. 26; CLARO SOLAR, Luis (1898): *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado* (Santiago, 1ª ed., Establecimiento Poligráfico Roma) Tomo Primero p. 39; Barros Errázuriz, Alfredo (1907): *Curso de derecho civil* (Santiago, 1ª ed., Imprenta Cervantes) Tomo I p. 36; VODANOVIC H, Antonio (1939): *Curso de derecho civil basado en las explicaciones de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somariva Undurraga* (Santiago, 1ª ed., Editorial Nascimento) Tomo I pp. 211-212, etc.

el estudio de la limitación a la rebaja de las llamadas pérdidas de arrastre más relevante de lo que pudo haber sido antes que se dictara la Ley N° 20.780.

Normalmente, se entiende que son pérdidas de arrastre aquellas que, siendo determinadas en conformidad con las normas de los artículos 29 al 33 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, fueron sufridas por una empresa en ejercicios anteriores, y pueden ser rebajadas por el contribuyente en el accertamiento del tributo del período fiscal vigente⁴.

La deducción de las pérdidas arrastre de la renta líquida imponible del impuesto de primera categoría fue objeto de una limitación legal, que opera ante el cambio del control de la empresa que presenta ciertas características definidas en la norma.

Esta restricción fue incorporada a nuestra legislación el año 2001, por la Ley N° 19.738, que cambió el panorama normativo sobre la rebaja de las pérdidas sufridas por las empresas durante ejercicios anteriores que, hasta esa fecha, solamente había sido objeto de restricciones legales sobre la cantidad de períodos fiscales durante los cuales era posible compensar las pérdidas de arrastre con las utilidades de las empresas.

Sin embargo, antes del año 2001 las restricciones que enfrentaron los contribuyentes no se limitaron a las expresamente contempladas en la Ley sobre Impuesto a la Renta.

Ello, porque el Servicio de Impuestos Internos utilizó el derecho común, que en materia tributaria es la normativa sectorial aplicable si el asunto fuera discutido en la sede que naturalmente le corresponde⁵, para restringir, mediante interpretaciones administrativas, la posibilidad de rebajar las pérdidas, por ejemplo, en el caso que la empresa fuera absorbida en un proceso de fusión, lo que es una muestra que la aplicación subsidiaria del derecho común ha sido bastante neutra en nuestro sistema jurídico, y solamente ella puede ser vista como un artificio que perjudica a la administración por quienes ignoren por completo cómo históricamente se ha aplicado nuestro derecho fiscal.

El presente artículo busca, por un lado, presentar al lector un panorama general de la regulación del uso de las pérdidas de arrastre, y por otro, determinar si rebajar las pérdidas en reorganizaciones dentro de un mismo grupo empresarial fue considerado elusivo por el legislador.

Por lo mismo, este análisis no se extenderá a otras materias relacionadas con las pérdidas⁶ y, por ejemplo, no estudiaremos las normas sobre prueba de la pérdida, sin perjuicio que es posible indicar que aquel tema ha sido objeto de una jurisprudencia bastante uniforme durante

⁴ ALARCÓN ORDÓÑEZ, Catalina (2016): *Tributación de las pérdidas en Chile* (Santiago, memoria de licenciatura Universidad de Chile) p. 35.

⁵ UGAS CANELO, Luis (1965): *El Código Tributario* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) p. 14.

⁶ Para contrastar opiniones y analizar otros aspectos de la materia, el lector puede ver, entre otras, publicaciones, Alarcón Ordóñez, (2016); GONZÁLEZ SILVA, Luis (2014): “Pago provisional por utilidades absorbidas”, *Revista de Estudios Tributarios*, N° 9 pp. 277-292 y CASTRO, Pedro (2010): “Fiscalización de las pérdidas tributarias”, *Revista de Estudios Tributarios*, N° 3 pp. 9-58.

los últimos años⁷, tampoco revisaremos los casos judiciales que se presentaron ante la adquisición del control de empresas con pérdidas⁸.

2. LA REBAJA DE LAS PÉRDIDAS EN EL DERECHO COMPARADO

Desde hace varias décadas Chile intenta acercarse a estándares internacionales que permitan a la economía nacional competir en un mundo que se mueve muy rápido, lo que obliga a las legislaciones a ser flexibles, particularmente ante las reorganizaciones empresariales. Por ello, vale la pena analizar brevemente el derecho foráneo respecto a la materia estudiada.

En la legislación extranjera es común encontrar restricciones a la posibilidad de rebajar las pérdidas de ejercicios anteriores. Por ello, en la Unión Europea, a partir de la Directiva 90/434/CEE del Consejo⁹, se regularon los efectos tributarios de las reorganizaciones empresariales internacionales, con el objetivo de promover la neutralidad de estas operaciones, para que los tributos no fueran un obstáculo a la libertad de movilidad¹⁰.

Sin embargo, como se ha destacado, de todos los aspectos que regulan las reorganizaciones internacionales a nivel europeo, la asunción de pérdidas en estas operaciones transfronterizas es la materia que presenta menos armonización. Ello, debido a que se puso como requisito que la legislación nacional correspondiente permita, para efectos internos, dicha asunción¹¹. Por lo mismo, la aplicación práctica de la directiva queda sometida a una decisión legislativa de cada país, lo que limita fuertemente la factibilidad de algunas reorganizaciones internacionales¹².

Simplificando al extremo una materia altamente compleja para efectos didácticos, un ejemplo de cómo operaría el sistema que promueve la Unión Europea sería el siguiente: tras una fusión internacional, desaparece una sociedad que es absorbida por una compañía extranjera, pero los activos y pasivos de la empresa absorbida se mantienen sometidos a la jurisdicción fiscal del país al que ella estaba sujeta, mediante su vinculación a un

⁷ Al menos desde que se resolvió la causa *Escuela Altamira Ltda. con SII* (2011): Corte Suprema, 3 de agosto 8 de 2011 (casación en el fondo), rol N° 877, de 2009. Ello, sin perjuicio que al acreditarse que la administración revisó determinados períodos, aplicando el principio de los actos propios no puede posteriormente ignorar el resultado de aquella acción, como se dictaminó en *Corporación Sanatorio Alemán con SII* (2015): Corte Suprema, 12 de enero de 2015 (casación en el fondo), rol N° 11.884-2014.

⁸ El lector puede consultar el estudio previamente publicado sobre esos casos en VERGARA QUEZADA, Gonzalo (2016): *Norma antielusiva general. Sobre los fines en nuestras leyes tributarias* (Santiago, Libromar) pp. 401-408.

⁹ La modificación más importante fue realizada por la Directiva 2005/19/CE del Consejo. Medina Suárez, Francisco (2015): “La doble imposición en la directiva 2009/133/ce sobre operaciones de reestructuración de empresas y el modelo de convenio de la OCDE en el mercado interior europeo”, *Revista de Derecho*, Escuela de Postgrado Universidad de Chile, N° 8, pp. 97-154.

¹⁰ TERRA, Ben y WATTEL, Peter (2012): *European Tax Law* (Alphen aan den Rijn, 6ª ed., Wolters Kluwer) pp. 653-657.

¹¹ GEORGAKI, Vera (2015): “El principio de neutralidad en las operaciones extraordinarias”, en: Di Piero, Adriano y Tassani, Thomas (dir.), *Los principios europeos del derecho tributario* (Barcelona, Atelier) p. 189.

¹² BOULOGNE, Frederik y SUMRADA SLAVNIC, Nana (2012): “Cross-Border Restructuring and ‘Final Losses’”, *European Taxation* N° 10 Vol 52.

establecimiento permanente que, a su vez, asume la pérdida que había sufrido la desaparecida sociedad¹³.

En esencia, esto permite que, a pesar de la disolución de la sociedad, se garantice el ejercicio de la potestad fiscal de la jurisdicción a la que ella estuvo sujeta, mediante la continuación de la empresa como un establecimiento permanente de la compañía absorbente, lo que tiene como efecto facilitar la movilidad dentro de la Unión Europea a través de la neutralidad tributaria de estas operaciones internacionales.

En el caso de reorganizaciones entre empresas sometidas a la legislación de un mismo país, no es inusual encontrar en el derecho comparado que, previo cumplimiento de ciertos requisitos, se permita que parte de la pérdida de una sociedad que desaparece en una fusión sea utilizada por la que la absorbe¹⁴.

Así, por ejemplo, en el derecho francés se admite que las sociedades que cumplan ciertos requisitos o que, de no cumplir todos ellos, lleguen a un acuerdo con la autoridad, se acojan a un sistema especial aplicable a las fusiones y otras reestructuraciones que, en un aspecto, es muy similar a la normativa de nuestras fusiones, porque permite que los bienes de la compañía que desaparece mantengan registrado en la sociedad absorbente el mismo costo que antes tenían o, alternativamente, se puedan registrar a su valor de mercado, realizando la respectiva utilidad, pero se diferencia de nuestra legislación porque la legislación francesa acepta que pérdidas sufridas por la sociedad absorbida sean transferidas a la sociedad absorbente, sin limitación de tiempo, lo que permite, entre otras cosas, compensar las eventuales utilidades que ocasione la fusión¹⁵.

Regímenes como el comentado han sido implementados en los países desarrollados para satisfacer la necesidad de promover nuevos emprendimientos y para no restringir el uso de las pérdidas dentro de un mismo grupo, tal como lo han hecho presente los organismos internacionales.¹⁶

En Alemania podemos encontrar una normativa aplicable específicamente a las pérdidas en caso de cambio de propiedad de las empresas que las sufrieron. El objetivo del legislador alemán cuando implementó estas limitaciones fue evitar que sociedades que carecían de bienes, pero registraban pérdidas que podían ser compensadas con utilidades, por lo que su único atractivo era precisamente ese atributo fiscal, fueran transadas en una especie de mercado de pérdidas.¹⁷

Es posible indicar que, en términos muy generales, la legislación alemana no permitía rebajar las pérdidas si más de la mitad de las acciones de la sociedad que las sufrió eran transferidas y la sociedad continúa sus actividades o las reasumía con bienes nuevos que le eran suministrados después del cambio de propiedad.¹⁸

¹³ TERRA y WATTEL (2012) pp. 673-674.

¹⁴ AULT, Hugh y ARNOLD, Brian (2010): *Comparative Income Taxation* (Nueva York, 3ª ed., Wolters Kluwer) pp. 393-397.

¹⁵ GROSCLAUDE, Jacques y MARCHESOU, Philippe (2015): *Droit fiscal général* (París, 10ª ed. Dalloz) pp. 380.383.

¹⁶ OECD (2011): *Corporate Loss Utilization through Aggressive Tax Planning* (París, OECD Publishing) pp. 37-38.

¹⁷ AMANN, Robert (ed). (2001): *German Tax Guide* (La Haya, Kluwer Law International) pp. 165-166.

¹⁸ Amann (2001) p. 166.

Esta legislación sufrió posteriormente modificaciones que la hicieron un poco más compleja. Sin perjuicio de ello, es importante indicar que tenía contra excepciones que permitían utilizar la pérdida¹⁹, debido a que no se considera una política fiscal conveniente restringir su uso dentro de un mismo grupo²⁰.

3. HISTORIA DE LA REBAJA DE LA PÉRDIDA TRIBUTARIA DE AÑOS ANTERIORES EN LA LEY CHILENA

Estudiar la historia de la legislación nacional nos ayuda a comprender los motivos que llevaron al legislador a implementar una regulación, permitiendo contextualizar normas que, sin un estudio adecuado, pueden llevar a quien las aplica a cometer injusticias²¹.

La Ley sobre Impuesto a la Renta de 1924 no mencionaba las pérdidas sufridas por la empresa²². El texto de la ley el año siguiente, modificado por el Decreto Ley N° 755, de 1925, reguló la rebaja de las “pérdidas sufridas durante el año a que se refiere el impuesto, siempre que provengan del negocio o empresa y siempre que no estén cubiertas por seguros u otros medios de indemnización”²³.

Es decir, la ley inicialmente se refería solamente a los bienes destinados al negocio que se destruyen o pierden que no están asegurados, de manera que no consideraba el resultado del año anterior para establecer el tributo, por lo que la medición de la capacidad contributiva era bastante imperfecta.

Recién en 1943 se permite rebajar las pérdidas sufridas en ejercicios anteriores, cuando la Ley N° 7.747 dispuso su rebaja, pero exclusivamente para el cálculo del tributo de la tercera categoría²⁴, y sólo por dos períodos anuales consecutivos²⁵.

Tras esto, y por decreto supremo, en 1946 se incorporó aquella norma en el texto de la Ley sobre Impuesto a la Renta, lo que ocasionó algunos problemas interpretativos, porque la ley disponía que la tercera categoría podía rebajar las pérdidas, pero al ser refundido el texto de la ley antes mencionadas, insertando esta regla entre las normas sobre la determinación de la renta imponible de la tercera categoría, se planteó la duda de si por el hecho que las reglas para calcular la base de la cuarta categoría, que afectaba las rentas de la minería, hacían una remisión a las normas de la tercera categoría, era o no posible sostener que, igualmente, se debían deducir las pérdidas de ejercicios anteriores, considerando que al refundir las normas

¹⁹ PwC Germany (2016): “Update regarding the changes in German tax legislation which impact on the real estate industry”. Disponible en: <https://www.pwc.de/de/newsletter/finanzdienstleistung/assets/2016-re-25-germany.pdf> [fecha de consulta: 7 de abril de 2017].

²⁰ OECD (2011) pp. 26-27.

²¹ Las mal llamadas remuneraciones voluntarias son un claro ejemplo de eso. Vergara Quezada (2016) pp. 202-208.

²² Ley N° 3.996, publicada en el Diario Oficial el 2 enero 1924.

²³ Art. 2o letra d) del DL N° 755, de 1925, publicado en el Diario Oficial el 21 de diciembre de 1925.

²⁴ Debemos recordar que hasta 1964 rigió en Chile un sistema semiclásico de impuesto cédular aplicable a categorías de renta inspirado en la ley francesa. FLORES DURÁN, Gloria y VERGARA QUEZADA, Gonzalo (2014): *Desafíos en tiempos de reformas tributarias. Fundamentos, objetivos y control* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 29-55.

²⁵ Artículo 13 de la Ley N° 7.747, publicada en el Diario Oficial el 24 de diciembre de 1943.

el tenor de ellas fue alterado, perdiéndose la referencia a la tercera categoría que hacía el texto original.

Esta interrogante se resolvió en sentido negativo, debido a que se consideró que siendo evidente el origen de la norma traspasada a la Ley sobre Impuesto a la Renta, no era posible extender la rebaja al tributo que afectaba a la minería, a pesar de la imperfección del texto legal²⁶.

Más tarde, en 1955 la Ley N° 11.791 derogó tácitamente la norma que permitía la deducción por dos años. Luego, la reforma de 1964, que fusionó las categorías que ahora consideramos propias de la actividad empresarial, repuso la regla que permitía rebajar las pérdidas sufridas los dos ejercicios anteriores²⁷. Posteriormente, la cantidad de años fue aumentada paulatinamente.

Los procesos legislativos fueron tratando de sofisticar esta regulación, y en el proyecto de ley que concluyó con la reforma a la Ley sobre Impuesto a la Renta de 1984, se propuso imputar primero las pérdidas del ejercicio a las utilidades acumuladas y luego a los seis ejercicios siguientes²⁸.

No era la primera vez que se sugería esto en nuestro país, ya la Oficina de Estudios Tributarios había planteado la necesidad de flexibilizar el uso de las pérdidas, aumentando el plazo para su deducción, o permitiendo volver a liquidar ejercicios anteriores al imputarlas, de forma reducida a dos años²⁹.

Durante la tramitación del proyecto de ley que concluyó con la reforma de 1985³⁰, con el que Chile pasó a implementar un sistema integrado, que fue la tendencia que imperó a partir de 1960 en muchos países desarrollados³¹, se sugirió eliminar la restricción temporal para poder deducirlas hasta que ellas fueran completamente compensadas por las utilidades futuras³².

Esta idea fue acogida, porque al permitir la imputación de las pérdidas sin limitaciones, en definitiva, como explicó el representante de la administración fiscal, don René García, se

²⁶ RENCORET BRAVO, Álvaro (1950): *El impuesto sobre la renta* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 163-168 y Pantoja Cerda, Samuel (1942): *Nuestra actual legislación tributaria* (Santiago, Talleres Gráficos "La Nación" S.A.) p. 321.

²⁷ Antes de la Ley N° 15.564 fijará en su artículo 5° el texto de la Ley sobre Impuesto a la Renta, la pérdida del ejercicio y la de arrastre se contemplaban en apartados separados de la Ley N° 8.419 y sus predecesoras. A partir de la reforma de 1964 esta materia se reguló en un único número del entonces artículo 25, que corresponde al actual artículo 31. La Ley N° 15.564 fue publicada en el Diario Oficial el 14 de febrero de 1964.

²⁸ Historia de la Ley N° 18.293 p. 24.

²⁹ Oficina de Estudios Tributarios (1960): *El sistema tributario chileno* (Santiago, Talleres Gráficos "La Nación"), Tomo I p. 282.

³⁰ El proyecto original buscaba implementar un tributo al consumo inspirado en las ideas de Kaldor. Sin embargo, basados sobre la crítica al proyecto efectuada por la Cámara Nacional de Comercio, preparada a partir de una exposición del profesor Arnaldo Gorziglia Balbi, se hizo presente que en los países que implementaron sistemas similares no se obtuvieron los resultados esperados, por lo que propuso, en grades líneas, establecer el sistema que fomentaba el ahorro disminuyendo la tasa aplicable a la actividad empresarial, y difiriendo la tributación final con los impuestos global complementario y adicional hasta el momento en el que las utilidades acumuladas en las empresas fueran retiradas. Historia de la Ley N° 18.293 pp. 358-367.

³¹ AULT y ARNOLD (2010) pp. 405-413.

³² Historia de la Ley N° 18.293 p. 364.

avanza en el sentido de la justicia tributaria, debido a que se lograba consolidar en el tiempo los resultados de las empresas.

Al efecto se señaló que “lo más justo sería gravar a las empresas cuando terminen su giro, dado que a lo largo de su existencia ganan y pierden. Señala [don René García] que Hacienda ha establecido impuestos anuales sólo por necesidades presupuestarias, aunque, en su opinión, resulta injusto que una empresa que obtiene utilidades en un año y al siguiente, pérdidas, deba quebrar por este motivo. Recalca que lo ideal del sistema consistiría en que la empresa sólo tributara a lo largo de su gestión. Indica que, en cierto modo, el proyecto grava únicamente lo percibido, lo cual no quiere decir que el fisco se convierta en el permanente acreedor de una persona”³³.

Por estos motivos, finalmente el proyecto optó por facilitar que las pérdidas pudieran ser compensadas con las utilidades sin limitaciones, de manera que, en el lenguaje comúnmente usado, absorbieran las utilidades anteriores, las utilidades futuras y las utilidades de terceros.

Así, se dejó asentado que el “señor GARCIA explica que la actual ley de la Renta dispone como rebaja de renta las pérdidas de arrastre de las empresas por un plazo de hasta cinco años. Con la disposición propuesta -dice, se elimina el tope de cinco años y se armoniza con el sistema de gravar el retiro de la utilidad acumulada. Con dicha eliminación -sigue diciendo- se pueden recupera dichas pérdidas en forma indefinida”³⁴.

Luego se anotó que se hace “presente que, por medio de la frase ‘deberán imputarse no retiradas’, se adapta al sistema de que la pérdida que se produzca en el ejercicio pueda retirarse de las utilidades de arrastre; es decir, si la empresa tiene utilidades no retiradas y el ejercicio posterior arroja pérdida, ésta pueda absorber las utilidades no retiradas, pues se trata de una pérdida de capital”³⁵.

Ahora, esta decisión implicaba que al ser compensadas las pérdidas con las utilidades de períodos anteriores, propias o recibidas de terceros, se debía llevar a cabo una devolución de los impuestos pagados, pero no se estableció un procedimiento para lograr este objetivo, lo que tuvo que ser corregido mediante la Ley N° 18.489, que incluyó la norma respectiva en el artículo 31 N° 3, sobre la deducción de las pérdidas en la determinación de la renta líquida imponible del impuesto de primera categoría. La ley se refirió al sistema de compensación y devolución como pago provisional por utilidades absorbidas³⁶.

La ley de 1984 fue discutida en medio de una grave crisis económica, que es mencionada muchas veces a lo largo de la discusión del proyecto de ley, por lo que las pérdidas, cuya utilización se permitía compensar, eran de grandes magnitudes, lo que era conocido por el legislador. Esto hace difícil argumentar que el legislador no previó que las pérdidas serían un atractivo para nuevos inversionistas.

³³ Historia de la Ley N°18.293 p. 430.

³⁴ Historia de la Ley N°18.293 p 569.

³⁵ Historia de la Ley N°18.293 ídem.

³⁶ La Ley N° 18.489 fue publicada en el Diario Oficial el 4 de enero de 1986.

4. RESTRICCIONES ADMINISTRATIVAS A LAS PÉRDIDAS DE ARRASTRE

En este punto examinaremos como el derecho común, según la concepción del artículo 2 del Código Tributario, ha sido una herramienta utilizada por la administración fiscal para restringir las posibilidades de rebajar las pérdidas de arrastre en casos no regulados expresamente por las leyes fiscales, lo que es otra muestra de lo inapropiado que resulta en nuestro sistema jurídico creer que el derecho común ocasiona la elusión³⁷.

Al respecto, al interpretar la ley de 1964, el Servicio de Impuestos Internos analizó la posibilidad de traspasar las pérdidas a otras compañías, y señaló que, por tratarse de personas jurídicas diferentes, las sociedades que absorbían a otras no podían rebajar sus utilidades de las pérdidas de las que fueron absorbidas.

El siguiente es el texto de la instrucción comentada:

No procede la deducción de pérdidas obtenidas [sic] por personas jurídicamente distintas del contribuyente. (A) De acuerdo con lo dispuesto en el número 3º del art. 25 de la Ley de la Renta, el contribuyente tiene derecho a deducir las pérdidas de hasta dos ejercicios anteriores, en la determinación de su renta de primera categoría.

(B) Al respecto, esta Dirección Nacional dictamina que la disposición aludida, al igual que las demás establecidas en la Ley de la Renta, están obviamente referidas a un mismo contribuyente. Por consiguiente, el contribuyente tiene derecho a deducir sólo las pérdidas que él hubiere sufrido hasta en dos ejercicios anteriores, y no las sufridas por personas jurídicamente distintas de dicho contribuyente.

(C) La presente aclaración debe tenerse en cuenta en los casos de fusión, integración o absorción de empresas, en que la empresa fusionada, integrada o absorbida por otra ha sufrido pérdidas. Estas pérdidas no pueden ser deducidas de las utilidades de la empresa subsistente³⁸.

Más tarde, la autoridad fiscal agregó que, a diferencia de activos y pasivos, las pérdidas no constituyen bienes tangibles ni intangibles, porque ellas son la cuantificación a título informativo del resultado de la gestión financiera, agregó que la posibilidad de rebajar las pérdidas sufridas por la empresa era un beneficio tributario exclusivo del contribuyente que tuvo el resultado negativo³⁹, por lo mismo, no era posible traspasar las pérdidas. Esta postura fue mantenida posteriormente⁴⁰ y, como veremos, fue analizada por el legislador.

Si bien los argumentos anteriores parecen tener fundamentos atendibles, igualmente, la administración fiscal adoptó posiciones agresivas para limitar el uso de las pérdidas de arrastre, basadas sobre teorías bastante anacrónicas que negaban la posibilidad del cambio en el tipo social.

³⁷ VERGARA QUEZADA (2016) pp. 45-83.

³⁸ Manual del SII 6 (12) 43.02.

³⁹ Oficio N° 4.697, de 1980.

⁴⁰ Oficio N° 1.270, de 1982.

Así, argüía la administración que, si una sociedad de responsabilidad limitada se transformaba en una sociedad anónima, se mantenía la persona jurídica, pero no la personalidad jurídica, por lo que no podía ser rebajada la pérdida sufrida antes de la transformación⁴¹.

Para limitar el uso de la pérdida, la autoridad tributaria se aferraba a la interpretación literal del artículo 69 del Código Tributario, que daba a entender, a juicio del Servicio de Impuestos Internos, que la transformación, a diferencia del aporte, no permitía hacerse cargo de los tributos adeudados antes del cambio de tipo social, a pesar que expresamente así lo disponía esa norma⁴².

Lo dicho no resistía ningún análisis, porque el texto del artículo 69 mencionado antecedía a la Ley N° 18.046, sobre sociedades anónimas⁴³, que consideraba que existía continuidad en la fusión, por lo que el texto antiguo del artículo 69 del Código Tributario presumía algo que, a partir de la mencionada ley, perdió toda validez, a saber, que la transformación extinguía a la sociedad transformada.

Por estos motivos, fue necesario que el legislador modificará el Código Tributario⁴⁴ para que la administración fiscal abandonara los criterios anteriores y reconociera que el cambio en el tipo social no tiene por efecto que no pueda seguir siendo rebajada la pérdida sufrida en ejercicios anteriores por la misma empresa cuyo tipo social ha cambiado⁴⁵.

Sin embargo, como se ha hecho presente⁴⁶, en el proceso legislativo que concluyó con la modificación del artículo 69 del Código Tributario, además, se abordó lo que, en esencia fue la interpretación fiscal que antes comentamos, que restringía la pérdida de las sociedades que desaparecían en procesos de fusión, para evitar que fueran rebajadas por las compañías que las absorbían, inclinándose la balanza a favor de la postura fiscal, pero sin modificar la ley en este aspecto.

5. LIMITACIÓN LEGAL PARA LA REBAJA DE LAS PÉRDIDAS SUFRIDAS POR LA EMPRESA

El año 2001 la Ley N° 19.738 estableció que “las sociedades con pérdidas que en el ejercicio hubieren sufrido cambio en la propiedad de los derechos sociales, acciones o del derecho a participación en sus utilidades, no podrán deducir las pérdidas generadas antes del cambio de propiedad de los ingresos percibidos o devengados con posterioridad a dicho cambio. Ello siempre que, además, con motivo del cambio señalado o en los doce meses anteriores o posteriores a él la sociedad haya cambiado de giro o ampliado el original a uno distinto, salvo que mantenga su giro principal, o bien al momento del cambio indicado en

⁴¹ Oficio N° 2.674, de 1984.

⁴² Oficio N° 1.457, de 1985.

⁴³ Publicada en el Diario Oficial el 22 de octubre de 1981.

⁴⁴ Artículo 12 de la Ley N° 18.482 publicada en el Diario Oficial el 28 de diciembre de 1985, sustituyó el inciso segundo del artículo 69 del Código Tributario por dos incisos que actualizaban la normativa para que no discordara con la ley común vigente.

⁴⁵ Oficio N° 316, de 1987.

⁴⁶ FAÚNDEZ UGALDE, Antonio (2014): “Pérdida tributaria y sus efectos en los procesos de reorganización empresarial”, *Revista de Estudios Tributarios*, N° 9 pp. 129-131.

primer término, no cuente con bienes de capital u otros activos propios de su giro de una magnitud que permita el desarrollo de su actividad o de un valor proporcional al de adquisición de los derechos o acciones, o pase a obtener solamente ingresos por participación, sea como socio o accionista, en otras sociedades o por reinversión de utilidades. Para este efecto, se entenderá que se produce cambio de la propiedad en el ejercicio cuando los nuevos socios o accionistas adquieran o terminen de adquirir, directa o indirectamente, a través de sociedades relacionadas, a lo menos el 50% de los derechos sociales, acciones o participaciones. Lo dispuesto en este inciso no se aplicará cuando el cambio de propiedad se efectúe entre empresas relacionadas, en los términos que establece el artículo 100 de la ley N° 18.045”.

Como se puede observar de la sola lectura del texto transcrito, la ley establece requisitos que deben concurrir de manera conjunta para que se limite la rebaja de la pérdida sufrida por la empresa.

Sobre el propósito de la normativa especial antes transcrita, el Ejecutivo se pronunció en el mensaje del proyecto de ley, señalado al efecto que “se limita la deducción de las pérdidas de las utilidades en las reorganizaciones empresariales que se efectúen sólo con fines tributarios, para eludir el pago de impuestos, señalándose las situaciones en que ello se produce, especialmente cuando se efectúen cambios en la propiedad y el giro de la empresa”⁴⁷.

Respecto de la calificación de elusivo que hizo el Ejecutivo del uso de las pérdidas de arrastre sufridas por otros grupos empresariales, un académico invitado a exponer ante el Congreso hizo presente que esta práctica no era elusiva y tampoco era un vacío legal, debido a que esto fue tenido a la vista por el legislador en 1984, año en el que se modificó esta normativa. Igualmente indicó que, desde el punto de vista global, para el sistema tributario no era relevante quién rebajara las pérdidas sufridas.⁴⁸

Para poder evaluar estas visiones opuestas del tema es necesario volver a revisar la historia de la Ley N° 18.293, que en 1984 reformó el sistema tributario para promover el ahorro y la inversión.

Si bien durante la discusión del proyecto varios de los miembros de las comisiones legislativas manifestaron sus aprehensiones, incluso respecto de la posibilidad de la realización de fraudes, ninguno explicó cómo se podrían concretar estos temores, por lo mismo, las diversas declaraciones realizadas durante la discusión del proyecto de ley no alteraron su contenido sobre esta materia. Tampoco se analizó el cambio de propiedad de sociedades con pérdida de arrastre que no tuvieran bienes.

En este punto es importante reiterar que la política fiscal que se implementó no se aparta de los estándares internacionales sobre la utilización de las pérdidas sufridas por las empresas.

Es más, la OECD reconoce que permitir la compensación de las utilidades con las pérdidas facilita la neutralidad de un sistema tributario, además, ello coincide con el principio de capacidad contributiva y con el de tributación sobre ingresos netos, por ello, no es inusual

⁴⁷ Historia de la Ley N° 19.738 p.15.

⁴⁸ Historia de la Ley N° 19.738 pp. 92-94.

en la legislación tributaria comparada que esté permitido incluso esta compensación de utilidades y pérdidas incluso entre sociedades diferentes de un mismo grupo o períodos anuales distintos⁴⁹.

Ahora, volviendo a la Ley N° 19.738, el texto propuesto por el ejecutivo sufrió una pequeña modificación,⁵⁰ que fue explicada por el director del SII, quien expuso que la norma “limita la deducción de las pérdidas de las utilidades en las reorganizaciones empresariales que se efectúen sólo con fines tributarios, para eludir el pago de impuestos, señalándose las situaciones en que ello se produce, especialmente cuando se efectúen cambios en la propiedad y el giro de la empresa”.⁵¹

Por su parte, la discusión parlamentaria tuvo ribetes que no fueron precisamente técnicos, considerando que incluso un parlamentario dijo con “respecto al traspaso de las pérdidas, entiendo que el señor Vicepresidente ha tenido empresas que han sufrido pérdidas en el pasado; pero no es correcto que quienes las tengan puedan, el día de mañana, vendérselas a los ‘tiburones’ que las usan para dejar de pagar impuestos por los beneficios que obtienen en empresas que no tienen nada que ver con aquellas de pequeños empresarios que tuvieron pérdidas. Aquí compramos al pobre para producir la riqueza del grande al dejar éste de pagar impuestos; es decir, el pobre financia al grande, al rico. Es como la globalización, que favorece a los ricos. ¿Cuándo tendremos globalización en beneficio de los pobres? Era evidente que había que terminar con eso.”⁵²

A las coloridas declaraciones antes transcritas se replicó con mucho más tecnicismo que “es muy importante tener presente algo que destacaba muy bien el ministro de Hacienda en una entrevista que dio el fin de semana pasado, en cuanto a que se debe hacer una diferenciación clara entre lo que es evasión, conducta ilícita, absolutamente inválida y contraria a la ley, y lo que se ha llamado elusión por parte del Servicio de Impuestos Internos. En realidad, ésta no es una conducta ilegal, ni tampoco -como decía el diputado Alvarado- poco válida ni susceptible de reproche ético. Aquellas personas que se acogen a renta presunta, según el ejemplo del diputado Lorenzini, tienen una conducta plenamente válida, dado que se ciñen, legalmente, a un modelo tributario aceptado en nuestro país. Lo mismo ocurre con el pequeño comerciante, aun cuando dicha forma de tributar está suspendida; pero contra su impuesto de primera categoría podía descontar el monto de las contribuciones. No estaba eludiendo impuestos ni incurriendo en una conducta ilegal, sino utilizando un instrumento que le franquea la ley y, por tanto, estaba estrictamente apegado al derecho. Lo mismo cuando se usan las pérdidas, y, en general, los regímenes de depreciación acelerada”⁵³.

Continuó el otro parlamentario su réplica señalando que es necesario “hacer esta distinción en forma muy clara, porque ha habido mucha confusión. No es un reproche ético dirigido contra quien utiliza estos elementos tributarios u optimiza su carga tributaria -para

⁴⁹ OECD (2011) p. 26.

⁵⁰ Historia de la Ley N° 19.738 p. 125.

⁵¹ Historia de la Ley N° 19.738 p. 232.

⁵² Historia de la Ley N° 19.738 p.321.

⁵³ Historia de la Ley N° 19.738 pp. 324-325.

no usar la palabra elusión-, por cuanto nuestra legislación tributaria le permite utilizar ese esquema y, por lo tanto, su conducta es plenamente válida”⁵⁴.

Por su parte, el ministro de Hacienda indicó a los parlamentarios que el proyecto del Ejecutivo en “materia de pérdidas, el Congreso Nacional puede tener la convicción de que, en consulta con más de veinte organizaciones no gubernamentales, hemos llegado a destilar la esencia del tema, y de que hemos flexibilizado la norma inicial, en cuanto a que si una empresa detiene sus funciones por estar en situación de pérdidas y es absorbida por otra empresa, se den todas las facilidades para que las pérdidas tributarias puedan ser aprovechadas. Ello sólo se evita en el caso -que a mi juicio es un abuso tributario- en que se compra una empresa porque tiene acumuladas pérdidas, cuando la empresa ya no existe sino como mero cascarón”⁵⁵.

Luego añadió que “se está haciendo un abuso contable que no guarda ninguna relación con lo que el legislador tenía en su espíritu: aprovechar las pérdidas como una forma de reflotar la actividad productiva donde éstas se generaron”⁵⁶. Para concluir señalando que con “esta nueva redacción de la ley, se abren todas las posibilidades de aprovechar esas pérdidas cuando, en definitiva, el giro -aunque no sea de giro único- de la empresa que había arrojado las pérdidas continúe en el futuro”⁵⁷.

En el primer informe de la Comisión de Hacienda del Senado se hizo una precisión relevante para la materia estudiada, así se indicó que con “respecto a la no deducción de las pérdidas generadas antes del cambio de propiedad de los derechos sociales, se agregó un precepto para no aplicar la nueva disposición cuando el cambio de propiedad se efectúe entre empresas relacionadas”⁵⁸.

Esta precisión es muy relevante, porque queda claro que no se limitan las rebajas de las pérdidas ante la reorganización de un grupo empresarial.

Más adelante, precisará la referida comisión que la restricción aplicará en reorganizaciones con cambio de giro y dominio simultáneamente, agregado que el impacto de la modificación propuesta fue medido y la “estimación se basa en una investigación efectuada sobre las fusiones de empresas en el período 1994-97, registradas en las direcciones regionales Santiago Centro y Santiago Oriente. En dicho análisis se concluye que la pérdida fiscal por la absorción de empresas denominadas ‘cascarones’, es decir, empresas sin actividad y que sólo mantienen contabilidad con pérdidas, ascendía a un promedio anual cercano a los US\$ 5,8 millones. Se aplicó sobre este monto un factor de seguridad de 0,5, para reflejar eventuales cambios de comportamiento de los contribuyentes”⁵⁹.

Como se puede observar de las discusiones legislativas, no es claro que el propósito del legislador de 1984 excluyera que los dueños de las empresas que sufrieron las pérdidas

⁵⁴ Historia de la Ley N° 19.738 p. 325.

⁵⁵ Historia de la Ley N° 19.738 p. 327.

⁵⁶ Historia de la Ley N° 19.738 p. ídem.

⁵⁷ Historia de la Ley N° 19.738 p. ídem.

⁵⁸ Historia de la Ley N° 19.738 p. 425.

⁵⁹ Historia de la Ley N° 19.738 p. 483.

vendieran esas sociedades para que otros inversionistas las adquirieran, lo que fue hecho presente en el proceso legislativo que dio origen a la restricción estudiada.

En contraste, es claro que la restricción implementada por la Ley N° 19.738 no comprende todos los cambios en la propiedad de la empresa, ni toda alteración a la estructura jurídica de la empresa, por lo que la regla general sigue siendo que la pérdida de arrastre puede ser rebajada.

6. CONCLUSIÓN

De lo examinado se puede concluir que la regulación del uso de las pérdidas tributarias en casos de reorganizaciones empresariales, contemplada en el artículo 31 N° 3 de la Ley sobre Impuesto a las Rentas, prima por especialidad sobre los artículos 4 bis y siguientes del Código Tributario.

Las limitaciones a la utilización de las pérdidas de arrastre en nuestro país no solo han estado contempladas en la ley, sino que ellas han sido el producto de interpretaciones administrativas que se fundamentan sobre el derecho común aplicable, lo que es una muestra de cómo opera en nuestro país el recurso a las leyes no impositivas para obtener un resultado fiscal.

Lo dicho es una muestra de lo inaplicable de la creencia en que la integración de los vacíos del derecho tributario con el resto del derecho nacional es la causa la elusión.

Respecto de las restricciones que se implementaron ante las alteraciones en la empresa que sufrió las pérdidas, podemos concluir que el legislador evaluó la utilización de las pérdidas tributarias, y no consideró elusiva la reorganización empresarial de un grupo económico efectuada con el propósito optimizar su carga tributaria utilizando las pérdidas de arrastre sufridas por una de sus empresas.

Lo dicho, puede ser constatado por el hecho que solamente restringió la utilización de las pérdidas en casos en los que, junto con cambiar la propiedad de la empresa, ella quedaba sin bienes, es decir, solamente limitó la posibilidad de utilizar las pérdidas cuando la reorganización empresarial implicaba que una sociedad carente de bienes, que solamente registraba una pérdida fiscal, cambiaba de controlador.

Por esto, la utilización de las pérdidas no fue limitada siquiera en todos los casos en los que ocurre un cambio de control, por lo mismo, no es posible sostener que cuando se reestructuran sociedades pertenecientes a un mismo grupo se esté incumpliendo el texto o el propósito de regla analizada.

7. BIBLIOGRAFÍA

ALARCÓN ORDÓÑEZ, Catalina (2016): *Tributación de las pérdidas en Chile* (Santiago, memoria de licenciatura Universidad de Chile).

AMANN, Robert (ed). (2001): *German Tax Guide* (La Haya, Kluwer Law International).

AULT, Hugh y ARNOLD, Brian (2010): *Comparative Income Taxation* (Nueva York, 3ª ed., Wolters Kluwer).

BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo (1907): *Curso de derecho civil* (Santiago, 1ª ed., Imprenta Cervantes) Tomo I.

BOULOGNE, Frederik y SUMRADA SLAVNIC, Nana (2012): “Cross-Border Restructuring and ‘Final Losses’”, *European Taxation* N° 10 Vol 52.

CHACÓN, Jacinto (1881): *Exposición razonada i studio comparado del Código Civil chileno* (Valparaíso, 2ª ed., Imprenta del Mercurio), Tomo I.

CLARO SOLAR, Luis (1898): *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado* (Santiago, 1ª ed., Establecimiento Poligráfico Roma) Tomo Primero.

FAÚNDEZ UGALDE, Antonio (2014): “Pérdida tributaria y sus efectos en los procesos de reorganización empresarial”, en *Revista de Estudios Tributarios*, N° 9 pp. 125-141.

FLORES DURÁN, Gloria y VERGARA QUEZADA, Gonzalo (2014): *Desafíos en tiempos de reformas tributarias. Fundamentos, objetivos y control* (Santiago, Thomson Reuters).

GEORGAKI, Vera (2015): “El principio de neutralidad en las operaciones extraordinarias”, en DI PIERO, Adriano y TASSANI, Thomas (dir.) *Los principios europeos del derecho tributario* (Barcelona, Atelier) pp. 185-208.

GROSCLAUDE, Jacques y MARCHESSOU, Philippe (2015): *Droit fiscal général* (París, 10ª ed. Dalloz).

Historia de la Ley N° 18.293.

Historia de la Ley N° 19.738.

MEDINA SUÁREZ, Francisco (2015): “La doble imposición en la directiva 2009/133/ce sobre operaciones de reestructuración de empresas y el modelo de convenio de la OCDE en el mercado interior europeo”, *Revista de Derecho*, Escuela de Postgrado Universidad de Chile, N° 8, pp. 97-154.

OECD (2011): *Corporate Loss Utilization through Aggressive Tax Planning* (París, OECD Publishing).

Oficina de Estudios Tributarios (1960): *El sistema tributario chileno* (Santiago, Talleres Gráficos “La Nación”), Tomo I.

PANTOJA CERDA, Samuel (1942): *Nuestra actual legislación tributaria* (Santiago, Talleres Gráficos “La Nación” S.A.).

PwC Germany (2016): “Update regarding the changes in German tax legislation which impact on the real estate industry”. Disponible en: <https://www.pwc.de/de/newsletter/finanzdienstleistung/assets/2016-re-25-germany.pdf> [fecha de consulta: 7 de abril de 2017].

RENCORET BRAVO, Álvaro (1950): *El impuesto sobre la renta* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

TERRA, Ben y WATTEL, Peter (2012): *European Tax Law* (Alphen aan den Rijn, 6ª ed., Wolters Kluwer).

UGAS CANELO, Luis (1965): *El Código Tributario* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

VERGARA QUEZADA, Gonzalo (2016): *Norma antielusiva general. Sobre los fines en nuestras leyes tributarias* (Santiago, Libromar).

VODANOVIC H, Antonio (1939): *Curso de derecho civil basado en las explicaciones de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somariva Undurraga* (Santiago, 1ª ed., Editorial Nascimento) Tomo I.

Normativa nacional

Decreto Ley N° 755, de 1925, publicado en el Diario Oficial el 21 de diciembre de 1925.

Ley N° 3.996, publicada en el Diario Oficial el 2 enero 1924.

Ley N° 7.747, publicada en el Diario Oficial el 24 de diciembre de 1943.

Ley N° 8.419, publicada en el Diario Oficial el 10 de abril de 1946.

Ley N° 15.564, publicada en el Diario Oficial el 14 de febrero de 1964.

Ley N° 18.046, publicada en el Diario Oficial el 22 de octubre de 1981.

Ley N° 18.482, publicada en el Diario Oficial el 28 de diciembre de 1985.

Ley N° 18.489, publicada en el Diario Oficial el 4 de enero de 1986.

Normativa extranjera

Directiva 90/434/CEE del Consejo de la Unión Europea.

Directiva 2005/19/CE del Consejo de la Unión Europea.

Sentencias judiciales

Escuela Altamira Ltda. con SII (2011): Corte Suprema, 3 de agosto 8 de 2011 (casación en el fondo), rol N° 877, de 2009.

Corporación Sanatorio Alemán con SII (2015): Corte Suprema, 12 de enero de 2015 (casación en el fondo), rol N° 11.884-2014.

Instrucciones administrativas

Circular SII N° 65, de 2015.

Manual del SII 6 (12) 43.02.

Oficio N° 1.270, de 1982.

Oficio N° 1.457, de 1985.

Oficio N° 2.674, de 1984.

Oficio N° 316, de 1987.

Oficio N° 4.697, de 1980.