



[COLUMNA DE OPINION]

* Alfredo Ugarte / abogado, profesor universitario, experto en temas tributarios.

CASO CUPRUM-PROVIDA

BUSINESS PURPOSE DOCTRINE

¿PUEDE UNA EMPRESA MATRIZ NORTEAMERICANA HACER EN CHILE LO QUE EN SU PAÍS NO ESTÁ PERMITIDO?

I. ANTECEDENTES E HISTORIA:

La “business purpose doctrine”, es una de las doctrinas de mayor aplicación tributaria en los Estados Unidos, cuya vigencia y relevancia se encuentra plasmada en cada uno de los fallos (precedentes) de los tribunales norteamericanos y su extensión, sentido y alcance no podría ser desconocido por un contribuyente de nacionalidad estadounidense con domicilio y residencia en dicho país, ello dado que es uno, sino el más importante, de los factores a considerar por toda empresa americana a la hora de aprobar e implementar cualquier operación de reestructuración societaria en dicho país, toda vez que, a través de ella, se logra tener una visión objetiva y pragmática que prescindida y elimine el elemento subjetivo que hasta el día de hoy involucra la determinación de cuando estamos ante una correcta o evasiva acción o actitud de un contribuyente respecto de su cumplimiento normativo tributario, ello con el objeto, en este último caso, de obtener un ahorro tributario indebido o lograr algún beneficio impositivo que de no mediar su accionar irregular no hubiera tenido derecho al mismo.

El origen de la doctrina del “business purpose” en USA la encontramos primeramente en el precedente del caso denominado “Hilvering v. Gregory¹”, en el cual la autoridad tributaria negó otorgarle aplicabilidad a una reorganización empresarial, por cuanto bajo el criterio de dicho tribunal el actuar del contribuyente carecía de un objetivo comercial propio, real y efectivo, siendo su única finalidad la de evitar el pago del impuesto, evadiendo de esa manera las obligaciones

¹ Precedente del año 1934. Ver en <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/69/809/1562063/>

tributarias que le imponía la legislación vigente. En términos concretos, Evelyn F. Gregory era propietaria exclusiva de la sociedad “United Mortgage Corporation”, empresa accionista de la sociedad “Monitor Securities Corporation”, quien decidió enajenar las acciones de “Monitor” y para ello creó una nueva corporación, “Averill”, siendo la única razón y motivación real para su creación el evitar el pago de impuesto, por lo que la venta de las acciones de la empresa “Monitor” al ser consideradas como dividendos pagarían el impuesto de ingresos ordinarios según la legislación de Estados Unidos, en el entendido que vendiera las acciones de Monitor directamente o le fueran distribuidas a la Sra. Gregory y luego vendidas por ella misma. De esta manera, “United” transfirió las acciones de “Monitor” a “Averill” (empresa especialmente creada al efecto) y la Sra. Gregory recibió por su parte todas las acciones de “Averill”, señalando que esta transacción era una reorganización empresarial y que por tal motivo debía ser considerada exenta de impuestos. Luego y sólo tres días después de materializada esta operación, “Averill” fue liquidada y Gregory recibió las acciones de Monitor, que era el único activo de “Averill”, vendiendo las mismas de modo inmediato.

En vista de los hechos señalados, la Corte Suprema de Estados Unidos resolviendo sobre este caso concluyó los siguientes principios de plena y actual aplicación en USA, en materia de reestructuraciones societarias:

- *“...que no ocurrió una reorganización exenta de impuestos y se desatendió la forma de la transacción alegando que la empresa en su conjunto (...) era en los hechos una forma elaborada y desviada de transferencia, haciéndose pasar como una reorganización corporativa y nada más”*
- *“...dos transacciones que alcanzan el mismo resultado subyacente no deberían ser gravados de manera diferente simplemente porque ellos son alcanzados a través de distintos pasos legales”.*
- *“Una operación determinada no se ve perjudicada por el hecho que encuentre su justificación en la intención de eludir el impuesto. Cualquiera persona puede organizar sus negocios de tal manera que el gravamen que les corresponda sea el menor posible; las personas no están obligadas a escoger como modelo transaccional aquél que mejor pague al fisco; ni siquiera puede considerarse un deber patriótico el de aumentar los impuestos del contribuyente”*
- *“... toda la actividad, aunque se llevó a cabo con arreglo a las características de una [escisión] era en realidad una forma elaborada y tortuosa de transmisión disfrazada de reorganización societaria, y nada más”.*
- *“La regla que impide tomar en cuenta el motivo de elusión fiscal no es pertinente a la situación, porque la operación en sí misma queda fuera de la clara intención de la ley”.*

Los principios precedentemente transcritos permiten observar y concluir que en el caso señalado estamos ante lo que se conoce como el Principio “substance over form”, que ha sido la base técnica antielusiva propia de los sistemas de Common Law, el cual se ha ido manifestando y expresándose mediante mecanismos concretos, siendo una herramienta fundamental para la autoridad tributaria, la cual en concreto permite revisar, fiscalizar, sancionar y aplicar de modo correcto las normas correspondientes respecto de reorganizaciones empresariales y afines, donde se constituyen sociedades que no tienen la intención, en la realidad y en la práctica, de desarrollar negocios o giro comercial, pero que se establecen con el único y exclusivo propósito de obtener beneficios tributarios, específicamente los destinados a reducir la carga impositiva u obtener beneficios tributarios que de otra forma, sin mediar las actuaciones irregulares, serían improcedentes.

Así, la referida doctrina dispone respecto de las estructuras con diferentes elementos societarios, que sólo serán admisibles en la medida que tengan un real propósito comercial o económico diferente al de sólo evitar el pago de un impuesto o tener una intención práctica y efectiva de realizar actividades mercantiles, por ello se ha estimado que cuando se comprueba la existencia de una práctica abusiva en dicho sentido, las operaciones implicadas deben ser redefinidas para restablecer la situación a cómo habría sido de no haber existido estas operaciones constitutivas de esta práctica abusiva sin sustancia y sin una razón legítima que la ampare o justifique.

II. OTROS PRECEDENTES A PARTIR DEL CASO INDICADO

a) Los casos Livingstone²:

Estos casos se refieren a la determinación que realizó el tribunal competente respecto de si se debe aplicar la doctrina del “business purpose” en materia de deducciones de intereses en razón de las operaciones realizadas en este sentido, toda vez que se diseñó un sistema mediante el cual, supuestamente, solicitaban préstamos a un acreedor, pero sin que éstos se materializaran realmente, lo cual fue determinado por el tribunal al constatar en los hechos que era imposible que el supuesto acreedor otorgara los créditos en las condiciones pactadas dada su realidad financiera.

De este modo, el tribunal rechazó la deducción de los intereses en base a los siguientes argumentos:

² Precedente del año 1959. Ver en http://www.leagle.com/decision/1959102931cutc998_1931/JULIAN%20v.%20COMMISSIONER

- No existe realmente el préstamo: Dado que el acreedor de los referidos préstamos no estaba en condiciones financieras de otorgarlos, se concluyó que el deudor no los había recibido materialmente y, por lo tanto, no habían intereses que se pudiesen deducir
- No existe una razón de negocios: La deducción de intereses solo se podría autorizar en caso de que la transacción tuviera una legítima razón de negocios y no tuviera sólo por objeto una disminución de la carga tributaria
- No existe efectivamente la transacción: Se simuló una operación que realmente no existía, cuya finalidad era obtener un beneficio tributario como es la deducción de los intereses pagados como gastos.

b) Caso Knetsch v. United States³:

En este precedente, Knetsch tenía un acuerdo comercial con un banco a fin de que éste último le otorgara préstamos a una determinada tasa de interés y luego volver a depositar el dinero en el banco. Cada año, el banco prestaría más y más dinero para poder pagar el mayor interés. Así, todo el dinero prestado por el banco estaba destinado al pago de los intereses pasados y nunca tuvo una finalidad comercial real detrás de los créditos otorgados, lo cual así fue también determinado por el tribunal. A lo anterior, debemos agregar el hecho que dado que hasta esa fecha no había ninguna limitación en la deducción de intereses, Knetsch disminuía lo que debía pagar por concepto de impuestos mediante un aumento no justificado de sus gastos.

En razón de lo anterior, el tribunal determinó que no había sustancia detrás de la deducción de impuestos que pretendía realizar Knetsch, por lo que el pago de intereses era un mero artilugio para evadir las obligaciones fiscales que le correspondían. Bajo esta interpretación los contribuyentes tienen que acreditar fehacientemente ante el tribunal el hecho de que el acto realizado no tiene como único objeto obtener un beneficio tributario.

c) Caso Chisholm v. Commissioner of Internal Revenue⁴:

En este caso el Tribunal de Apelación reconoció la existencia, para efectos fiscales, de una sociedad de personas (partnership) creada por dos hermanos para gestionar la participación de éstos en una corporación ya existente y en operación comercial activa. El problema se planteaba porque el partnership había sido constituido después de que los hermanos entraron en negociaciones para vender su participación en dicha corporación a

³ Precedente del año 1960. Ver en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/364/361/case.html>

⁴ Precedente del año 1935. Ver en <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/79/14/1501050/>

un tercero y la utilización del partnership como vehículo intermediario les permitiría un ahorro fiscal.

El Tribunal estimó que correspondía a un caso de legítima razón de negocios, por cuanto el partnership no fue disuelto tras la operación y se continuó operando con él, estableciendo al efecto que:

- *“La cuestión es siempre si la operación en cuestión es de hecho lo que por su forma parece ser; un matrimonio puede ser una farsa; un contrato puede tener por finalidad únicamente engañar a otros; un convenio puede estar invalidado por un pacto paralelo. En tales casos la operación en su conjunto es distinta de su apariencia. Ciertamente la intención es siempre lo decisivo, y en esta ocasión no necesitamos insistir en la diferencia entre intención y propósito”.*
- *“En el caso en examen el propósito era ciertamente formar una firma duradera que habría que continuar poseyéndose el capital conjunto invirtiéndolo y reinvirtiéndolo. La única posible objeción a esto es la suscitada por el Board [of Tax Appeals], a saber, que el negocio así gestionado no era en absoluto un negocio, que era en realidad el antiguo negocio separado de los hermanos gestionado bajo un disfraz, y que esta era la intención. Nos parece que esto es contrario a las pruebas existentes”.*

De este modo, la importancia de este caso y precedente radica en la aplicación positiva de los principios derivados del caso denominado “Helfering v. Gregory”, toda vez que permite darle sustento y valor real a una corporación cuando ésta tiene un giro comercial efectivo y los actos y acciones que realiza van más allá de obtener un mero beneficio tributario.

d) Caso Lea v. Commissioner of Internal Revenue⁵:

En este precedente los accionistas de una sociedad anónima estaban negociando la venta de sus acciones a un comprador no relacionado. Dentro de los activos de la referida compañía se encontraban una serie de patentes, sin embargo el resto de éstas que completaban los derechos intelectuales e industriales de la compañía, pertenecían a otra empresa que era de propiedad de los mismos accionistas. Por esta razón, el comprador pidió que todas las patentes quedaran en manos de una nueva corporación, a fin de facilitar la venta.

⁵ Precedente del año 1938. Ver en <https://casetext.com/case/lea-v-commissioner-of-internal-revenue>

Una vez materializada la transferencia de las patentes a la nueva corporación, el comprador entonces se dio cuenta de que, si adquiría las acciones de la nueva compañía, el inventor podría retener algunos derechos a las patentes, por lo que requirió que la corporación se disolviera y que las patentes se transfirieran al accionista individual original.

El tribunal consideró que la organización y la disolución de la nueva corporación debe tomarse en consideración y que la distribución de las patentes no debe ser gravada como dividendo, toda vez que la transacción correspondía a una reorganización en el mismo sentido que en el caso de "Helvering v. Gregory", ya que, a pesar de que la nueva corporación duró sólo un corto período de tiempo, se organizó para un fin comercial y se pretendía que funcionara indefinidamente como un holding de las patentes. Puesto que había un propósito comercial para la organización de la nueva compañía y la distribución de sus acciones, "Helvering v. Gregory" no era aplicable, por cuanto lo fundamental es que la sociedad que se haya creado realice actos comerciales efectivos y no sea un mero cascarón para obtener beneficios fiscales, siendo fundamental siempre analizar el fin e intención, en virtud del cual los contribuyentes han accionado al efecto.

e) Caso Wellhouse v. Commissioner of Internal Revenue⁶:

Algunos de los accionistas de una corporación habían incurrido en obligaciones de deuda en relación con la compra de sus acciones en la empresa. Para que pudieran pagar estas obligaciones, la corporación recapitalizó y ofreció intercambiar las acciones preferentes por acciones comunes. Los dos accionistas que tenían las obligaciones de deuda fueron los únicos que aceptaron la oferta de canje. Sin embargo, tras la recepción de las acciones preferentes, inmediatamente se transfieren al acreedor, inhibiéndose así los efectos propios de la recapitalización, otorgándose a dichos accionistas un beneficio tributario al efecto.

El Tribunal Fiscal, en la sentencia, dijo que una recapitalización no era una reorganización, ya que carecía de un objetivo comercial, estableciendo al efecto que:

- *"Bajo la doctrina bien cristalizada de Gregory v. Helvering tiene que haber un propósito de negocios corporativo en la transacción. No encontramos ninguna en los hechos. El único propósito de la operación era permitir a los accionistas*

⁶ Precedente del año 1944. Ver en <https://casetext.com/case/wellhouse-v-commissioner-of-internal-revenue>

individuales de pagar sus deudas, y que no era a fin a la conducta corporativa normal de la empresa”.

En razón de lo anteriormente expuesto, se puede concluir que desde el año 1934, fecha del primer precedente indicado, al día de hoy, la jurisprudencia de USA ha sostenido de modo invariable que bajo la doctrina del business purpose necesariamente debe existir un fin comercial real y efectivo, siendo éste el presupuesto base a partir del cual se debe analizar una determinada operación, para efectos de establecer si la misma va más allá de la mera obtención de un beneficio tributario.

III. ELEMENTOS ESENCIALES DE LA DOCTRINA DE BUSINESS PURPOSE

De los precedentes señalados y revisión de los antecedentes del caso, debemos tener claro y precisar qué se debe entender por la doctrina del business purpose en USA, ante lo cual encontramos ciertos elementos comunes y características esenciales que necesariamente deben estar presente, para efectos de determinar específicamente si una operación o reestructuración societaria se enmarca dentro de los presupuestos y prerrogativas que esta doctrina establece.

a) Acto notoriamente artificioso e impropio cuyo único fin sea el obtener un beneficio tributario:

La característica esencial de una operación o reestructuración societaria enmarcada dentro de una real razón de negocio es que, necesariamente, debe buscar una optimización de los recursos y tratarse de operaciones comerciales efectivas, siempre dentro del marco de la legalidad, teniendo presente las obligaciones que le asisten como contribuyente dentro del ejercicio de su giro.

Así, siempre debe tenerse en cuenta el espíritu de la norma y el objeto de la misma, teniendo presente en todo momento el no traspasar los límites respectivos y que su accionar no sólo vaya con evidentes fines de elusión y perjudicar la recaudación fiscal, toda vez que, en caso de infringir la normativa vigente, necesariamente se debería concluir que estamos ante un acto con fines exclusivamente evasivos en cuanto a las obligaciones que le corresponden, siendo su único y exclusivo fin obtener un beneficio tributario, que de no mediar tal accionar irregular, no tendría derecho a él.

b) Inexistencia de otros efectos relevantes como acción de negocios determinantes fuera del beneficio tributario que se quiere obtener:

Otro elemento esencial para determinar si estamos ante una operación real que desde su origen obedece a una legítima causa o propósito de negocios, es que necesariamente la transacción o reestructuración societaria tenga una verdadera finalidad comercial, dentro del normal ejercicio del giro, claramente determinado y que genere efectos propios y de acuerdo a su naturaleza.

De este modo, nunca podrá haber una razón de negocios si los actos han sido realizados con el exclusivo fin de eludir o evitar el pago de un impuesto y en el hecho nunca haber buscado o pretendido ejercer de forma directa su giro comercial.

Este requisito lo encontramos recogido de forma casi unánime en la doctrina internacional, la cual señala que *“podría considerarse carente de sustancia económica la realización de una serie de operaciones de reestructuración empresarial y la consiguiente reorganización del modo en que se desarrolla una actividad económica si la nueva estructura en nada distase, desde un punto de vista económico⁷”*

c) Necesidad de existir elementos objetivos que sustenten la operación o reestructuración societaria:

Debe siempre verse todo el contexto de la operación, pues nos podemos encontrar ante una situación que, observada individualmente, aparezca como incorrectamente valorada, con la consecuencia de un menor tributo, pero que analizada en su contexto dicha valoración, responda a una legítima justificación y, por tanto, aceptable desde una perspectiva finalista.

En razón de lo precedentemente señalado, debemos tomar en consideración las siguientes situaciones de hecho que digan relación con la operación o reestructuración societaria:

- i. Existencia de dolo o agravante
- ii. Abuso de las formas jurídicas empleadas
- iii. Marco temporal
- iv. Fraude a la Ley

⁷ Sanz Gómez, Rafael Jesús. La lucha de los Estados contra la elusión fiscal en el contexto de la Unión Europea. Pamplona, España. Civitas. 2012, P. 136

d) Intencionalidad o Buena Fe:

En el caso que se realice una operación de reestructuración societaria, siempre debe verificarse la finalidad o intención para la cual ha sido realizada, toda vez que si el único objeto de ésta dice relación con disminuir la carga impositiva, el contribuyente no puede argumentar que ha obrado de buena fe, ya que si la intención fue generar una estructura vacía y sin un giro comercial real, cuyo fin fue evadir o eludir impuestos u obtener un beneficio tributario, se debe necesariamente presumir que se ha actuado de mala fe, desviando la respectiva estructura económica del fin pretendido.

En razón de lo precedentemente señalado, quedan claros los elementos y características esenciales que ha establecido y definido la doctrina del business purpose desarrollada en USA, para efectos de determinar mediante criterios objetivos y de aplicación general cuándo un contribuyente está realizando una operación o transacción con la exclusiva finalidad de evadir impuestos o lograr un beneficio indebido, debiendo todo accionista, socio, administrador, propietario o controlador de una empresa conocer y aplicar cada uno de ellos y sujetarse a las normas que la referida doctrina impone al efecto.

IV. APLICACIÓN EN CHILE DE LA DOCTRINA DEL BUSINESS PURPOSE:

En cuanto a la forma en que está regulado en nuestro país el fondo del contenido de la doctrina del business purpose, debemos de analizar al efecto las normas vigentes, los fallos de los tribunales de justicia, la jurisprudencia administrativa y la doctrina nacional, toda vez que éstas son las fuentes que nos permiten señalar y definir su aplicación en Chile. Para dicho efecto debemos considerar y analizar lo siguiente:

a) Normas Legales⁸:

- i. Ley de Impuesto a la Renta, contenida en el Artículo 1º. del Decreto Ley N°824, publicado con fecha 31 de diciembre de 1974 y sus posteriores modificaciones:

Artículo 38: *“Tratándose de la asignación de acciones o derechos sociales en sociedades constituidas en el país efectuada desde el exterior por la matriz a un establecimiento permanente en el país, el Servicio carecerá de la facultad de*

⁸ Lo subrayado en el texto es nuestro

tasar con tal que dicha asignación obedezca a una legítima razón de negocios, no origine un flujo efectivo de dinero para la matriz y sea efectuada y registrada en la contabilidad del establecimiento permanente al valor contable o tributario en que los activos estaban registrados en ella”.

La norma precedentemente singularizada, asimila los principios y características analizadas respecto de la doctrina del business purpose al término de legítima razón de negocio, sin embargo la norma simplemente procede a enunciar el término legítima razón de negocios, pero en ningún caso lo asume, define o conceptualiza, lo cual conlleva una serie de inconvenientes de orden práctico.

ii. Ley N°20.780, publicada con fecha 29 de Septiembre de 2014:

Incorpora el nuevo Artículo 4º ter al Código Tributario, el cual dispone que: “Es legítima la razonable opción de conductas y alternativas contempladas en la legislación tributaria. En consecuencia, no constituirá abuso la sola circunstancia que el mismo resultado económico o jurídico se pueda obtener con otro u otros actos jurídicos que derivarían en una mayor carga tributaria; o que el acto jurídico escogido, o conjunto de ellos, no genere efecto tributario alguno, o bien los genere de manera reducida o diferida en el tiempo o en menor cuantía, siempre que estos efectos sean consecuencia de la ley tributaria”.

La norma incorporada por la Ley N°20.780, recoge en su esencia los principios y características de la llamada doctrina del business purpose, utilizando nuevamente el término de una razonable conducta para enmarcar la manera en que se debe comportar un contribuyente en materia tributaria.

b) Jurisprudencia administrativa del SII⁹:

i. Circular N°68 del Servicio de Impuestos Internos de 28 de Noviembre de 1996¹⁰:

“Debe tenerse presente, en todo caso, que se entenderá que existe reorganización para los efectos anteriores, cuando sea evidente una legítima

⁹ Lo subrayado en el texto es nuestro

¹⁰ Ver en <http://www.sii.cl/documentos/circulares/1996/68.htm>

razón de negocios que la justifique y no una forma para evitar el pago de impuestos, como puede ser el aporte a una sociedad existente que registra pérdida tributaria y los bienes respectivos fuesen vendidos por ésta última dentro del período de revisión a un mayor valor absorbido por dicha pérdida”

ii. Oficio N° 857 del Servicio de Impuestos Internos de 25 de Abril de 2008¹¹:

“La legítima razón de negocios es una condición que debe ser calificada por este Servicio, con ocasión del ejercicio de sus facultades fiscalizadoras, no correspondiendo en todo caso que este organismo efectúe dicha calificación, por cuanto esta última es una cuestión de hecho que debe ser apreciada en su debida oportunidad, dentro de los plazos que al efecto consagra el artículo 200 del Código Tributario”

c) Jurisprudencia Reciente de la Excm. Corte Suprema¹²:

i. Juicio De Coca-Cola Embonor S.A. con SII (Año 2013)¹³:

En este caso la Corte Suprema determinó que la reorganización societaria y empresarial realizada por Embonor S.A. carecía de una legítima razón de negocios, señalado al efecto que “si bien conforme a la normativa tributario le asistía el derecho de acogerse a los oficios del Servicio de Impuestos Internos, la sentencia impugnada desconoce dicha posibilidad pues considera que el artículo 26 del Código Tributario sólo es aplicable en la medida que exista un cobro retroactivo de impuestos, y porque la contribuyente se habría encontrado de mala fe, ya que su reorganización empresarial no obedeció a una legítima razón de negocio”.

Como se puede apreciar, la Corte Suprema sigue la misma lógica argumentativa expuesta precedentemente, toda vez que toma el concepto de legítima razón de negocios y le otorga un rol preponderante para efectos de la correcta aplicación del Derecho.

ii. Juicio Grupo Key Market con SII (Año 2015):

¹¹ Ver en <http://www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/adminis/2008/renta/ja857.htm>

¹² Lo subrayado en el texto es nuestro

¹³ Ver en <http://www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/judicial/2012/tta/jj2915.htm>

La Corte Suprema dejó sin efecto las sentencias de primera y segunda instancia, señalando que “De esta manera, las actividades, en principio lícitas, tuvieron un fin ilícito, cual es el dotar a los pagos efectuados de un contexto que impidiese su normal tributación, generando una merma en las arcas fiscales que, en este caso, dadas las apariencias que se usaron para encubrir la operación, no resulta admisible”.

Este pronunciamiento de la Corte Suprema reafirma la importancia del concepto de legítima razón de negocios y refuerza el rol fiscalizador del SII respecto de claras conductas evasivas de algunos contribuyentes.

Conclusión:

En virtud de lo expuesto, queda de manifiesto que los conceptos utilizados por nuestra doctrina, disposiciones legales aplicables y jurisprudencia judicial y administrativa en relación al fondo de la doctrina del business purpose, se contiene y expresa de igual forma bajo el concepto de “legítima razón de negocios”, cuyos principios de aplicación general se deducen de lo expresado en los párrafos anteriores y se pueden sintetizar en los siguientes:

- a) Optimización de recursos para la obtención del máximo beneficio dentro del marco legal, teniendo presente las obligaciones que le asisten como contribuyente.
- b) No sobrepasar el sentido y alcance del marco normativo en el cual se encuentra inserto, teniendo en cuenta el espíritu de la norma y el objeto de la misma para encontrarse regulada.
- c) Análisis de la operación en su integridad.
- d) Necesario ejercicio y desarrollo real del giro comercial del contribuyente.
- e) Propósito comercial o económico diferente al de sólo evitar o eludir el pago de un impuesto u obtener un beneficio tributario

A este efecto y dada la finalidad del presente estudio, es necesario tener presente que al mes de Abril del año 2014 se encontraba vigente la Ley N° 20.630, que incorporó los incisos tercero, cuarto, quinto y sexto al número 9 del Artículo 31 de la Ley de Impuesto a la Renta, en donde se definió y reguló por primera vez en nuestra legislación el beneficio del Goodwill en materia tributaria, estableciendo que éste corresponde a la diferencia positiva que se produce al restar del valor total de la inversión realizada en derechos o acciones el capital propio contable de una

sociedad absorbida, diferencial que se podía deducir como Gasto Diferido, pudiendo rebajarse anualmente.

Ahora bien, cuando en Abril de 2014 se inició la tramitación de la Ley N°20.780, Reforma Tributaria, dicho proyecto de Ley no contemplaba de modo específico una modificación al número 9, del artículo 31 de la Ley de Impuesto a la Renta, pero disponía, respecto de otras modificaciones introducidas a dicha norma, que las mismas entrarían a regir a partir del primer día del primer mes posterior al de publicación de la ley. No obstante lo anterior y como consecuencia de la firma del llamado Protocolo de Acuerdo de la Reforma Tributaria de fecha 08 de Julio de 2014, que también se conoció con el nombre de “*Cocina de Zaldivar*”, se introdujo un agregado no considerado dentro del proyecto inicial que dio un nuevo tratamiento tributario al beneficio del Goodwill en cuanto a su aplicación y beneficio efectivo, pero difirió la entrada en vigencia de la norma mencionada, disponiéndose que en los procesos de fusión, en los términos del artículo 31 N° 9 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, que se hubieran iniciado con anterioridad al 01 de Enero de 2015, podrán concluirse hasta el 1 de enero de 2016, ampliación de plazo en más de 12 meses que fue lo que, en definitiva, permitió a Metlife y Principal¹⁴ realizar y dar curso a las operaciones de fusión de Provida y Cuprum respectivamente e invocar tal beneficio tributario con cargo al Fisco de Chile.

Sobre esta materia, hay que tener presente y en consideración que el sentido, alcance y espíritu de esta norma va destinada y dirigida a empresas en normal operación comercial, en pleno ejercicio de su giro, que tienen historia y que desarrollan sus negocios de modo real y efectivo que para optimizar sus procesos y/o potenciar sus negocios se fusionan o unen operaciones comerciales para un mejor posicionamiento en el mercado. A esto el legislador le dio una justa salida y correcta utilización de un beneficio tributario, pero en ningún caso el número 9 del Artículo 31 de la Ley de Impuesto a la Renta autoriza para que de modo artificioso se pretenda obtener el beneficio señalado, mediante el abuso de las formas jurídicas de modo irregular e ilegítimo para con ello, en definitiva, conseguir una disminución de la base impositiva al momento de pagar los impuestos que en Derecho corresponden.

V. GOODWILL CASOS CUPRUM Y PROVIDA: ¿PUEDEN PRINCIPAL Y METLIFE, SOCIEDADES EXTRANJERAS CUYAS MATRICES TIENEN DOMICILIO Y RESIDENCIA EN USA, REALIZAR EN CHILE LO QUE NO LES ES POSIBLE BAJO SU PROPIA LEGISLACIÓN?

¹⁴ Aquí se podría sostener, como algunos señalan, que estamos ante un verdadero traje a la medida. Hasta esta fecha no tenemos conocimiento si existen otras operaciones de esta naturaleza que hayan sido beneficiadas con dicha ampliación de plazo, pero entendemos que no existiría ningún caso de esta magnitud.

a) Caso Cuprum:

El año 2013 Principal Financial Group compró casi la totalidad de las acciones de AFP Cuprum al Grupo Penta, iniciando así Principal Institutional Chile S.A. un proceso de adquisición de acciones que lo llevó a ser el accionista mayoritario de la AFP, controlando el 97% de su propiedad.

El 11 de Septiembre del año 2014 Principal Institutional Chile S.A. decidió fusionarse con AFP Cuprum, comunicando este hecho a la Superintendencia de Pensiones, la cual, con fecha 25 de Septiembre del mismo año, desestimó la fusión dado que la legislación en Chile establece que las AFP sólo pueden fusionarse entre sí y no con empresas de otros rubros o giro comercial.

En razón de lo anterior, Principal Financial Group decidió convertir a Principal Institutional Chile S.A. en AFP Argentum S.A. para, supuestamente, cumplir con los requerimientos impuestos por la legislación chilena y cuyo único objeto fue servir de vehículo instrumental para efectos de realizar la respectiva fusión, solicitando posteriormente con fecha 14 de Noviembre de 2014 el respectivo permiso para que Argentum fuera reconocida como una AFP, el cual fue otorgado el 19 de Diciembre de dicho año. Sin embargo ésta última nunca realizó ningún acto, ni ejerció funciones propias que le corresponden a una AFP.

Así las cosas y producto de lo anterior, Principal Financial Group procedió el 26 de Diciembre de 2014 a solicitar la autorización para fusionar AFP Argentum (constituida como tal sólo una semana antes) con la AFP de su propiedad, esto es AFP Cuprum. La referida fusión fue aprobada tan solo una semana después con fecha 02 de Enero de 2015.

Finalmente, AFP Cuprum informó, en Enero de 2015, a la Superintendencia de Valores y Seguros el Goodwill tributario obtenido, el cual ascendió a la suma aproximada de \$80.000.000.000 con cargo a impuesto por pagar (ahorro de impuestos), o sea, al Fisco de Chile.

b) Caso Provida:

El año 2013 Metlife, a través de su filial Metlife Chile Acquisition Co. S.A. adquirió el 91,38% de las acciones de la AFP Provida. Al igual que en el caso señalado precedentemente, Metlife Chile Acquisition Co. S.A. decidió fusionarse con AFP Provida, para lo cual debió obtener los permisos correspondientes para tener el giro exclusivo de AFP, el cual fue otorgado el 25 de Agosto de 2015, pero éste nunca fue ejercido ni se realizaron actos propios de una AFP, ya que el único fin que tuvo dicha autorización fue para que la referida filial sirviera como vehículo instrumental para efectos de poder realizar la respectiva fusión.

Tras esta aprobación se inició el proceso de fusión entre Metlife Acquisition Co. S.A. y AFP Provida. Esta fusión fue aprobada por la Superintendencia de Pensiones el día 2 de Septiembre de 2015, tan solo una semana después de aprobar a Metlife Acquisition Co. como una AFP del sistema chileno.

Por último, AFP Provida informó en Septiembre de 2015 a la Superintendencia de Valores y Seguros el Goodwill tributario obtenido, el cual ascendió a la suma aproximada de \$180.000.000.000 con cargo a impuesto por pagar (ahorro de impuestos), o sea, al Fisco de Chile.

VI. APLICACIÓN DE LOS ELEMENTOS ESENCIALES DE LA DOCTRINA DE BUSINESS PURPOSE (LEGITIMA RAZÓN DE NEGOCIOS EN CHILE) A LOS CASOS DE CUPRUM Y PROVIDA

Ahora bien, teniendo presente las consideraciones relativas al alcance y sentido de la doctrina del Business Purpose, es necesario aplicar dichos criterios a los hechos objetivos que envuelven los casos de las AFP Cuprum y Provida.

a) Acto notoriamente artificioso e impropio cuyo único fin fue el obtener un beneficio tributario:

Tal como se señaló previamente, una de las características esenciales para determinar si estamos ante una operación o reestructuración que no obedece a una legítima razón de negocios, dice relación con que ésta sea un acto notoriamente artificioso y cuyo fin exclusivo haya sido el obtener beneficios fiscales que en definitiva se traduzcan en último término en una disminución de la base impositiva a la hora de pagar impuestos.

Por lo tanto, al analizar cada uno de los casos en comento y sus características podemos observar que independiente de que estas empresas hayan cumplido o no con los requerimientos solicitados por la Superintendencia de Pensiones, todos sus actos y operaciones societarias en este accionar buscaban como un único y exclusivo fin el obtener beneficios tributarios y pagar menos impuestos. Lo anterior se ve claramente comprobado por el hecho de que con este mecanismo empleado lograron obtener el beneficio que origina el Goodwill y su consecuencial menor pago de impuestos, que no se hubiera obtenido si no fuese porque la reestructuración y fusión de ambas compañías solo se realizó con dicho propósito, siendo carentes de sustancia y contenido las empresas creadas de modo transitorio y utilitario como parte de su supuesto y burdo plan de negocios.

b) Inexistencia de otros efectos relevantes como acción de negocios determinantes fuera del beneficio tributario:

Concordante con lo anterior, es necesario que todos los intervinientes y sociedades y empresas que sean parte de una reestructuración societaria tengan un objeto comercial real y efectivo, no siendo así plausible la utilización de meras sociedades de papel o cascarón, que carezcan de la sustancia y contenido normal y habitual de las empresas que tienen normalmente dentro de su estructura natural de negocios.

Respecto de este punto, existe un claro ejemplo de como las AFP Cuprum y Provida tuvieron en su actuar y forma jurídica empleada una acción que sólo tuvo como objeto obtener beneficios tributarios, toda vez que en ambos casos se crearon supuestas AFP con el solo objeto de cumplir una formalidad, pero jamás estuvo en su planificación ejercer su objeto social y sólo sirvieron como vehículos para materializar las posteriores fusiones que dieron como resultado la obtención de beneficios fiscales que, de otro modo, no se hubiesen logrado materializar.

c) Necesidad de existir elementos objetivos que sustenten la operación o reestructuración societaria:

Finalmente, debemos revisar la operación en su conjunto, considerando cada uno de los elementos de hecho para comprobar, en definitiva, si existe el sustento necesario para

entender y considerar las transacciones realizadas bajo el marco de una legítima reestructuración societaria basada en una razón de negocios.

i. Existencia de dolo o agravante:

Dadas las formas empleadas en los casos en comento debemos concluir que existiría una agravante no menor y que dice relación con que la reestructuración societaria, al haber tomado como única finalidad el obtener beneficios tributarios indebidos, los que de no mediar tal actuación, conforme a la ley, habrían sido cargas efectivas de tributos, quedando en evidencia que se actuó a sabiendas y con conocimiento de lo que se hace, más aun si se sabe que en su propio país de origen tal accionar está prohibido, lo que en concreto los hace haber actuado con dolo.

ii. Abuso de las formas jurídicas empleadas:

Del mismo modo, encontramos que en ambos casos parte de las sociedades involucradas se constituyeron como AFP con el sólo objeto de obtener los beneficios tributarios derivados de la operación, provocando en los hechos que se exceda la finalidad permitida por la Ley respecto de las formas jurídicas, pues estas sociedades nacieron y actuaron no para desarrollar actividades comerciales, si no que su único fin es el obtener ventajas o beneficios tributarios mediante el abuso de las formas jurídicas empleadas, entendiéndose por tal el obtener una ventaja ilegítima al amparo de una forma societaria calificada por el legislador para entidades destinadas a cumplir una finalidad particular en la actividad económica, desnaturalizando o defraudando así el sentido y razón de la Ley.

Del mismo modo, debe tenerse presente que las sociedades involucradas que intervinieron en esta operación son sociedades anónimas especiales que se encuentran sujetas a autorización de existencia por parte de las respectivas Superintendencias del área económica y por ende es el Estado quien les concede la personalidad jurídica, con el objeto preciso que puedan desarrollar el objeto social exclusivo que les autorizan las respectivas legislaciones que regulan mercados de naturaleza reservada, motivo por el cual le son plenamente aplicables las disposiciones sobre la Ley Orgánica de la Superintendencia de

Valores y Seguros, especialmente la letra a) y c) de su Artículo 3° bis, el cual establece el deber jurídico de la referida Superintendencia en orden a colaborar con el Servicio de Impuestos Internos en su rol fiscalizador del cumplimiento de la normativa tributaria¹⁵.

De este modo, se puede concluir que la intención que subyace al incorporar esta disposición en la Ley Orgánica mencionada, es la de contemplar el deber específico de esa Superintendencia, en orden a prestar esa colaboración en los términos referidos, de manera de informar al Servicio de Impuestos internos y en forma oportuna sobre ciertas decisiones de los fiscalizados que pueden tener efectos tributarios y de velar por el cumplimiento de la Ley tributaria, revistiendo así las normas contempladas en la referida Ley Orgánica, el carácter de supletorias en lo que corresponde a las AFP en su condición de sociedades anónimas abiertas¹⁶, teniendo plena aplicación las normas y principios contenidas en ella, como a su vez las obligaciones y deberes que le competen a la Superintendencia de Valores y Seguros respecto de ellas.

iii. Marco temporal:

Analizando cada una de las operaciones realizadas por las respectivas AFP, claramente podemos observar que no existe un marco temporal que permita concluir que estamos ante una reestructuración empresarial que obedezca a una legítima razón de negocios, por cuanto ambas fusiones se materializaron solo una semana después de que las compañías fueran aceptadas como AFP para luego producir la fusión, no siendo así posible concluir que dicha operación se realizó entre empresas que realizaban sus respectivos objetos de negocios, que tenían un funcionamiento real en el mercado de pensiones y que contaban con activos, funciones y personal asociados a un verdadero ejercicio de su giro.

iv. Fraude a la Ley:

En materia tributaria, el fraude a la Ley es asimilable a la evasión o elusión fiscal. Así, mediante las operaciones realizadas, en virtud de las cuales se utilizaron diferentes personas jurídicas con el único objeto de obtener un beneficio

¹⁵ El Artículo 3° bis de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores y Seguros fue agregado por la Ley N° 20.780.

¹⁶ No olvidar que AFP Cuprum en Enero de 2015 y AFP Provida en Septiembre de 2015 informaron como hecho esencial a la Superintendencia de Valores y Seguros el Goodwill obtenido con la operación de fusión.

tributario, queda de manifiesto el hecho que estamos ante un claro ejemplo de fraude a la ley, toda vez que el Goodwill y el ahorro en materia de impuestos se obtuvo mediante el abuso jurídico de las formas, forzando así los efectos propios que le correspondían a la operación, enmarcándola de esta manera fuera de lo que se considera como legítima razón de negocios.

d) Intencionalidad o Buena Fe

Dadas las estructuras construidas para el solo efecto de obtener un beneficio fiscal realizadas por ambas AFP, empleando al efecto meros cascarones jurídicos sin un giro comercial efectivo y real, que nunca tuvieron como fin desarrollar giro comercial alguno, debe necesariamente presumirse que su comportamiento no está cubierto por la buena fe, dado que su único y exclusivo objetivo ha sido obtener indebidamente un beneficio tributario.

VII. CONCLUSIÓN:

En razón de lo precedentemente señalado, queda de manifiesto que aunque se ha tratado de justificar y dar argumentos para dar validez a los actos y procedimientos referentes a las fusiones por absorción de la AFP Cuprum y Provida, que según algunos estarían dentro de una legítima planificación tributaria o de una economía de opción, las referidas reestructuraciones societarias no se enmarcan dentro de una correcta interpretación armónica y sistematizada de la Ley y, en especial, de la regulación tributaria vigente, ni de una debida aplicación de los Principios Generales de Derecho, ni tampoco tienen el carácter de haberse realizado por una legítima razón de negocios, siendo este último concepto de especial importancia, toda vez que no cabe duda alguna que no existiendo ésta, ningún acto, planificación o proceso puede tener valor en materia tributaria, no siendo posible desarrollar o implementar tales actos si sólo tuvieran como único objeto el eludir, evitar u obtener un beneficio tributario sin ser legítimo titular de ello, los que de no mediar tal actuación, conforme a la Ley, no podrían haber sido obtenidos.

Así, a la luz de lo expuesto, podemos concluir que en los casos de las AFP Cuprum y Provida queda de manifiesto que no hay ni ha habido una legítima razón de negocios que ampare tales operaciones de fusión realizadas por éstos, debiendo tener especial consideración que quienes materialmente planificaron esta operación lo hicieron sabiendo de modo cierto que bajo la regulación tributaria del país de su matriz, esto es USA, no podrían haber realizado estas operaciones aquí ejecutadas, con abierta ilegitimidad y sin sustento legal tributario conforme a la ley chilena.

Santiago, 17 de Octubre de 2016

Alfredo Ugarte Soto
Abogado

Juan Ignacio García Villar
Abogado