

Se ha recibido en esta Dirección Nacional su presentación indicada en el antecedente, mediante la cual solicita un pronunciamiento en el sentido si a los actos, negocios y operaciones que describe, no le son aplicables las disposiciones de los artículos 4 bis, ter y quáter del Código Tributario.

I. ANTECEDENTES

Se expone en la presentación que un grupo empresarial cuyo giro principal es la generación de energía (en adelante el “grupo”) está estudiando expandir sus inversiones en Sudamérica y al mismo tiempo refinanciar algunos pasivos para obtener mejores condiciones crediticias.

El grupo está compuesto por diversas sociedades, tanto nacionales como extranjeras, estando sus principales inversiones localizadas en Chile, Argentina y Colombia, estructuradas de la siguiente forma: “AAAA S.A.” es dueña de “BBBB SpA” (ambas domiciliadas en Chile), esta última a su vez tiene participación en “CCCC S.A.” (Colombia) y “DDDD S.A.” (Argentina).

Dentro del plan de crecimiento del grupo para los próximos 5 años, se busca renovar sus proyectos de generación de energía, cambiando desde sus actuales proyectos de generación a plantas de energía renovables, tales como eólicas, solares e hídricas. Adicionalmente el grupo se encuentra en un proceso de revisión de sus contratos de energía a largo plazo, los cuales se encuentran próximos a vencer (año 2021), a fin de ver: i) la posibilidad de extenderlos a cambio de un descuento en el precio; y ii) asociarlos a algunos de los proyectos de plantas renovables que el grupo desea construir, de manera de disminuir los riesgos asociados a la rentabilidad de las plantas.

El contribuyente indica que no sería conveniente financiar los planes con fondos propios, con cargo a las utilidades generadas y disminuyendo las futuras distribuciones de dividendos en los próximos años, ya que esta alternativa no cubriría la necesidad de fondos en el tiempo presupuestado y disminuiría el retorno de la inversión. En razón de lo anterior, el grupo está interesado en comenzar un proceso de licitación para invitar a un inversionista no relacionado que esté interesado en participar en el plan de crecimiento del grupo en Colombia o en otro país de la región (si existiera la posibilidad de un proyecto con mayor retorno), a través de los siguientes pasos:

Paso 1: El grupo contratará un banco de inversión a inicios de 2019, con el objeto de que éste busque un inversionista independiente interesado en aportar capital para financiar el plan de crecimiento. El monto de aporte de capital del inversionista independiente aún no está del todo determinado, pero debería ser cercano a USD 770 millones.

Paso 2: Se dividirá “BBBB SpA”, asignándole a la nueva sociedad que nace producto de la división (en adelante, “Newco BBBB SpA”) la participación en “CCCC S.A.” (Colombia); la inversión en “DDDD S.A.” (Argentina) se mantendrá en la entidad continuadora. El consultante señala que la división de “BBBB SpA”, cumpliría todos los requisitos establecidos en el inciso cuarto del artículo 64 del Código Tributario y la Circular 45 de 2001, en especial aquel que dice relación con mantener el registro tributario de los activos y pasivos, por lo que según él no procedería la facultad de tasación del Servicio.

Paso 3: Una vez que se haya encontrado el inversionista independiente, se acordará un aumento de capital en “Newco BBBB SpA” (o, alternativamente, dos aumentos de capital consecutivos) por un monto de USD770 millones aproximadamente, ofreciendo la suscripción de dichas acciones al inversionista seleccionado en el proceso descrito en el Paso 1 anterior. Estas nuevas acciones de “Newco BBBB SpA”, que se emitirían producto del aumento de capital, tendrían un valor representativo del 30% del valor de mercado del patrimonio de la sociedad.

Los montos recibidos por “Newco BBBB SpA” serán destinados a financiar el plan de crecimiento del grupo a medida que las oportunidades de inversión lo requieran. El consultante indica que la razón económica detrás de esta operación, consiste en que a pesar de diluirse “AAAA S.A.” en la propiedad de “Newco BBBB SpA”, su nuevo porcentaje de participación –que ascendería a un 70%- sumado a los beneficios de las nuevas inversiones a realizarse en el marco del plan de crecimiento en conjunto con el nuevo inversionista,

generaría a “AAAA S.A.” una mayor rentabilidad que el 100% de la propiedad en “Newco BBBB SpA”.

Dado que el plan de crecimiento del grupo se materializará en un mediano plazo (año 2021 en adelante) y los fondos para realizar este plan se conseguirán a través del aumento de capital en el año 2019 (en consideración a la atractiva valoración actual de la inversión en Colombia), solo se utilizarán durante el año 2019 los fondos suficientes para el refinanciamiento actual de deudas y para la realización de proyectos a corto plazo. El remanente será entregado en calidad de préstamo a “AAAA S.A.” a una tasa de interés de mercado y por un plazo a ser determinado, pero que no debería exceder del año 2025. A medida que se necesiten los fondos “AAAA S.A.” devolverá a “Newco BBBB SpA” el monto dado en préstamo y la caja recibida será utilizada para desarrollar el plan de crecimiento del grupo en la región, en conjunto con el inversionista independiente ingresado.

El consultante señala que el aumento de capital constituiría un ingreso no renta para “Newco BBBB SpA” de conformidad al artículo 17 N° 5 de la Ley de la Renta; que el documento para respaldar el eventual préstamo a “AAAA S.A.” devengaría el Impuesto e Timbres y Estampillas y el interés devengado para “AAAA S.A.” constituiría un gasto necesario para producir la renta y para “Newco BBBB SpA” un ingreso tributable.

Agrega el peticionario en su consulta, un análisis de la norma general anti elusiva contenida en los artículos 4 bis y siguientes del Código Tributario, en particular sobre la reorganización empresarial propuesta como un conjunto de actos, señalando que esta se enmarcaría dentro de la legítima opción de conductas o alternativas contempladas en la legislación tributaria, en tanto que ella tiene efectos y resultados jurídicos, económicos y comerciales que son relevantes y no puramente tributarios.

Finalmente, solicita a este Servicio un pronunciamiento, que confirme que, a los actos, negocios y operaciones antes descritas, y por los antecedentes y causas ya señaladas, no le son aplicables los artículos 4°bis, 4° ter y 4° quáter, todos del Código Tributario. Lo anterior, ya que la reorganización planteada generaría efectos económicos y jurídicos relevantes para la administración y gestión del grupo y, a su vez no buscarían ocultar la configuración de un hecho gravado. La utilización de los pasos indicados correspondería a un ejercicio legítimo de la economía de opción y no constituyen abuso o simulación según el Código Tributario.

Atendido el tenor de la presentación, se trata de una consulta no vinculante de acuerdo a lo instruido en el resolutivo 1° de la Res. Ex. N° 69, de 2016.

II.- ANÁLISIS

Este Servicio ha señalado en la Circular N° 65 del año 2015 que la legislación nacional, cautela el legítimo derecho de los contribuyentes a organizar sus actividades, actos o negocios afectados con impuestos de la forma en que la autonomía de la voluntad y la libertad contractual lo permitan, considerando además que no toda ventaja tributaria, lograda por el contribuyente, constituye elusión, sino que para ello es indispensable que haya un abuso de las formas jurídicas o la realización de actos simulados que atentan contra los hechos gravados previstos por el legislador tributario. Por ello, el solo hecho de que existan ventajas tributarias a favor de un contribuyente no transformará el conjunto de actos y negocios jurídicos en elusivos, sino que, es la discordancia entre las razones económicas entregadas y los actos y negocios jurídicos que se ejecutarán, lo que entregará las variables para determinar si se está en presencia de una reorganización societaria elusiva. En este análisis, se debería precisar si el conjunto de los actos presentados y los efectos que originan tienen relación con el fin económico presentado o si tienen la sola finalidad de obtener ventajas tributarias, de forma no contemplada en la ley tributaria.

En el caso particular, por tratarse de una consulta no vinculante, el presente oficio sólo contendrá un pronunciamiento general sobre los efectos eventualmente elusivos o no de las operaciones que se llevarán a cabo.

Teniendo en cuenta lo anterior, en primer término, se analizarán cada una de las etapas que se pretende implementar.

- i) División de “BBBB SpA” asignándole a “Newco BBBB SpA” la participación en “CCCC S.A.” (Colombia).

El consultante señala que la división de “BBBB SpA” cumpliría todos los requisitos establecidos en el inciso cuarto del artículo 64 del Código Tributario y la Circular 45 de 2001, en especial aquel que dice relación con mantener el registro tributario de los activos y pasivos, por lo que según el consultante no procedería la facultad de tasación del Servicio.

Adicionalmente, este Servicio ha precisado que siendo la división una distribución del patrimonio de la sociedad que se divide, no existe propiamente una transferencia o transmisión de bienes, sino que existe una especificación de derechos preexistentes, y en cuanto ésta se efectúe bajo un régimen de neutralidad tributaria al no haber ganancias ni pérdidas en la operación antedicha, no sería procedente el ejercicio de la facultad de tasación. En todo caso, y de acuerdo a lo establecido en inciso cuarto del artículo 64 del Código Tributario, para el posterior cumplimiento de las normas pertinentes contenidas en la LIR, solo se reconocerá como costo tributario de los activos asignados por división, el que tenían en la entidad escindida -en este caso “BBBB SpA”- lo que deberá ser acreditado en su oportunidad, en la etapa de fiscalización respectiva, debiendo verificarse el cumplimiento de los requisitos de las normas citadas.

ii) Aumento de capital en “Newco BBBB SpA”.

El consultante expone que, una vez encontrado el inversionista independiente, se acordará un aumento de capital en “Newco BBBB SpA” (o, alternativamente, dos aumentos de capital consecutivos) por un monto de USD770 millones aproximadamente, ofreciendo la suscripción de dichas acciones al inversionista seleccionado.

Sobre esta operación, el aporte que reciba la sociedad, constituiría un ingreso no renta para “Newco BBBB SpA”, ello de acuerdo al artículo 17 N° 5 de la LIR, el cual señala que no constituye renta el valor de los aportes recibidos por sociedades, sólo respecto de éstas. Asimismo, tampoco constituirá renta un posible sobreprecio, reajuste o mayor valor obtenido por “Newco BBBB SpA”¹ en la colocación de acciones de su propia emisión. No obstante, el tratamiento indicado al sobreprecio o mayor valor es condicional, ya que la misma norma legal establece que la calidad de no constitutivo de renta se pierde cuando el mayor valor o sobreprecio es distribuido por la sociedad. En este último caso, es decir, en el período o año de su reparto, el sobreprecio quedará afecto a los impuestos de la LIR, tanto respecto de la empresa emisora de las acciones (Impuesto de Primera Categoría), como de los accionistas perceptores del señalado sobreprecio (Impuestos Global Complementario o Adicional).

iii) Préstamo del remanente del aumento de capital a “AAAA S.A.”

Luego, se indica que debido a que el plan de crecimiento del grupo se materializará en un mediano plazo (año 2021 en adelante), los fondos del aumento de capital, durante el año 2019, se destinarán al refinanciamiento actual de deudas y la realización de proyectos a corto plazo, por ello, el remanente -cuyo monto no se indica- será entregado en calidad de préstamo a “AAAA S.A.” a una tasa de interés de mercado y por un plazo a ser determinado. En la presentación no se señala el detalle las razones económicas que podrían motivar al inversionista a aceptar que una parte de los recursos se destine a pagar deudas del grupo.

Respecto a esta operación, cabe señalar, que el artículo 1° N° 3 de la Ley sobre Impuesto de Timbres y Estampillas, contenida en el decreto ley N° 3.475 de 1980, dispone que las letras de cambio, libranzas, pagarés, créditos simples o documentarios y cualquier otro documento, incluso aquellos que se emitan en forma desmaterializada, que contengan una operación de crédito de dinero, estará gravado con el impuesto de Timbres y Estampillas.

Por ello, el hecho gravado es la emisión de un “documento” que acredite la celebración de una “operación de crédito de dinero”. Para el efecto debe tenerse presente que la Ley N° 18.010 dispone en su artículo 1°, que debe entenderse como operación de crédito de dinero, “aquellas por las cuales una de las partes entrega o se obliga a entregar una cantidad de dinero y la otra a pagarla en un momento distinto de aquel en que se celebra la convención”.

¹ La Ley N°18.046 sobre Sociedades Anónimas no distingue ni limita la existencia de un mayor o menor valor en colocación de acciones, a que se trate de sociedades anónimas abiertas. En consecuencia, podría generarse un mayor o menor valor de colocación de acciones en cualquier sociedad anónima e incluso en una sociedad por acciones, dado que aquellas se rigen supletoriamente por la citada ley.

En definitiva, si “Newco BBBB SpA” y “AAAA S.A.”, llevan a cabo una operación de crédito de dinero, esta estará gravada con el impuesto de Timbres y Estampillas, variando la tasa de impuesto de acuerdo a las normas sobre la materia.

iv) Intereses relativos al préstamo indicado.

A su vez, si el préstamo entregado “AAAA S.A.” contempla una tasa de interés de mercado, en principio, no existiría inconveniente para que respecto de ésta, proceda su aceptación como gasto tributario, en la medida que se de cumplimiento a los requisitos copulativos establecidos en el inciso 1° del artículo 31 de la Ley de Impuesto a la Renta y se acredite que el crédito y los intereses que éste devengue dicen relación con el giro del contribuyente y resulten necesarios para producir su renta, circunstancias que no pueden ser calificadas a priori por el Servicio, debiendo ser verificadas en las instancias de fiscalización respectiva. Además, cabe tener presente, que no se aceptará la deducción de intereses y reajustes pagados o adeudados, respecto de créditos o préstamos empleados directa o indirectamente en la adquisición, mantención y/o explotación de bienes que no produzcan rentas gravadas en primera categoría.

Por otro lado, los intereses a favor de “Newco BBBB SpA” constituyen rentas del artículo 20 N° 2 de la LIR, las cuales al ser obtenidas por contribuyentes de la primera categoría que desarrollan actividades de los N° 1°, 3°, 4° y 5° de la misma norma, que demuestren sus rentas efectivas mediante un balance general, deben incluirse en los ingresos brutos del año en que sean devengadas o, en su defecto, del año en que sean percibidas, siempre que la inversión generadora de dichas rentas forme parte del patrimonio de la empresa, no siendo aplicable en estos casos, la excepción establecida en la parte final del referido inciso 2° del artículo 29 de la LIR.

Habiendo sido analizados los actos que son parte de la reorganización propuesta, es importante determinar si aquellos actos en su conjunto cumplen con los objetivos declarados por el solicitante y si éstos obedecen a razones económicas y jurídicas distintas a las meramente tributarias.

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

Sobre el modelo de financiamiento planteado por el consultante, se debe establecer si éste concuerda con los planes que se describen en la presentación, que consisten en financiar los nuevos proyectos del grupo y refinanciar sus pasivos con terceros. El solicitante expone que, optar por enajenar parte de la inversión en Colombia, únicamente haría llegar los fondos a “AAAA S.A.”, no cumpliendo con el objetivo de contar con un socio que aporte nuevos fondos para el desarrollo de nuevos proyectos, en cambio, indica, un aumento de capital le permitiría incrementar el patrimonio social de “Newco BBBB SpA” y disponer de la totalidad de los fondos para concretar los planes señalados. Sobre la opción de obtener fondos de terceros vía préstamo, menciona que ello afectaría su relación deuda/capital al aumentar su pasivo, y a su vez, reducir la caja disponible del grupo para financiar el plan de crecimiento, debido al pago de intereses. Al respecto, se estima que la opción de incorporar un inversionista independiente mediante un aumento de capital sería consecuente con los fines expuestos, ya que -junto con lo indicado por el solicitante- ello le permitiría al grupo compartir el riesgo financiero que involucran los nuevos proyectos, lo que va en línea con la pretensión de disminuir los riesgos asociados a la rentabilidad de las plantas renovables que se desean construir en el marco del plan de crecimiento, lo cual le generaría al grupo una mayor estabilidad económica. Asimismo, se estima que optar por financiar los nuevos proyectos vía deuda, no sería congruente con los objetivos declarados, puesto que uno de ellos es mejorar la condición crediticia del grupo, lo cual no se alcanzaría mediante la adquisición de nuevos préstamos de terceros.

Ahora, sobre las razones consideradas para llevar a cabo el aumento de capital y la incorporación del inversionista como socio durante el año 2019 -en circunstancias que los proyectos de crecimiento se materializarían a partir del año 2021 en adelante- el consultante indica que el grupo buscaría aprovechar la actual valoración de mercado de “CCCC S.A.” -y por ende de “Newco BBBB SpA”- reduciendo de esta forma el riesgo que a la fecha en que se materialice el plan de crecimiento, el valor de mercado de “CCCC S.A.” sea inferior, lo cual le significaría al grupo diluir aún más su propiedad. Sobre ello, se considera razonable que el

aumento de capital se realice en forma anticipada a la ejecución de los nuevos proyectos, ya que ello obedecería a una decisión de negocios del contribuyente, en vista de prevenir posibles fluctuaciones en los valores de la inversión en Colombia, lo cual acarrearía un mayor sacrificio económico para el grupo, existiendo por tanto, en principio, una correlación entre la finalidad de realizar el aumento de capital en forma anticipada y las razones jurídicas y económicas esgrimidas por el consultante.

Por último, en relación con el préstamo que “Newco BBBB SpA” le haría a “AAAA S.A.”, el consultante indica que, hasta que los proyectos se materialicen, esto le permitiría al inversionista independiente recibir utilidades por su inversión en los activos en Colombia y obtener una rentabilidad de mercado producto del préstamo, lo que se justifica por la pretensión de otorgar condiciones más atractivas para la inversión, facilitando al grupo la tarea de encontrar un tercero que aporte capital al plan de crecimiento.

Por ende, de conformidad a lo expuesto en su presentación, se observa que la suma de actos y negocios jurídicos declarados por el solicitante cumplirían los fines económicos presentados, puesto que en primera instancia la división de “BBBB SpA” lograría separar la inversión en Argentina de la inversión en Colombia, para que el inversionista solo participe de esta última. Asimismo, parece razonable la opción de que el grupo reduzca su porcentaje de propiedad en la inversión en Colombia, si a futuro ello le significará mayores utilidades y rentabilidad en sus inversiones, con lo cual el diluirse obedecería a razones económicas que van más allá de las exclusivamente tributarias. Además, el modelo de financiamiento que se adoptaría sería consecuente con los fines planteados, al permitir refinanciar pasivos sin tener que adquirir préstamos de terceros que afectarían su condición crediticia, y obtener fondos nuevos para la materialización de los proyectos, reduciendo los riesgos asociados y aprovechando la valoración actual de la inversión en Colombia.

En definitiva, los actos jurídicos ejecutados en el contexto de la reorganización empresarial propuesta, en principio, no serían actos o negocios que en su conjunto puedan ser considerados elusivos en los términos señalados en los artículos 4 bis y siguientes del Código Tributario, lo que no obsta a que las circunstancias concretas del caso puedan modificar la conclusión anterior, si es que el Servicio en ejercicio de sus facultades fiscalizadoras, verifica por ejemplo, que los pasivos que se pretenden refinanciar tienen un origen desconocido o sus condiciones generales no se ajustan a mercado; o la existencia de relación entre el grupo y el inversionista configurando concertadamente actuaciones elusivas, o se verifique que la finalidad de la reorganización empresarial es transferir activos o bienes a terceros eludiendo hechos gravados. Por otro lado, en lo que refiere a las razones económicas entregadas por el consultante como sustento del esquema, en la etapa de fiscalización correspondiente, se deberían aportar los medios de prueba que las acrediten, así como la existencia de correlación entre las razones económicas entregadas y la ejecución efectiva de la reorganización empresarial, y la existencia de resultados o efectos jurídicos o económicos distintos del mero aprovechamiento tributario.

III.- CONCLUSIÓN

Conforme a lo expuesto, los actos jurídicos ejecutados en el contexto de la reorganización empresarial -siempre y cuando se lleve a cabo el correcto cumplimiento tributario de cada uno de ellos- podrían ampararse en una razonable opción de conductas y alternativas contempladas en la legislación tributaria, no constituyendo, una actuación elusiva en los términos de lo dispuesto en los artículos 4° bis, ter y quáter del Código Tributario, conclusión que podría variar dependiendo de las circunstancias concretas del caso, como aquellas que han sido descritas precedentemente a modo meramente ejemplar.

Saluda a Ud.,

FERNANDO BARRAZA LUENGO
DIRECTOR

Oficio N° 1594 de 10.06.2019
Subdirección Fiscalización
Oficina Análisis de Elusión