

CÓDIGO TRIBUTARIO – NUEVO TEXTO- ART. 26 BIS – (ORD. N° 2394, DE 27.10.2020)

Consulta en materia de elusión si el ingreso de dos socios a una sociedad de inversiones por medio de un aumento de capital, y pacto relativo al derecho sobre las utilidades retenidas por la empresa hasta antes del ingreso de los nuevos socios, les afectan las disposiciones de los artículos 4° bis, 4° ter y 4° quáter del Código Tributario.

Se ha recibido en esta Dirección Nacional, su presentación indicada en el antecedente, mediante la cual solicita un pronunciamiento sobre la aplicación de los artículos 4° bis, 4° ter y 4° quáter del Código Tributario, a la incorporación de dos nuevos socios a una sociedad de personas, en los términos que a continuación se exponen:

I. ANTECEDENTES

Expone que un cliente le habría solicitado asesoría respecto al ingreso de dos nuevos socios - personas naturales- a una sociedad de inversiones (Sociedad de Inversión) que actualmente está conformada por cuatro socios, todas personas naturales.

Indica que la Sociedad de Inversión tiene un capital social de \$10.000.000 (diez millones de pesos), la que a su vez posee el 16,6% de las acciones de una sociedad anónima, que participa como sociedad holding del grupo empresarial (Sociedad Holding). El registro de rentas afectas a impuesto (RAI) de la Sociedad Holding es de \$2.000.000.000 (dos mil millones de pesos).

A continuación, indica que su preferencia es materializar el ingreso de los dos nuevos socios por medio del aumento de capital en la Sociedad de Inversión, ya que la alternativa de vender los derechos sociales *“es una opción cara”*.

En este contexto pregunta lo siguiente:

(i) ¿Pueden los futuros socios entrar a valor de capital social en la Sociedad de Inversión, renunciando a las utilidades generadas hasta ese momento por la Limitada? En este caso particular no hay utilidades acumuladas en la Limitada, sólo hay en la Holding S.A. ¿A qué debieran renunciar esos socios entonces? ¿A dividendos que reciba la limitada de la S.A. con cargo a utilidades generadas hasta su ingreso?

(ii) La norma mayor valor colocación acciones y su tratamiento tributario ¿puede utilizarse en otras sociedades distintas de las S.A. y así registrar contable y tributariamente ese mayor valor? (sic)

La consulta es realizada al amparo de lo dispuesto en los artículos 6 letra A) N°1 y 26 bis, ambos del 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 Resolución Exenta N°69 de 2016, emitida por este Servicio.

II. ANÁLISIS

1.- 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 afectos a 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.

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 la operación consultada.

En relación a la incorporación de los dos nuevos socios por medio del aumento de capital en la Sociedad de Inversión, cabe advertir que la consultante únicamente fundamenta esta alternativa en la circunstancia de que una venta de derechos sociales, para que estos nuevos socios ingresen a la sociedad, sería una opción cara, sin detallar el ámbito al que se refiere su aseveración ni explicar por qué aquello resultaría así. Esto es, si resultaría caro desde el punto de vista tributario –por ejemplo, por el eventual mayor valor al que podría estar afecto el vendedor de los derechos sociales- o, si resultaría caro desde otra perspectiva no expresada por el consultante, -por ejemplo, en atención al activo subyacente que posee la Sociedad de Inversión-.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe advertir que tanto la elección entre un aumento de capital y la venta de derechos sociales para la incorporación de nuevos socios a la Sociedad de Inversión, y lo que se pacte entre partes en cuanto al derecho sobre las utilidades no distribuidas que tendrían los nuevos socios respecto de la Sociedad de Inversión y/o de la Sociedad Holding, formarían parte del legítimo derecho de opción de los contribuyentes a organizar sus actividades, negocios, o actos afectos a impuestos de la forma que la autonomía de la voluntad y la libertad contractual lo permitan, considerando que los contribuyentes no tienen la obligación de optar por aquella alternativa que sea más costosa desde el punto de vista impositivo.

Por lo que, -en principio- la sola incorporación de los nuevos socios por medio de un aumento de capital en la Sociedad de Inversión, y un pacto que limite el derecho sobre las utilidades retenidas en la Sociedad de Inversión o en la Sociedad Holding, hasta antes del ingreso de los nuevos socios, no serían actos o negocios que, por sí solos, 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 -que no se especifican en la consulta- puedan modificar la conclusión anterior.

Así, ante un escenario de fiscalización por parte del Servicio –dentro del marco de aplicación de la norma general antielusiva o una norma especial-, se observará, por ejemplo, si existe relación entre los socios actuales y los que ingresan a la Sociedad de Inversión; el porcentaje de participación que adquieren los nuevos socios en la Sociedad de Inversión e indirectamente en la Sociedad Holding, y, consecuentemente, la disminución en la participación social que soportarán los socios actuales; si el capital social suscrito por los nuevos socios es efectivamente pagado, o si se establece un plazo para ser enterado; el origen de los flujos utilizados para el pago del capital suscrito por los nuevos socios; si al momento de acordar el aumento de capital se establece una participación en las utilidades en proporciones distintas al porcentaje de participación en el capital social, y si dicho acuerdo responde a razones comerciales, económicas, financieras, patrimoniales y/o administrativas; si el pacto que se celebre entre los actuales socios y nuevos socios, destinado a limitar el derecho a las utilidades retenidas hasta antes del ingreso de éstos últimos, sólo tiene por objeto disminuir la carga impositiva de los socios; y en general, si existen razones económicas relevantes que justifiquen la ejecución de los actos o negocios mencionados por la consultante, razones que deberán ser acreditadas por el contribuyente y deberán decir relación con la operación ejecutada.

2.- Su consulta relativa al tratamiento tributario sobre el mayor valor o sobreprecio en la colocación de acciones, fue derivada a la Subdirección Normativa, por cuanto consiste en una materia de su competencia, la que –además- fue objeto de modificación por la Ley 21.210 que Moderniza la Legislación Tributaria.

III. CONCLUSIONES

La incorporación de los nuevos socios por medio de un aumento de capital en la Sociedad de Inversión, y el pacto tendiente a limitar el derecho a las utilidades retenidas hasta antes del ingreso de los nuevos socios, serían parte del legítimo derecho de opción de los contribuyentes a organizar sus actividades, negocios, o actos afectos a impuestos de la forma que la autonomía de la voluntad y la libertad contractual lo permitan. Por lo que, la sola incorporación de los nuevos socios por medio de un aumento de capital en la Sociedad de Inversión, y un pacto que limite el derecho sobre las utilidades retenidas hasta entonces -en principio-, no serían, por sí solos, actos o negocios que 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 razones detrás de la elección de una alternativa u otra para el ingreso de los nuevos socios; y las circunstancias concretas del caso –que no fueron especificadas en la consulta- puedan modificar la conclusión anterior.

FERNANDO BARRAZA LUENGO
DIRECTOR
Oficio N° 2394 de 27.10.2020
Subdirección Fiscalización
Oficina Análisis de Elusión