



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE POSTGRADO

RÉGIMEN JURÍDICO Y EFECTOS TRIBUTARIOS DE LA FUSIÓN INTERNACIONAL
DE SOCIEDADES ANÓNIMAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

MONTSERRAT DIEZ VIDAL

TESIS PARA OPTAR AL TÍTULO DE MAGÍSTER EN DERECHO CON MENCIÓN EN
DERECHO TRIBUTARIO

PROFESOR GUÍA:

ASTRID SCHUDECK DÍAZ

SANTIAGO DE CHILE

JUNIO 2018

Tabla de contenido

Introducción	7
Capítulo I. Tratamiento tributario en caso de fusión de sociedades en Chile ...	12
I. Efectos tributarios respecto de los accionistas	15
II. Efectos tributarios respecto de las sociedades fusionadas	17
III. Derechos personalísimos.....	27
i. Depreciación acelerada	28
ii. Pérdidas tributarias	28
iii. Créditos fiscales	29
iv. Saldo Acumulado de Créditos	30
v. Pago voluntario de Impuesto de Primera Categoría	30
IV. Facultad de tasación del Servicio de Impuestos Internos	31
V. Imputación de pérdidas tributarias a partir del año 2017	36
VI. Tratamiento tributario de la diferencia que se produce entre el valor tributario de la inversión y el capital propio tributario de la sociedad que resulta absorbida (<i>Goodwill</i> o <i>Badwill</i> tributario)	41
i. <i>Goodwill</i> tributario	42
ii. <i>Badwill</i> tributario	43
VII. Patente municipal	43
VIII. Temas administrativos	44
Capítulo II. Reconocimiento jurídico y viabilidad de la fusión internacional en el ordenamiento jurídico chileno	46

I.	Principio de territorialidad de la ley. Aplicación de la norma chilena en fusiones internacionales	46
II.	Reconocimiento normativo de la fusión internacional	52
III.	Reconocimiento doctrinario en Chile de la fusión internacional	57
IV.	Reconocimiento administrativo de la fusión internacional	61
i.	Jurisprudencia administrativa de la Superintendencia de Valores y Seguros	62
ii.	Jurisprudencia administrativa de la Servicio de Impuestos Internos	63
Capítulo III. Fusión internacional. Reconocimiento jurídico y efectos tributarios de la fusión entre dos sociedades extranjeras propietarias de sociedades en Chile		83
I.	Adquisición directa de activos subyacentes chilenos	83
II.	Adquisición indirecta de activos subyacentes chilenos	91
i.	Enajenación indirecta de activos subyacentes	91
ii.	Fusión Inversa	96
iii.	Normas de reorganización empresarial	104
Capítulo IV. Fusión <i>Cross-border</i> . Reconocimiento jurídico y efectos tributarios de la fusión entre una sociedad chilena con una sociedad extranjera		107
I.	Sociedad chilena absorbe a una sociedad extranjera	107
i.	<i>Goodwill</i> o <i>Badwill</i> tributario	110
ii.	Reconocimiento de utilidades retenidas a nivel de la absorbida ...	116
iii.	Normas de costo tributario y de capital propio tributario	117
iv.	Normas de reorganización empresarial	119
II.	Sociedad extranjera absorbe a una sociedad chilena	122

i.	Disolución de la sociedad chilena absorbida	124
ii.	Término de giro y utilidades retenidas a nivel de las sociedad absorbida.....	125
iii.	Normas de reorganización empresarial	137
iv.	Casos en pronunciamientos del Servicio de Impuestos Internos. Fusión entre una agencia en Chile de una sociedad extranjera que absorbe a una sociedad chilena	141
Capítulo V. Aplicación de la Norma General Anti Elusiva chilena a fusiones internacionales		145
Conclusiones		149
Bibliografía		152

RESUMEN

A diferencia de lo que ocurre en otras jurisprudencias, en Chile la ley no regula las reorganizaciones que implican la fusión de una entidad chilena con una extranjera, o a su vez, una fusión en el extranjero de sociedades propietarias de entidades chilenas. Cabe entonces preguntarse si jurídicamente es posible efectuar este tipo de reorganizaciones y si producen algún efecto tributario en nuestro país.

En términos generales, el derecho común chileno, esto es, el Código Civil preceptúa que es posible que un contrato otorgado en el exterior produzca efectos en Chile, siempre y cuando tales efectos se adecúen a las normas nacionales.

Por lo tanto, podría ser posible que una sociedad extranjera y una sociedad chilena acuerden su fusión, observando cada una las formalidades propias de sus respectivos países.

En términos generales, jurídicamente se producirá la fusión si se trata de un proceso de fusión en los términos señalados por el artículo 99 de la Ley de Sociedades Anónimas.

En cuanto a los efectos tributarios de un proceso de fusión internacional, la ley interna no lo regula. Sin embargo, el Servicio de Impuestos Internos en diversos pronunciamientos ha sostenido que estas operaciones producen efectos tributarios en Chile.

INTRODUCCIÓN

En el contexto de una economía globalizada, en que intervienen grandes grupos de empresas multinacionales, son cada vez más común las reorganizaciones empresariales que involucran distintas jurisdicciones.

En este sentido, el presente trabajo se centrará en identificar los aspectos relevantes sobre el tratamiento jurídico y tributario que se le aplica en Chile a las fusiones internacionales (para efectos de este trabajo utilizaremos el término fusión internacional tanto para referirnos a la fusión internacional per se, esto es, la fusión de sociedades extranjeras que son propietarias de activos subyacentes chilenos, o a la fusión *cross-border*, esto es la fusión de una sociedad chilena con una extranjera). Primeramente nos centraremos en identificar cuáles son los efectos tributarios de una fusión en Chile, para luego abarcar lo que dice relación

con la aplicación de la norma chilena a reorganizaciones llevadas a cabo fuera del territorio de Chile y el reconocimiento de sus efectos en el país.

Lo anterior será analizado específicamente para el caso de fusión de sociedades extranjeras que tienen activos situados en Chile (principalmente sociedades), en particular respecto de los efectos jurídicos y tributarios aplicables a la misma cuando existen activos subyacentes que son directa o indirectamente enajenados como consecuencia de la fusión, abarcando aspectos tales como costo tributario, tasación, aplicación de normas de reorganización indirecta, entre otros.

Por otro lado, este trabajo también tiene como objetivo establecer el tratamiento tributario de la fusión entre sociedades chilenas con sociedades extranjeras, toda vez que en Chile la ley no regula las reorganizaciones denominadas “*cross-border*”. Por lo anterior, es relevante aclarar si jurídicamente es posible efectuar este tipo de reorganizaciones y, en caso que sea posible, que efectos tributarios generan en nuestro país. En particular, analizar la aplicación de la norma local a fusiones en que una sociedad chilena absorbe a una sociedad extranjera, y su impacto en el costo tributario de las acciones u otros activos que se adquieren (i.e. *Goodwill* o *Badwill* tributario, normas de reorganización

empresarial, facultad de tasación de la operación por parte del Servicio de Impuestos Internos, entre otros).

Adicionalmente, analizaremos la incidencia en este tipo de reorganizaciones de la reciente Norma General Anti Elusiva chilena y su potencial aplicación para estructuras que involucren una fusión internacional (o *cross-border* en su caso) de sociedades que de manera directa o indirecta implica la enajenación de activos chilenos.

Si bien estas operaciones han sido reguladas por varias jurisdicciones, tales como la comunidad europea y Estados Unidos, nuestro ordenamiento jurídico no regula las reorganizaciones que implican la fusión o absorción de una entidad chilena con una extranjera, como tampoco reconoce expresamente los efectos de una fusión de sociedades extranjeras que mantienen activos subyacentes chilenos. No pudiendo estar ajenos a la creciente tendencia de realizar estos tipos de figuras, cabe estudiar la situación de las operaciones internacionales de fusión de sociedades desde la perspectiva del ordenamiento jurídico chileno y determinar si en efecto, bajo la normativa actual vigente en Chile, tales operaciones son posibles, bajo qué modalidades y si producen algún efecto tributario a nivel local.

En términos generales nuestra legislación instauro como principio general la igualdad entre nacionales y extranjeros¹, reconociendo además la posibilidad que un contrato otorgado en el exterior produzca efectos en Chile², siempre y cuando tales contratos se arreglen a las normas nacionales. En este sentido, creemos que sería posible que una sociedad extranjera y una chilena acuerden su fusión, observando las formalidades y efectos propios de sus respectivos países. Sin perjuicio de lo anterior, no existe regulación alguna que determine cuáles serían específicamente los efectos tributarios de dicha operación. No obstante, el Servicio de Impuestos Internos (“SII”) se ha pronunciado sobre el tema y ha sentado un criterio respecto a su viabilidad para efectos tributarios en Chile. Con todo, existen diversas interrogantes en cuanto a los efectos tributarios particulares que una fusión internacional podría tener en Chile. Así, para el caso de que una sociedad extranjera absorba a una filial chilena, cabe preguntarse si podría generarse *Goodwill* tributario, distribuible entre los activos no monetarios recibidos de la sociedad absorbida o, por otro lado, si una sociedad chilena es absorbida, si se le deberá efectuar un término de giro completo, si sería posible

¹ Código Civil, Artículo 57: La ley no reconoce diferencias entre el chileno y el extranjero en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que regla este Código.

² Código Civil, Artículo 16: Los bienes situados en Chile están sujetos a las leyes chilenas, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Chile.

Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos otorgados válidamente en país extraño.

Pero los efectos de los contratos otorgados en país extraño para cumplirse en Chile, se arreglarán a las leyes chilenas.

acogerse a normas sobre reorganización empresarial, dentro de otras interrogantes más.

Teniendo en cuenta las consideraciones precedentes, estimamos relevante estudiar la viabilidad de una fusión internacional en Chile y cuáles serían los efectos tributarios de esta.

CAPÍTULO I

TRATAMIENTO TRIBUTARIO EN CASO DE FUSIÓN DE SOCIEDADES EN CHILE

De acuerdo con la Ley sobre Sociedades Anónimas (“LSA”) y la legislación tributaria, en términos generales y relacionado directamente con la transacción que se analiza, la fusión consiste en la reunión de dos o más sociedades en una sola que la sucede en todos sus derechos y obligaciones, y a la cual se incorporan la totalidad del patrimonio y accionistas de los entes fusionados³.

Existen tres alternativas de fusión de sociedades: Las fusiones propias, esto es, (i) Fusión por creación, (ii) Fusión por incorporación; y la fusión por consolidación de acciones o impropia.

³ Ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas, Artículo 99 inciso primero.

Fusión por creación⁴ es aquella en que el activo y el pasivo de dos o más sociedades que se disuelven, se aportan a una nueva sociedad que se constituye⁵. En este caso, por un lado, se requiere la extinción de todas las sociedades que intervienen en la fusión y, por otro, la creación de una o más sociedades en las cuales se incorporará la totalidad de los patrimonios y accionistas o socios de las sociedades que desaparecen⁶.

Fusión por incorporación es aquella que ocurre mediando la voluntad de las respectivas juntas de accionistas quienes deciden que el patrimonio de una de ellas se incorpore al de la otra desapareciendo la primera⁷. Importa observar en este tipo de fusiones, que la junta de accionistas deberá aprobar el aumento de capital en la sociedad absorbente, por el cual se emitirán acciones de canje a los accionistas de la sociedad que desaparece con motivo de la fusión y que se incorporan a la absorbente.

Fusión impropia es aquella en que una de las sociedades adquiere el 100% de las acciones de otra, la que luego de transcurridos 10 días se disuelve por el

⁴ SII, Oficio N° 6348 de 2003; SII, Circular N° 49 de 2016, p. 108.

⁵ Ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas, Artículo 99 inciso segundo.

⁶ FAUNDEZ UGALDE, A. 2012. Reorganización Empresarial, Derecho Tributario y Tributación Interna. Santiago, Editorial Legal Publishing. 185p.

⁷ Ley N° 18.046, de Sociedades Anónimas, Artículo 99 inciso tercero.

ministerio de la ley, pasando su patrimonio a ser parte del patrimonio de la primera⁸.

Por otro lado, desde una perspectiva tributaria, el SII ha señalado que para los efectos de la aplicación de lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 64 del Código Tributario ("CT"), se entenderá el término fusión según las definiciones establecidas en el artículo 99 de la LSA, por lo que podemos concluir que para todo efecto tributario, fusión será entendida en los términos ya señalados anteriormente⁹.

⁸ Ley N° 18.046, de Sociedades Anónimas, Artículo 103 N° 2.

⁹ SII Circular N° 45 de 2001: "b.5) Para los efectos de la aplicación de lo dispuesto en el nuevo inciso cuarto del artículo 64 del Código Tributario, se entiende por las figuras jurídicas que indica la citada disposición lo siguiente, de acuerdo a lo establecido en la Ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas:...

Artículo 99.- La fusión consiste en la reunión de dos o más sociedades en una sola que las sucede en todos sus derechos y obligaciones, y a la cual se incorporan la totalidad del patrimonio y accionistas de los entes fusionados.

Hay fusión por creación, cuando el activo y pasivo de dos o más sociedades que se disuelven, se aporta a una nueva sociedad que se constituye.

Hay fusión por incorporación, cuando una o más sociedades que se disuelven, son absorbidas por una sociedad ya existente, la que adquiere todos sus activos y pasivos.

En estos casos, no procederá la liquidación de las sociedades fusionadas o absorbidas.

Aprobados en junta general los balances auditados y los informes periciales que procedieren de las sociedades objeto de la fusión y los estatutos de la sociedad creada o de la absorbente, en su caso, el directorio de ésta deberá distribuir directamente las nuevas acciones entre los accionistas de aquéllas, en la proporción correspondiente."

Por regla general es posible señalar que de acuerdo a la normativa chilena, la fusión de dos sociedades es neutra desde una perspectiva tributaria. A continuación examinaremos los principales aspectos de esta neutralidad tributaria.

I. Efectos tributarios respecto de los accionistas

El SII ha sido consistente en señalar que respecto de los accionistas de la sociedad que resulta absorbida, las nuevas acciones emitidas por la sociedad absorbente por medio de la relación de canje mantienen el mismo costo tributario¹⁰ y fecha de adquisición¹¹ que tenían las acciones canjeadas.

Sin perjuicio de lo anterior, la fecha de adquisición de los activos que se reciben con motivo de la fusión desde la sociedad absorbida, como podrían ser las acciones en filiales, se perderá, toda vez que estos activos se entenderán adquiridos por la sociedad absorbente en la fecha de la fusión¹². Lo anterior, toda vez que se debe considerar la fecha en que se produce la tradición de las

¹⁰ SII Oficio N° 664 de 2007 y 407 de 2008.

¹¹ SII Oficio N° 741 de 2002 y 856 de 2008.

¹² La tradición es definida en nuestro Código Civil, en el artículo 670, como "...un modo de adquirir el dominio de las cosas y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo."

acciones poseídas como activos por la o las sociedades absorbidas a la nueva sociedad que se crea o a la sociedad absorbente, toda vez que este es el modo por el cual dichas sociedades adquirirán el dominio de dichas acciones.

En el caso de la fusión por creación, la adquisición por la nueva sociedad de las acciones poseídas por las sociedades que se fusionan, se verifica por la escritura de constitución de la nueva sociedad, la que constituye el título traslativo de dominio.

En caso de la fusión por incorporación, se produce la absorción, por una sociedad ya existente, de una o más sociedades que se disuelven, donde se produce la modificación en el capital de la sociedad absorbente, siendo necesario que la escritura de fusión que modifica el capital sea inscrita y publicada en los términos de la LSA, correspondiendo la fecha de adquisición de las acciones de las que era propietaria la sociedad absorbida, a la fecha de la escritura de fusión de las sociedades¹³.

¹³ SII, Oficio N° 4118 de 1994.

II. Efectos tributarios respecto de las sociedades fusionadas

i. Elección del régimen tributario

A partir del año 2017 comenzaron a regir los nuevos regímenes tributarios.

Por un lado nos encontramos con el Régimen Semi-Integrado, mediante el cual los contribuyentes finales tributan en base retirada. La tasa de Impuesto de Primera Categoría (“IDPC”) fue gradualmente aumentando, desde para 25,5% para el año 2017, y de un 27% del año 2018 en adelante.

El contribuyente final paga el Impuesto Global Complementario (tasa progresiva) o Impuesto Adicional (tasa de 35%), con derecho a un 65% del crédito por el IDPC pagado, debiendo restituir el 35% del crédito utilizado, lo que lleva a una tasa efectiva de hasta 44,45%;¹⁴ y,

¹⁴ No se encuentran sujetos a esta restitución aquellos contribuyentes domiciliados en países con los que Chile mantenga vigente un Convenio para Evitar la Doble Tributación. Aquellos que se encuentren domiciliados en países con los cuales Chile ha firmado un Convenio pero no se encuentre aún vigente se encontrarán eximidos de esta restitución hasta el 1° de enero de 2021. Para estos contribuyentes la tasa efectiva será 35%.

Por otro lado está el Régimen Atribuido, en el que los contribuyentes al final del ejercicio tributario deberán atribuir a sus socios finales (contribuyentes de Impuesto Global Complementario o Impuesto Adicional) las rentas generadas, recibidas y atribuidas durante el ejercicio.

La elección del régimen tributario al que estará afecta la sociedad que se crea o subsiste, va a depender del tipo de fusión de que se trate.

- Fusión por creación: En este tipo de fusión, la sociedad que se constituye puede optar por el régimen al que quedará sujeta a partir de la fecha de fusión, independientemente del régimen al que hayan estado sujetas las sociedades que se disuelven, debiendo cumplir los requisitos y formalidades establecidos en los incisos 2° al 6° del artículo 14 de la Ley sobre Impuesto a la Renta (“LIR”)¹⁵. La sociedad que se crea deberá permanecer en el régimen electo a lo menos por 5 años comerciales consecutivos¹⁶, contados desde el ejercicio comercial de su constitución.

- Fusión por incorporación o impropia: En las fusiones por incorporación o impropia, la sociedad que subsiste en la fusión por incorporación o la sociedad en la que se reúne el total de los derechos o

¹⁵ Requisitos para acceder a los regímenes tributarios y plazos.

¹⁶ Para efectos de computar dicho plazo, no se agregará el plazo que ya hubiere corrido a favor de las sociedades disueltas que se encontraban acogidas al mismo régimen de tributación.

acciones, deberán mantenerse en el régimen de tributación al que se encontraba sujeta a la fecha de fusión, debiendo permanecer en él, a lo menos por 5 años comerciales consecutivos¹⁷, contados desde su incorporación a dicho régimen, período después del cual podrá optar por cambiar de régimen de tributación.

- ii. Registro y control de las rentas o cantidades acumuladas a la fecha de fusión

A partir del año comercial 2017, la sociedad absorbente deberá mantener el registro y control de las cantidades anotadas en los registros de Rentas Afectas a Impuestos (“RAI”), Fondo de Utilidades Financieras (“FUF”), Rentas no afectas y exentas (“REX”) y Saldo Acumulado de Créditos (“SAC”), que provengan de la sociedad absorbida, según sus remanentes después de las imputaciones que correspondan efectuar al término del ejercicio comercial en que esta última cesó sus actividades producto de la fusión.

¹⁷ Para efectos de computar dicho plazo, no se considerará el plazo que ya hubiere transcurrido en favor de las sociedades disueltas que se encontraban acogidas al mismo régimen de tributación.

Dichas cantidades en conjunto con las rentas o cantidades de similar naturaleza provenientes de las demás empresas o sociedades fusionadas, formarán parte del saldo inicial de cada uno de los referidos registros que deberá llevar la nueva empresa o sociedad, a partir de la fecha de la fusión¹⁸.

Por lo tanto, los saldos de rentas o cantidades acumuladas que se determinen en la sociedad que se disuelve con motivo de la fusión, luego de todas las imputaciones que procedan en la misma oportunidad, se entienden traspasados a la sociedad absorbente, la que deberá reclasificar dichas rentas o cantidades dependiendo de su naturaleza, en los registros que correspondan según el régimen tributario al que se encuentren afectos tanto la sociedad absorbente como la absorbida, registros que se deberán llevar por la sociedad absorbida a partir del ejercicio comercial en que ha ocurrido la fusión.

En este sentido, para efectos prácticos, vamos a distinguir:

A. Sociedad absorbente se encuentre afecta al Régimen Semi-Integrado (con imputación parcial de créditos):

¹⁸ SII, Circular N° 49 de 2016.

a. Sociedad absorbida se encuentra afecta al régimen de Renta

Atribuida:

Los remanentes de utilidades anotadas en el registro de Rentas Atribuidas Propias (“RAP”) y REX, formarán parte del saldo inicial del registro REX; el remanente de FUF, formará parte del saldo inicial FUF de la absorbente; el remanente del registro SAC, se reclasificará en la sociedad absorbente como registro SAC por créditos que no están sujetos a la obligación de restitución¹⁹.

b. Sociedad absorbida se encuentra afecta al Régimen Semi-integrado:

La sociedad absorbente deberá mantener el registro y control de las cantidades anotadas en los registros RAI, FUF, REX y SAC, que provengan de la sociedad disuelta, según sus remanentes después de las imputaciones que corresponda efectuar al término del ejercicio comercial en que esta última cesó sus actividades producto de la fusión, las que en conjunto formarán parte del saldo

¹⁹ LIR, Artículo 14, letra B), N°2, letra d) numeral i): “i) El saldo acumulado de crédito que no está sujeto a la obligación de restitución corresponderá a la suma del monto del impuesto de primera categoría que tiene dicha calidad y resulta asignado a los retiros, dividendos o participaciones afectos a los impuestos global complementario o adicional, que perciba de otras empresas o sociedades sujetas a las disposiciones de la letra B) de este artículo, cuando éstas no resulten absorbidas por pérdidas.”

inicial de cada uno de los referidos registros que deberá llevar la sociedad continuadora a partir de la fecha de la fusión.

B. Sociedad absorbente se encuentre afecta al Régimen Atribuido:

a. Sociedad absorbida se encuentra afecta al Régimen de Renta Atribuida:

La sociedad continuadora, deberá mantener el registro y control de las cantidades anotadas en los registros RAP, FUF, REX, y SAC, que provengan de la sociedad disuelta, según sus remanentes después de las imputaciones que corresponda efectuar al término del ejercicio comercial en que esta última cesó sus actividades con motivo de la fusión en sus propios registros, las que formarán parte del saldo inicial de cada uno de los referidos registros que deberá llevar la sociedad continuadora, a partir de la fecha de la fusión.

b. Sociedad absorbida se encuentra afecta al Régimen Semi-integrado:

(i) En primer lugar, la sociedad absorbida deberá realizar término de giro y aplicar las reglas contenidas en el artículo 38 bis, N°2 de la LIR, gravándose las rentas o cantidades

acumuladas con 35%, el que deberá incorporarse como parte del SAC que debe llevar la sociedad continuadora.

En todos los demás casos, la LIR permite que la sociedad absorbida realice un término de giro simplificado, ya que se entiende que los procesos de fusión responden a una continuidad por medio de la sociedad absorbente (o de la continuadora). Dicho principio de continuidad se ve respaldado legalmente por la LSA, en las respectivas definiciones de fusión, haciendo referencia a que se traspasa la totalidad del patrimonio o la totalidad de los activos y pasivos. Esto también ha sido señalado por la Superintendencia de Valores y Seguros (“SVS”) (hoy Comisión para el Mercado Financiero, CMF), mediante Oficios N° 741 de 2002 y N° 791 de 2002, expresando que en caso de fusiones existe una “...transmisión de relaciones jurídicas activas y pasivas, con solución de continuidad manifestada en la distribución o canje de nuevos títulos accionarios, acordada por los accionistas de las sociedades respectivas ellas son representativas de los mismos derechos, materializados en instrumentos distintos. Dicho de otra manera, el canje propio de estas operaciones no es más

que un acto material que no debe alterar los derechos sociales de los títulos que representa”.

Estimamos que la LIR al compeler al término de giro de la sociedad absorbida y al correspondiente pago de impuestos sobre las cantidades acumuladas, estaría quebrantando dicha continuidad inherente a toda fusión.

(ii) Por último, el remanente de utilidades anotadas en el FUF, formará parte inicial del registro FUF de la sociedad continuadora, y las rentas o cantidades acumuladas en el registro REX, pasarán a formar parte del registro REX de la sociedad continuadora.

Estimamos que, independiente del tipo de fusión de que se trate (ya sea fusión por creación, por incorporación o impropia), todos los saldos de las sociedades absorbidas que se registren al momento de la fusión, son meros controles que no son definitivos si no que hasta el 31 de diciembre del respectivo año, si no que pasan a formar parte inicial de los respectivos registros de la sociedad que se crea o subsiste.

Lo anterior toda vez que con la reforma tributaria, se incluye un cálculo de registros en base a saldos iniciales y saldos finales, en los que la LIR exige que se registren solo los saldos positivos²⁰, pudiendo distribuir como retiros definitivos (en caso de las sociedades bajo el Régimen Semi-integrado) solo hasta el remanente del ejercicio anterior, y el saldo será considerado como provisorio hasta el término del ejercicio respectivo²¹.

En el mismo sentido el SII, a través de la Circular N° 49 del 2016²², ha exigido que para el caso de fusiones, las sociedades que se crean (fusión por creación) o subsisten (fusión por incorporación o impropia) se mantenga solo “control” de las cantidades que se reciben de las sociedades disueltas, señalando que la sociedad absorbente deberá mantener el control de tales cantidades

²⁰ Por ejemplo, el registro RAI se calcula por la diferencia positiva que se determine al término del año comercial, entre el valor positivo del capital propio tributario; con el saldo positivo REX; con el capital aportado efectivamente más sus respectivos aumentos y disminuciones (Artículo 14, letra B), número 2, letra a)).

²¹ LIR, Artículo 14 letra B), número 3, inciso 5: “Si de la imputación de retiros, remesas o distribuciones resultare una diferencia no imputada al remanente del ejercicio anterior de las cantidades señaladas, éstos se considerarán como provisorios, imputándose a las rentas o cantidades que se determinen al término del ejercicio respectivo”.

²² SII, Circular 49 de 2016, p. 108 y 115: “...la empresa o sociedad que se constituye, deberá mantener el registro y control de las cantidades anotadas en los registros RAP, FUF, REX, y SAC, que provengan de la empresa o sociedad disuelta...”

provenientes de la sociedad absorbida, incluso para el caso de la fusión por creación²³.

Por lo anterior, entendemos que estas cantidades solo serán definitivas al momento del cálculo del saldo final de la sociedad continuadora al término del ejercicio comercial del año de la fusión.

Lo anterior podría tener efecto en cuanto a temas de disminuciones de capital y dividendos provisorios, lo que en base a nuestra opinión, no podrían realizarse contabilizando las cantidades recibidas con motivo a la fusión, sino hasta el final del ejercicio.

iii. Facultad de tasación

El SII carecerá de la facultad de tasar los bienes asignados producto de la fusión en la sociedad absorbente, siempre que las sociedades que reciben dichos activos y pasivos en sus registros contables deben mantener registrado en forma separada su valor tributario de las referidas partidas.

²³ SALORT S., V. 2017. Reorganizaciones Empresariales, Normas Tributarias en los nuevos regímenes de tributación. Santiago, Editorial Edig. 174p y 202p.

iv. Término de giro simplificado

En relación con los impuestos que pueda adeudar la sociedad que resulta absorbida, el CT en el artículo 69 previene que, si la sociedad absorbente asume solidariamente, en la escritura de fusión, todas las obligaciones tributarias de la sociedad que se disuelve, entonces esta última no deberá efectuar el trámite de término de giro completo²⁴.

III. Derechos personalísimos

Los derechos personalísimos son aquellos que no se pueden transferir ni transmitir de una persona a otra, por lo tanto, son inalienables, intransferibles, imprescriptibles e irrenunciables.

²⁴ De acuerdo a lo establecido en el artículo 69 del Código Tributario, no será necesario dar aviso de término de giro en los casos de "...fusión de sociedades, cuando la sociedad que se crea o subsista se haga responsable de todos los impuestos que se adeudaren por la sociedad aportante o fusionada, en la correspondiente escritura de aporte o fusión". Por lo tanto, en caso de fusión de sociedad, el término de giro puede efectuarse como un término de giro simplificado, en el que la sociedad absorbida solo debe informar al SII el término de sus actividades, proceso en el que se disminuye significativamente el alcance de las pruebas de revisión que aplica el organismo fiscalizador, sobre la base de que, si existen diferencias de impuesto que en el futuro sean determinadas, ellas serán cobradas a la sociedad continuadora.

Respecto de la fusión, el SII considera que ciertos derechos o atributos tributarios no pueden ser traspasados al patrimonio de otra sociedad, siendo sólo posible su uso o beneficio respecto de la sociedad que los originó.

Así a modo de ejemplo, dentro de tales derechos personalísimos encontramos los siguientes:

i. Depreciación acelerada: la fusión lleva consigo el cambio de titular de los bienes que pertenecían a las sociedades disueltas, los que se integran y confunden en el patrimonio de la sociedad que se crea o de la sociedad absorbente. Por lo tanto, no subsiste el beneficio de la depreciación acelerada respecto de los bienes físicos del activo inmovilizado que se traspasen a las sociedades subsistentes o a las que nazcan producto de la fusión, ya que ellos pierden su calidad de bienes nuevos para los efectos de impetrar dicha franquicia tributaria²⁵.

ii. Pérdidas Tributarias: Las pérdidas tributarias al ser consideradas como un beneficio personalísimo, según las reglas del SII, no pueden ser transferidas a la sociedad subsistente en la fusión²⁶.

²⁵ SII, Oficio N° 6348 de 12 de diciembre de 2003.

²⁶ SII, Oficio N° 3528 de 15 de septiembre de 2005.

iii. Créditos fiscales: En cuanto a los saldos de crédito fiscal del impuesto al valor agregado que hayan quedado a favor de la empresa absorbida en un proceso de fusión, sólo podrán ser utilizados por el contribuyente que los generó, esto es por la empresa absorbida, extinguiéndose su derecho a tales remanentes a nivel de la sociedad absorbente al momento de su disolución, por el efecto del término de su giro²⁷.

Sin perjuicio de lo anterior, en caso que al término de giro de la sociedad absorbida, esta registre saldos de crédito fiscal de Impuesto al Valor Agregado (“IVA”) podrá imputarlos a los débitos fiscales registrados en ese momento, o en su defecto al pago del IDPC que adeudare por el último ejercicio²⁸. Lo anterior implica que estos serán usados por el mismo contribuyente, y estos no son traspasados a la sociedad absorbente²⁹.

²⁷ SII, Oficio N° 4.276 de 26 de octubre de 2001; Oficio N° 2.560 de 14 de agosto de 2009.

²⁸ LIVA, Artículo 28 inciso 1: En los casos de término de giro, el saldo de crédito que hubiere quedado en favor del contribuyente podrá ser imputado por éste al impuesto del presente Título que se causare con motivo de la venta o liquidación del establecimiento o de los bienes corporales muebles o inmuebles que lo componen. Si aún quedare un remanente a su favor, sólo podrá imputarlo al pago del impuesto a la renta de primera categoría que adeudare por el último ejercicio.

²⁹ SII, Oficio N° 2560 de 2009: “... Pues bien, en el caso de la reorganización empresarial que se plantea en la consulta -fusión por incorporación- ocurre el término de giro de la sociedad absorbida correspondiendo entonces la imputación del crédito fiscal que mantuviese de acuerdo a la referida norma, esto es, al impuesto del título segundo del D.L. N°825 o, en su defecto, sólo al pago del impuesto a la renta de Primera Categoría que adeudare por el último ejercicio, sin que la Ley permita la subsidencia de este crédito bajo otro respecto. 4.- En consecuencia, cabe informar que los créditos fiscales pertenecientes a la sociedad absorbida, no pueden ser considerados como gastos necesarios para producir la renta de la sociedad absorbente, toda

iv. Saldo Acumulado de Créditos: A partir del año 2017 y, en virtud de los nuevos registros tributarios incorporados por la reciente reforma tributaria, los créditos contra el IDPC incorporados en el registro SAC de la sociedad absorbida, deberán mantenerse en el registro y control de la sociedad absorbente, en conjunto con las rentas o cantidades de similar naturaleza provenientes de esta última, pasando a formar parte del saldo inicial del registro SAC a partir de la fecha de la fusión.

v. Saldos pendientes de deducción de la renta líquida imponible proveniente del pago voluntario de IDPC, en virtud del inciso 9 y 10 del N°3 de la letra B) del artículo 14 de la LIR, vigente a contar del año 2017: En el caso que existan saldos acumulados por el pago voluntario de IDPC, este beneficio no podrá ser transferido a la sociedad absorbente, atendido que su otorgamiento solo beneficia a la sociedad que se realizó dicho pago, siendo considerado de carácter personal y especialísimo, por lo que solo puede ser utilizado por la sociedad absorbida hasta la fecha de término de giro.

vez, que de acuerdo al artículo 28° del D.L. N°825, estos créditos se extinguen durante el término de giro de la sociedad titular de los mismos.”

IV. Facultad de tasación del SII

En virtud de lo señalado en el artículo 64 de CT, el SII tendrá la facultad de tasar el valor asignado a los activos cuando estos sean notoriamente inferior a los corrientes en plaza o de los que normalmente se cobran en convenciones de similar naturaleza, considerando las circunstancias en que se realiza la operación.

i. Fusión por creación o incorporación

El SII carecerá de la facultad de tasación señalada en el Artículo 64 del CT en los casos de fusión de sociedades, ya sea, por creación o por incorporación de sociedades, siempre y cuando la nueva sociedad que nazca producto de la fusión por creación o la que subsista con motivo de la fusión por incorporación, mantenga registrados los activos y pasivos que se les traspasen al valor tributario que tenían éstos en la sociedad que desaparece o subsiste producto de la figura jurídica antes mencionada.

Es importante destacar que las sociedades que se fusionan pueden traspasar los activos y pasivos a las nuevas sociedades que nacen o subsisten, al valor por

el cual éstos figuran contabilizados en sus registros contables (valor financiero)³⁰, sin embargo el artículo 64 del CT impone como condición indispensable para que no sea aplicable la facultad de tasación de SII, que las sociedades que reciben dichos activos y pasivos en sus registros contables deben mantener registrado en forma separada su valor tributario de las referidas partidas, con el fin de que éstas puedan dar cumplimiento a sus obligaciones tributarias respecto de dicho valor (i.e. para fines de depreciación; determinación del mayor o menor valor que se pueda obtener en el caso de su enajenación; entre otros)³¹.

ii. Fusión impropia

En relación a la fusión impropia, esta no se encuentra incluida dentro de las hipótesis señaladas en el Artículo 64 inciso 4 del CT.

³⁰ Tal como lo menciona el SII en Oficio N° 2401 de 2017, en el que se pronuncia sobre la fusión internacional de dos sociedades extranjeras, en que los activos y pasivos de la sociedad absorbida se registran al valor de balance contable financiero: “Dado lo anterior, en esta fusión, los activos y pasivos de DDDD se registrarán en los libros contables de la sociedad continuadora CCCC de Noruega, al valor de los activos que se presentan en su balance contable financiero, y por ende en su calidad de empresa subsistente mantendrá registrado el valor tributario que tenían los activos y pasivos en la sociedad aportante, tal como también lo exige el inciso 4° del artículo 64 del Código Tributario en Chile.”

³¹ Oficio N° 407 del Servicio de Impuestos Internos, de fecha 26 de febrero de 2008.

Sin perjuicio de lo anterior, estimamos que podría serle aplicable el inciso 5 de la misma norma cumpliendo con los requisitos que dicho inciso señala.

Así, de conformidad al tenor literal del inciso 5° del artículo 64³², no se ejercerá la actuación administrativa que dice relación con la tasación de la operación, en aquellos casos que resulten de otros procedimientos de reorganización de grupos empresariales distintos a la división y fusión por creación o por incorporación cuando éstos responden a una legítima razón de negocios y siempre que los activos se encuentren registrados a valor contable o tributario³³.

De acuerdo a tal inciso, tampoco se aplicará la facultad de tasación en otros procedimientos de reorganización empresarial, distintos de la fusión por creación

³² Artículo 64, inciso 5, CT: Tampoco se aplicará lo dispuesto en este artículo, cuando se trate del aporte, total o parcial, de activos de cualquier clase, corporales o incorporales, que resulte de otros procesos de reorganización de grupos empresariales, que obedezcan a una legítima razón de negocios, en que subsista la empresa aportante, sea ésta, individual, societaria, o contribuyente del N° 1 del artículo 58 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, que impliquen un aumento de capital en una sociedad preexistente o la constitución de una nueva sociedad y que no originen flujos efectivos de dinero para el aportante, **siempre que los aportes se efectúen y registren al valor contable o tributario en que los activos estaban registrados en la aportante**. Dichos valores deberán asignarse en la respectiva junta de accionistas, o escritura pública de constitución o modificación de la sociedad tratándose de sociedades de personas.

³³ SII, Oficio N° 407, de 2008 y N° 664, de 2007, del Servicio de Impuestos Internos.

o por incorporación, como lo es la fusión impropia, siempre que se cumplan los requisitos allí señalados³⁴.

Sin perjuicio de que en una fusión impropia el modo de adquirir es la ley, para efectos tributarios la facultad de tasación del artículo 64 no distingue mediante qué hechos o actos jurídicos se traspasa el dominio de los bienes, sino que solo exige que se trate de proceso de reorganización de grupos empresariales. Adicionalmente, si bien en el artículo 64 inciso 4 se excluye expresamente la fusión impropia, la LIR si considera a la misma como un tipo de fusión³⁵, y que por tanto cabría dentro del concepto de reorganización empresarial, pudiendo aplicarse a tales casos la norma de excepción a la facultad de tasación del SII del inciso 5 del artículo 64.

Sin perjuicio de lo anterior, estimamos que la aplicación de esta norma puede ser problemática para el caso de una fusión internacional, toda vez que esta te obliga a realizar la operación a valores contables o tributarios, lo que en ciertas

³⁴ SII, Oficio N° 3209 de 2012: “Para todos los efectos tributarios, el costo de los activos no monetarios provenientes de una sociedad absorbida, con motivo de haberse reunido en una sola persona el 100% de las acciones o derechos sociales, debe considerar la revalorización o mayor valor asignado a éstos por concepto de *Goodwill*. Por tanto, es ese mismo valor el que debe considerarse para la aplicación de lo previsto en el inciso 5°, del artículo 64, del CT.”

³⁵ Como por ejemplo en el artículo 14, letra D), número 2), inciso 2.

jurisdicciones puede no ser posible (por temas de IFRS por ejemplo) o simplemente se quiere realizar la operación a valores de mercado. En este sentido, las sociedades extranjeras se verán obligadas a realizar una fusión en el extranjero a valores contables o tributarios, sin poder realizarlos a valores de mercado, lo que en nuestra opinión haría impracticable realizar una fusión en el extranjero en tales términos.

Por otro lado, estimamos que aun cuando esta sea realizada valores de mercado, no debería el SII poder tasar la operación, ya que de acuerdo a pronunciamientos del SII³⁶, aun cuando una fusión legalmente produce un cambio en la propiedad de los bienes, ya que estos se transfieren desde la sociedad disuelta a la absorbente, el aporte que efectúa la sociedad absorbida no tiene contraprestación, toda vez que la sociedad desaparece como persona jurídica, por lo que no genera un incremento patrimonial que pueda estar sujeto a las normas de la LIR.

En conclusión, dándose cumplimiento a los presupuestos antes expuestos y previstos por el legislador, el SII se encontrará inhibido de tasar la respectiva

³⁶ SII, Oficio N° 2401 de 2017.

fusión, sin perjuicio de la problemática señalada en relación a las fusiones a valores de mercado.

V. Imputación de pérdidas tributarias a partir del año 2017

i. Régimen general de imputación de pérdidas tributarias a partir del 2017

La reforma tributaria modifica a partir del 1° de enero de 2017, el N° 3 del artículo 31 de la LIR, en relación a la imputación de las pérdidas tributarias que registre una sociedad, determinando los casos en que se tendría derecho a la imputación o devolución del IDPC pagado sobre las utilidades que resulten absorbidas por dichas pérdidas.

De acuerdo con la modificación legal analizada, a contar del 1° de enero de 2017, la pérdida tributaria del ejercicio en ningún caso podrá imputarse a las utilidades no retiradas, remesadas o distribuidas que se mantengan acumuladas en la empresa (lo que se denominaba “*carry-back*”), procediendo solamente su imputación a las rentas o cantidades que se perciban en el mismo ejercicio a título de retiros o dividendos afectos a Impuesto Global Complementario (“IGC”)

o Impuesto Adicional (“IA”), de otras empresas o sociedades (por lo tanto sobreviviendo solo el “*carry-forward*” de las pérdidas tributarias). En caso que dichas rentas no sean suficientes para absorberlas, la diferencia deberá imputarse en el ejercicio siguiente como un gasto de tal ejercicio.

Dicho de otro modo, la única excepción en que si se podrá imputar utilidades de ejercicios anteriores será a través de la percepción de retiros o dividendos, por lo que aquella empresa que no tiene participaciones en otras sociedades jamás podrá solicitar la imputación o devolución del IDPC pagado por las utilidades obtenidas con anterioridad a la generación de la pérdida tributaria. La única opción que le quedará a la empresa en dicho caso es considerar tal pérdida como un gasto en el ejercicio siguiente.

Además, como se mencionó anteriormente, se debe tener presente que lo que gatilla la posibilidad de imputar o solicitar la devolución del PPUA, es la percepción de retiros o dividendos³⁷, por lo que las rentas que sean atribuidas con motivo del régimen tributario del artículo 14 letra A), no gatilla tal posibilidad

³⁷ LIR, Artículo 31 N° 3 inciso 3: “Las pérdidas deberán imputarse a las rentas o cantidades que perciban, a título de retiros o dividendos afectos a los impuestos global complementario o adicional, de otras empresas o sociedades, sumas que para estos efectos deberán previamente incrementarse en la forma señalada en el inciso final del número 1º del artículo 54 y en los artículos 58 número 2) y 62.”

dado que éstas deben ser atribuidas en el mismo ejercicio al propietario contribuyente de los impuestos finales³⁸.

ii. Imputación de pérdidas tributarias a partir del 2017 en caso de fusión

En caso de fusión, la LIR antes de la Reforma Tributaria, permitía que una empresa con pérdidas tributarias pueda con motivo de una reorganización empresarial, absorber a otra sociedad que tengan utilidades tributables acumuladas, ya que dichas utilidades, conforme a lo dispuesto en el artículo 14, letra A), N° 1, letra c), se entendían reinvertidas en la sociedad continuadora, produciéndose la absorción de dichas utilidades por las pérdidas tributarias señaladas, con el correlativo derecho a solicitar la devolución del pago provisional correspondiente al IDPC pagado sobre dichas utilidades absorbidas.

Por lo tanto, mediante lo señalado en el artículo 14, letra A) N° 1, letra c) y mediante la posibilidad de realizar un “*carry-back*” de las pérdidas tributarias, se

³⁸ LIR, Artículo 14 letra A) N°2 letra b).

podía concluir que en caso de fusión era posible absorber las pérdidas tributarias de la sociedad absorbente con las utilidades tributarias de la sociedad absorbida.

Con la Reforma Tributaria se eliminó la norma contenida en el Artículo 14, letra A), N° 1, letra c)³⁹, que consideraba que en caso de fusión las utilidades de la sociedad absorbida se consideraban reinvertidas en la absorbente.

³⁹ LIR, Artículo 14: “Las rentas que se determinen a un contribuyente sujeto al impuesto de primera categoría, se gravarán respecto de éste de acuerdo con las normas del Título II.

Para aplicar los impuestos global complementario o adicional sobre las rentas obtenidas por dichos contribuyentes se procederá en la siguiente forma:

A) Contribuyentes obligados a declarar según contabilidad completa.

1º.- Respecto de los empresarios individuales, contribuyentes del artículo 58, número 1º, socios de sociedades de personas y socios gestores en el caso de sociedades en comandita por acciones:...

c) Las rentas que retiren para invertir las en otras empresas obligadas a determinar su renta efectiva por medio de contabilidad completa con arreglo a las disposiciones del Título II, no se gravarán con los impuestos global complementario o adicional mientras no sean retiradas de la sociedad que recibe la inversión o distribuidas por ésta. Igual norma se aplicará en el caso de transformación de una empresa individual en sociedad de cualquier clase o en la división o **fusión de sociedades, entendiéndose dentro de esta última la reunión del total de los derechos o acciones de una sociedad en manos de una misma persona....”**.

Además, se modificó el artículo 31, eliminando la posibilidad de “*carry-back*” mencionada anteriormente, y solo permitiendo esta en caso de retiros o dividendos percibidos en la sociedad que registra pérdidas tributarias⁴⁰.

Las modificaciones introducidas con la Reforma Tributaria llevarían a concluir que la posibilidad de imputar utilidades tributarias de la sociedad absorbida con la pérdida tributaria de la absorbente no sigue vigente, la debería incluirse en el cálculo al final del ejercicio de la renta líquida imponible de la sociedad continuadora sin dar derecho a solicitar la devolución de impuestos por Pago Provisional por Utilidades Absorbidas (“PPUA”), ya que como mencionamos anteriormente este solo corresponde en caso de percepción de dividendos o retiros⁴¹.

⁴⁰ Artículo 31 N° 3 inciso 3: Las pérdidas deberán imputarse a las rentas o cantidades que perciban, a título de retiros o dividendos afectos a los impuestos global complementario o adicional, de otras empresas o sociedades, sumas que para estos efectos deberán previamente incrementarse en la forma señalada en el inciso final del número 1º del artículo 54 y en los artículos 58 número 2) y 62.

⁴¹ LIR, Artículo 31 inciso 4 N° 3: “Las pérdidas deberán imputarse a las rentas o cantidades que perciban, a título de retiros o dividendos afectos a los impuestos global complementario o adicional, de otras empresas o sociedades, sumas que para estos efectos deberán previamente incrementarse en la forma señalada en el inciso final del número 1º del artículo 54 y en los artículos 58 número 2) y 62.

... En el caso que las pérdidas absorban total o parcialmente las utilidades percibidas en el ejercicio, el impuesto de primera categoría pagado sobre dichas utilidades incrementadas, se considerará como pago provisional en aquella parte que proporcionalmente corresponda a la utilidad absorbida, y se aplicarán las normas de reajustabilidad, imputación o devolución que señalan los artículos 93 a 97.”

VI. Tratamiento tributario de la diferencia que se produce entre el valor tributario de la inversión y el del capital propio tributario de la sociedad que resulta absorbida (*Goodwill* o *Badwill* tributario).

En primer lugar, debemos señalar que para que se produzca la diferencia de valor, debe verificarse el cumplimiento de los siguientes requisitos copulativos:

- Que se trate de un proceso de fusión de sociedades, comprendiéndose dentro de este concepto la disolución de una sociedad por reunirse el total de sus derechos o acciones en manos de una misma persona o la que ocurre mediando la voluntad de las respectivas juntas de accionistas.
- Que la absorbente haya realizado previamente una inversión en acciones o derechos sociales en la sociedad absorbida o fusionada.

En la medida que exista una diferencia entre el valor de la inversión (costo tributario de las acciones) sobre la sociedad absorbida y su capital propio tributario, esta podría generar un *Goodwill* o *Badwill* tributario, según se señala a continuación:

i. *Goodwill* tributario

Si el costo tributario de la sociedad absorbente sobre la sociedad absorbida supera al capital propio tributario de esta última, se produce un menor valor o “*Goodwill* tributario”.

La normativa que trata la materia, dispone que el *Goodwill* tributario, debe distribuirse proporcionalmente entre los activos no monetarios recibidos desde la sociedad absorbida con ocasión de la fusión, hasta el valor corriente en plaza de dichos activos o del valor que se cobre o cobraría en convenciones de similar naturaleza, considerando las circunstancias en que se realiza la operación.

Sobre este punto, es importante notar que existen activos que por su naturaleza no son depreciables o amortizables, entre estos, todos los activos intangibles, terrenos e inversiones que reciba la absorbente de la absorbida.

Cualquier saldo que no se haya podido asignar, constituirá un activo intangible que no podrá ser amortizado, el que solo podrá ser castigado o amortizado a la disolución de la absorbente o al término de giro de la misma.

ii. *Badwill* tributario

Por su parte, si el costo tributario de la inversión es inferior al capital propio tributario proporcional de la entidad absorbida, dicha diferencia (i.e. “mayor valor” o *Badwill* tributario) deberá también ser asignada entre los activos no monetarios de la sociedad absorbida, en este caso, disminuyendo el costo tributario de los activos no monetarios hasta su valor corriente en plaza. El saldo de *Badwill* tributario que no haya podido asignarse entre los activos no monetarios constituirá una utilidad diferida, la que podrá ser llevada a resultado hasta en un periodo de 10 años.

VII. Patente Municipal

La patente municipal grava el ejercicio de toda profesión, oficio, industria, comercio, arte o cualquier actividad lucrativa secundaria o terciaria, sea cual fuere su naturaleza o denominación, incluyendo las sociedades de inversión.

El impuesto es determinado aplicándose la tasa sobre el capital propio tributario de la empresa que ejercerá dicha actividad. La tasa es fijada por cada

municipalidad con un mínimo del 0,25 % hasta el 0,5% con un máximo a pagar de 8.000 UTM.

La patente municipal a pagar se determinará aplicando el porcentaje señalado sobre el capital propio inicial declarado al 31 de diciembre inmediatamente anterior a la fecha en que deba prestarse la declaración, descontándose del capital propio sobre el cual se aplica la tasa, el valor tributario de las inversiones en otras sociedades sujetas al pago del impuesto.

En caso que exista un saldo de *Goodwill* Tributario que no se haya podido asignar, constituirá un activo intangible, el cual es parte del capital propio tributario de la sociedad, pudiendo afectar el impuesto a pagar.

VIII. Temas administrativos

En conformidad a la Resolución N° 55 del año 2003, todo contribuyente debe poner en conocimiento del SII las modificaciones efectuadas a los datos y antecedentes contenidos en el formulario de Inicio de Actividades. Dado lo anterior, en el proceso de fusión se debe presentar el Formulario N° 3239 de Modificación y Actualización de la Información.

Además, el SII el 31 de diciembre de 2015 incorporó cinco nuevas declaraciones juradas, dentro de las cuales se encuentra la Declaración Jurada N° 1913, denominada “Declaración Tributaria Anual de Caracterización Tributaria Global”. Esta declaración es obligatoria para los contribuyentes clasificados en el segmento de “Grandes Empresas”, así como para aquellos contribuyentes que se encuentren dentro de la Nómina de Grandes Contribuyentes, al 31 de diciembre del año anterior. Dicha declaración deberá ser presentada anualmente, con plazo hasta el 30 de abril (antes de presentar la Declaración de Impuesto Anual a la Renta mediante el Formulario N° 22), en la que se debe declarar sobre reorganizaciones empresariales que involucren entidades en el exterior, los efectos económicos o tributarios de las mismas y sobre aquellas reorganizaciones que involucren el traslado de funciones.

CAPÍTULO II

RECONOCIMIENTO JURÍDICO Y VIABILIDAD DE LA FUSIÓN INTERNACIONAL EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO CHILENO

- I. Principio de territorialidad de la ley: Aplicación de la norma chilena a fusiones internacionales

En toda la legislación tributaria existen normas relativas a la territorialidad. Estas son las que determinan el ámbito geográfico dentro de los que se aplica la ley, dentro de los que existen distintos criterios atributivos. En términos generales, existen tres principios atributivos de potestad fiscal y de esta forma gravar a las personas sujetas a impuestos: (i) La fuente, (ii) la residencia y (iii) ciudadanía o nacionalidad.

En relación al principio de la fuente, también conocido como el principio de territorialidad, es necesario precisar que se basa en el origen económico de la renta, en el que un país tiene derecho a gravar las rentas generadas dentro del territorio nacional. Este principio tiene su fundamento principal en la teoría de la soberanía del territorio, en la que un país ejerce el derecho soberano a gravar a

personas que desarrollen actividades o posean riquezas dentro de los límites del estado.

La base fundamental del principio de territorialidad y en particular sobre el estatuto de las sociedades extranjeras en Chile, se encontraría en principio en nuestra legislación en el artículo 14 del Código Civil (“CC”), el cual establece que la ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros, y en el artículo 16 del CC, que regula la situación de los bienes extranjeros situados en Chile y de los contratos celebrados en el extranjero, que han de surtir efectos en Chile.

Los artículos anteriores, según diversa doctrina⁴², consagrarían el denominado principio de territorialidad de la ley chilena. Este consistiría en un principio unilateral y territorialista, en virtud de los cuales, todas las personas que habiten el territorio de la República, así como los bienes situados en él y los actos jurídicos que han de surtir efectos en Chile, quedan íntegramente sometidos al Derecho chileno.

⁴² HAMILTON (1966) p.11; LEÓN STEFFENS (2002) p.203; GUZMÁN LATORRE (2003) p.449; VIAL UNDURRAGA (2013) p.895.

El artículo 16 del CC señala que: "Los bienes situados en Chile están sujetos a las leyes chilenas, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Chile.

Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos otorgados válidamente en país extraño.

Pero los efectos de los contratos otorgados en país extraño para cumplirse en Chile, se arreglarán a las leyes chilenas".

Sobre la base de esta disposición, y de acuerdo a lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo 16 del CC, la doctrina nacional⁴³⁴⁴ ha sostenido que los requisitos del contrato, tanto internos como externos, se regulan por la ley del lugar de su celebración, mientras que los efectos, entendidos estos como los derechos y obligaciones que emanan del acto, se rigen por la ley chilena cuando el contrato ha de cumplirse en Chile.

Sin perjuicio de lo anterior, otra postura podría entender que la referencia señalada en el inciso tercero del artículo 16, que señala que los efectos de los contratos otorgados en el extranjero para cumplirse en Chile se arreglarán a la ley chilena, no hace mención solo a los derechos y obligaciones del contrato, sino

⁴³ CLARO SOLAR, L. 1978. Explicaciones de Derecho Civil y Comparado. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica. 113p y ss.

⁴⁴ DUCCI, C. 2000. Derecho Civil. Parte General. 4ª Ed. Santiago, Editorial Jurídica. 80p y ss.

que, a todas las consecuencias jurídicas del contrato incluidas las condiciones para que haya lugar a estas, salvo únicamente lo relativo al cumplimiento de la forma o solemnidades que eventualmente pudieran exigirse en el país de celebración⁴⁵.

Por lo tanto, entendemos que el artículo 16 del Código Civil y, en particular, su inciso tercero, requiere que la celebración de un contrato en país extraño, para cumplirse en Chile, deberá sujetarse a la ley chilena en todos sus aspectos, salvo únicamente por lo relativo al cumplimiento de la forma que pudiera ser necesario observar, y sin perjuicio del recurso al orden público, según señalamos.

En este sentido, hay situaciones que nos sitúan ante problemas esenciales del Derecho Internacional Privado de Sociedades, esto es, el reconocimiento en Chile de la persona jurídica extranjera que ejecuta actos en el territorio nacional, y el estatuto personal a que dichas personas se encuentran sometidas, como por ejemplo aquella situación en que persona jurídica extranjera, sin constituir una sociedad ni una agencia en Chile, ejecuta directamente en territorio chileno uno o más actos jurídicos, o incluso los ejecuta en el extranjero pero cuyos efectos son desarrollados en Chile.

⁴⁵ GROB DUHALDE, F. Abril 2014. Revista Chilena de derecho, Volumen 41 n° 1. Santiago.

Sin perjuicio de lo anterior, en materia de Derecho Tributario, la mayoría de los países utilizan una combinación de mecanismos, para lo cual se pueden generar situaciones en que dos o más países son soberanos para aplicar tributación a una situación concreta, generando conflictos de doble tributación internacional.

En relación a esto, nuestra legislación se basa principalmente en el principio de territorialidad, los que se encuentran regulados en los artículos 10 y 11 de la LIR⁴⁶.

Para efectos de las fusiones y, para fines de la calificación de la fuente de las rentas provenientes de operaciones sobre acciones y derechos sociales, la LIR ha señalado en su artículo 11⁴⁷ que se entenderán situadas en Chile, y por lo tanto rentas de fuente chilena, las acciones o derechos de una sociedad constituida en el país, y así lo ha confirmado el SII a través de sus dictámenes⁴⁸.

⁴⁶ LIR, Artículo 10: “Se considerarán rentas de fuente chilena, las que provengan de bienes situados en el país o de actividades desarrolladas en él cualquiera que sea el domicilio o residencia del contribuyente...”

⁴⁷ LIR, Artículo 11: “Para los efectos del artículo anterior, se entenderá que están situadas en Chile las acciones de una sociedad anónima constituida en el país. Igual regla se aplicará en relación a los derechos en sociedad de personas...”

⁴⁸ SII, Oficio N° 1234 de 08 de mayo de 1998; Oficio N° 1214 de 23 de abril de 1990.

En este sentido, entenderíamos que los procesos de fusión que involucren sociedades constituidas en Chile, estarán afectas a los impuestos de las leyes chilenas.

Por otro lado, en caso de procesos de fusión que involucren sociedades constituidas en el extranjero, para cumplir efectos en Chile, también creemos que deberán ajustarse a las leyes Chilenas, principalmente por el principio base de territorialidad del artículo 16 del CC, mencionado anteriormente.

En este sentido además, el SII⁴⁹ ha señalado que le serán aplicables las normas chilenas, siempre que tales fusiones tengan las características que en nuestro país tienen según la legislación vigente, lo que significaría cumplir con los requisitos señalados en el artículo 99 de la LSA.

⁴⁹ SII, Oficio N° 1778 de 09 de agosto de 2017: “De acuerdo a la normativa señalada, si el traspaso en la titularidad de las acciones se efectúa a través de sucesivas fusiones, no se aplicará la facultad de tasar otorgada al Servicio de Impuestos Internos por el artículo 64 del Código Tributario, siempre que la nueva sociedad o la subsistente mantenga registrado el valor tributario que tenían los activos y pasivos en la sociedad que desaparece con la fusión. Lo anterior, bajo el supuesto de que las fusiones efectuadas en el exterior tengan las características que en nuestro país tienen según la legislación vigente.”

“Si las fusiones efectuadas en el exterior, tienen las mismas características que en nuestro país, según la legislación vigente, no se aplicará la facultad de tasar del artículo 64 del Código Tributario, siempre que las nuevas sociedades o las subsistentes mantengan registrado el valor tributario que tenían los activos y pasivos en las sociedades que desaparecen con las fusiones.”

II. Reconocimiento normativo de la fusión internacional

El ordenamiento jurídico chileno carece de disposiciones legales que regulen expresamente la fusión internacional de sociedades anónimas, o la fusión que involucre la participación de sociedades extranjeras.

Así, la fusión internacional puede definirse como aquella operación de fusión en que participan dos o más sociedades sometidas a leyes personales diversas⁵⁰, es decir, es aquella operación en que concurren dos o más sociedades sujetas a ordenamientos distintos.

En Chile, la fusión se encuentra regulada principalmente en la Ley N° 18.046, LSA, y en el Reglamento de Sociedades Anónimas, Decreto Supremo N°702, de 2011, dentro de los cuales no se contempla alusión alguna a la participación de sociedades extranjeras en los procesos de fusión en Chile.

En este sentido, el artículo 99 de la LSA entiende por fusión “la reunión de dos o más sociedades en una sola que las sucede en todos sus derechos y

⁵⁰ MARDONES OSORIO, M. 2018. Modificaciones estructurales de sociedades. Fusiones, divisiones y transformaciones. 1° ed. Legal Publishing, Chile. 193p.

obligaciones, y a la cual se incorporan la totalidad del patrimonio y accionistas de los entes fusionados”.

De dicha definición, se podría desprender que los elementos requeridos para estar frente a un proceso de fusión en el ordenamiento jurídico chileno serán: (i) la reunión de dos o más personas jurídicas en una sola; (ii) que dichas personas jurídicas deben ser sociedades; (iii) la sucesión íntegra de un patrimonio, tanto en sus derechos y obligaciones; (iv) la extinción de una de las personas jurídicas.

Dicha definición no distingue que tipos de sociedades (incluso haciendo referencia solo a “personas”⁵¹ en caso de fusión impropia) podrían estar involucradas en una fusión en Chile y no restringe sus efectos a casos en que las sociedades que participan sean exclusivamente chilenas, por lo que en principio

⁵¹ Esto se puede ver fundamentado por el SII, al menos en lo que respecta a una fusión impropia, a través de Oficio N° 973 de 2017, en el que señala que “Con todo, cabe tener presente que, de acuerdo al artículo 103, N° 2), de la Ley 18.046, sobre Sociedades Anónimas, éstas se disuelven por reunirse, por un período ininterrumpido que exceda de 10 días, todas las acciones en manos de una sola persona.

Al respecto, citando lo informado en su oportunidad por la Superintendencia de Valores y Seguros, la Circular N° 2 de 1998 señala que, “como consecuencia de la disolución de la sociedad por la reunión del 100% de sus acciones en poder de un solo titular, éste entra en el dominio de todos los activos que pertenecían a la sociedad disuelta, los que adquiere entonces por la enajenación de los mismos, que se deriva como consecuencia de la disolución de la sociedad por el solo ministerio de la Ley, con lo que se extinguen las acciones y los consecuentes derechos sociales.”

De lo anterior se sigue que, al menos en lo que respecta a la fusión impropia o por reunirse en una sola mano todas las acciones de una sociedad anónima, **la disolución sería un efecto legal e independiente de la persona que reúna las acciones, como podría ser una fundación.**”

nada impediría a que estas sean aplicadas a fusiones que cumplan con los demás requisitos exigidos por la ley.

Si bien podría sostenerse que la fusión internacional no es un supuesto de fusión bajo la LSA, dado que el artículo 99 no contempla la participación de sociedades extranjeras, esto no impediría calificar una fusión en la que participa una sociedad extranjera como un tipo de fusión⁵².

Por otro lado, en doctrina tampoco existen referencias profundas en cuanto a la materia, sin embargo sí existen ciertos comentarios en que autores reconocen dichas operaciones, basándose principalmente en que nuestro ordenamiento jurídico no distingue las fusiones entre sociedades nacionales y extranjeras, bajo el supuesto base que nuestro ordenamiento jurídico se encuentra informado por el principio de igualdad, tanto entre nacionales y extranjeros⁵³.

⁵² MARDONES OSORIO, M. 2015. Fusión Internacional de Sociedades Anónimas en el ordenamiento jurídico chileno. 1° ed. Ed. Jurídica. Chile. 302p.

⁵³ PUELMA ACCORSI 2001. Sociedades, Tomos I y II. 3ª Edición. Chile. Editorial Jurídica. Chile). 689p y ss.

El Derecho Tributario Chileno hace mención en diversas disposiciones a reorganizaciones empresariales, haciendo mención al proceso de fusión tanto en la LIR y en el CT, entre otros.

Desde una perspectiva tributaria, los procesos de reorganización empresarial no son privativos de un determinado tipo societario, sino que aparecen configurados como una categoría genérica aplicable tanto a las sociedades anónimas como a sociedades de personas, debiendo estarse a los conceptos de la LSA, específicamente al concepto de fusión contenido en el artículo 99 de la LSA.

Por otra parte, la LIR, en diversas disposiciones, hace mención a la fusión impropia como “la disolución producida por la reunión del total de los derechos o acciones de una sociedad en manos de una misma persona”, sin distinguir si las sociedades involucradas deben necesariamente ser sociedades chilenas.

En ese mismo sentido, el CT en diversos articulados hace mención a los procesos de fusión, por ejemplo, en su artículo 69 señala que, en el caso de fusión de sociedades, no será necesario dar aviso de termino de giro, siempre que la sociedad que se crea o subsista se haga responsable de todos los

impuestos que se adeudaren por la sociedad absorbida, en la correspondiente escritura de aporte o fusión.

Adicionalmente, en su artículo 64 inciso 4° señala que no se aplicará la facultad de tasación del SII a en los casos de fusión por creación o por incorporación de sociedades, tratando a esta dentro de la clasificación de procesos de reorganización de grupos empresariales. Tampoco corresponderá aplicar la facultad de tasación a procesos de fusión impropia, siempre que se trate de una reorganización de un grupo empresarial, cumpliendo con los requisitos señalados en el artículo 64 inciso 5° del CT⁵⁴.

Por otro lado, sin perjuicio que no hace mención al caso específico de fusión, el artículo 64 inciso 5° hace referencia a la participación de extranjeros en reorganizaciones de grupos empresariales. Lo anterior se desprende de la norma al señalar que no aplicará la facultad de tasación en el aporte de toda clase de

⁵⁴ SII, Oficio N° 2435 de 2010: “No obstante lo anterior, el citado precepto en su inciso quinto, dispone que no se aplicará dicha tasación, cuando se trate del aporte, total o parcial, de activos de cualquier clase, corporales o incorporales, que resulte de otros procesos de reorganización de grupos empresariales, que obedezcan a una legítima razón de negocios, en que subsista la empresa aportante, sea ésta, individual, societaria, o contribuyente del N° 1 del artículo 58 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, que impliquen un aumento de capital en una sociedad preexistente o la constitución de una nueva sociedad y que no originen flujos efectivos de dinero para el aportante, siempre que los aportes se efectúen y registren al valor contable o tributario en que los activos estaban registrados en la aportante. Dichos valores deberán asignarse en la respectiva junta de accionistas, o escritura pública de constitución o modificación de la sociedad tratándose de sociedades de personas.”

bienes, siempre que subsista la empresa aportante, pudiendo ser esta una sociedad o persona jurídica constituida fuera del país, que tenga en Chile cualquier clase de establecimiento permanente (contribuyente del N° 1 del artículo 58 de la LIR).

Así, el artículo reconoce la participación de sociedades anónimas extranjeras en reorganizaciones empresariales en Chile.

Podemos notar que el CT en ambos artículos mencionados hace referencia a sociedades en general, y no establece como requisito que estas entidades sean locales, pudiendo entenderse que finalmente en los procesos de reorganización empresarial y sus consecuencias en el ámbito tributario no son privativas de las sociedades chilenas, sino que en ellos pueden participar sociedades extranjeras que tengan en Chile cualquier tipo de establecimiento permanente, sin perjuicio de respetar la normativa general de nuestro ordenamiento, en particular el artículo 16 del CC ya mencionado.

III. Reconocimiento doctrinario en Chile de la fusión internacional

La fusión internacional en Chile no se encuentra desarrollado en detalle por los autores chilenos, a diferencia de lo que ocurre en otros países.

La fusión internacional de sociedades requiere, por una parte, el reconocimiento imperativo de la fusión con sociedades de otra nacionalidad, y por la otra, que cada una de las sociedades se sujete al derecho que le sea aplicable de acuerdo a su lugar de constitución, en lo que referente al proyecto de fusión, al acuerdo de fusión, a la protección, a la disolución, etc., quedando la absorbente o la sociedad de nueva creación sujeta al derecho propio de dichas sociedades⁵⁵.

Para algunos, es posible la fusión entre sociedades nacionales y extranjeras, debido a que la ley chilena no distingue y es principio general que informa nuestro ordenamiento jurídico tanto en materia de Derecho público como privado, la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros y el reconocimiento de la personalidad jurídica foránea⁵⁶.

Por otro lado, hay autores⁵⁷ que sostienen que el Código Civil chileno preceptúa que es posible que un contrato otorgado en el exterior produzca

⁵⁵ FUENTES, A. 1992. La fusión de sociedades. Chile, Universidad Gabriela Mistral, Chile. 25p.

⁵⁶ PUELMA, A. 2001. Sociedades, Tomos I y II. 3ª Edición. Chile. Editorial Jurídica. Chile). 689p y ss.

⁵⁷ CAMPOS, C. 2012. Fusiones *Cross-Border*. Diario Estrategia, Sección Columnistas, disponible en www.transtecnia.cl/newsletter/boletin_informativo/26_03_2012/contenido_tributario_contable_laboral_7.htm

efectos en Chile, siempre y cuando ellos se adecuen a las normas nacionales. En cuanto a la forma en que deben otorgarse los instrumentos públicos, debe ser determinado por la ley del país en que se otorguen. Dicho autor sostiene que es posible que una sociedad extranjera y una chilena acuerden su fusión, observando cada una las formalidades propias de sus respectivos países, indicando que en lo que a Chile respecta, jurídicamente se producirá la fusión si se cumplen los demás requisitos que la ley chilena establece al efecto.

Otros autores⁵⁸ a su vez señalan que tanto las formalidades como las consecuencias de la operación deben quedar sujetas a la legislación del país de origen de la sociedad extranjera que interviene en la transacción, siempre que no afecte a los accionistas de la sociedad chilena. Así, sostiene el autor que si la legislación del país extranjero contempla igualmente que, como resultado de la fusión, la totalidad del patrimonio de la sociedad absorbida pasa a la absorbente y los accionistas de la primera pasan a ser de la segunda, se estaría cumpliendo con los requisitos que la propia ley ha establecido para que haya fusión.

⁵⁸ Delpiano, J. 2013. Fusión internacional. Diario Financiero, Sección Columna de Opinión.

Por último, para ciertos autores⁵⁹ la fusión internacional es posible en nuestro ordenamiento y el régimen aplicable se explicaría principalmente por la aplicación distributiva de las normas personales concurrentes y por el principio de asimilación.

Así, dicho autor señala que el modelo distributivo de las respectivas legislaciones contempla que a cada sociedad involucrada en un proceso de fusión internacional se le exige el cumplimiento independiente de sus respectivas normativas internas que regulan la fusión, sin perjuicio que en determinadas materias se exige cierto grado de cumplimiento acumulativo. Dicha distribución se desprende en nuestro ordenamiento jurídico por el principio de territorialidad de la ley, el que impediría exigir a una sociedad extranjera el cumplimiento del ordenamiento jurídico local en aquellos aspectos ejecutados exclusivamente en el extranjero.

Por otro lado, el principio de asimilación de las normas aplicables por ambos países, se basaría en nuestro ordenamiento por la aplicación de las reglas de

⁵⁹ MARDONES, M. 2018. Modificaciones estructurales de sociedades. Fusiones, divisiones y transformaciones. Chile. Legal Publishing. 131p y ss.

carácter general contenidas en la normativa interna como en el código de derecho internacional privado sobre el estatuto de las sociedades extranjeras en Chile.

Así, este autor concluiría que en una fusión internacional cada sociedad se regiría por sus ordenamientos internos en todo aquellos aspectos individuales, pudiendo dar cumplimiento a exigencias externas en aquellos aspectos comunes de la fusión.

Si bien esta materia no ha sido reconocida por autores en el ámbito tributario, como hemos podido apreciar con las citas anteriormente señaladas, esta si ha sido planteada por autores en materia corporativa, lo que permitirá concluir que a nivel doctrinario este tipo de procesos sería posible en nuestro ordenamiento, debiendo analizarse oportunamente los efectos que desde la perspectiva tributaria esta podría generar.

IV. Reconocimiento administrativo de la fusión internacional.

En relación a la jurisprudencia administrativa, existen dictámenes de las distintas autoridades fiscalizadoras en los que se pronuncian sobre las fusiones

internacionales, señalando incluso en algunos casos los efectos legales y tributarios de una fusión con tales características.

Así, la SVS y el SII mediante diversos dictámenes han hecho mención a la fusión internacional o transfronteriza, teniendo distintos criterios adoptados en el tiempo, lo que será abordado a continuación:

i. Jurisprudencia administrativa de la SVS

La SVS ha emitido dos dictámenes en los que ha hecho referencia a la fusión internacional.

En un primer momento, mediante Oficio N° 2718 de 2011, sostuvo que la fusión regulada en el artículo 99 de la LSA solo se refiere a sociedades legalmente constituidas en Chile, de forma que las reglas contenidas en dicha norma no son de aplicación a una fusión entre una sociedad chilena y una extranjera. A juicio de la SVS, lo contrario implicaría dar una aplicación extraterritorial a las exigencias del referido Artículo 99 y del Reglamento de la LSA, en condiciones que ellas solo tienen fuerza obligatoria en Chile para las sociedades que participan en el proceso de fusión y para sus accionistas,

careciendo de imperio en el ordenamiento jurídico del país de origen de la sociedad extranjera.

Posteriormente, a través de Oficio N° 4616 de 2015, la SVS ha señalado que si bien la fusión internacional no se encuentra regulada por la LSA, no siendo factible aplicar dichas normas a la fusión con sociedad no constituidas en Chile, la fusión transfronteriza no se encuentra prohibida⁶⁰.

ii. Jurisprudencia administrativa del SII

El SII a través de las consultas de los contribuyentes, se ha visto en diversas oportunidades frente a casos de fusión que involucran la participación de sociedades extranjeras.

A continuación, mencionaremos los casos en que el SII ha debido opinar respecto a tales operaciones, y así analizar cuál ha sido la postura de la autoridad

⁶⁰ SVS, Oficio Ord. N° 4616 de 2015: “Debido a lo anterior es que en dicho oficio se concluye que “la fusión que se regula en el artículo 99 de la Ley 18.046, se refiere a sociedades legalmente constituidas en Chile a objeto que ellas puedan cumplir con los requisitos legales allí establecidos”, por lo que no sería factible aplicarla a sociedades no constituidas en nuestro país, de lo cual no se deriva que se encuentre “prohibida”.”

tributaria en cuanto a los efectos que se derivan de estas y los criterios que ha adoptado.

Mediante Oficio N° 3532 de 20 de diciembre de 1996, se le consultó al SII sobre la fusión impropia de dos sociedades extranjeras, ambas con Agencias constituidas en Chile. En este caso se trataba de dos sociedades matrices constituidas en Islas Caimán, donde cada una mantenía una agencia constituida en Chile. El contribuyente consulta sobre la fusión que se producirá luego de que la sociedad 1 en Islas Caimán compre la totalidad de los derechos de la sociedad 2 en Islas Caimán.

En este caso, el SII señaló que, para los efectos de la fusión de dos sociedades extranjeras con agencias en Chile, les era aplicable la disposición contenida en la letra c) del N° 1 de la letra A) del artículo 14 de la LIR, y las utilidades tributables que se traspasen no se afectará con impuesto adicional, toda vez que estas entidades se encuentran constituidas como sociedades en el extranjero y las agencias no constituyen una persona jurídica distintas a ellas, si no que forman parte de estas y representan solo el medio por el cual la sociedad extranjera prolonga sus actividades en el país. Lo relevante de este oficio es que en 1996 ya se tenía en consideración que fusiones de sociedades extranjeras entre sí, podían verse afectadas por efectos tributarios Chilenos.

Dicho criterio fue confirmado posteriormente por el Oficio N° 253 de 03 de febrero de 1997, situación en que el mismo contribuyente le vuelve a preguntar por el caso, pero con la modificación que una de las agencias en Chile sería la que adquiriría, mediante una inversión conforme a las normas del Capítulo XII del Compendio de Normas de Cambio del Banco Central, el 100% de las acciones de la otra sociedad extranjera. Aquí el SII confirma lo señalado en el oficio anterior y aplica las normas pertinentes de la LIR⁶¹.

Posteriormente, mediante Oficio N° 1973 de 02 de septiembre de 1997, el contribuyente consulta sobre la fusión de dos Agencias en Chile de sociedades extranjeras, también domiciliadas en Islas Caimán. La fusión se produciría luego de que una de las agencias compre la totalidad de las acciones de la otra. La compra se financiará mediante un crédito otorgado a la agencia en Chile por parte de una Institución Financiera Internacional.

⁶¹ SII, Oficio N° 253 de 1997: “4.- ... Al respecto, este Servicio considera que la fusión de las casas matrices, se producirá con motivo de la adquisición del 100% de las acciones de XXXX a través de la inversión de la Agencia en Chile de VVVV, por lo cual esta operación es en la práctica una forma de materializar la fusión de las casas matrices en el exterior, en que la adquisición de las acciones se produce por una convención entre ellas, de modo que la inversión de la Agencia en Chile de VVVV constituye en la realidad un mero flujo de caja puesto que legalmente el paso, esto es, la solución de la obligación de pagar el precio, lo hace la casa matriz de la Agencia en cuestión. En estas circunstancias, a juicio de este Servicio existiría una remesa afectada a impuesto en la medida que existan utilidades retenidas tributables en la Agencia en Chile”.

Mediante dicho oficio, acepta como posible la fusión entre dos agencias en Chile de sociedades extranjeras, señalando el pago por las acciones será considerado como inversión siempre que el patrimonio de la agencia disuelta se incorpore al patrimonio que posee en Chile la Agencia absorbente, constando en documentación fehaciente.

El criterio anterior se mantiene mediante Oficio N° 3528 de 15 de septiembre de 2005, caso en el que dos sociedades chilenas mantienen cada una en Islas Caimán una agencia. El SII reconoce la posibilidad en que la fusión de dos sociedades chilenas, involucre la fusión de sus respectivas agencias en el exterior, y señala que no se ha producido el retorno del capital invertido en la agencia que desaparece con motivo de la fusión, ya que el capital de esta continúa radicado en el exterior.

Durante el 2008 se dicta el Oficio N° 707 de la Dirección de Grandes Contribuyentes del SII, en la que se consulta sobre la fusión de entidades extranjeras de un grupo internacional, con inversiones en Chile. Particularmente se consulta sobre la alternativa de que las entidades extranjeras holandesas, que tienen las inversiones directas en Chile, sean absorbidas por sus respectivas matrices holandesas.

El contribuyente pide que se confirme sus criterios expuestos, siendo estos:

- Que con motivo de la fusión de sociedades en Holanda y toda vez que de acuerdo a la legislación holandesa la fusión de sociedades involucra la disolución de sociedades asignándose la universalidad del patrimonio, esto es, activos y pasivos a la sociedad matriz absorbente, se produce en la citada reorganización los mismos efectos que se producirían en el caso de una fusión al amparo de la legislación chilena;

- Que el Artículo 99 de la LSA no efectúa distinción alguna en cuanto al lugar de constitución de las sociedades que se fusionan y que bajo la legislación holandesa, el concepto de fusión se enmarca, al igual que en nuestra legislación, en el traspaso de todos los derechos y obligaciones desde la sociedad disuelta hacia aquella sociedad que continua luego de la fusión;

- Que, por lo tanto, no aplicaría la facultad de tasar en el caso de fusión de sociedades (ya sean chilenas o extranjeras), en la medida que se mantengan registrados en la sociedad continuadora los valores tributarios de los bienes que tenían la sociedad absorbida y que además

la disposición señalada tampoco efectúa distinción alguna en relación al lugar de constitución de las sociedades que se fusionan.

El SII señala que "...solo cabe en la especie ratificar el criterio expuesto en su presentación, en cuanto a que la figura de acuerdo a la legislación de Holanda, produce los mismos efectos que la fusión regulada en la Legislación Chilena, Ley N° 18.046 de sociedades anónimas, en la medida que la sociedad absorbente mantenga registrada en su contabilidad la participación en las entidades chilenas al valor tributario que tenían para la sociedad absorbida".

Mediante Oficio N° 2435 de 28 de diciembre de 2010, se le consulta al SII sobre tres accionistas domiciliados en Islas Caimán, en las que dos participan directamente de una sociedad chilena, y una de ellas a través de una agencia en Chile. El contribuyente pretende fusionar la agencia mencionada, con su filial sociedad chilena.

El SII señaló que, debido a que dicha agencia comparte las características y naturaleza jurídica de la sociedad extranjera de la cual forma parte integrante, y por tanto, tiene la calidad de "sociedad" para efectos de la aplicación de las normas tributarias, resultan aplicables a la fusión las normas locales que regulan

los efectos tributarios de la fusión de sociedades, sin que resulte procedente reconocer una utilidad ni una pérdida.

Otro caso se encuentra en el Oficio N° 2897 de 16 de noviembre de 2015, donde el contribuyente señala que una sociedad anónima cerrada, con domicilio en Chile, realizó un aumento de capital a través de la emisión de acciones de pago, las que fueron adquiridas por el accionista mayoritario de la misma organizado como una agencia en Chile de una empresa extranjera, quedando la participación de los accionistas en la sociedad chilena en un 99,9% en la agencia y el 0,01% en una sociedad extranjera.

Luego, la agencia adquiere la acción restante en manos del otro accionista, produciéndose así la fusión impropia de la sociedad chilena en la agencia, por reunirse en una misma persona el 100% de las acciones.

El SII trató el caso como fusión para efectos chilenos, aplicando las normas de *Goodwill* tributario dispuesto en la LIR para determinar el tratamiento tributario de la misma⁶².

Por otro lado, mediante Oficio N° 492 de 13 de febrero de 2015, un contribuyente expone sobre un grupo de sociedades, donde una sociedad chilena mantiene el 99,9% de una sociedad domiciliada en Reino Unido. Se solicita, entre otros, que se pronuncie sobre la adquisición por parte de la sociedad chilena del 100% de los derechos sobre la sociedad en Reino Unido, generando la disolución de esta última y fusión impropia entre ambas sociedades.

El SII responde haciendo mención a lo señalado por la Circular N° 13 de 2014, indicando que para que se produzcan los efectos tributarios de un *Goodwill* o *Badwill* tributario, deben cumplirse ciertos requisitos. Dentro de ellos, el SII exige que se trate de un proceso de fusión de sociedades en los términos del artículo

⁶² SII, Oficio N° 2897 de 2015: "Por otra parte, en el caso de la disolución de una sociedad anónima, producto de la adquisición del 100% de sus acciones por parte de una agencia o sucursal en Chile de una sociedad extranjera,...

De esta manera, el sobreprecio pagado por la agencia constituye para ésta un mayor costo de su inversión con motivo del aporte del mismo, el cual, al momento de ser recibido dentro de los activos que se transfieren en la fusión, produce el efecto de disminuir el valor de tal inversión, sin que se produzca un incremento de patrimonio para la agencia por tal motivo, pudiendo inclusive producirse un *Goodwill*, en caso que el valor de los activos que en definitiva reciba, resulte menor al valor de la inversión realizada."

99 de la LSA, comprendiéndose dentro de tal, la reunión del total de los derechos o acciones de una sociedad en manos de una misma persona. Por otro lado, el SII agrega que la ley no distingue en cuanto al lugar donde debe encontrarse constituida la sociedad involucrada en la fusión⁶³, por lo que sería posible que se produzca este tipo de fusión respecto de una sociedad domiciliada en el extranjero, siempre que, de acuerdo a la legislación que le sea aplicable, se trate de una sociedad y que la operación descrita provoque los mismos efectos y consecuencias jurídicas. Por último, el SII para determinar el efecto tributario de *Goodwill* o *Badwill*, aplica la normativa local para efectos de determinar el capital propio de la sociedad absorbida extranjera⁶⁴.

⁶³ SII, Oficio N° 492 de 2015: “Es preciso señalar además, que la ley no distingue en cuanto al lugar donde debe encontrarse constituida o domiciliada la sociedad que resulta disuelta producto de la reunión del total de derechos o acciones en manos de una misma persona, por lo que es perfectamente posible que se produzca este tipo de fusión respecto de una sociedad domiciliada en el extranjero, siempre que, de acuerdo a la legislación que le sea aplicable, se trate de una sociedad y que la operación descrita provoque los mismos efectos y consecuencias jurídicas indicadas anteriormente.”

⁶⁴ SII, Oficio N° 492 de 2015: “Respecto del requisito indicado en la letra b) anterior, el capital propio de la sociedad absorbida a considerar para la determinación de la diferencia, según lo dispuesto en el inciso 2°, del artículo 15 y en el inciso 3°, del N° 9 del artículo 31, ambos de la LIR, debe determinarse de acuerdo a lo establecido en el artículo 41 de la misma ley. Esto no implica que la sociedad absorbida tenga que ser necesariamente un contribuyente de la primera categoría que declare sus rentas efectivas mediante contabilidad completa, dado que las referidas normas no lo establecen como un requisito para su aplicación, sino que la determinación del capital propio a comparar con el valor de la inversión, debe efectuarse de acuerdo a las reglas contenidas en el citado artículo 41.”

Dentro del año 2017, fueron publicados tres pronunciamientos del SII en que se hace referencia de manera explícita a los procesos de fusión internacional.

Así, a través de Oficio N° 10 de 05 de enero de 2017, se le solicita al SII que se pronuncie sobre la fusión de una sociedad matriz con su filial, ambas sociedades extranjeras domiciliadas en España, en la que la filial mantiene como activos subyacentes acciones de una sociedad anónima chilena.

En el caso se pide la confirmación de los efectos tributarios que derivarían de una fusión inversa o de una fusión propia entre las dos sociedades extranjeras, para lo que el SII aplicó la normativa chilena en cuanto a los efectos sobre el activo subyacente chileno⁶⁵. Así, el SII señaló que en caso que los efectos derivados de la aplicación de una ley extranjera sean equivalentes a los expresados en la ley interna, será aplicable la normativa interna en lo que respecta a la filial chilena⁶⁶.

⁶⁵ SII, Oficio N° 10 de 2017: “Se hace presente también, que de acuerdo a lo dispuesto en el inciso final del artículo 16 del Código Civil, para los efectos de los contratos otorgados en país extraño, para cumplirse en Chile, se arreglarán a las leyes chilenas.”

⁶⁶ SII, Oficio N° 10 de 2017: “Este Servicio no puede ratificar a priori los supuestos legales derivados de la aplicación de una Ley extranjera; sin embargo en caso que dichos efectos sean equivalentes a los expresados en la Ley interna, y solo en relación a los supuestos que expresa en la consulta, sírvase tener por respondidas las consultas que formula, en los términos expresados en el Análisis.”

Este oficio es relevante en el sentido que el SII reconoce que una fusión internacional tiene valor jurídico como tal y que podría tener efecto sobre activos subyacentes en Chile, para la que aplica la normativa interna en la determinación de sus efectos tributarios, los que serán analizados con mayor profundidad en los siguientes capítulos.

Posteriormente, el SII dictó el oficio N° 1778 de 2017, en el que se le consulta sobre fusiones que se llevarán a cabo con sociedades constituidas en el exterior. Se trata de la reorganización corporativa internacional, que involucra a entidades de varias jurisdicciones.

En particular, se le consulta sobre (i) la fusión de la sociedad matriz con sus filiales, que a su vez son dueñas de las entidades chilenas, todas domiciliadas en Holanda; (ii) la fusión de la sociedad holandesa continuadora de la fusión anterior, en su sociedad hermana domiciliada en Luxemburgo, quedando como dueña de las sociedades chilenas esta última; (iii) la fusión de la sociedad domiciliada en Luxemburgo, continuadora de la fusión anterior, en su sociedad hermana domiciliada en Chile, quedando como dueña de las sociedades chilenas esta última.

El SII señala que no procede la facultad de tasación del Artículo 64 para un caso en que una serie de sociedades chilenas son transferidas mediante una secuencia de fusiones en el extranjero, concluyendo con una fusión internacional entre una sociedad en Luxemburgo (absorbida) y una sociedad chilena (absorbente). Para esto, es necesario que la sociedad que sobrevive mantenga registrados los activos y pasivos recibidos en la fusión, al valor tributario que tenían en las sociedades que desaparecen con las fusiones, asumiendo que la legislación extranjera correspondiente trata a las fusiones en términos similares a la legislación chilena.

Este último oficio es relevante, toda vez que se reconoce la viabilidad jurídica para efectos tributarios de una fusión internacional en Chile y, además, le aplica la legislación interna vigente, siempre que las fusiones efectuadas en el exterior, tengan las mismas características que en nuestro país, según la legislación vigente⁶⁷.

⁶⁷ SII, Oficio N° 1778 de 2017: “Si las fusiones efectuadas en el exterior, tienen las mismas características que en nuestro país, según la legislación vigente, no se aplicará la facultad de tasar del artículo 64 del Código Tributario, siempre que las nuevas sociedades o las subsistentes mantengan registrado el valor tributario que tenían los activos y pasivos en las sociedades que desaparecen con las fusiones.”

A fines del 2017 fue dictado el oficio N° 2408, en el que se consulta sobre consecutivas fusiones en el extranjero, teniendo como activos subyacentes acciones en una sociedad chilena. El oficio viene a confirmar lo señalado en oficios anteriores, en cuanto que el artículo 64 no establece ningún requisito en cuanto al lugar de constitución de las sociedades objeto de las fusiones, mientras estas se ajusten al concepto de fusión señalado en el artículo 99 de la LSA⁶⁸.

Recientemente el SII se ha pronunciado nuevamente en forma específica sobre una fusión internacional. Así, mediante oficio N° 362 de 2018 se le ha consultado a la autoridad fiscal sobre un grupo empresarial internacional que tiene como principal vehículo de inversión en Chile a una sociedad anónima (“Sociedad A”). El grupo está estructurado con una sociedad matriz domiciliada en un país miembro de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (“OCDE”), la que es dueña del 99,9% de la Sociedad A y del 100% de una sociedad con domicilio en el extranjero (“Sociedad B”), que entendemos consistiría en un país cuya jurisdicciones se considera como un régimen fiscal

⁶⁸ SII, Oficio N° 2408 de 2017: “La disposición citada, efectivamente no establece ningún requisito en cuanto al lugar de constitución de las sociedades objeto de las fusiones. Por tanto, en la medida de que las fusiones que describe en su consulta se ajusten al concepto de fusión establecido en el artículo 99 de la Ley N° 18.046, y se mantenga registrado el valor tributario de los activos y pasivos en la sociedad que sucede a la o las sociedades disueltas, tendrá aplicación la norma inhibitoria del inciso cuarto del artículo 64 del Código Tributario.”

preferencial conforme a las reglas establecidas actualmente en el artículo 41 H⁶⁹. Esta última, a su vez, es dueña del 99,9% de otra sociedad constituida en Chile.

El grupo empresarial le consulta la SII la posibilidad de fusionar Sociedad B (sociedad extranjera) en la Sociedad A (sociedad chilena), ambas filiales de la sociedad constituida en el país miembro de la OCDE. El contribuyente explica que la reorganización empresarial tendría como fin agrupar las sociedades chilenas bajo un mismo holding en el país y eliminar la participación intermedia de la sociedad en un país dentro de la lista del artículo 41 H, resultando la Sociedad A absorbente en la fusión.

En el oficio se consulta principalmente sobre si la fusión internacional tiene los mismos elementos y efectos de aquella regulada en el artículo 99 de la LSA, y si sería aplicable a esta la facultad de tasación contemplada en el artículo 64 del CT.

⁶⁹ Sin perjuicio que el contribuyente en el oficio hace referencia a “una entidad con domicilio en un país incluido en la lista del inciso primero (sic) de artículo 41 D de la Ley sobre Impuesto a la Renta”, entendemos que las referencias al artículo 41 D fueron eliminadas tras la modificación introducida por la Ley N° 21.047, publicada en el Diario Oficial con fecha 23 de noviembre de 2017. Dicha ley elimina toda referencia en la LIR en relación a países o jurisdicciones que figuren en la lista del Artículo 41 D, sustituyéndola por los territorios o jurisdicciones de régimen preferencial conforme a las reglas establecidas en el Artículo 41 H.

Respecto a la facultad de tasación del SII, este responde que si las fusiones se efectúan en el exterior compartiendo las mismas características que en nuestro país, no se aplica la facultad de tasar establecida en el artículo 64 del CT, en la medida que efectivamente se acredite que los efectos legales de la fusión en el otro país, son análogos a la fusión o división efectuada en conformidad a la legislación chilena, y esas operaciones se efectúan bajo un régimen de neutralidad tributaria al no haber ganancias ni pérdidas en la operación antedicha.

En cuanto a la posibilidad de que la fusión internacional cumpla con los mismos elementos y efectos que los señalados en el artículo 99 de la LSA, el SII señala que la ley no distingue en cuanto al lugar donde debe encontrarse constituida o domiciliada la sociedad que resulta disuelta producto de la reunión total de derechos o acciones en manos de una misma persona, por lo que es perfectamente posible que se produzca este tipo de fusión respecto de una sociedad domiciliada en el extranjero, siempre que de acuerdo a la legislación que le sea aplicable, se trate de una sociedad y que la operación descrita provoque los mismos efectos y consecuencias jurídicas indicadas en el párrafo anterior.

Por otro lado, mediante el Oficio N° 704 del 13 de abril de 2018 el contribuyente señala que una persona natural chilena mantiene participación en una sociedad panameña (para estos efectos P1), la que es dueña de otra sociedad panameña (para estos efectos P2).

P2 es dueña de una Sociedad por Acciones chilena, la que mantiene diversas inversiones y activos en Chile.

El contribuyente señala que con el objeto de simplificar la estructura de las sociedades y de facilitar las reglas de sucesión de los bienes para radicar la totalidad de su patrimonio en Chile, está analizando la fusión por incorporación de P1 y P2, en la Sociedad por Acciones chilena, que sería la entidad absorbente. Debido a lo anterior, se generaría una fusión inversa de dos sociedades extranjeras en la sociedad chilena.

En relación a dicho caso, se le consulta al SII si este se encontraría inhibido de la facultad de tasar, de acuerdo a lo señalado por el artículo 64 N° 4 del CT.

El SII le responde al contribuyente que a tal fusión inversa *cross-border* se le es aplicable el artículo mencionado, siempre que la fusión efectuada conforme a

una legislación extranjera, tenga las características que en nuestro país tiene según la legislación vigente; y que la sociedad subsistente mantenga registrado el valor tributario que tenían los activos y pasivos en las sociedades que desaparecen con la fusión.

Además señala que tal conclusión no se ve alterada por el hecho que en el proceso de reestructuración que se trata consiste en una fusión inversa, en el sentido que la Sociedad por Acciones chilena al absorber a su matriz en Panamá (P2), no deberá modificar el valor tributario de los activos adquiridos por la sociedad chilena con motivo de la fusión, puesto que la sociedad absorbente no incurrió en desembolso alguno en la adquisición de derechos en la entidad que se disuelve como producto de la fusión (tema que será tratado más adelante).

El último pronunciamiento en la materia, es el Oficio N° 888 de 04 de mayo de 2018. En este se le consulta al SII por la fusión de dos sociedades domiciliadas en Suiza (que son propietarias del 100% de una sociedad Chilena) en su matriz domiciliada en Luxemburgo. Adicionalmente se le consulta sobre la fusión por absorción de la sociedad domiciliada en Luxemburgo, en una sociedad hermana domiciliada en Chile.

El SII concluye los siguientes efectos de ambas fusiones:

i. Fusión internacional en que la Sociedad de Luxemburgo absorbe a las sociedades Suecia 1 y Suecia 2:

a) El inciso cuarto del artículo 64 del Código Tributario no establece ningún requisito en cuanto al lugar de constitución de las sociedades objeto de las fusiones; por tanto, en la medida de que las fusiones se ajusten al concepto de fusión establecido en el artículo 99 de la LSA, y se mantenga registrado el valor tributario de los activos y pasivos en la sociedad que sucede a las sociedades disueltas, el SII no tendrá la facultad de tasar la operación.

b) Respecto de las sociedades que se disuelven, en principio no existe un incremento de patrimonio que pueda estar sujeto a las normas de la LIR.

c) Por último, nos parece interesante que en este pronunciamiento, el SII señala que cuando la fusión se genera por la adquisición del 100% de los derechos de otra (fusión impropia), podría constituir un hecho gravado conforme a lo establecido en el inciso 3°, del artículo 10 de la LIR, que se afecta con el Impuesto Adicional establecido en el N° 3, del artículo 58 de la misma Ley, en la medida que se encuentre en alguno de los supuestos

que considera en las letras a), b) o c) de la primera disposición. Esto lo abordaremos más adelante.

ii. Fusión *cross-border* en que la sociedad de Chile absorbe a la Sociedad de Luxemburgo:

a) La sociedad de Chile (absorbente) deberá considerar el valor tributario de los activos existentes en la sociedad que se disuelve (sociedad de Luxemburgo), conforme al valor que tenían en esta última entidad, a fin de acreditar el cumplimiento de las normas tributarias correspondientes, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 4°, del artículo 64 del CT y la Circular N° 45, del año 2001.

b) Respecto de la sociedad que se disuelve (sociedad de Luxemburgo), en principio no existe un incremento de patrimonio que pueda estar sujeto a las normas de la LIR.

c) Para no aplicar las facultades de tasación de este Servicio, previstas en el artículo 64 del Código Tributario, la sociedad de Chile (absorbente) debe mantener registrado el valor tributario de los activos y pasivos que se les traspasen, conforme al valor que

tenían éstos en la sociedad que desaparece (sociedad de Luxemburgo).

d) Al no existir transferencia o cesión de derechos o acciones por parte de los propietarios de las sociedades involucradas en la fusión, no se produce una enajenación de las participaciones que poseía el accionista de la sociedad absorbida (sociedad de Luxemburgo) susceptible de tributación en Chile.

Teniendo en consideración los diversos pronunciamientos del SII, podríamos considerar que para efectos tributarios una fusión internacional sí es jurídicamente posible, publicando varios pronunciamientos específicos sobre la materia. Sin embargo, los efectos tributarios que se deriven de cada caso particular, se han estado dilucidando a través de los diversos oficios de la autoridad fiscal y deben ser analizados caso a caso.

CAPÍTULO III

FUSIÓN INTERNACIONAL. RECONOCIMIENTO JURÍDICO Y EFECTOS TRIBUTARIOS DE LA FUSIÓN ENTRE DOS SOCIEDADES EXTRANJERAS, PROPIETARIAS DE SOCIEDADES EN CHILE

En primer lugar, analizaremos los efectos que se generan en Chile con motivo de una fusión internacional, esto es, la fusión de dos sociedades extranjeras, que por el hecho de mantener activos subyacentes chilenos (ya sea directa o indirectamente), puede verse regulada por la legislación local.

I. Adquisición directa de activos subyacentes chilenos

La fusión entre dos sociedades extranjeras, que mantengan activos subyacentes en Chile, podría conllevar la adquisición de activos chilenos por parte de una sociedad extranjera. Para este análisis, hemos considerado la hipótesis en que una sociedad extranjera, que tiene activos chilenos, es fusionada con otra sociedad extranjera, sin tener relación de matriz-filial entre ambas sociedades, es decir, la fusión de dos sociedades independientes.

En primer lugar, en caso que la sociedad extranjera que mantiene activos chilenos, absorba a otra sociedad extranjera, no generaría efectos en Chile, toda vez que los activos Chilenos no serían transferidos, manteniendo la propiedad de estos la sociedad absorbente.

Por otro lado, en caso que la sociedad extranjera que mantiene activos chilenos sea absorbida por otra sociedad extranjera, podría generar efectos en Chile, ya que los activos chilenos serían transferidos a la sociedad absorbente, alterando su propiedad.

Para establecer los efectos tributarios de dicha adquisición de activos chilenos por una entidad extranjera, se debe en primer lugar determinar si dicha operación gatilla efectos en Chile, y por otro lado, si esta constituye enajenación para efectos locales.

i. Fusión internacional genera efectos en Chile

En primer lugar, la fusión entre dos sociedades extranjeras, en que la sociedad absorbida mantiene activos chilenos, constituye un cambio de propiedad en tales

activos, por lo que a partir de lo señalado en el artículo 16 del CC, entendemos que para cumplir efectos en Chile, debe regirse por la ley local.

En este sentido, el SII ha emitido ciertos pronunciamientos que dicen relación con la fusión de dos sociedades extranjeras que a su vez mantienen activos chilenos.

Así, por medio de Oficio N° 3532 de 22 de noviembre de 1996, se le ha consultado al SII sobre los efectos tributarios de la fusión de dos sociedades matrices constituidas en Islas Caimán, donde ambas entidades tienen agencias en Chile que mantienen activos chilenos.

Mediante dicho pronunciamiento el SII ha afirmado que la fusión de dos sociedades extranjeras, constituidas como tales en sus respectivos países, le serán aplicables la normativa vigente de la LIR.

Ratifica este criterio en un oficio posterior en el que se le consulta la misma situación, con la salvedad que quien adquiere el 100% de las acciones de la sociedad extranjera, es la agencia en Chile de la otra entidad extranjera. Así, el Oficio N° 253 de 15 de enero de 1997, confirma el criterio antes señalado y se

remite al Oficio de 1996, aplicando la normativa tributaria local a la fusión de dos matrices extranjeras, por medio de la agencia de una de estas.

Como ha sido mencionado anteriormente, nuestra legislación contempla dentro de la base del ordenamiento jurídico, según lo dispuesto en el inciso final del artículo 16 del CC, que los efectos de los contratos otorgados en país extraño, para cumplirse en Chile, se arreglarán a las leyes chilenas.

De acuerdo a tal principio, podríamos concluir que la celebración de una fusión en el extranjero, que involucre a activos subyacentes chilenos, deberá sujetarse a las normas locales para cumplirse en el país, toda vez que se genera un cambio de propiedad de activos chilenos, transferencia que solo generará efectos si esta se rige por la Ley Chilena.

ii. Efectos en Chile de la fusión internacional

Una vez determinada la aplicación de la legislación local a la fusión de dos sociedades extranjeras, donde una de las cuales mantiene activos chilenos, en particular, acciones o derechos en sociedades chilenas, se debe determinar los

efectos tributarios de esto y la potencial aplicación de la facultad de tasación del SII.

Para efectos de este análisis, entendemos que la absorción de una sociedad extranjera, matriz de una sociedad en Chile, constituye una transferencia directa de activos chilenos, ya que la sociedad absorbente adquiere directamente todos los activos chilenos de la sociedad que desaparece con motivo de la fusión.

Por otro lado, se debe establecer si dicha transferencia constituye enajenación para efectos chilenos.

En primer lugar, tanto el SII⁷⁰ como la SVS⁷¹ han señalado que la fusión de sociedades no implica una transferencia de bienes específicos, sino una transmisión de relaciones jurídicas activas y pasivas, con solución de continuidad manifestada en la distribución o canje de nuevos títulos accionarios, acordadas por los accionistas de las sociedades respectivas.

⁷⁰ SII, Oficios N° 791 de 2002, N° 1479 de 2005, N° 664 de 2007 y N° 872, de 2017.

⁷¹ SVS, Oficios N° 741 de 2002 y N° 791 de 2002.

Por lo tanto, la transferencia de activos con motivo de una fusión, no constituiría para efectos chilenos una enajenación.

Por otro lado, respecto a las sociedades chilenas cuya propiedad se ha visto modificada con motivo de una fusión en el extranjero, el SII ha señalado que estas estarán a lo que determine la LIR, siempre que los efectos de las jurisdicciones extranjeras sean equivalentes a los expresados en la Ley interna, de acuerdo a los diversos oficios que ha dictado el SII en tal sentido⁷².

En este sentido, si bien existe una enajenación de activos o acciones chilenas, no se producirá una renta o mayor valor tributable en Chile, porque la enajenación se produce como consecuencia de una sucesión universal, en que no hay una contraprestación, de modo que no existiría un incremento patrimonial⁷³.

Como señalamos anteriormente, consideramos que la absorción de una sociedad extranjera, matriz de una sociedad en Chile, no constituye una enajenación indirecta, sino más bien una transferencia directa de activos chilenos.

⁷² Por ejemplo, SII, Oficio N° 704 de 2018.

⁷³ SII, Oficio N° 10 de 2017.

Sin perjuicio de lo anterior, estimamos que podría generarse efectos en Chile en caso que la fusión de la sociedad extranjera que mantiene acciones chilenas, se genere con motivo de la adquisición de las acciones de dicha sociedad en el extranjero (fusión impropia). Es decir, en caso que se adquiriera por compra el 100% de las acciones de la sociedad en el extranjero, matriz de una sociedad en Chile, podría gatillarse una enajenación indirecta de activos subyacentes chilenos.

Como mencionaremos más adelante, para efectos Chilenos, la enajenación indirectas de activos chilenos es un hecho gravado por la LIR, siempre que se califique en algunos de los casos contemplado en el artículo 10 inciso 3, letras a), b) o c).

Lo anterior estimamos que podría generar efectos, ya que la fusión se genera con motivo de una adquisición de acciones en el extranjero que conlleva la enajenación indirecta de la sociedad en Chile. Si bien algunos podrían considerar que se trata de dos actos distintos: (i) por un lado la enajenación de acciones en el extranjero, que gatilla la transferencia indirecta de una sociedad en Chile; y, (ii) Por otro lado, que con motivo de dicha adquisición, se realiza una fusión impropia de ambas sociedades en el extranjero.

Como ambos actos podrían ser simultáneos, estimamos que es posible considerar que dicha fusión podría constituir una enajenación indirecta para efectos chilenos y, por lo tanto, un hecho gravado conforme a lo establecido en el inciso 3°, del artículo 10 de la LIR, y que se afecte con Impuesto Adicional del N° 3, del artículo 58 de la misma ley, siempre en la medida que se encuentre en alguno de los supuestos que considera en las letras a), b) o c) del referido artículo 10⁷⁴.

Por último, se debe analizar si para el caso de una fusión internacional, el SII estaría facultado para tasar el valor de la operación.

En primer lugar, el SII ha señalado en variadas no se verá facultado de aplicar la facultad de tasación sobre la asignación de las acciones a la sociedad continuadora, siempre que las fusiones efectuadas en el exterior tengan las mismas características que en nuestro país, según la legislación vigente.

⁷⁴ SII, Oficio N° 888 de 2018: “Sin perjuicio de lo señalado en los párrafos precedentes, la adquisición del 100% de los derechos en las sociedades extranjeras Suecia 1 y Suecia 2, efectuada por Soc. Lux, podría constituir un hecho gravado conforme a lo establecido en el inciso 3°, del artículo 10 de la LIR, que se afecta con el Impuesto Adicional establecido en el N° 3, del artículo 58 de la misma Ley, en la medida que se encuentre en alguno de los supuestos que considera en las letras a), b) o c) de la primera disposición legal citada.”

Además, se debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 64 del CT, esto es, que las nuevas sociedades o las subsistentes mantengan registrado el valor tributario que tenían los activos y pasivos en las sociedades que desaparecen con las fusiones.

II. Adquisición indirecta de activos subyacentes chilenos

i. Enajenación indirecta de activos subyacentes

La fusión de dos entidades extranjeras, que indirectamente mantengan participación en sociedades chilenas, podría llevar a estar afecta a impuestos siempre que se cumplan determinados requisitos contenidos en la LIR.

Lo anterior lo analizaremos bajo la hipótesis en que una sociedad extranjera (“Sociedad Extranjera 1”) es dueña de otra sociedad extranjera (“Sociedad Extranjera 2”), la que a su vez es dueña de una sociedad chilena.

Entendemos que la situación de enajenación indirecta solo podría darse en el caso que la Sociedad Extranjera 1 sea absorbida por otra sociedad en el extranjero (ya sea por sus dueños o por otra sociedad)⁷⁵.

La enajenación indirecta, en términos generales, está regulada en la LIR⁷⁶ en el artículo 10 inciso 3, donde establece que son rentas de fuente chilena las ganancias de capital obtenidas en la venta de sociedades en el extranjero cuando: (i) se transfiere el 10% o más de una entidad extranjera; y (ii) los activos subyacentes en Chile que indirectamente se enajenan representen al menos el 20% del total de los bienes enajenados en la transacción o cuando el valor de dichos activos en Chile sean iguales o superiores a 210.000 UTA (en ambos casos considerando valores de mercado).

⁷⁵ Entendemos que la fusión en la que Sociedad Extranjera 2 sea absorbida, no constituiría una enajenación indirecta de activos subyacentes chilenos, ya que siguiendo la lógica del SII de entender que la sociedad absorbida es quien “aporta” sus activos a la sociedad absorbente, en este caso la Sociedad Extranjera 2 estaría directamente transfiriendo dentro de sus activos, la participación en una sociedad chilena. Nuestra opinión es contraria a la del SII, ya que en Oficio N° 2401 de 2017, aplica las normas de transferencia indirecta (i.e. artículo 10 inciso final y artículo 58 N° 3, ambos de la LIR) al caso en cuestión, cosa que nos parece errónea por lo señalado anteriormente.

⁷⁶ LIR, Artículo 10 inciso 3: “Se encontrarán afectas al impuesto establecido en el artículo 58 número 3), las rentas obtenidas por un enajenante no residente ni domiciliado en el país, que provengan de la enajenación de derechos sociales, acciones, cuotas, bonos u otros títulos convertibles en acciones o derechos sociales, o de la enajenación de otros derechos representativos del capital de una persona jurídica constituida o residente en el extranjero, o de títulos o derechos de propiedad respecto de cualquier tipo de entidad o patrimonio, constituido, formado o residente en el extranjero, en los siguientes casos:...”

De esta forma, estarán afectas a 35%⁷⁷ de Impuesto Adicional las rentas obtenidas por un enajenante no residente ni domiciliado en el país, que provengan de la enajenación de derechos sociales o acciones, entre otros, o de la enajenación de otros derechos representativos del capital de una persona jurídica constituida o residente en el extranjero, cuando estos mantengan activos subyacentes chilenos y se cumplan con los requisitos señalados en la LIR.

Sin perjuicio de lo anterior, en cuanto a la aplicación del Impuesto Adicional del artículo 58 N° 3 de la LIR, cabe señalar que, tal como se mencionó anteriormente, la ley requiere la existencia de una enajenación de alguno de los bienes singularizados en el inciso tercero del artículo 10 de la LIR.

Entendemos que lo anterior no ocurriría en el caso de fusiones de sociedades extranjeras, siempre en la medida de que estas ajusten al concepto de fusión establecido en el artículo 99 de la LSA, en la que en variadas ocasiones tanto el

⁷⁷ LIR, Artículo 58: Se aplicará, cobrará y pagará un impuesto adicional a la renta, con tasa del 35%, en los siguientes casos:...

3) También pagarán el impuesto de este artículo, en carácter de único, los contribuyentes no residentes ni domiciliados en el país, que enajenen las acciones, cuotas, títulos o derechos a que se refiere el inciso tercero del artículo 10.

SII⁷⁸ como la SVS⁷⁹ han señalado que no constituye enajenación, siendo esta una transmisión de relaciones jurídicas activas y pasivas, con solución de continuidad.

Por lo tanto, siempre que la fusión realizada en el extranjero se ajuste al concepto de fusión de nuestro ordenamiento jurídico, no debiese considerarse como una enajenación para efectos de la aplicación de las normas de enajenación indirecta del artículo 10 de la LIR.

Sin perjuicio de lo anterior, el SII ha señalado otro criterio. En Oficio N° 2401 de 2017, el SII se pronunció sobre una fusión internacional, en la que una sociedad domiciliada en Noruega (“Sociedad 1”) absorbe a su filial domiciliada en Jersey (“Sociedad 2”). Sociedad 2 es dueña del 100% de una sociedad domiciliada en el mismo país (“Sociedad 3”), la que a su vez es dueña en un

⁷⁸ SII, Oficio N° 2408 de 2017; Oficio N° 10 de 2017.

⁷⁹ SVS, Oficio ordinario N° 952 de 2002: *“la fusión por absorción no implica una transferencia de bienes específicos, sino una transmisión de relaciones jurídicas activas y pasivas, con solución de continuidad manifestada en la distribución o canje de nuevos títulos accionarios, acordada por los accionistas de las sociedades respectivas.*

A consecuencia de lo anterior, la fecha de adquisición de las acciones emitidas por la sociedad absorbida, no se pierde para sus titulares a consecuencia de un acuerdo de fusión, sino que debe entenderse que tal fecha corresponde a aquélla en que las acciones emitidas por la sociedad absorbida fueron adquiridas por el titular respectivo. En tal sentido, el acuerdo de fusión no es sino el ejercicio de derechos sociales por parte de los accionistas en un acto colectivo, con derecho a retiro en caso de disidencia, y no una inversión nueva en acciones emitidas por otra sociedad.”

porcentaje mayoritario de una sociedad chilena, Por lo tanto, con motivo de la fusión, la sociedad absorbida transfiere indirectamente activos chilenos, esto es, la participación en la sociedad chilena.

El inciso final del artículo 10 de la LIR señala que en caso de enajenación indirecta de activos subyacentes chilenos, no se aplicará IA siempre que (i) tal transferencia se haya efectuado dentro del contexto de una reorganización de un grupo empresarial en los términos del artículo 96 de la Ley N° 18.045, y (ii) que en dichas operaciones no se haya generado renta o un mayor valor para el enajenante.

A raíz de tal norma, el SII señala⁸⁰ que, aun cuando una fusión produce un cambio en la propiedad de los bienes, el aporte que efectúa la sociedad absorbida no tiene contraprestación puesto que desaparece como persona jurídica, de donde resulta que no es posible que experimente un incremento patrimonial que pueda quedar sujeto a las normas de la LIR.

⁸⁰ SII, Oficio N° 2401 de 2017: “Por lo tanto, aun cuando en una fusión legalmente se produce un cambio en la propiedad o titularidad de los bienes, ya que éstos se transfieren desde la sociedad disuelta a la absorbente, el “aporte” que efectúa la sociedad absorbida no tiene contraprestación pues no recibe a cambio acciones o derechos en la sociedad resultante, puesto que desaparece como persona jurídica, de donde resulta que queda al margen de experimentar un incremento patrimonial que pueda estar sujeto a las normas de la LIR.”

Por lo tanto, el SII descarta la aplicación de IA por el motivo que no existe contraprestación y que por lo tanto no se podría generar un incremento, cumpliendo por tanto el requisito señalado en el inciso final del artículo 10 de la LIR.

El SII en tal pronunciamiento estaría concluyendo que la fusión es una enajenación, en la que la sociedad absorbida es el enajenante de activos, y sólo no le es aplicable el IA ya que no existe contraprestación.

No estamos de acuerdo con la conclusión anterior, toda vez que a nuestro entendimiento no podemos llegar a tal punto si consideramos que la fusión no constituye en sí misma enajenación, si no que una sucesión de bienes con relación de continuidad.

ii. Fusión Inversa

Por otro lado, nos podemos encontrar frente a casos en que una filial extranjera, que mantiene participación en una sociedad en Chile, absorba a su propia matriz en el extranjero.

La situación anterior debe ser estudiada, ya que estimamos que podríamos encontrarnos frente a un caso de enajenación indirecta de activos subyacentes chilenos.

Como ha sido señalado anteriormente, la LSA define fusión como la reunión de dos o más sociedades en una sola que las sucede en todos sus derechos y obligaciones, y a la cual se incorporan la totalidad del patrimonio y accionistas de los entes fusionados.

Así, la ley no distingue respecto a la relación de participación o propiedad que debe existir entre las entidades que se fusionan, de forma tal que pueden fusionarse sociedades sin relación alguna, matriz con filial y viceversa.

Dado que no existe un tratamiento orgánico en nuestra legislación respecto de una fusión inversa, se la puede definir como aquella por la cual una sociedad filial absorbe a su matriz, la que se disuelve transmitiendo la totalidad de su patrimonio a la primera, sucediendo a la sociedad absorbida en todos sus derechos y obligaciones.

La LSA en su artículo 27 dispone que “Las sociedades anónimas sólo podrán adquirir y poseer acciones de su propia emisión cuando la adquisición: 2) Resulte de la fusión con otra sociedad, que sea accionista de la sociedad absorbente.”

Agrega adicionalmente el citado artículo que “Las acciones adquiridas de acuerdo con lo dispuesto en los números 1) y 2) del presente artículo, deberán enajenarse en una bolsa de valores dentro del plazo máximo de un año a contar de su adquisición y si así no se hiciere, el capital quedará disminuido de pleno derecho”.

Finalmente el artículo 62 del Nuevo Reglamento de la LSA dispone que “Cuando la sociedad adquiriera acciones de propia emisión [...] como consecuencia de la fusión con otra sociedad que sea accionista de la sociedad absorbente, dichas acciones deberán enajenarse en bolsa de valores dentro del plazo máximo de un año a contar de su fecha de adquisición. Si dichas acciones no fueran enajenadas en el plazo señalado, las acciones y la inscripción de éstas a nombre de la sociedad serán canceladas y el capital se disminuirá de pleno derecho en un monto igual al costo en que la sociedad adquirió dichas acciones”.

Las disposiciones citadas confirman la posibilidad de efectuar una fusión de este tipo, estableciendo además un procedimiento y los efectos específicos en relación al capital de la sociedad que adquiere por este medio las acciones de propia emisión.

Respecto de la legislación tributaria, como mencionamos, si bien esta no se refiere al caso específico de la Fusión Inversa, tal posibilidad ha sido aceptada en la jurisprudencia administrativa del SII haciendo referencia a ésta en el Oficio N° 3850 de 2001, en el que la autoridad administrativa reconoce la procedencia de una fusión por incorporación de una matriz hacia una filial y en el Oficio N° 1916 de 2015.

En el Oficio N° 3850 de 2001, luego de describir los efectos de la fusión, en particular, los efectos relacionados con el *Goodwill*, dispone que la razón por la que se otorga este tratamiento es “reconocer contable y tributariamente la inversión o desembolso efectivo en que la sociedad absorbente incurre al adquirir las acciones de la sociedad absorbida”. Por lo que cabe concluir que el *Goodwill* es sólo aplicable en el caso que exista un desembolso efectivo en la adquisición de acciones de la sociedad absorbida (es decir, en caso de una fusión en que la matriz absorbe a la filial).

Es más, dicho pronunciamiento concluye que los dictámenes referentes al *Goodwill* emitidos hasta ese momento, no serían aplicables al caso de la consulta formulada (la absorción por la filial de sus dos matrices), puesto que en la situación hipotética que el contribuyente describe, la sociedad absorbente no efectúa ningún desembolso efectivo en la adquisición de las acciones de las sociedades absorbidas.

Lo anterior es confirmado por la Circular N° 1 de 2015 la cual dispone que “existe *Goodwill* o menor valor, cuando el valor total de la inversión efectuada por la absorbente en las acciones o derechos sociales de la sociedad absorbida es mayor al valor total o proporcional del capital propio tributario de esta última determinado a la fecha de la fusión”.

Finalmente la Circular N° 13 de 2014, dispone que para que se produzca la diferencia de valor, debe verificarse el cumplimiento de dos requisitos copulativos, siendo uno de ellos “Que la absorbente haya realizado previamente una inversión en acciones o derechos sociales de la sociedad absorbida o fusionada”.

Confirma lo anterior el Oficio N° 1916 de 2015, al señalar que no aplican las normas de *Goodwill* tributario, por cuanto, la sociedad absorbente no ha efectuado una inversión en acciones de la sociedad absorbida, requisito esencial exigido por la norma señalada.

También señala que en caso de fusión inversa, la ley permite que una sociedad puede adquirir y poseer acciones de su propia emisión, salvo en cuanto esté prohibido por el estatuto social. Las acciones adquiridas por la sociedad deben enajenarse dentro del plazo establecido en el estatuto, y si éste nada señala, deben enajenarse dentro del plazo de un año contado desde la fecha de su adquisición.

En el evento que dichas acciones no sean enajenadas en la oportunidad establecida en la ley, se disminuye de pleno derecho el capital social y deberá disminuirse el capital propio tributario de la sociedad absorbente en un monto equivalente al valor o costo tributario que tenían las acciones en la sociedad que resultó absorbida, lo que no genera efectos tributarios adicionales.

Por lo tanto, lo que se genera en caso que las acciones de propia emisión no sean enajenadas dentro del plazo establecido en la ley, es la cancelación de tales acciones, haciendo los ajustes correspondientes en la sociedad absorbente.

En consecuencia, estimamos que de efectuarse una fusión inversa, no se generarían efectos tributarios relacionados a *Goodwill* o *Badwill* tributario, sin perjuicio de la pérdida de los atributos personalísimos de la sociedad absorbida.

En caso que se produzca una fusión inversa en el extranjero, donde la filial extranjera, que absorbe a su matriz, mantenga activos subyacentes chilenos, podría cuestionarse que exista una enajenación indirecta de dichos activos, sin embargo, estimamos que esta teoría no sería correcta, toda vez que si la fusión se realiza bajo los términos de la LSA, esta no constituiría enajenación.

El SII ha señalado que en caso de fusión inversa de sociedades extranjeras, que mantienen acciones en sociedades chilenas, la sociedad absorbente adquiriría sus propios derechos, sin que exista contraprestación ya que la sociedad absorbida (matriz) no recibe a cambio acciones o derechos de la sociedad absorbente, puesto que desaparece como persona jurídica. Debido a lo anterior, no resultaría aplicable la norma de control prevista en el artículo 10 inciso 3° de

la LIR, ya que no se dan los supuestos básicos contemplados en esta norma legal, al no haber una enajenación por parte de la sociedad absorbente a un tercero de sus derechos representativos de activos subyacentes en Chile⁸¹.

Por otro lado, el último oficio del SII en relación a temas de fusión internacional, Oficio N° 704 de 2018, trata sobre el caso de una fusión inversa, en que Chile absorbe a su matriz extranjera.

En este caso el SII solo se pronuncia señalando que no procedería la facultad de tasación, siempre que la fusión efectuada conforme a una legislación extranjera, tenga las características que en nuestro país tiene según la legislación vigente; y que la sociedad absorbente chilena (la filial) mantenga registrado el valor tributario que tenían los activos y pasivos en las sociedades que desaparecen con la fusión (las sociedad panameñas, matrices de la sociedad chilena que las absorbe).

⁸¹ SII, Oficio N° 10 de 2017.

iii. Normas de reorganización empresarial

Sobre el particular, es posible señalar que el inciso cuarto del artículo 64 inciso 4 del CT, inhibe a este Servicio del ejercicio de la facultad de tasación, “en los casos de división o fusión por creación o por incorporación de sociedades, siempre que la nueva sociedad o la subsistente mantenga registrado el valor tributario que tenían los activos y pasivos en la sociedad dividida o aportante.”.

Este artículo establece ningún requisito en cuanto al lugar de constitución de las sociedades objeto de las fusiones.

Por lo tanto, creemos que en la medida que las fusiones de las sociedades extranjeras se ajusten al concepto de fusión establecido en el artículo 99 de la LSA, y se cumplan los requisitos mencionados en el artículo mencionado, esto es, se mantenga registrado el valor tributario de los activos y pasivos en la sociedad que sucede a la o las sociedades disueltas, tendrá aplicación la norma inhibitoria del inciso cuarto del artículo 64 del Código Tributario.

Lo anterior ha sido respaldado por los pronunciamientos del SII⁸².

Adicionalmente, en caso que se llegase a considerar que con motivo de una fusión internacional de sociedades extranjeras, se produce una enajenación indirecta de activos chilenos, existe una norma especial de reorganización empresarial, contemplada en el inciso final del artículo 10 de la LIR.

Esta norma señala que no se aplicará el IA a las enajenaciones ocurridas en el exterior que se hayan efectuado en el contexto de una reorganización del grupo empresarial, según la definición de este contemplada en el artículo 96, de la ley N° 18.045⁸³, sobre Mercado de Valores, siempre que en dichas operaciones no

⁸² SII, Oficio N° 1778 de 2017; Oficio N° 2408 de 2017.

⁸³ LMV, Artículo 96: “Grupo empresarial es el conjunto de entidades que presentan vínculos de tal naturaleza en su propiedad, administración o responsabilidad crediticia, que hacen presumir que la actuación económica y financiera de sus integrantes está guiada por los intereses comunes del grupo o subordinada a éstos, o que existen riesgos financieros comunes en los créditos que se les otorgan o en la adquisición de valores que emiten.

Forman parte de un mismo grupo empresarial:

- a) Una sociedad y su controlador;
- b) Todas las sociedades que tienen un controlador común, y este último, y
- c) Toda entidad que determine la Superintendencia considerando la concurrencia de una o más de las siguientes circunstancias:
 - 1. Que un porcentaje significativo del activo de la sociedad está comprometido en el grupo empresarial, ya sea en la forma de inversión en valores, derechos en sociedades, acreencias o garantías;
 - 2. Que la sociedad tiene un significativo nivel de endeudamiento y que el grupo empresarial tiene importante participación como acreedor o garante de dicha deuda;

se haya generado renta o un mayor valor para el enajenante, renta o mayor valor determinado conforme a lo dispuesto en el artículo 58 número 3).

3. Que la sociedad sea miembro de un controlador de algunas de las entidades mencionadas en las letras a) o b), cuando este controlador corresponda a un grupo de personas y existan razones fundadas en lo dispuesto en el inciso primero para incluirla en el grupo empresarial, y

4. Que la sociedad sea controlada por uno o más miembros del controlador de alguna de las entidades del grupo empresarial, si dicho controlador está compuesto por más de una persona, y existan razones fundadas en lo dispuesto en el inciso primero para incluirla en el grupo empresarial.”

CAPÍTULO IV

FUSIÓN *CROSS-BORDER*. RECONOCIMIENTO JURÍDICO Y EFECTOS TRIBUTARIOS DE LA FUSIÓN ENTRE UNA SOCIEDAD CHILENA CON UNA SOCIEDAD EXTRANJERA.

I. Sociedad chilena absorbe a una sociedad extranjera.

La fusión entre una sociedad chilena con una sociedad extranjera, siendo la chilena la sociedad absorbente, lleva a determinar diversos efectos tributarios que se originan en los procesos de fusión de acuerdo a la legislación chilena, particularmente en el caso de fusión entre sociedades matrices con filiales.

Así, se deben determinar una serie de efectos, para el caso que trataremos los efectos a nivel de *Goodwill* tributario o *Badwill* tributario, reconocimiento de utilidades retenidas a nivel de la absorbida, normas de costo tributario, y normas de reorganización empresarial.

En términos generales, el SII ha señalado que es posible que se produzca una fusión por la reunión del total de derechos o acciones representativas de una sociedad extranjera, en manos de una sociedad constituida en Chile, aplicándose en tal caso, las reglas contenidas en la LIR⁸⁴.

Para efectos de que la ley chilena sea aplicada y, en definitiva, se generen los efectos tributarios contenidos en la LIR, el SII ha señalado que es necesario que se trate de un proceso de fusión de sociedades en los términos del artículo 99 de la LSA, comprendiéndose en este concepto tanto la fusión propia como la fusión impropia por la reunión del total de los derechos o acciones de una sociedad en manos de una misma persona.

Además de que se trate de un proceso de fusión, será necesario que dicha operación produzca la disolución de la sociedad filial, de acuerdo con el estatuto jurídico que la rija, de tal forma que, por el sólo ministerio de la ley los bienes que formaban parte del patrimonio de la sociedad disuelta pasan al dominio del

⁸⁴ SII, oficio N° 492 de 2015: “4.- Como se indicó en el N°2, del Análisis, es posible que, conforme a lo dispuesto en el inciso 2°, del artículo 15, y en el inciso 3°, del N° 9 del artículo 31, ambos de la LIR, se produzca una fusión por la reunión del total de derechos o acciones representativas de una sociedad extranjera, en manos de una sociedad constituida en Chile, aplicándose en tal caso, las reglas contenidas en estas normas para el tratamiento tributario del mayor o menor valor, según corresponda, que se origine al comparar la inversión total realizada en derechos o acciones de la sociedad absorbida y el capital propio de la misma, a la fecha de fusión.”

adquirente del total de los derechos o acciones, siendo la ley el modo de adquirir dichos bienes⁸⁵. Por lo tanto, el SII ha señalado que en caso que se mantenga la personalidad jurídica, aun cuando la totalidad de los derechos o acciones se reúnan en una sola mano, no se aplicarán las normas locales relativas a las fusiones.

Por otro lado, el SII ha señalado que la ley no distingue en cuanto al lugar donde debe encontrarse constituida o domiciliada la sociedad disuelta producto de la fusión, razón por la cual sería posible aplicar la legislación tributaria chilena respecto de la fusión con una sociedad domiciliada en el extranjero, siempre que de acuerdo a la legislación local que le sea aplicable, esta entidad sea considerada una sociedad y que la fusión genere los mismos efectos jurídicos que en Chile⁸⁶.

⁸⁵ De acuerdo a lo señalado por el SII, Circular N° 2 de 1998.

⁸⁶ SII, Oficio 492 de 2015: “2.- ... Es preciso señalar además, que la ley no distingue en cuanto al lugar donde debe encontrarse constituida o domiciliada la sociedad que resulta disuelta producto de la reunión del total de derechos o acciones en manos de una misma persona, por lo que es perfectamente posible que se produzca este tipo de fusión respecto de una sociedad domiciliada en el extranjero, siempre que, de acuerdo a la legislación que le sea aplicable, se trate de una sociedad y que la operación descrita provoque los mismos efectos y consecuencias jurídicas indicadas anteriormente.”

i. *Goodwill* tributario o *Badwill* tributario

Como fue señalado anteriormente, en un proceso de fusión de sociedades, comprendiéndose dentro de este concepto la disolución de una sociedad por reunirse el total de sus derechos o acciones en manos de una misma persona o la que ocurre mediando la voluntad de las respectivas juntas de accionistas, puede generarse una diferencial entre valor de la inversión corregida, y valor patrimonial de la sociedad absorbida.

Si el costo tributario de la sociedad absorbente sobre la sociedad absorbida supera al capital propio tributario de esta última, se produce una diferencia denominada *Goodwill* tributario.

Por su parte, si el costo tributario de la inversión es inferior al capital propio tributario proporcional de la entidad absorbida, dicha diferencia se denomina *Badwill* tributario.

El tratamiento tributario que se le aplica a tales diferencias, se encuentra regulada en nuestra legislación en el artículo 31 N° 9 inciso 3⁸⁷

⁸⁷ LIR, Artículo 31 N° 9 inciso 3: "Cuando con motivo de la fusión de sociedades, comprendiéndose dentro de este concepto la reunión del total de los derechos o acciones de una sociedad en manos de una misma

(para el *Goodwill* tributario) y en el artículo 15 inciso 2⁸⁸ (para el *Badwill* tributario), ambos de la LIR.

Tales normas regulan el tratamiento tributario de la diferencia que se produzca con motivo de la fusión de sociedades, refiriéndose a tales

persona, el valor de la inversión total realizada en los derechos o acciones de la sociedad fusionada, resulte mayor al valor total o proporcional, según corresponda, que tenga el capital propio de la sociedad absorbida, determinado de acuerdo al artículo 41 de esta ley, la diferencia que se produzca deberá, en primer término, distribuirse entre todos los activos no monetarios que se reciben con motivo de la fusión cuyo valor tributario sea inferior al corriente en plaza. La distribución se efectuará en la proporción que represente el valor corriente en plaza de cada uno de dichos bienes sobre el total de ellos, aumentándose el valor tributario de éstos hasta concurrencia de su valor corriente en plaza o de los que normalmente se cobren o cobrarían en convenciones de similar naturaleza, considerando las circunstancias en que se realiza la operación. De subsistir la diferencia o una parte de ella, ésta se considerará como un activo intangible, sólo para los efectos de que sea castigado o amortizado a la disolución de la empresa o sociedad, o bien, al término de giro de la misma. Con todo, este activo intangible formará parte del capital propio de la empresa, y se reajustará anualmente conforme a lo dispuesto en el número 6 del artículo 41.”

⁸⁸ LIR, Artículo 15 inciso 2: “Cuando con motivo de la fusión de sociedades, comprendiéndose dentro de este concepto la reunión del total de los derechos o acciones de una sociedad en manos de una misma persona, el valor de la inversión total realizada en derechos o acciones de la sociedad fusionada, resulte menor al valor total o proporcional, según corresponda, que tenga el capital propio de la sociedad absorbida, determinado de acuerdo al artículo 41 de esta ley, la diferencia que se produzca deberá, en primer término, distribuirse entre todos los activos no monetarios que se reciben con motivo de la fusión cuyo valor tributario sea superior al corriente en plaza. La distribución se efectuará en la proporción que represente el valor corriente en plaza de cada uno de dichos bienes sobre el total de ellos, disminuyéndose el valor tributario de éstos hasta concurrencia de su valor corriente en plaza o de los que normalmente se cobren o cobrarían en convenciones de similar naturaleza, considerando las circunstancias en que se realiza la operación. De subsistir la diferencia o una parte de ella, ésta se considerará como un ingreso diferido y se imputará por el contribuyente dentro de sus ingresos brutos en un lapso de hasta diez ejercicios comerciales consecutivos contados desde aquel en que éste se generó, incorporando como mínimo un décimo de dicho ingreso en cada ejercicio, hasta su total imputación.”

procesos en términos genéricos y sin señalar el domicilio que deben tener las entidades involucradas.

Sin perjuicio de lo anterior, una postura podría considerar que para que exista un *Goodwill* o *Badwill* tributario, la sociedad absorbida debe mantener un capital propio tributario determinado de acuerdo a las normas del artículo 41 de la LIR, para efectos de calcular la diferencia entre este y el valor de la inversión sobre sus acciones o derechos sociales.

En este sentido, el artículo 41 de la LIR señala que los contribuyentes de primera categoría que declaren sus rentas efectivas, demostradas mediante un balance general, deberán reajustar anualmente su capital propio de acuerdo a las normas establecidas en los números siguientes del artículo. Por lo tanto, se podría pensar que para efectos de poder registrar y mantener un capital propio tributario, debe tratarse de un contribuyente de primera categoría, excluyendo por tanto a aquellas entidades sin domicilio en Chile.

Sin perjuicio de lo anterior, el SII se ha pronunciado en relación al tratamiento tributario de *Goodwill* tributario en caso de fusión que involucre sociedades extranjeras mediante el Oficio N° 492 de 2015.

El SII se pronunció específicamente en cuanto al tratamiento tributario de *Goodwill* o *Badwill* en caso de fusiones internacionales⁸⁹ señalando que es posible que, conforme al artículo 15 inciso 2° y artículo 31 N° 9 inciso 3° de la LIR, se produzca una fusión por la reunión del total de derechos o acciones representativas de una sociedad extranjera, en manos de una sociedad constituida en Chile, aplicándose para las fusiones internacionales las mismas reglas contenidas en las normas señaladas para el tratamiento tributario del *Goodwill* o *Badwill* tributario, que se origina en la diferencia que se genera entre el valor de la inversión total en derechos o acciones de la sociedad absorbida y el capital propio de la misma, a la fecha de fusión.

En este sentido, el SII señala que para que se produzca la diferencia de valor es necesario que se cumplan los siguientes requisitos copulativos:

- a) Que se trate de un proceso de fusión de sociedades en los términos del artículo 99 de la LSA, comprendiéndose además dentro

⁸⁹ SII, Oficio N° 492 N° 4: “Como se indicó en el N°2, del Análisis, es posible que, conforme a lo dispuesto en el inciso 2°, del artículo 15, y en el inciso 3°, del N° 9 del artículo 31, ambos de la LIR, se produzca una fusión por la reunión del total de derechos o acciones representativas de una sociedad extranjera, en manos de una sociedad constituida en Chile, aplicándose en tal caso, las reglas contenidas en estas normas para el tratamiento tributario del mayor o menor valor, según corresponda, que se origine al comparar la inversión total realizada en derechos o acciones de la sociedad absorbida y el capital propio de la misma, a la fecha de fusión”.

de este concepto y para los efectos allí indicados, la reunión del total de los derechos o acciones de una sociedad en manos de una misma persona. Será necesario que se produzca la disolución de la sociedad absorbida de acuerdo con la legislación extranjera correspondiente de forma que, de acuerdo a lo señalado por este Servicio en la Circular N° 2 de 1998, por el solo ministerio de la ley, los bienes que formaban parte del patrimonio de la sociedad disuelta pasan a formar parte del dominio del adquirente del total de los derechos o acciones, siendo la ley el modo de adquirir dichos bienes.

b) Que exista una inversión realizada en derechos sociales o acciones por parte de la sociedad absorbente en la sociedad fusionada. Para tal efecto, la sociedad absorbente deberá determinar el costo tributario de las acciones o derechos en la sociedad extranjera, actualmente conforme a lo establecido en el artículo 31 N° 9 inciso 4 de la LIR⁹⁰.

⁹⁰ LIR, Artículo 31 N° 9 inciso 4: “El valor de adquisición de los derechos o acciones a que se refiere el inciso anterior, para determinar la citada diferencia, deberá reajustarse según el porcentaje de variación del Índice de Precios al Consumidor entre el mes anterior al de la adquisición de los mismos y el mes anterior al del balance correspondiente al ejercicio anterior a aquel en que se produce la fusión.”

c) Que el valor total de la inversión en la sociedad fusionada, sea distinto al valor total o proporcional, según sea el caso, del capital propio tributario de la sociedad absorbida. Para efectos del cálculo de tal diferencia, el capital propio tributario de la sociedad absorbida, según lo dispuesto en el artículo 15 inciso 2°, y en el artículo 31 N° 9 inciso 3°, debe determinarse de acuerdo a lo establecido en el artículo 41 de la LIR. La referencia al artículo 41 no implica que la sociedad absorbida tenga que ser necesariamente un contribuyente de primera categoría que declare sus rentas efectivas mediante contabilidad completa, toda vez que las referidas normas no lo establecen como un requisito para su aplicación, sino que la determinación del capital propio a comparar con el valor de la inversión, debe efectuarse de acuerdo a las reglas contenidas en el citado artículo 41.

Por lo tanto, el SII es de la postura que la ley no distingue en cuanto al lugar donde debe encontrarse constituida o domiciliada la sociedad que resulta disuelta producto de la fusión, por lo que es perfectamente posible que se produzca este tipo de fusión respecto de una sociedad domiciliada en el extranjero, siempre que, de acuerdo a la legislación que le sea aplicable, se trate de una sociedad y que la operación descrita provoque los mismos efectos y consecuencias jurídicas indicadas anteriormente.

ii. Reconocimiento de utilidades retenidas a nivel de la absorbida

De acuerdo a las normas contenidas en los artículos 14, letra D) N° 2 inciso 4⁹¹ y N°3 inciso 4⁹², 38 bis⁹³ de la LIR, artículo 69⁹⁴ del CT, y a lo señalado

⁹¹ LIR, Artículo 14, letra D) N° 2 inciso: “2.- Efectos de la división, conversión y fusión de empresas o sociedades sujetas al régimen establecido en la letra A) de este artículo.

...En el caso de la conversión o de la fusión de sociedades sujetas a las disposiciones de la letra A) de este artículo, la empresa o sociedad continuadora, también deberá mantener el registro y control de las cantidades anotadas en los registros señalados en las letras a), b), c) y d), del número 4.-, de la letra A) de este artículo. La empresa o sociedad que se convierte o fusiona se afectará con los impuestos, y deberá atribuir la renta que determine por el período correspondiente al término de su giro, conforme a lo dispuesto en los números 2.- y 3.-, de la misma letra. En estos casos, la empresa, comunidad o sociedad que termina su giro, no aplicará lo dispuesto en el número 1.- del artículo 38 bis.”

⁹² LIR, Artículo 14, letra D) N° 3 inciso 4: “3.- Efectos de la división, conversión y fusión de empresas o sociedades sujetas al régimen establecido en la letra B) de este artículo.

...En el caso de la conversión o de la fusión de sociedades, la empresa o sociedad continuadora también deberá mantener el registro y control de las cantidades anotadas en los registros señalados en las letras a), b), c) y d), del número 2.-, de la letra B) de este artículo, que registre la empresa a esa fecha. En estos casos, las empresas o sociedades que se convierten o fusionan se afectarán con los impuestos que procedan, por las rentas determinadas en el año comercial correspondiente al término de su giro, conforme a lo dispuesto en la citada letra B), y demás normas legales.”

⁹³ Artículo 38 bis LIR: “Al término de giro de los contribuyentes acogidos a las reglas de la primera categoría, sea que se haya declarado por el contribuyente o cuando el Servicio por aplicación de lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 69 del Código Tributario, pueda liquidar o girar los impuestos correspondientes, se aplicarán las siguientes normas:... Estos contribuyentes tributarán por esas rentas o cantidades con un impuesto del 35%.”

⁹⁴ CT, Artículo 69 inciso 2: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 71, las empresas individuales no podrán convertirse en sociedades de cualquier naturaleza, ni las sociedades aportar a otra u otras todo su activo y pasivo o fusionarse, sin dar aviso de término de giro. Sin embargo, no será necesario dar aviso de término de giro en los casos de empresas individuales que se conviertan en sociedades de cualquier naturaleza, cuando la sociedad que se crea se haga responsable solidariamente en la respectiva escritura social de todos los impuestos que se adeudaren por la empresa individual, relativos al giro o actividad respectiva, ni tampoco, en los casos de aporte de todo el activo y pasivo o fusión de sociedades, cuando la

anteriormente⁹⁵, la legislación chilena contempla que no será necesario dar aviso de termino de giro en caso de fusión de sociedades, siempre que la sociedad que se crea o subsista con motivo de la fusión se haga responsable de todos los impuestos que se adeudaren por la sociedad absorbida, en la correspondiente escritura de fusión, haciendo una mención genérica a la fusión de sociedades, sin distinguir el país donde se encuentren domiciliadas las sociedades absorbidas en la fusión.

Adicionalmente, el artículo 38 bis regula el término de giro respecto de contribuyentes de primera categoría, excluyendo a los extranjeros, sociedad que no ha iniciado actividades en Chile y por lo tanto no se encontraría obligado a pagar el impuesto al término de giro de 35% contemplado en dicho artículo.

iii. Normas de costo tributario y de capital propio tributario

De acuerdo a lo que ha sido señalado por la autoridad, el costo tributario de los derechos o acciones que se reciben con motivo de la fusión corresponderá al costo que tenían los derechos que poseía la sociedad absorbida, toda vez que la

sociedad que se crea o subsista se haga responsable de todos los impuestos que se adeudaren por la sociedad aportante o fusionada, en la correspondiente escritura de aporte o fusión...”.

⁹⁵ Capítulo I: TRATAMIENTO TRIBUTARIO EN CASO DE FUSIÓN DE SOCIEDADES EN CHILE. II. Efectos tributarios respecto de las sociedades fusionadas

sociedad que subsista con motivo de la fusión, debe mantener los activos y pasivos que se le traspasen registrados al valor tributario que tenían estos en la sociedad que desaparece⁹⁶, para la aplicación de la norma tributaria respectiva.

Por otro lado, el capital propio de la sociedad absorbida a considerar para la determinación del potencial *Goodwill* o *Badwill* tributario, según lo dispuesto en el inciso 2°, del artículo 15 y en el inciso 3°, del N° 9 del artículo 31, ambos de la LIR, debe determinarse de acuerdo a las normas generales, esto es, el artículo 41 de la LIR.

Las normas anteriormente señaladas, no exigen para ser aplicadas que se trate de un contribuyente de la primera categoría que declare sus rentas efectivas mediante contabilidad completa, por lo que estimamos que a los casos de fusión *cross-border* debiesen aplicarse las normativa general para el caso de fusiones⁹⁷.

⁹⁶ SII, Circular N° 45 de 2001.

⁹⁷ SII, Oficio N° 492 de 2015.

iv. Normas de reorganización empresarial

Al igual que lo mencionado en el apartado anterior, para el caso de fusiones *cross-border*, el SII⁹⁸ también ha señalado que la facultad de tasación se encuentra inhibida para la autoridad fiscal siempre que la nueva sociedad o la subsistente mantenga registrado el valor tributario que tenían los activos y pasivos en la sociedad que desaparece con la fusión. Lo anterior, bajo el supuesto de que las fusiones efectuadas en el exterior tengan las características que en nuestro país tienen según la legislación vigente.

Lo anterior ha sido recientemente confirmado por el SII, a través del Oficio N° 362 del 15 de febrero de 2018. En dicha oportunidad se le consulta a la autoridad fiscal sobre un grupo empresarial internacional, en el que una sociedad domiciliada en un país miembro de la OCDE es dueña del 99,9% de una sociedad anónima Chilena (sociedad A) y de otra sociedad constituida en un país considerado como régimen fiscal preferencial conforme a las reglas del artículo 41 H⁹⁹ de la LIR (sociedad B). Esta última sociedad B, dentro de sus activos, mantiene el 99,9% de participación en otra sociedad chilena (sociedad C).

⁹⁸ SII, Oficio N° 1778 de 2017.

⁹⁹ Como fue señalado anteriormente, entendemos que el contribuyente en el oficio hace referencia erróneamente al artículo 41 D de la LIR.

Se le consulta al SII qué efectos tributarios se generan en la fusión de la sociedad B extranjera en la sociedad A chilena, en particular si:

(i) Se aplica la facultad de tasación del SII establecida en el artículo 64 del CT; y,

(ii) Confirmar que la transferencia de acciones en la sociedad C chilena desde la sociedad absorbida a la absorbente no produciría efectos tributarios en Chile.

El SII vuelve a señalar que la ley no distingue en cuanto al lugar donde debe encontrarse constituida o domiciliada la sociedad que resulta disuelta producto de la reunión total de derechos o acciones en manos de una misma persona, por lo que es posible que se produzca este tipo de fusión respecto de una sociedad domiciliada en el extranjero, siempre que de acuerdo a la legislación que le sea aplicable, se trate de una sociedad y que la operación descrita provoque los mismos efectos y consecuencias jurídicas que las aplicadas en Chile (esto es, que se trate de un proceso de fusión de sociedades en que una de ellas se disuelve, aportando todo su activo y pasivo a la absorbente).

El SII resolvió señalado que si las fusiones se efectúan en el exterior compartiendo las mismas características que en nuestro país, tampoco se aplica la facultad de tasar establecida en el artículo 64 del CT, en la medida que efectivamente se acredite que los efectos legales de la fusión o división en el otro país, son análogos a la fusión o división efectuada en conformidad a la legislación chilena, y esas operaciones se efectúan bajo un régimen de neutralidad tributaria al no haber ganancias ni pérdidas en la operación antedicha.

En relación a la aplicación del artículo 64 del CT, el SII señala que esto es posible y que se encontraría inhibido de su facultad de tasar siempre que los activos y pasivos que se traspasen en virtud de la fusión o división se mantengan registrados al valor tributario que tenían los activos y pasivos en la sociedad que desaparece, subsiste, o se escinda, según corresponda, y siempre bajo el supuesto de que las fusiones efectuadas en el exterior tengan las características que en nuestro país tienen según la legislación vigente.

Sin embargo, el SII termina el oficio señalando que no habría inconveniente en realizar una fusión internacional en los términos señalado siempre que no exista una limitación legal al respecto y cumpliendo con los demás requisitos.

Por lo tanto, del presente oficio puede concluirse principalmente que:

- En relación a los procesos de fusión internacional en que una sociedad chilena absorbe a una sociedad extranjera no aplicaría la facultad de tasación de acuerdo al artículo 64, inciso cuarto, del Código Tributario;
- Que con motivo de la fusión, la sociedad absorbida debe disolverse, transfiriendo todos los activos y pasivos a la sociedad absorbente;
- La transferencia de los activos a la sociedad absorbente, lo que incluye la propiedad de ciertas acciones de sociedades chilenas, no produciría efectos tributarios en Chile, siempre que mantenga registrado el valor tributario de los activos y pasivos absorbidos, para todos los efectos de la Ley sobre Impuesto a la Renta.

II. Sociedad extranjera absorbe a una sociedad chilena.

Los procesos de fusión internacional, como hemos mencionado anteriormente, han sido escasamente tratados en nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia.

Sin perjuicio hemos podido constatar que es una reorganización cada vez más común dentro de los grupos empresariales a nivel mundial, por lo que localmente nos hemos visto encaminados a emitir pronunciamientos respecto de tales procesos de fusión que involucren sociedades extranjeras.

Sin embargo, actualmente no existen pronunciamientos específicos respecto de la situación en que una sociedad extranjera absorbe a una sociedad domiciliada en nuestro país, por lo que la viabilidad de tal escenario se vería respaldada por los comentarios expuestos en los apartados anteriores, y sus efectos tributarios específicos deberán ser analizados en virtud de la regulación actualmente vigente.

Para efectos del presente análisis, trataremos los efectos tributarios a nivel de la disolución de la sociedad chilena absorbida con motivo de la fusión, normas de termino de giro, reconocimiento de las utilidades retenidas a nivel de la sociedad chilena absorbida, normas de reorganización empresarial y, por último, caso relacionados en la jurisprudencia del SII.

i. Disolución de la sociedad chilena absorbida

Con motivo de un proceso de fusión, entendiéndose este como la reunión de dos o más sociedades en una sola que las sucede en todos sus derechos y obligaciones, y a la cual se incorporan la totalidad del patrimonio y accionistas de los entes fusionados, comprendiéndose además dentro de este concepto para efectos tributarios¹⁰⁰, la reunión del total de los derechos o acciones de una sociedad en manos de una misma persona.

Para que una fusión internacional tenga efectos tributarios en Chile es necesario, en primer término, que dicha operación produzca la disolución de la referida sociedad de acuerdo con el la ley que rija la operación, de tal forma que por el sólo ministerio de la ley¹⁰¹ o por el acuerdo de los socios o accionistas, los bienes que formaban parte del patrimonio de la sociedad disuelta pasen al dominio del de la sociedad absorbente.

¹⁰⁰ SII, Oficio N° 492 de 2015.

¹⁰¹ SII, Circular N° 2 de 1998: “En efecto, como consecuencia de la disolución de la sociedad por la reunión del 100% de sus acciones en poder de un solo titular, éste entra en el dominio de todos los activos que pertenecían a la sociedad disuelta, los que adquiere entonces por la enajenación de los mismos, que se deriva como consecuencia de la disolución de la sociedad por el solo ministerio de la Ley, con lo que se extinguen las acciones y los consecuentes derechos sociales.”

En consecuencia, de acuerdo con la legislación interna, en todo proceso de fusión debe desaparecer la personalidad jurídica de la o las sociedad(es) absorbida(s).

Toda vez que la ley no distingue en cuanto al lugar donde deben encontrarse constituidas o domiciliadas las sociedades involucradas en el proceso de fusión, estimamos que sería posible la fusión en que una sociedad extranjera absorbe a una sociedad chilena, siendo esta disuelta ya sea por el solo ministerio de la ley o por el acuerdo de los socios o accionistas, no siendo necesario el proceso de liquidación de la sociedad absorbida¹⁰².

ii. Término de giro y Utilidades retenidas a nivel de la sociedad absorbida

En nuestra legislación, el artículo 69 del CT¹⁰³ regula en términos generales la obligación de dar aviso de término de giro a los contribuyentes que ponen término

¹⁰² LSA, Artículo 99 inciso 4: “En estos casos, no procederá la liquidación de las sociedades fusionadas o absorbidas.”

¹⁰³ CT, Artículo 69 inciso 1: “Toda persona natural o jurídica que, por terminación de su giro comercial o industrial, o de sus actividades, deje de estar afecta a impuestos, deberá dar aviso por escrito al Servicio, acompañando su balance final o los antecedentes que éste estime necesario, y deberá pagar el impuesto correspondiente hasta el momento del expresado balance, dentro de los dos meses siguientes al término del giro de sus actividades.”

a sus actividades, quienes deberán pagar el impuesto que corresponda por las utilidades acumuladas registradas al momento de terminar sus actividades.

La misma disposición señala una serie de excepciones en que no es necesario dar aviso de término de giro cuando se está en ciertas situaciones específicas señaladas en la norma. Dentro de estos casos, se encuentra la fusión de sociedades, en que se le exime de la obligación de dar aviso de término de giro a la sociedad que deja de existir con ocasión de dicho proceso de reorganización, en el evento que la sociedad que se crea o subsista (dependiendo del tipo de fusión que se trate) se haga responsable de todos los impuestos que se adeuden por la sociedad fusionada o absorbida. Sin perjuicio de lo anterior, se mantiene para la sociedad absorbida la obligación de presentar el balance de término de giro a la fecha de la extinción y para la sociedad subsistente la obligación de pagar los impuestos que correspondan, dentro del plazo de dos meses siguientes al término de las actividades de la sociedad que se disuelve, esto es, desde su fusión y subsecuente disolución¹⁰⁴. El plazo de dos meses transcurre a partir de

¹⁰⁴ CT, Artículo 69 inciso 2: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 71, las empresas individuales no podrán convertirse en sociedades de cualquier naturaleza, ni las sociedades aportar a otra u otras todo su activo y pasivo o fusionarse, sin dar aviso de término de giro. Sin embargo, no será necesario dar aviso de término de giro en los casos de empresas individuales que se conviertan en sociedades de cualquier naturaleza, cuando la sociedad que se crea se haga responsable solidariamente en la respectiva escritura social de todos los impuestos que se adeudaren por la empresa individual, relativos al giro o actividad respectiva, ni tampoco, en los casos de aporte de todo el activo y pasivo **o fusión de sociedades, cuando la sociedad que se crea o subsista se haga responsable de todos los impuestos que se adeudaren**

día siguiente del de término de actividades correspondiente (fecha de la fusión o absorción)¹⁰⁵.

Ahora, es necesario analizar si para el caso de una fusión internacional, en la que la sociedad subsistente es una entidad con domicilio en el extranjero, puede acogerse a la norma de excepción contenida en el inciso segundo del artículo 69 del CT.

El artículo 69 inciso 2, señala como requisito para poder estar liberado de la obligación de dar aviso de término de giro, que la “sociedad” que se crea o subsista se haga responsable de todos los impuestos que se adeudaren por la sociedad aportante o fusionada, en la correspondiente escritura de aporte o fusión.

Para verificar si una sociedad extranjera cumple con el requisito exigido por el artículo señalado, debemos analizar que se entiende por sociedad para efectos

por la sociedad aportante o fusionada, en la correspondiente escritura de aporte o fusión. No obstante, las empresas que se disuelven o desaparecen deberán efectuar un balance de término de giro a la fecha de su extinción y las sociedades que se creen o subsistan, pagar los impuestos correspondientes de la Ley de la Renta, dentro del plazo señalado en el inciso primero, y los demás impuestos dentro de los plazos legales, sin perjuicio de la responsabilidad por otros impuestos que pudieran adeudarse.”

¹⁰⁵ SII, Oficio N° 1.350 de 1996.

tributarios. En este sentido, el CT y la LIR no señalan una definición de sociedad para efectos de las respectivas leyes tributarias. El SII por su lado, ha definido en el “Diccionario básico tributario contable”¹⁰⁶ a la sociedad como la “Asociación de personas creada para desarrollar una actividad común, en busca de sus propios intereses o con el propósito de ayudar a la comunidad”. Sin embargo, en tal fuente la autoridad administrativa ha señalado que los conceptos definidos no reemplazan ni modifican las definiciones legales, por lo que para su uso legal se deberá recurrir a las circulares, resoluciones, oficios y leyes correspondientes.

Por lo tanto, para los casos en que la propia ley tributaria no define ciertos conceptos, nos debemos remitir al artículo 2 del CT, el que señala que “En lo no previsto por este Código y demás leyes tributarias, se aplicarán las normas de derecho común contenidas en leyes generales o especiales”.

De esta forma, la ley tributaria nos dirige a la definición de sociedad del derecho común contenido en leyes generales o especiales, en este caso, específicamente la LSA y Código de Comercio, o en su defecto el Código Civil. Tales normas no establecen una definición de sociedad(es), sino más bien definen los tipos de sociedades que existen.

¹⁰⁶ http://www.sii.cl/diccionario_tributario/dicc_s.htm

El Código Civil como fuente del derecho común general, define a la sociedad como “...un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ello provengan”, señalando por último que la “sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados”¹⁰⁷. Además, reconoce la igualdad entre chilenos y extranjeros en la adquisición y goce de derechos civiles¹⁰⁸, por lo que se puede concluir que en principio el derecho común no hace distinción entre una sociedad chilena y una sociedad extranjera.

Por otro lado, el Código de Comercio, le concede la calificación de sociedad para efectos de esa ley a las sociedades extranjeras, toda vez que establece las normas aplicables a las agencias de sociedades extranjeras desde el artículo 447 y siguientes¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Código Civil, Título XXVIII, artículo 2053.

¹⁰⁸ Código Civil, Artículo 57: “La ley no reconoce diferencias entre el chileno y el extranjero en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que regla este Código”.

¹⁰⁹ Código de Comercio. Título VII. De la sociedad. § 9. De las Agencias de Sociedades Extranjeras u otras Personas Jurídicas con Fines de Lucro. Artículo 447: “Para que una sociedad u otra persona jurídica con fines de lucro extranjera pueda constituir agencia en Chile, su agente o representante deberá protocolizar en una notaría del domicilio que ésta tendrá en Chile, en el idioma oficial del país de origen, traducidos al español si no estuvieren en ese idioma, los siguientes documentos emanados del país en que se haya constituido, debidamente legalizados:...”

En el mismo sentido, la LSA no hace distinción entre sociedades chilenas y extranjeras, regulando además en sus artículos 121 y siguientes regula a las agencias de sociedades anónimas extranjeras, donde las sociedades extranjeras siguen dentro del concepto de sociedad, sin hacer distinción.

A mayor abundamiento, de la interpretación de la ley tributaria del SII¹¹⁰ lleva a entender que dentro del concepto de sociedades utilizado en el artículo 69 del CT debe incluirse tanto a las sociedades extranjeras como chilenas, al señalar que si las empresas extranjeras están constituidas como sociedades en el exterior, siendo las agencias, partes integrantes de ellas, participan de sus características y naturaleza jurídica, por lo que quedan comprendidas dentro del concepto de “sociedades” y les es aplicable el artículo 69. Incluso, en ciertos pronunciamientos el SII ha llegado a señalar que el requisito exigido para que sea aplicable lo señalado en el inciso 2 del artículo 69 del CT (respecto de la

¹¹⁰ SII, Oficio N° 2435 del 2010: “Sobre el particular, cabe señalar que este Servicio, a través de varios pronunciamientos, como por ejemplo el Oficio N°1276, de 2007, ha señalado que las agencias o sucursales que las sociedades extranjeras establecen en el país, no constituyen una persona jurídica distinta de aquellas, sino que por el contrario forman parte de ellas, y representan sólo el medio por el cual la empresa extranjera prolonga sus actividades en el país, de lo que se concluye que la agencia en Chile, no es más que la misma persona jurídica de la sociedad extranjera que desarrolla actividades en el país.

Asimismo, este Servicio ha señalado que si las empresas extranjeras están constituidas como sociedades en el exterior, siendo las agencias, partes integrantes de ellas, participan de sus características y naturaleza jurídica; y por tanto, se debe concluir que quedan comprendidas dentro del concepto de “sociedades”, resultándoles aplicable lo dispuesto en el inciso final del artículo 69 del Código Tributario y la normativa contenida en la letra c), del N°1, de la letra a) de artículo 14 de la Ley sobre Impuesto a la Renta.”

fusión) es que se trate una fusión “de sociedades” y que “la sociedad” que subsiste se haga responsable de todos los impuestos que se adeuden¹¹¹, debiendo por tanto solo subsistir una sociedad¹¹².

Por lo anterior, creemos que en caso que una sociedad extranjera absorba a una sociedad chilena, esta podría acogerse a lo establecido en el inciso 2 del artículo 69, y no sería necesario dar aviso de término de giro en el caso de dicha fusión internacional, siempre que la sociedad extranjera se haga responsable de todos los impuestos que se adeuden por la sociedad chilena fusionada, en la correspondiente escritura de fusión.

Sin perjuicio de lo anterior, en la práctica, para efectos de poder hacerse responsable de los impuestos de la sociedad absorbida y realizar la declaración

¹¹¹ SII, Oficio N° 973 de 2017: “Dicho lo anterior, y respondiendo la primera consulta formulada en su presentación, suponiendo que la fusión impropia sea factible, no es posible que la fundación se haga responsable de todos los impuestos que se adeudaren por las sociedades disueltas conforme al artículo 69 del Código Tributario, en la medida que dicho precepto se aplica expresamente al aporte de todo el activo y pasivo o fusión “de sociedades”, cuando “la sociedad” que se crea o subsista se haga responsable de todos los impuestos que se adeudaren por la sociedad aportante o fusionada en la correspondiente escritura de aporte o fusión”.

¹¹² SII, Oficio N° 2337 de 2013: “...Si bien, el inciso 2°, del citado artículo 69, dispone que no será necesario dar aviso de término de giro en los casos de aporte de todo el activo y pasivo o fusión de sociedades, cuando la sociedad que se crea o subsista se haga responsable de todos los impuestos que se adeudaren por la sociedad aportante o fusionada, en la correspondiente escritura de aporte o fusión, cabe indicar que dicha norma de excepción no resulta aplicable al caso en consulta, ya que no se crea ni tampoco subsiste sociedad alguna, pues como se indicó, el FIP constituye exclusivamente un patrimonio de afectación”.

de impuestos que corresponda, la sociedad absorbente deberá tener inicio de actividades en el país, lo que no se cumplirá respecto de una sociedad extranjera sin domicilio en Chile, que no es contribuyente de primera categoría. Por lo tanto, el SII podría desechar esta posibilidad, ya que entorpecería el cobro de los impuestos adeudados por la absorbida.

Como hemos señalado anteriormente, la fusión internacional en que una sociedad extranjera absorbe a una sociedad chilena no ha sido tratada en nuestro país por la autoridad fiscal.

Debido a lo anterior, la situación de las utilidades retenidas a nivel de la sociedad chilena absorbida no se encuentra resuelta.

Para efectos de determinar la situación tributaria de tales utilidades, se debe establecer:

- En primer lugar, si tal fusión podría acogerse o no al inciso 2 del artículo 69 del CT, señalado anteriormente.

- Momento en que se entienden devengadas o percibidas para la sociedad extranjera las utilidades acumuladas en la sociedad absorbida, y los efectos tributarios de esto.

En relación al primer punto, en términos legislativos (tal como señalamos anteriormente) creemos que es posible que la fusión internacional de una sociedad chilena en una sociedad extranjera se acoja a la liberación de informar el término de giro del inciso 2 del artículo 69 del CT, toda vez que la entidad extranjera absorbente calificaría dentro del concepto de “sociedad” utilizado por el referido artículo. Por lo tanto, bajo esta postura, la absorción de la sociedad chilena no debería informar término de giro completo en Chile y tampoco pagar el impuesto establecido en el artículo 38 bis de la LIR, toda vez que cumple el requisito señalado en la norma de hacerse responsable de los impuestos adeudados por la absorbida. Sin perjuicio de lo anterior, la sociedad absorbente deberá pagar los impuestos adeudados a la fecha de la fusión respecto de las utilidades acumuladas por la sociedad absorbida.

Otra postura más conservadora, es postular que acogerse al inciso 2 del artículo 69 del CT es en la práctica inviable toda vez que la sociedad extranjera no constituye un contribuyente con actividades en el país, cuya responsabilidad para el pago de impuestos pueda hacerse efectiva por parte del SII. Por lo tanto,

al absorber la sociedad chilena, se debe proceder al término de giro completo y al pago de un impuesto del 35% sobre la diferencia entre el valor positivo del Capital Propio Tributario (“CPT”) determinado a la fecha de término de giro¹¹³, menos todas aquellas cantidades que conforme a la LIR no deban afectarse con el IGC o IA (i.e. $CPT - \text{Capital aportado} - REX + \text{Crédito}$ ¹¹⁴). Por lo tanto, lo que se excluye del valor del CPT al término de giro, son las cantidades que conforme a la LIR no deben pagar impuestos. De este modo, la diferencia positiva que arroje esta determinación, corresponderá necesariamente a rentas o cantidades que se encuentran retenidas o acumuladas en la empresa que mantienen su tributación pendiente.

En relación al segundo punto, las rentas o cantidades pendientes de tributación determinadas al término de giro, por regla general, son rentas que no deben ser incluidas en las bases imponibles de los impuestos finales IGC o IA,

¹¹³ De acuerdo a lo dispuesto en el N° 1, del artículo 41 de la LIR.

¹¹⁴ SII, Circular 49 de 2016, p. 145: “Como se observa en el cuadro anterior, también deberá formar parte de esta base imponible el 100% del crédito por IDPC y el crédito total disponible contra impuestos finales CTDIF incorporados en el registro SAC, cuando los contribuyentes tengan derecho a deducirlo del impuesto que grava esta renta”.

ya que dicha tributación se satisface¹¹⁵ con el pago del impuesto de 35% al término de giro¹¹⁶.

Entendemos que para efectos de las cantidades afectas al artículo 38 bis, con motivo de un término de giro, respecto de los accionistas extranjeros se entenderán como un retiro ficto, lo anterior fundamentado principalmente por lo establecido en el artículo 38 bis N° 2 inciso 3¹¹⁷ al señalar que deberán ser consideradas retiradas, remesadas o distribuidas las rentas o cantidades acumuladas en la empresa al término de giro del contribuyente. En el mismo

¹¹⁵ La ley asimila este impuesto al impuesto final y por lo tanto le da derecho a utilizar contra este el saldo de crédito registrado en el SAC (Artículo 30 bis N° 2 inciso 3: “Estos contribuyentes tributarán por esas rentas o cantidades con un impuesto del 35%. Contra este impuesto, podrá deducirse el saldo de crédito establecido en la letra d), del número 2.- de la letra B), del artículo 14, y el crédito contra impuestos finales a que se refieren los artículos 41 A y 41 C, que se mantenga separadamente en dicho registro. No obstante lo anterior, tratándose del saldo acumulado de crédito establecido en el numeral ii), de la letra d) recién señalada, el referido crédito se aplicará sólo hasta un 65% de su monto”).

¹¹⁶ SII, Circular 49 de 2016, p. 146.

¹¹⁷ LIR, Artículo 38 bis N° 2: “2.- Los contribuyentes que declaren sobre la base de su renta efectiva según contabilidad completa sujetos a las disposiciones de la letra B) del artículo 14, deberán considerar retiradas, remesadas o distribuidas las rentas o cantidades acumuladas en la empresa indicadas en el inciso siguiente, incrementadas en una cantidad equivalente al 100% del crédito por impuesto de primera categoría y el crédito por impuestos finales incorporados ambos separadamente en el registro a que se refiere la letra d), del número 2, de la letra B), del artículo 14, por parte de sus propietarios, contribuyentes del artículo 58, número 1), comuneros, socios o accionistas, en la proporción en que éstos participan en las utilidades de la empresa o en su defecto, en la proporción que hayan aportado efectivamente el capital, o éste haya sido suscrito cuando no se hubiere aportado siquiera una parte de éste, para afectarse con la tributación que a continuación se indica”.

sentido, el artículo 58 N° 2¹¹⁸ y artículo 60¹¹⁹ de la LIR considera que se pagará IA de un 35% respecto de las cantidades que se perciban con motivo de lo establecido en el artículo 38 bis.

Sin embargo, en caso que se adopte la postura que la fusión puede acogerse al término de giro simplificado del inciso 2 del artículo 69, la tributación de tales rentas no se encontraría completa, debiendo pagar el IA¹²⁰ correspondiente sobre las utilidades acumuladas a la fecha del término de giro, pudiendo utilizar como crédito el IDPC pagado sobre tales utilidades¹²¹.

¹¹⁸ LIR, Artículo 58 N° 2: “Se aplicará, cobrará y pagará un impuesto adicional a la renta, con tasa del 35%, en los siguientes casos:... 2) Las personas que carezcan de domicilio o residencia en el país pagarán este impuesto por la totalidad de las utilidades y demás cantidades que las sociedades anónimas o en comandita por acciones respecto de sus accionistas, constituidas en Chile, **les atribuyan o acuerden distribuir a cualquier título, en su calidad de accionistas**, en conformidad a lo dispuesto en los artículos 14, 14 ter; 17, número 7, y **38 bis**...”.

¹¹⁹ LIR, Artículo 60: “Las personas naturales que no tengan residencia ni domicilio en Chile y las sociedades o personas jurídicas constituidas fuera del país, incluso las que se constituyan con arreglo a las leyes chilenas, **que perciban**, devenguen o se les atribuyan conforme a lo dispuesto en los artículos 14, 14 ter; 17, número 7, y **38 bis**, rentas de fuentes chilenas que no se encuentren afectas a impuesto de acuerdo con las normas de los artículos 58 y 59, pagarán respecto de ellas un impuesto adicional de 35%”.

¹²⁰ LIR, Artículo 60.

¹²¹ LIR, Artículo 63.

iii. Normas de reorganización empresarial

En virtud de lo señalado en el artículo 64 de CT, el SII tendrá la facultad de tasar el valor asignado a los activos cuando estos sean notoriamente inferior a los corrientes en plaza o de los que normalmente se cobran en convenciones de similar naturaleza, considerando las circunstancias en que se realiza la operación.

Sin embargo, el SII carecerá de dicha facultad en los casos de fusión de sociedades, ya sea, por creación o por incorporación de sociedades, siempre y cuando la nueva sociedad que nazca producto de la fusión por creación o la que subsista con motivo de la fusión por incorporación, los activos y pasivos que se les traspasen los mantengan registrados al valor tributario que tenían éstos en la sociedad que desaparece o subsiste producto de la figura jurídica antes mencionada.

Es importante destacar que las sociedades que se fusionan pueden traspasar los activos y pasivos a las nuevas sociedades que nacen o subsisten, al valor por el cual éstos figuran contabilizados en sus registros contables (valor financiero), sin embargo el artículo 64 del CT impone como condición indispensable para que no sea aplicable la facultad de tasación de SII, que las sociedades que reciben

dichos activos y pasivos en sus registros contables deben mantener registrado en forma separada su valor tributario de las referidas partidas, con el fin de que éstas puedan dar cumplimiento a sus obligaciones tributarias respecto de dicho valor (i.e. para fines de depreciación; determinación del mayor o menor valor que se pueda obtener en el caso de su enajenación; entre otros)¹²².

Así, como se ha señalado anteriormente, el SII¹²³ se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la aplicación de la facultad de tasación en caso de fusiones que involucre sociedades extranjeras, señalando en general que no procede la facultad de tasación del Artículo 64 para tal caso, siempre que la sociedad que sobrevive mantenga registrados los activos y pasivos recibidos en la fusión, al valor tributario que tenían en las sociedades que desaparecen con las fusiones, y en la medida que efectivamente se acredite que los efectos legales de la fusión en el otro país, son análogos a la fusión o división efectuada en conformidad a la legislación chilena, y esas operaciones se efectúan bajo un régimen de neutralidad tributaria al no haber ganancias ni pérdidas en la operación antedicha.

¹²² SII, Oficio N° 407 de 2008.

¹²³ SII, Oficio N° 1778 de 2017; 382 de 2018; entre otros.

Sin perjuicio de lo anterior, no existen pronunciamientos específicos sobre la fusión internacional en que una sociedad extranjera absorbe a una chilena y, por otro lado, los casos análogos en que una agencia en Chile de una sociedad extranjera absorbe a una chilena no se pronuncia sobre la facultad de tasar en relación a la respectiva fusión.

Entendemos que, según lo que hemos explicado anteriormente, dentro del concepto de fusión por creación o por incorporación de sociedades, debiese encontrarse incluida aquella fusión en que la sociedad absorbente es una sociedad extranjera.

Para el caso que se trate de una fusión impropia en que la entidad absorbente es una sociedad domiciliada en el extranjero, debemos analizar si es aplicable el inciso 5 del artículo 64 y si los efectos se producen y agotan íntegramente en el país.

Así, no se aplicará dicha tasación cuando se trate de otros procesos de reorganización de grupos empresariales (tal como lo es una fusión impropia que involucre una sociedad extranjera), que obedezcan a una legítima razón de negocios, en que subsista la empresa aportante, que impliquen un aumento de

capital en una sociedad preexistente o la constitución de una nueva sociedad y que no originen flujos efectivos de dinero para el aportante, siempre que los aportes se efectúen y registren al valor contable o tributario en que los activos estaban registrados en la aportante.

Adicionalmente, para que tenga aplicación lo establecido en el inciso 5 del artículo 64 del CT, es necesario que los efectos tributarios de la reorganización se produzcan y agoten íntegramente en el país¹²⁴. De acuerdo a pronunciamientos del SII¹²⁵, este requisito podría no verse cumplido, al ser una sociedad extranjera la que recibe los activos con motivo de la fusión impropia.

¹²⁴ SII, Oficio N° 2435 del 2010; Oficio N° 1433 de 2008; y Oficio N°4848 de 2005.

¹²⁵ SII, Oficio N°1.433 de 2008: “De esta forma, en la situación que se consulta y teniendo presente lo señalado en el número anterior, cabe expresar, en principio, que los efectos tributarios de dicha reorganización no se producirían ni agotarían íntegramente en el país, **toda vez que se trata del aporte de derechos sociales de socios de una sociedad chilena que se efectúa a una sociedad radicada en el extranjero.**

Sin embargo, atendido a lo que señala en su presentación, esto es, que si bien la sociedad receptora de los aportes sociales indicados será la sociedad extranjera XXXXX, ésta los registrará en el momento mismo de la recepción del aporte en su agencia en Chile (la Agencia), y que se dejará constancia en la o las escrituras de aporte que se otorgarán en el extranjero, que los derechos sociales aportados se radican en la Agencia, lo que se traducirá en un aumento efectivo de capital en la Agencia, con las formalidades legales que la normativa chilena exige, se señala que en la especie, y no obstante lo señalado en los dos párrafos precedentes, los efectos tributarios de dicha reorganización también se producen y agotan íntegramente en el país. En efecto, pues en la especie se trataría del aporte de derechos sociales de socios de una sociedad chilena que se incorporan como un aumento de capital a una agencia en Chile”.

iv. Casos en pronunciamientos del Servicio de Impuestos Internos.
Fusión entre una agencia en Chile de una sociedad extranjera que absorbe a una sociedad chilena

Si bien, como lo hemos señalado anteriormente, el SII no se ha pronunciado específicamente sobre la fusión en que una sociedad extranjera absorbe a una sociedad chilena, si existen ciertos pronunciamientos en que una agencia en Chile de una sociedad extranjera absorbe a una entidad local.

En este sentido, mediante Oficio N° 2435 del 2010, se le consulta al SII respecto de una reorganización que involucra a una sociedad domiciliada en Islas Caimán que mantiene una agencia en Chile, la que tiene un 60% de participación en una sociedad chilena.

En el contexto de una reorganización empresarial, la sociedad domiciliada en Islas Caimán terminaría de adquirir el 100% de los derechos en la sociedad chilena, los que se asignarían a su agencia en Chile.

Con motivo de la adquisición del 100% de participación en la sociedad en Chile, la agencia absorbería a esta última por medio de una fusión impropia.

El SII se pronuncia principalmente sobre lo siguiente:

- La agencia en Chile no es más que la misma persona jurídica de la sociedad extranjera que desarrolla actividades en el país;

- Siempre que las empresas extranjeras están constituidas como sociedades en el exterior, sus agencias participan de sus características y naturaleza jurídica (siendo las agencias partes integrantes de las mismas) y, por lo tanto, quedan comprendidas dentro del concepto de “sociedades” a que hace referencia el artículo 69 del CT.

- No se aplicará la facultad de tasación del SII, siempre que se trate de un aporte de activos que resulte de otros procesos de reorganización de grupos empresariales, que obedezcan a una legítima razón de negocios, y se cumplan los demás requisitos establecidos en el artículo 64 inciso 5 del CT.

- En relación al punto anterior, en el caso que la sociedad receptora del aporte, en el momento mismo de la recepción, registre tales derechos

en su agencia en Chile, se entiende que los efectos tributarios de la reorganización también se producen y agotan íntegramente en el país.

Otro caso, es el que se consulta a través del Oficio N° 2897 de 2015, en que una sociedad extranjera, por medio de su agencia en Chile, termina de adquirir el 100% de las acciones de una sociedad chilena.

En este caso, el SII se pronuncia en relación al tratamiento tributario del *Goodwill*, señalando que la agencia deberá determinar el resultado que se produce en la fusión, comparando para ello el valor efectivo de la inversión en las acciones de la sociedad con el valor del capital propio tributario de esta última a la fecha de fusión.

Por lo tanto, de los pronunciamientos señalados de la autoridad fiscal podemos concluir que para efectos tributarios la agencia constituye la misma persona jurídica de la sociedad extranjera, siendo una prolongación de esta para sus actividades en el país, y que además, comparte sus características y naturaleza jurídica de sociedad, siéndole aplicables las normas de reorganización empresarial para inhibir la facultad de tasación del SII y las normas de *Goodwill/Badwill* tributario.

En este sentido, si a una agencia en Chile de una sociedad extranjera se le equipara a la misma sociedad extranjera y, se admite su fusión con sociedades chilenas haciéndoles aplicable las normas ya señaladas, podemos concluir que la fusión internacional en que una sociedad extranjera absorbe a una chilena sería legal y tributariamente posible.

CAPÍTULO VI

APLICACIÓN DE LA NORMA GENERAL ANTI ELUSIVA CHILENA A FUSIONES INTERNACIONALES

El 30 de septiembre de 2015 comenzó a regir la Norma General Anti Elusiva (“NGA”) incluida en nuestra legislación por la Ley N° 20.780.

La NGA viene a regular en Chile la evasión y elusión de la legislación tributaria, asegurando el cumplimiento de las normas tributarias y otorgándole a la administración tributaria una herramienta que le permita asegurar el correcto pago de los impuestos establecidos en la ley.

En este sentido, la NGA contempla que los hechos imponibles contenidos en las leyes tributarias no podrán ser eludidos mediante el abuso de las formas jurídicas o la simulación.

En este contexto, se entenderá que existe abuso en materia tributaria cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho gravado, o se disminuya la base imponible o la obligación tributaria, o se postergue o difiera el nacimiento de dicha obligación, mediante actos o negocios jurídicos, que individualmente considerados o en su conjunto, no produzcan otros efectos jurídicos o económicos relevantes para el contribuyente distintos de los tributarios¹²⁶.

Por otro lado, la misma ley reconoce la existencia de la economía de opción, la que ha sido entendida por la doctrina como la posibilidad de elegir entre dos o más fórmulas jurídicas que la ley ofrece, con sus correlativos contenidos económicos y jurídicos pero con tratamientos tributarios diferentes, pudiendo todas ellas servir al fin práctico o resultado real que el contribuyente se propone alcanzar¹²⁷.

¹²⁶ CT, Artículo 4 ter inciso 1: Los hechos imposables contenidos en las leyes tributarias no podrán ser eludidos mediante el abuso de las formas jurídicas. Se entenderá que existe abuso en materia tributaria cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho gravado, o se disminuya la base imponible o la obligación tributaria, o se postergue o difiera el nacimiento de dicha obligación, mediante actos o negocios jurídicos que, individualmente considerados o en su conjunto, no produzcan resultados o efectos jurídicos o económicos relevantes para el contribuyente o un tercero, que sean distintos de los meramente tributarios a que se refiere este inciso.

¹²⁷ CT, Artículo 4 ter inciso segundo: 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.

De esta forma, se debe tener presente que la legislación comentada cautela el legítimo derecho de los contribuyentes a organizar sus actividades, actos o negocios afectados con impuestos de la forma en la autonomía de la voluntad y la libertad contractual lo permitan, siempre teniendo en consideración que las operaciones individual y conjuntamente deben tener como fundamento una razón económica y no solo los efectos netamente tributarios.

En este sentido, el cumplimiento de la NGA implicaría acreditar ante la autoridad fiscal que las respectivas fusiones son realizadas con miras a la obtención de efectos jurídicos o económicos relevantes distintos a los meramente tributarios, como por ejemplo simplificar la malla corporativa, una reorganización del grupo a nivel global, la centralización de negocios, entre otros.

Es necesario destacar que los efectos analizados, en caso de tratarse de fusiones inmersas en reorganizaciones empresariales que involucran 2 o más operaciones, deben ser analizadas en el marco de toda la operación, debiendo cumplir tanto individualmente como en su conjunto con los estándares que establece la NGA.

Lo anterior ha sido confirmado por el SII mediante Oficio N° 365 de 2018, en que en el marco de una reorganización, se realizan varias operaciones y una de ellas es una fusión de sociedades.

El SII señaló que el esquema presentado no se limita a un solo acto jurídico, si no que a varios actos, que deben ser analizados tanto en conjunto, como cada uno en particular. Así, una reorganización que contempla varios actos podría, en principio, ser calificada como no elusiva en los términos de los artículos 4° bis, ter y quáter del Código Tributario, siempre que la reorganización produzca resultados o efectos jurídicos o económicos distintos del mero aprovechamiento tributario.

De lo anterior, podemos al menos concluir que la aplicación de tal norma es casuística, y que principalmente va dirigida a realizar actos con bases jurídicas y económicas, distintas de las tributarias.

CONCLUSIONES

La fusión internacional envuelve un régimen de actuación internacional de las sociedades en el ordenamiento jurídico chileno, el que ha escasamente desarrollado por la doctrina chilena, planteando fundadas dudas respecto a la real extensión del principio de territorialidad en relación a las sociedades extranjeras que realizan actuaciones en el país, lo cual permite reconocer la existencia de un estatuto personal a las sociedades extranjeras en Chile.

Desde una perspectiva tributaria, lo anterior conlleva determinar cuál es la ley aplicable y los efectos tributarios que se generan en cada uno de los casos de fusión internacional, tema que al no estar regulado por ley, debe ser solucionado mediante los dictámenes emitidos por la autoridad tributaria, cuyas posturas son susceptibles de ser modificadas en el tiempo.

Tras los desarrollos efectuados podemos concluir lo siguiente:

- a) Desde una perspectiva jurídico-societaria en Chile son posibles las fusiones internacionales de sociedades anónimas;
- b) Desde una perspectiva tributaria, esta figura sería posible y, más aun, estas han sido abordadas por el SII mediante diversos dictámenes;
- c) Las normas tributarias chilenas serán aplicables, en términos generales, a cualquier procedimiento que consista en un proceso de fusión de sociedades que involucre sociedades extranjeras, siempre que estos califiquen como fusión en los términos del artículo 99 de la LSA;
- d) Los efectos tributarios de cada fusión internacional deben ser analizados caso a caso, ya que estos no se encuentran regulados por la ley ni por instrucciones de carácter general del SII, sino más bien estos han sido establecidos a través de la facultad de interpretar normas tributarias del SII a través de Oficios, resolviendo consultas de particulares u otras autoridades;

- e) Por último, siempre que se genere un efecto tributario en un proceso de fusión internacional, se debe considerar lo establecido por la recientemente vigente NGA, debiendo cumplir con los estándares establecidos en tal normativa.

BIBLIOGRAFÍA

CAMPOS, C. 2012. Fusiones *Cross-Border*. Diario Estrategia, Sección Columnistas.

CHILE. Ministerio de Justicia. 2000. Decreto con Fuerza de Ley 1: Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil.

CHILE. Ministerio de Hacienda. 1981. Ley 18.046: Ley sobre Sociedades Anónimas.

CHILE. Ministerio de Hacienda. 1974. Decreto Ley 824: Aprueba texto que indica de la Ley sobre Impuesto a la Renta.

CHILE. Ministerio de Hacienda. 1974. Decreto Ley 830: Aprueba texto que señala del Código Tributario.

CHILE. Ministerio de Hacienda. 1981. Ley 18.045: Ley de Mercado de Valores.

CHILE. Ministerio de Justicia. 1865. Código de Comercio.

CLARO SOLAR, L. 1978. Explicaciones de Derecho Civil y Comparado. Tomo I. Santiago. Editorial Jurídica. 113p y ss.

CONTRERAS, O. 2005. Instituciones de Derecho Comercial. Tomo I. 2ª Edición. Santiago. Editorial LexisNexis. 454p y ss.

DELPIANO, J. 2013. Fusión internacional. Diario Financiero, Sección Columna de Opinión, [en línea]: [fecha de consulta: 30 de noviembre de 2013]. Disponible en: www.df.cl/noticias/opinion/columnistas/fusion-internacional/2013-10-02/190658.html.

DUCCI, C. 2000. Derecho Civil. Parte General. 4ª Ed. Santiago. Editorial Jurídica. 80p y ss.

FAÚNDEZ, A. 2013. Reorganización Empresarial, Derecho Tributario y Tributación Interna. 2ª Edición. Santiago. Editorial Legal Publishing. 183p y ss.

FUENTES, A. 1992. La fusión de sociedades. Chile, Universidad Gabriela Mistral, Chile. 25p.

GUZMÁN, D. 2003. Tratado de Derecho Internacional Privado. 3ª edición. Chile. Editorial Jurídica. 449p.

GROB, F. 2014. Revista Chilena de derecho, Volumen 41 n° 1. Santiago.

HAMILTON, E. 1966. Solución de conflictos de leyes y jurisdicción en Chile. Chile. Editorial Jurídica. 11p.

LEÓN, A. 2002. Hacia una reforma del derecho aplicable en el sistema chileno de Derecho Internacional Privado. Chile. Editorial Jurídica. 203p.

MARDONES, M. 2018. Modificaciones estructurales de sociedades. Fusiones, divisiones y transformaciones. Chile. Legal Publishing. 131p y ss.

MARDONES, M. 2015. Fusión Internacional de Sociedades Anónimas en el ordenamiento jurídico chileno. Chile. Editorial Jurídica. 302p y ss.

PINTO, G. 2006. Fusión de empresas. 3ª Edición. Chile. Editorial LexisNexis.

PUELMA, A. 2001. Sociedades, Tomos I y II. 3ª Edición. Chile. Editorial Jurídica. Chile). 689p y ss.

PUGA VIAL, J. 2011. La Sociedad Anónima y otras sociedades por acciones en el Derecho chileno y comparado. 2ª Edición. Chile. Editorial Jurídica. 711p y ss.

SALORT, V. 2017. Reorganizaciones Empresariales, Normas Tributarias en los nuevos regímenes de tributación. Santiago. Editorial Edig. 174p y 202p.

TORRES, O. 2013. Derecho de sociedades. 5ª Edición. Santiago. Editorial Legal Publishing. 458p y ss.

VASQUEZ, M. 2013. Sociedades. Comerciantes, empresas, grupos de empresas y otros sujetos del Derecho Comercial. Santiago. Editorial Legal Publishing. 708p y ss.

VIAL, M. 2013. La autonomía de la voluntad en la legislación chilena de Derecho Internacional Privado. Revista Chilena de Derecho. Vol. 40, Nº 3. 895p.