



FUSIONES TRANSFRONTERIZAS Y SUS EFECTOS TRIBUTARIOS

Parte II

**TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE
MAGÍSTER EN TRIBUTACIÓN**

**Alumno: Hernán Carvajal Ortega
Profesor Guía: Boris León Cabrera**

Antofagasta, Octubre 2018

Carta de Aprobación

**“FUSIÓN TRANSFRONTERIZA; SOCIEDAD EXTRANJERA ABSORBIDA POR SOCIEDAD CHILENA,
EFECTO TRIBUTARIO EN GOODWILL, BADWILL Y VALORIZACION DE ACTIVOS”**

Alumnos: Enrique Muñoz Ortiz y Hernán Carvajal Ortega

Aunque nadie puede volver atrás y hacer un nuevo comienzo....

Cualquiera puede empezar de nuevo y hacer un nuevo final.

Yo no podría haber culminado este trabajo sin el apoyo de mi querida esposa e hijos.

Les dedico todo este esfuerzo en compensación de su paciencia y bondad

TABLA DE CONTENIDOS

<u>CAPÍTULO</u>	<u>PÁGINA</u>
INTRODUCCIÓN	1
Planteamiento del problema	2
Hipótesis.....	3
Objetivos.....	4
Metodología.....	5
1 MARCO TEÓRICO.....	6
1.1 Fusión de Sociedades	6
1.1.1 Fusiones propias o por ley	7
1.1.2 Fusiones impropias o por compra.....	8
1.1.3 Fusión Inversa	8
1.2 Requisitos de la fusión.....	8
1.2.1 Acuerdo de Fusión.....	8
1.2.2 Balances Auditados	8
1.2.3 Informe Pericial	9
1.3 Pronunciamientos de fusión transfronteriza.....	9
1.3.1 Jurisprudencia de la Superintendencia de Valores y Seguros	9
1.3.2 Jurisprudencia del Servicio de Impuestos Internos.....	10
1.3.3 Otras Legislaciones	12
1.3.3.1 En la República de Panamá.....	12
1.3.3.2 En la Comunidad Económica Europea.....	13
1.3.3.3 En Países con régimen fiscal preferencial	14
1.3.3.4 En los EEUU	14
1.4 El Goodwill y el Badwill.....	16
1.4.1 ¿Cuándo se produce un goodwill o un badwill tributario?	16
1.4.1.1 Será un goodwill cuando	18
1.4.1.2 Será un badwill cuando	18
1.4.2 Tratamiento tributario del goodwill y badwill.....	19
1.4.2.1 Tratamiento tributario del goodwill.....	19
1.4.2.1.1 Determinación del goodwill.....	19
1.4.2.1.2 Distribución del goodwill	20
1.4.2.1.3 Saldo no asignado del goodwill	21
1.4.2.1.4 Imputación del saldo del goodwill	21
1.4.2.1.5 Actualización del saldo del goodwill	21
1.4.2.1.6 Actualización de la inversión de la Absorbente	21
1.4.2.1.7 Tasación en la distribución del goodwill	22
1.4.2.1.8 Diferencia surgida por Tasación.....	22
1.4.2.2 Tratamiento tributario del badwill.....	22
1.4.2.2.1 Determinación del badwill.....	22
1.4.2.2.2 Distribución del badwill	22
1.4.2.2.3 Saldo no asignado del badwill	23
1.4.2.2.4 Imputación del saldo del badwill	23
1.4.2.2.5 Actualización de la inversión de la Absorbente	23

TABLA DE CONTENIDOS (continuación)

<u>CAPÍTULO</u>	<u>PÁGINA</u>
1.4.2.2.6 Actualización del saldo del badwill	24
1.4.2.2.7 Tasación en la distribución del badwill	24
1.4.2.2.8 Diferencia surgida por Tasación	24
1.5 Facultad de tasación del Servicio de Impuestos Internos	24
1.5.1 Historia de la tasación en cuanto a división y fusión	25
1.5.2 Tasación en goodwill y badwill	27
2 GENERACIÓN DE GOODWILL O BADWILL EN FUSIÓN TRANSFRONTERIZA SOCIEDAD CHILENA ABSORBE A SOCIEDAD EXTRANJERA	29
2.1 Conceptos claves para generar goodwill o badwill	29
2.1.1 Fusiones que generan goodwill o badwill	29
2.1.2 Concepto de fusión transfronteriza	30
2.1.3 Reconocimiento legal de la fusión transfronteriza	30
2.1.4 Reconocimiento administrativo respecto de la fusión transfronteriza	30
2.1.5 Inversión en empresa relacionada	32
2.1.6 Capital propio tributario	32
2.2 Presentación del caso: Fusión transfronteriza que involucra aumento de capital y la generación de badwill	33
2.2.1 Estructura societaria antes de fusión	33
2.2.2 Balances Tributarios Auditados a la fecha de la fusión	34
2.2.3 Metodología a seguir para determinar el badwill	35
2.2.3.1 Determinación del capital propio tributario de la sociedad El Paisa S.A.	35
2.2.3.2 Determinación de la diferencia	35
2.2.3.3 Distribución del badwill	36
2.2.3.4 Determinación del capital propio tributario de Chile S.A. después de fusión	38
2.2.3.5 Determinación del Ingreso diferido	38
2.2.3.6 Balance de Chile S.A. después de fusión	39
2.2.3.7 Relación de canje de acciones	39
2.2.3.8 Estructura societaria después de la fusión	40
2.3 Efectos tributarios derivados de la fusión transfronteriza	41
3 CONCLUSIÓN	44

LISTA DE FIGURAS

<u>FIGURA</u>	<u>PÁGINA</u>
Figura 1: Fórmula para determinar el capital propio tributario	32
Figura 2: Estructura societaria de la sociedad Chile SA.....	34
Figura 3: Balances Tributarios Auditados y Periciados	34
Figura 4: Determinación del capital propio de la sociedad extranjera	35
Figura 5: Determinación de la diferencia (Badwill)	36
Figura 6: Distribución del Badwill	36
Figura 7: Proporción de Valores Corriente en Plaza	37
Figura 8: Proporción del Badwill a ser distribuido.....	37
Figura 9: Determinación de los nuevos valores tributarios.....	37
Figura 10: Determinación del capital propio de Chile SA después de fusión	38
Figura 11: Determinación del ingreso diferido	38
Figura 12: Balance de Chile SA después de fusión	39
Figura 13: Relación de canje de acciones.....	40
Figura 14: Nueva Estructura societaria de Chile SA después de fusión	41
Figura 15: Efecto tributario en el IDPC.....	43
Figura 16: Capital propio de Chile SA en El Paisa SA	43

INTRODUCCION

En los últimos años se viene registrando un gran crecimiento en las operaciones de reorganización empresarial, en específico las de fusión de sociedades y en el primer semestre del año 2018 la actividad de fusión creció un 450%¹.

Una encuesta de la firma global de servicios legales Baker McKenzie a 125 inversionistas de Norteamérica, Europa y Asia que han hecho, al menos, una transacción de fusión y adquisición, muestra un creciente optimismo en las oportunidades de inversión en el área de fusiones y adquisiciones en América Latina, y Chile se posiciona como el destino número uno para futuras inversiones en la región, seguido por Brasil y México².

Los objetivos más buscados en operaciones de fusión son:

- Creación de valor,
- Sinergias de eficiencia operacional,
- Expandir la base de clientes,
- Entradas a nuevos mercados,
- Absorción de la competencia,
- Incorporación de activo fijo estratégico³.

Otros aspectos que debemos considerar para lograr el éxito a la hora de fusionar

¹<http://www.latercera.com/pulso/noticia/tres-las-cinco-mayores-operaciones-ma-la-region-involucro-una-chilena-primer-semester/252619/>

² <http://www.lignum.cl/2008/01/17/Chile-se-posiciona-principal-destino-la-region-los-inversionistas/#>

³<https://www.pwc.com/cl/es/Publicaciones/Estudio-sobre-fusiones-y-adquisiciones-2017.html>

empresas es evitar algunos riesgos asociados como son: Estrategia y Planificación Eficiente, Adecuada Valorización y Pricing⁴, Correcta identificación de contingencias a través de DueDiligence y metodología para realizar una integración exitosa, calidad de la información, alineación de los planes de trabajo.

Planteamiento del Problema

En ocasiones tratar de explicar la problemática a la que se enfrenta una fusión transfronteriza de sociedades, se torna complejo, dada la cantidad de factores y variables a las que es necesario recurrir. y además considerando que no existe en nuestro ordenamiento jurídico, definiciones con respecto a fusiones entre sociedades chilenas con sociedades extranjeras.

La fusión de sociedades en el país está normado en la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante LSA), Ley N° 18.046, de 1981, la cual en su artículo 99 regula con carácter general la fusión de sociedades, sin contener alusión alguna a la eventual participación en la operación de una sociedad extranjera.

En alguna oportunidad, la superintendencia de valores y seguros (en adelante SVS) pronunciándose sobre el artículo 99 de la Ley 18.046 indicaba que la fusión de sociedades solo era posible entre sociedades legalmente constituidas en Chile, por lo que no podía aplicarla a sociedades no constituidas en nuestro país.

⁴ Según la definición de Kent Monroe, "es el arte y la ciencia de comprender cuanto un cliente estaría dispuesto a pagar por un producto o servicio, intentando obtener el máximo posible de este"

Hipótesis

Considerando el problema planteado, la hipótesis de trabajo es el siguiente:

Si bien las fusiones transfronterizas no se encuentran reguladas en nuestro ordenamiento jurídico, creemos que los efectos que se produzcan de ella, deberían tener el mismo tratamiento que una fusión de dos o más sociedades.

En relación a la inversión que tiene la sociedad Chilena en el extranjero, es que surge el primer cuestionamiento ¿Cual es el costo tributario que deberá ser considerado en una fusión transfronteriza? a objeto que este valor se compare con el capital propio tributario y así poder generar un posible goodwill o badwill.

Otro punto necesario a ser considerado en la fusión transfronteriza, es la facultad de tasación que el artículo 64 del Código Tributario (en adelante CT) concede al Servicio de Impuestos Internos (en adelante el Servicio),o al contrario puede no estar afectado con la facultad antes mencionada, esto debido a que en su inciso cuarto señala: *“No se aplicará lo dispuesto en este artículo, en los casos de división y 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”*. producto de esto nuestra segunda interrogante es, ¿Como valorizaremos los activos que están en otro país y quien los certificara?, a su valor razonable o a valor de mercado u otro método, para que el Servicio no aplique la facultad de tasación.

Objetivo General

Nuestro estudio tendrá como objetivo general, probar que la fusión transfronteriza de sociedades son realizables en Chile, y generarían los mismos efectos que la fusión de dos sociedades nacionales.

Objetivos específicos

- Además debemos, establecernos algunos objetivos específicos que permitan lograr nuestro objetivo general, estos son:
- En una fusión transfronteriza se podría generar un goodwill o badwill, y su tratamiento tributario es igual al que se le daría, de haber sido generado por la fusión de dos sociedades nacionales.
- En una fusión transfronteriza, el Servicio estaría inhibido de tasar en virtud del artículo 64 inciso 4 del CT, en la medida que en la sociedad absorbente se mantenga el costo tributario de los bienes.
- Identificar si en la Ley 18.046 de LSA en su artículo 99, se estableció algún requisito en cuanto a lugar de constitución de las Sociedades que se fusionan.

Metodología

La metodología que se usará en el análisis de este estudio se basa en la implementación de dos métodos científicos que nos permitirán alcanzar nuestro objetivo.

El primer método es el dogmático, con la finalidad de establecer el verdadero sentido, alcance y efectos tributarios en la fusión de Sociedades transfronterizas.

El segundo método es el Histórico, en el cual se hace un recorrido en el tiempo del DL824 y sus modificaciones posteriores hasta la Ley N° 21.047.

1 MARCO TEORICO

En este capítulo desarrollaremos una guía de conceptos y pronunciamientos que nos permita entender nuestra investigación.

1.1 Fusión de sociedades

La Fusión, es una institución nueva, cuyo desarrollo data con posterioridad a la segunda guerra mundial. Anterior a esto solo se reglamentaba en Alemania e Italia, precisamente es la legislación alemana la que inspiró la regulación de la fusión de sociedades en la Comunidad Económica Europea.

La fusión ha sido considerada por la doctrina, la forma más perfecta y refinada de la concentración económica.

En los mercados globales la integración económica plantea a las empresas, la necesidad de adaptarse a fin de responder a los desafíos de un mercado cada vez más amplio.

Cuando producto de esta concentración económica lo que se planificara realizar es fusiones entre sociedades mercantiles, sometidas a distintas legislaciones nacionales, estamos en presencia de una fusión transfronteriza.

En el derecho internacional los primeros esbozos de fusiones entre sociedades de naciones distintas están en el estudio de Roma⁵ constitutivo de la Comunidad Económica Europea.

En Chile nuestra legislación ha reconocido tarde la fusión, en la LSA,

⁵ Art. N°54.3 inciso g) "El concejo y la comisión ejercerán las funciones que les atribuyeren (..)"

específicamente, en el título IX, cuya regulación se encuentra en el inciso 1º del artículo 99 de la Ley N° 18.046:

“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”

Desde un punto de vista formal se reconocen dos clases de fusiones: (a) fusiones propias o por ley, y (b) fusiones impropias o por compra.

1.1.1.- Fusión propia o por ley

El artículo 99 de la Ley N° 18.046, LSA distingue 2 formas de fusiones propias (i) fusión por creación, y (ii) fusión por incorporación.

Fusión por creación, cuando el activo y el pasivo de dos o más sociedades que se disuelven, se aportan a una nueva sociedad que se constituye. En este caso 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 desaparecen.

Fusión por incorporación, cuando una o más sociedades que desaparecen, son absorbidas por una sociedad ya existente, la que adquiere todos sus activos y pasivos. En este caso, se requiere la subsistencia de una de las sociedades que participa en la fusión, quien mantiene su personalidad jurídica y a la cual se incorporará la totalidad de los patrimonios y accionistas o socios de las sociedades que desaparecen.

1.1.2.- Fusión impropia o por compra

Fusión impropia consiste en la reunión del cien por ciento de los derechos o acciones de una sociedad por parte de otra persona, produciéndose la disolución de esta última por el solo ministerio de la Ley⁶.

1.1.3.- Fusión inversa

Es una sub-clasificación de Fusión, no existe un concepto legal a nivel nacional de fusión inversa, tampoco la doctrina establece un concepto analítico de Fusión Inversa, limitándose a enunciar sus características.

En una definición consensuada se puede interpretar como *"Aquella fusión vertical por la cual una sociedad filial absorbe a su matriz, la que se disuelve transmitiendo la totalidad de su patrimonio y accionistas o socios a esta última, que la sucede en todos sus derechos y obligaciones"*.

1.2.- Requisitos de la fusión

La fusión en que participe una sociedad anónima antes de la junta extraordinaria de accionistas su directorio debe poner en conocimiento de estos últimos una serie de materias⁷.

1.2.1.- Acuerdo de fusión de la sociedad entre esta y la nueva sociedad.

1.2.2.- Balances auditados de las sociedades que participan en la fusión que se utilizarán para la fusión.

⁶Art 103 de la Ley N° 18.046 establece: La sociedad anónima se disuelve: 2) Por reunirse, en un periodo de tiempo ininterrumpido que exceda de 10 días, todas las acciones en manos de una sola persona.

⁷ Art. N° 155 DS 702

1.2.3.- Informe pericial en que se distinga el valor de las acciones de las sociedades que se fusionan y la relación de canje de las acciones o derechos sociales correspondientes.

1.3.- Pronunciamientos de Fusión Transfronterizas

En este punto destacaremos los pronunciamientos recabados por parte de la SVS, y las realizadas por el Servicio.

1.3.1.- Jurisprudencia de la Superintendencia de Valores y Seguros

En nuestra legislación no contempla la figura de una reunión de patrimonios entre empresas de distintos países, una interpretación del órgano fiscalizador en la materia, la SVS se pronuncio mediante Oficio acotando que *"La ley de sociedades anónimas en su artículo 99 regula la fusión de sociedades chilenas, por lo cual las reglas establecidas en dicho artículo no serian aplicables a una fusión entre una sociedad chilena y una extranjera"*⁸.

Una nueva afirmación a esta respuesta entrega la superintendencia a la pregunta efectuada por don Sebastián Nieme -caso (474341)- quien la interpela de la siguiente forma:

"¿Cuales son los motivos que tiene la SVS para señalar que está prohibida en Chile la fusión transfronteriza?"

La SVS concluye *"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*

⁸ Oficio N° 2718 de 26.01.2011

*cumplir con los requisitos legales allí establecidos*⁹.

Por lo que no sería factible aplicarla a sociedades no constituidas en nuestro país, de lo cual no se deriva que se encuentre "prohibida".

Termina indicando este oficio.

Queda entonces en el ámbito de la interpretación la figura que analizaremos en el presente trabajo.

1.3.2.- Jurisprudencia del Servicio de Impuestos Internos

A través del tiempo son diversos los contribuyentes que han pedido un pronunciamiento de la autoridad tributaria con respecto a la fusiones transfronterizas, esto a propósito que nuestra legislación nacional tal como anteriormente se analizó; no contempla una definición propia.

El Servicio se ha pronunciado sobre la materia indicando que esta institución fiscalizadora las reconoce, aún cuando no está contemplado en nuestra propia legislación. Mediante Oficio...

*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*¹⁰.

⁹ Oficio N° 4616 de 26.02.2015

¹⁰ Oficio N° 1778 de 09.08.2017

En cuanto a la territorialidad de la operación hay una clara diferencia con las respuestas que la superintendencia de valores y seguros esto lo indica en oficios precedentes.

Asimismo, este Servicio ha señalado 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 le sea aplicable, se trate de una sociedad y que la operación descrita provoque los mismos efectos y consecuencias jurídicas indicadas anteriormente¹¹.

En relación a la reestructuración empresarial producto de fusión por absorción de sociedades extranjeras con una domiciliada en Chile el prudentemente reconoce que no se puede inmiscuir en la legislación de otro territorio en la cual no tiene potestad alguna.

"solo bajo los supuestos que la reestructuración que expone, esto es, que la fusión efectuada conforme a una legislación extranjera, tenga las características que en nuestro país tiene según la legislación vigente, materia sobre la cual no se puede emitir una opinión a priori"¹².

En cuanto a la fusión inversa de sociedades domiciliadas en el extranjero con su sociedad filial domiciliada en Chile

"a los efectos de una fusión inversa perfeccionada en el extranjero y en Chile; este

¹¹Oficio N° 362 de 13.04.2017

¹² Oficio N° 704 de 13.04.2018

*servicio entiende que son equivalentes a los que se derivan de la Ley interna, cuando esta se efectúa entre dos entidades domiciliadas en Chile*¹³.

Por lo cual se concluye que en materia administrativa el Servicio está realizando una interesante gestión en interpretar de mejor forma lo redactado por el legislador.

1.3.3.- Otras Legislaciones

En algunos países de nuestro continente la fusión transfronteriza ya se encuentra regulada en su legislación, ejemplo:

1.3.3.1.- En la República de Panamá,

Tal como tenemos la redacción de la Ley de sociedad de responsabilidad limitada.

Una sociedad de responsabilidad limitada podrá fusionarse o consolidarse con otra sociedad nacional o extranjera de cualquier clase, mediante acuerdo de los socios, expresando el nombre de la sobreviviente y los derechos que los socios tendrán en la sociedad resultante.

La fusión o consolidación deberá registrarse en el Registro Público y no producirá transferencia de bienes incluso para todos los efectos legales.

*La sociedad resultante tendrá los derechos y las obligaciones de la sociedad fusionada o consolidada*¹⁴.

En su código de comercio también se encuentra considerado la fusión entre

¹³Oficio N° 840 de 30.04.2018

¹⁴Ley N° 4 de 09.01.2009

sociedades extranjeras.

Una o más sociedades constituidas conforme a las leyes de la República de Panamá, podrán fusionarse con una o más sociedades extranjeras, para constituir una sola siempre y cuando se dé cumplimiento a los siguientes requisitos:

a) *Que las sociedades extranjeras estén debidamente inscritas en la Sección de Personas Mercantil del Registro Público, en la forma que establece el artículo 90 y siguientes de ley 32 de 1927.*

b) *Que si la sociedad resultante de la fusión ha de ser sociedad de nacionalidad extranjera con la cual se ha fusionado la sociedad panameña, dicha sociedad resultante, deberá permanecer inscrita en la Sección de Persona Mercantil del Registro Público por un lapso no menor de cinco (5) años a partir de la fecha de la fusión.*

Durante ese lapso, la sociedad resultante de la fusión deberá mantener un apoderado en la República de Panamá, debidamente facultado para recibir notificaciones en representación de la sociedad. Si por cualquier circunstancia, la sociedad careciera en un momento determinado, de dicho apoderado, entonces la notificación de cualquier acción en su contra, se podrá hacer a su Agente Residente¹⁵.

1.3.3.2.- En la Comunidad Económica Europea

Entre sus directivas, definió para toda la comunidad la fusión transfronteriza como

¹⁵Artículo 11-A del Código de Comercio.

aquella que tiene lugar entre *"sociedades de capital constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y que tenga su domicilio social, centro de efectiva administración o su principal establecimiento dentro de la Comunidad, si al menos dos de ellas están sujetas a la legislación de Estados miembros diferentes"*¹⁶.

En lo que respecta al ámbito, la Directiva abarca todas las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un país miembro de la Unión Europea (en adelante UE), y que tengan su domicilio social o su centro de actividad principal dentro de la UE, siempre y cuando al menos dos de ellas están sujetas a la legislación de distintos países de la UE.

1.3.3.3.- En países con régimen fiscal preferencial

El sector de servicios financieros es una de las principales industrias en las Islas Caimán, hay un compromiso sustancial para el desarrollo de la industria de servicios financieros offshore.

De acuerdo con la Ley de sociedades de dicho territorio de ultramar, se encuentra expresamente permitido que una sociedad domiciliada en Islas Caimán se fusione con una o más sociedades domiciliadas en el extranjero.

1.3.3.4.- En los EEUU

Donde la competencia legislativa es de cada uno de los estados federados, el Model Business Corporation Act entrega una orientación al respecto.

¹⁶Artículo N°2 de la directiva 2005/56/CE

*Todos los bienes de propiedad, y cada contrato de derecho poseídos por cada sociedad o entidad que se fusiona es adquirido o investido en la sociedad adquiriente sin reversión o menoscabo*¹⁷.

*todos los pasivos de la sociedad o entidad que se fusionen son investidos en la sociedad adquiriente*¹⁸.

De esta manera se protege a la sociedad adquiriente de otro estado y legislación diferente a fusionar sin impedimento alguno.

Otra referencia se puede obtener del estado de Delaware en su Ley General de Corporaciones de Delaware (DGCL) importante enclave ya que la mitad de las grandes fortunas que cotizan en bolsa y enlistados en Fortune 500 la toman como referencia y marco legal para sus reorganizaciones; entre otros esta indica lo siguiente para fusiones y divisiones *poseerá todos los derechos, privilegios, facultades y franquicias, de carácter público o privado y estará sujeta a todas las restricciones, discapacidades y deberes de cada una de esas empresas extinguidas*¹⁹.

¹⁷Artículo 11.07 N°3

¹⁸Artículo 11.07 N°4

¹⁹párrafo 259 de la Delaware General Corporation Law:

Cuando una fusión o consolidación haya entrado en vigencia bajo este capítulo, a todos los efectos de las leyes de este Estado, la existencia separada de todas las corporaciones constituyentes, o de todas las corporaciones constituyentes, excepto aquella en la que el otro u otros de tales corporaciones constituyentes se han fusionado, según sea el caso, cesará y las corporaciones constituyentes se convertirán en una nueva corporación, o se fusionaran en 1 de tales corporaciones, según sea el caso, que posean todos los derechos, privilegios, poderes y franquicias así como también de carácter público o privado, y estar sujeto a todas las restricciones, discapacidades y deberes de cada una de esas corporaciones fusionada o consolidadas; y todos y singular, los derechos, privilegios, poderes y franquicias de cada una de dichas corporaciones, y todas las propiedades, reales, personales y mixtas, y todas las deudas debidas a cualquiera de dichas corporaciones constituyentes en cualquier cuenta, así como para suscripciones de acciones como todas otras cosas en acción o pertenecientes a cada una de dichas corporaciones se conferirán a la

1.4.- EI GOODWILL Y EL BADWILL

Son conceptos que están asociados a la valorización positiva o negativa que la comunidad inversora percibe de una empresa.

1.4.1.- ¿Cuándo se produce un goodwill o un badwill tributario?

Estos valores se producen en los procesos de fusión por incorporación y fusión por compra, cuando la inversión que realiza la empresa absorbente en la empresa absorbida es distinto del capital propio tributario de la empresa absorbida.

El Servicio se pronunció y dijo²⁰

Para que se produzca la diferencia de valor a que se refieren las normas señaladas, es necesario que se verifiquen el cumplimiento de dos requisitos copulativos:

- a) Que se trate de un proceso de fusión de sociedades en los términos del artículo 99 de la Ley 18.046 de 1981 sobre las Sociedades Anónimas, comprendiéndose además dentro de este concepto y para efectos allí indicados, la reunión total de los derechos o acciones de una sociedad en manos de una misma persona y,
- b) Que exista una inversión efectiva realizada en derechos sociales o acciones por

corporación que sobreviva o resulte de dicha fusión o consolidación; y todas las propiedades, derechos, privilegios, poderes y franquicias, y todos y cada uno de los demás intereses serán a partir de entonces efectivamente propiedad de la corporación sobreviviente o resultante, como lo fueron de las varias y respectivas corporaciones constituyentes, no se revertirá o se verá perjudicado de alguna manera por razón de este capítulo; pero todos los derechos de los acreedores y todos los gravámenes sobre cualquier propiedad de cualquiera de dichas corporaciones se conservaran intactos, y todas las deudas, responsabilidades y deberes de las respectivas corporaciones constituyentes se vincularan en adelante a dicha corporación sobreviviente o resultante, y podrán aplicarse en su contra en la misma medida que si dichas deudas, responsabilidades y obligaciones hubieran sido incurridas o contraídas por este.

²⁰Oficio N°75 de 2013

parte de la sociedad absorbente en la sociedad absorbida, y que el valor de esta, resulte menor que el valor total o proporcional, según sea el caso del capital propio tributario de la sociedad absorbida.

El Servicio manifestó que:

Por el solo ministerio de la ley los bienes que formaban parte del patrimonio de la sociedad disuelta pasan al dominio del adquirente del total de los derechos o acciones, siendo la ley el modo de adquirir dichos bienes²¹.

Efectos tributarios de la adquisición del total de derechos o acciones de una sociedad constituida en el extranjero, en manos de una sociedad chilena²².

Es preciso señalar además , que la ley no distingue en cuanto a lugar donde debe encontrarse constituida o domiciliada la sociedad que resulta disuelta producto de la reunión total de los derechos o acciones en manos de un 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.

El capital propio de la sociedad absorbida a considerar para la determinación de las diferencias, según lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 15 y el inciso 3º del N°9 del artículo 31 ambos de la LIR, debe determinarse de acuerdo a lo establecido en el artículo 41 de la LIR.

²¹Circular N°2 de 1998

²²Oficio N° 492 de 2015

Esto 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 de la LIR.

1.4.1.1.- Será un GOODWIL cuando:

Inversión Efectiva (Absorbente) > Capital Propio Tributario (Absorbida)

La empresa absorbida refleja un menor valor respecto de la inversión de la empresa absorbente. Artículo 31 N°9 de la LIR.

Cuando el Capital Propio Tributario de la empresa absorbida sea negativo el goodwill será igual a la inversión efectivamente pagada²³.

1.4.1.2.-SERA UN BADWILL cuando:

Inversión Efectiva (Absorbente) < Capital Propio Tributario (Absorbida)

La empresa absorbida refleja un mayor valor respecto de la inversión de la empresa absorbente. Artículo N°15 de la LIR.

El Badwill no genera doble tributación²⁴

El badwill es una diferencia que constituye un incremento de patrimonio para la empresa absorbente, y se gravará con el impuesto de primera categoría.

²³Oficio N° 864 de 2008

²⁴Oficio N° 1197 de 2018

1.4.2.- Tratamiento tributario del goodwill y badwill

El tratamiento tributario de estos conceptos ha estado en constantes cambio en Chile, primero debemos indicar que su aplicación obedecía a pronunciamientos del Servicio mediante jurisprudencia administrativa en respuesta a consultas realizadas por los contribuyentes, posteriormente se publicó la Ley 20.630 del 27 de Septiembre del 2012, la que incorporó a la Ley sobre impuestos a la Renta, normas relativas al tratamiento tributario del goodwill y del badwill entregando así certeza tributaria respecto de la determinación, asignación, actualización e imputación de los mismos.

En la actualidad con la Ley 20.780 del 29 de Septiembre del 2014, la que modificó en parte lo que estableció la Ley 20.630 en la Ley sobre impuestos a la Renta, podemos indicar que:

1.4.2.1.-Tratamiento tributario del goodwill

De acuerdo al inciso 3º del N°9 del Artículo 31 de la Ley sobre impuesto a la Renta, podemos indicar que:

1.4.2.1.1 Determinación del goodwill:

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, será goodwill tributario el mayor valor entre inversión Efectiva (Absorbente) - Capital Propio Tributario (de la Absorbida y determinado de acuerdo al artículo 41 de la Ley sobre impuesto a la Renta).

1.4.2.1.2 Distribución del goodwill:

Se distribuirá 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 realizará 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.

Activos no monetarios: Aquellos que de alguna manera se autoprotegen del proceso inflacionario, ya sea por su naturaleza, se impide la desvalorización monetaria que ocasione menoscabo en su valor real o se encuentren protegidos de la inflación por existir cláusulas de reajustabilidad establecidas por ley o pactadas en forma contractual²⁵.

Excepciones de activos no monetarios en la distribución de las diferencias que se producen al comparar el valor de las acciones de la sociedad absorbida con el valor de los bienes que fueron transferidos, de los cuales se hizo dueña la sociedad absorbente. Son los pagos provisionales mensuales (PPM)²⁶.

Valor corriente en plaza: Es el que correspondería a un bien del mismo género y de una calidad a lo menos similar, en el lugar y fecha en que se realiza la fusión.

Los activos intangibles no son considerados como activos no monetarios, y además no forman parte del capital propio tributario conforme al N° 1 del artículo

²⁵Oficio N° 3224 de 2015

²⁶Oficio N° 1843 de 1996

41 de la LIR²⁷.

Cuando no existen activos no monetarios²⁸

La diferencia producida entre la inversión de la absorbente y el capital propio tributario de la absorbida, al no existir activos no monetarios, se deberá dejar en un 100% como goodwill.

1.4.2.1.3 Saldo no asignado del goodwill:

La diferencia se considerará como un activo intangible.

1.4.2.1.4 Imputación del saldo de goodwill:

El saldo no asignado podrá ser imputado en la disolución de la empresa o sociedad absorbente o bien al término de giro de la misma.

1.4.2.1.5 Actualización del saldo de goodwill:

Este activo intangible formará parte del Capital Propio Tributario de la empresa y se reajustará anualmente de acuerdo a lo dispuesto en el N°6 del artículo 41 de la Ley sobre impuestos a la Renta.

1.4.2.1.6 Actualización de la inversión de la absorbente en la absorbida:

El valor de la adquisición de los derechos o acciones deberá ser reajustado según el porcentaje de variación del índice de precios al consumidor entre el mes anterior de la fusión y el mes anterior al del balance correspondiente al ejercicio anterior a aquel en que se produce la fusión.

²⁷Oficio N° 3234 de 2015

²⁸Oficio N° 2567 de 2000

1.4.2.1.7 Tasación en la distribución del goodwill:

Conforme a lo dispuesto en el artículo 64 del Código Tributario, el Servicio podría tasar fundadamente los valores de los activos determinados superiores a los corriente en plaza.

1.4.2.1.8 Diferencia surgida por tasación:

La diferencia determinada en virtud de la referida tasación, se considerará como parte del activo intangible.

1.4.2.2.-Tratamiento tributario del Badwill

De acuerdo al inciso 2º,3º,4º, y 5º del artículo 15 de la Ley sobre impuesto a la Renta, podemos indicar:

1.4.2.2.1 Determinación del badwill :

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 será badwill tributario el menor valor entre inversión Efectiva (Absorbente) - Capital Propio Tributario (de la Absorbida y determinado de acuerdo al artículo 41 de la Ley sobre impuesto a la Renta).

1.4.2.2.2 Distribución del badwill:

La diferencia que se produzca deberá, en primer término, distribuirse entre todos los activos no monetarios que se reciben con 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.

1.4.2.2.3 Saldo no asignado del badwill:

La diferencia que no se haya podido asignar se considerará como un ingreso diferido.

1.4.2.2.4 Imputación del saldo de badwill:

Se imputará por el contribuyente dentro de sus ingresos brutos en un lapso de hasta diez ejercicios comerciales consecutivos, imputándose un décimo de la diferencia no asignada en cada ejercicio como mínimo hasta su total imputación.

Si el contribuyente pone término de giro de sus actividades, aquella parte del ingreso diferido cuyo reconocimiento se encuentre pendiente deberá agregarse a los ingresos del ejercicio del término de giro.

1.4.2.2.5 Actualización de la inversión de la absorbente:

El valor de la adquisición de los derechos o acciones deberá reajustarse según el porcentaje de variación del índice de precios al consumidor entre el mes anterior al de la adquisición y el mes anterior al del balance correspondiente al ejercicio anterior a aquel en que se produce la fusión.

El ingreso diferido que se haya producido durante el ejercicio se reajustará de acuerdo con el porcentaje de variación experimentado por el índice de precios al consumidor entre el mes anterior a aquel en que se produjo la fusión de la

respectiva sociedad y el último día del mes anterior al del balance.

1.4.2.2.6 Actualización del saldo de badwill:

El saldo del ingreso diferido por imputar en los ejercicios siguientes, se reajustará de acuerdo al porcentaje de variación del índice de precios al consumidor entre el período comprendido entre el mes anterior al del cierre del ejercicio anterior y el mes anterior al del balance.

1.4.2.2.7 Tasación en la distribución del badwill:

Conforme a lo dispuesto en el artículo 64 del Código Tributario, el Servicio podría tasar fundadamente los valores determinados por el contribuyente.

1.4.2.2.8 Diferencia surgida por tasación:

La diferencia que se produzca en virtud de la tasación se considerará como un ingreso del ejercicio en que se produce la fusión.

1.5.- Facultad de tasación del Servicio

En una fusión de sociedades transfronteriza uno de los riesgos que deben ser tomado en consideración por parte de los gestores de esta, se refiere con la facultad de tasación que tiene el servicio, importante herramienta del órgano fiscalizador contenido en el Artículo 64 del Código Tributario que en su inciso primero indica:

El servicio podrá tasar la base imponible con los antecedentes que tenga en su poder, en caso que el contribuyente no concurriere a la citación que se le hiciere

de acuerdo con el artículo 63 o no contestare o cumpliere las exigencias que se le formulen, o al cumplir con ellas no subsanare las deficiencias comprobadas o que en definitiva se comprueben.

Inclusive la norma es más amplia que la figura de la citación como instrumento de revisión de la contabilidad de las empresas, en su inciso tercero indica

Quando el precio o valor asignado al objeto de enajenación de una especie mueble corporal o incorporal, o al servicio prestado, sirva de base o sea uno de los elementos para determinar un impuesto, el servicio sin necesidad de citación, previa podrá tasar dicho precio o valor en los casos en que este sea notoriamente inferior a los corrientes en plaza o de los que se cobren en convenciones de igual naturaleza, considerando las circunstancias de la operación

De esta manera la reunión de patrimonios, producto de reorganizaciones empresariales se ve afectada en una primera instancia, por esta facultad inhibitoria.

1.5.1 Historia de la tasación en cuanto a división y fusión

Con la entrada en vigencia de la Ley N°19.705 del año 2000 y en circular N°45 del 16 de julio del 2001 la cual introdujo dos nuevos incisos al artículo en comento en referencia a la facultad de tasación que este servicio puede invocar a los contribuyentes sin necesidad de citarlos previamente.

Esta indica en su número III Instrucciones sobre la materia específicamente en el b2) *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 suscita con motivo de la fusión por incorporación, los activos y pasivos que se les traspasen los mantengan registrados al valor tributario que tenían estos en la sociedad que desaparece o subsiste producto de la figura jurídica antes mencionada²⁹

Agrega la misma circular que las figuras jurídicas de división y fusión son aquellas definidas en los artículos 94 y 99, respectivamente, de la Ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas.

En relación a la reestructuración empresarial producto de fusión por absorción de sociedades extranjeras con una domiciliada en Chile el servicio prudentemente reconoce que no se puede inmiscuir en la legislación de otro territorio en la cual no tiene potestad alguna, y agrega que solo aceptara en dicha reunión de patrimonios los valores establecidos por el inciso cuarto del Código

Por consiguiente, si dichos activos y pasivos se traspasan a valores financieros distintos a los tributarios, la sociedad fusionante o absorbente deberá llevar un adecuado registro de los valores tributarios, con el fin de que esta última pueda dar cumplimiento a las obligaciones respectivas establecida en la LIR en relación a los activos y pasivos, en atención a que como lo ha señalado esta Dirección en anteriores pronunciamientos, dichos valores son los únicos validos para determinar la renta Liquidada Imponible afecta al impuesto de Primera Categoría³⁰

En cuanto a la fusión inversa de sociedades domiciliadas en el extranjero con su

²⁹Circular N°45 de 16.07.2001

³⁰Oficio N° 704 de 13.04.2018

sociedad filial domiciliada en Chile siendo esta última la absorbente, el servicio se ha pronunciado con respecto al costo que deben tener las acciones de canje de estas últimas.

Por consiguiente, el canje propio de estas operaciones no es más que un acto material, que no debe alterar los derechos sociales que los títulos representan, por lo que el costo tributario de los derechos que se recibe en canje, debe corresponder al costo que tenían los derechos que poseía la sociedad en la entidad fusionada, manteniéndolo inalterable dicho valor³¹

Agrega esta última circular, que corresponderá a la instancia de fiscalización respectiva verificar los antecedentes y comprobar el costo de los activos transferidos o traspasados con motivo de la fusión.

De esta manera el servicio refuerza una vez más, su potestad de tasar cualquier diferencia de valor o precio, que no respete el valor tributario de los activos y pasivos que intervienen en una reunión de patrimonio producto de fusiones.

1.5.2 Tasación en la distribución del Goodwill y el Badwill

Otro hecho de importancia tiene que ver con la facultad del servicio para tasar la diferencia entre el mayor valor entre la inversión y su comparación con el capital propio tributario de la sociedad absorbida, esta diferencia en primer lugar deberá ser distribuida entre los activos no monetarios.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 64 del Código Tributario, el servicio podrá

³¹Oficio N°840 de 30.04.2018

tasar fundamente los valores de los activos determinados por el contribuyente en caso que resulten ser notablemente superiores a los corrientes en plaza o a los que normalmente se cobren o cobrarían en convenciones de igual naturaleza.

Mismo tratamiento que se aplicara cuando el valor de la inversión resulte menor al valor total o proporcional que tenga el capital propio tributario de la sociedad absorbida.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 64 del Código tributario, el servicio podrá tasar fundadamente los valores determinados por el contribuyente.

En ambos casos las diferencias que se determinen en virtud de estas tasaciones por parte del servicio se consideraran en la primera situación un activo intangible y en la segunda situación un ingreso del ejercicio.

2 GENERACIÓN DE GOODWILL O BADWILL EN LA FUSIÓN TRANSFRONTERIZA, SOCIEDAD CHILENA ABSORBE UNA SOCIEDAD EXTRANJERA

Para dar un planteamiento de un caso práctico respecto del subtema a tratar, debemos aclarar algunos conceptos claves que nos permitirán desarrollar nuestro trabajo.

2.1 Conceptos Claves para generar Goodwill o Babwill

- Fusiones que generan Goodwill o Badwill
- Fusión Transfronteriza
- Reconocimiento Legal de la Fusión Transfronteriza
- Reconocimiento Administrativo respecto de la Fusión Transfronteriza
- Inversión en empresa relacionada
- Capital Propio

2.1.1 Fusiones que pueden generar un Goodwill o Badwill

Solo se puede generar en las Fusiones por Absorción (Art.99 inc. 3º de la LSA.) y en las Fusiones por Compra (Art.103 N°2 de la LSA.) y que la sociedad absorbente haya efectuado una inversión previa en acciones o derechos sociales en una o mas sociedades que posteriormente resultan absorbidas por esta. Además, y en la medida que se produzca una diferencia positiva o negativa entre la Inversión realizada por la sociedad absorbente y el capital propio tributario de la sociedad absorbida. Esto ha sido ratificado por el Servicio mediante Oficio N°75 del 2013. De acuerdo a la norma artículo 1º N°4 letra b) y N° 9 letra b) de ley

20.630 del 24 de septiembre del 2012, la que instauro legalmente el goodwill y el badwill.

2.1.2 Concepto de Fusión Transfronteriza

“Cuando una sociedad constituida de acuerdo a un ordenamiento jurídico extranjero, es fusionada con una sociedad chilena.”

2.1.3 Reconocimiento Legal de la Fusión Transfronteriza

Hoy no existe norma que regule la Fusión Transfronteriza en Chile.

2.1.4 Reconocimiento Administrativo de la Fusión Transfronteriza

En la actualidad se reconocen las Fusiones Transfronterizas en base a un reconocimiento administrativo de dos instituciones fiscalizadoras de Chile, la S.V.S (CMF) y del Servicio, y ellas indican lo siguiente:

Pronunciamiento de la SVS

Superintendencia de Valores y Seguros hoy la Comisión para el Mercado Financiero, por medio de Oficio N° 2718 del 26 de Enero de 2011, ha sostenido que la Fusión regulada en el artículo 99 de la Ley de Sociedades Anónimas solo se refiere a sociedades legalmente constituidas en Chile, de modo que dicha norma no se podría aplicar a una Fusión entre sociedad chilena y una sociedad extranjera, luego mediante Oficio N° 4616 del 6 de Marzo de 2015 dijo que su pronunciamiento anterior no prohibía las fusiones transfronterizas, sino que indicaba que el artículo 99 de la Ley de Sociedades Anónimas no

sería factible de aplicar a fusiones de sociedades no constituidas en Chile.

Pronunciamiento del Servicio

El Servicio indica que, si la Fusión Transfronteriza tiene las mismas características que una Fusión entre sociedades chilenas, según la legislación vigente se podría inhibir de tasar de acuerdo al inciso N°4 del artículo 64 del Código Tributario, sosteniendo que este proceso se realiza bajo un régimen de neutralidad tributaria.

Que la Sociedad absorbente (chilena) mantenga registrado el valor tributario que tenían los Activos y Pasivos en la sociedad que desaparece (extranjera) en la Fusión.

El costo tributario de los Derechos o Acciones que reciben los socios o accionistas en canje de los Derechos o Acciones que poseía en la sociedad absorbida debe ser igual a la fecha de la Fusión.

La sociedad absorbente deberá reconocer como costo tributario de los activos de la entidad que desaparece el que tenían estos al momento de la Fusión.

Que la Sociedad absorbente disponga de antecedentes de hecho en que se fundan las conclusiones anteriores (Registros).

Que el Capital Propio de la sociedad extranjera a la fecha de la fusión se determine conforme a las reglas del artículo 41 de la LIR.

Que Fusión es la reunión de 2 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. (Artículo 99 LSA.)

Facultad de inhibirse del Servicio de acuerdo al inciso 4 del Artículo N°64 del Código Tributario.

2.1.5 Inversión en empresa relacionada

La inversión en empresa relacionada es el segundo requisito copulativo exigido de acuerdo al Oficio 75 del 2013 del SII.

2.1.6 Capital Propio Tributario

De acuerdo a lo establecido en el Artículo 41 N°1 inciso primero de la LIR expresa que se entenderá por capital propio “la diferencia entre el Activo y el Pasivo exigible a la fecha de iniciación del ejercicio comercial, debiendo rebajarse previamente los valores intangibles, nominales, transitorios y de orden y otros que determine la Dirección Nacional, que no representen inversiones efectivas”.

Capital Propio Tributario	=	Total Activos	-	I.N.T.O.	-	Pasivo Exigible	-	Otros (D.N.)
--------------------------------------	----------	--------------------------	----------	-----------------	----------	----------------------------	----------	-------------------------

Figura 1: Formula para determinar el Capital Propio Tributario

Es importante indicar que los valores que se utilizarán en esta fórmula de la figura 1 son todos valores tributarios y determinados de acuerdo al artículo 41 de la LIR.

2.2 Presentación del Caso: Fusión que involucra aumento de capital, y generación de Badwill

La fusión que se presentará, es la definida en el inciso 3 del Artículo 99 de la Ley 18.046 de Sociedades Anónimas.

2.2.1 Estructura Societaria antes de Fusión

En la siguiente estructura societaria, existen dos empresas S.A., una chilena y la otra es colombiana, estas acuerdan fusionar las empresas, y con fecha 30 de septiembre del 2018 la sociedad chilena Chile S.A. absorberá a la sociedad extranjera El Paisa S.A.

La Sociedad Chile S.A. es dueña del 49% de las acciones de El Paisa S.A. y se encuentran valorizadas a su costo de adquisición actualizado al 31 de diciembre del 2017.

Las acciones de la sociedad Chile S.A. le pertenecen en partes iguales a dos Accionistas uno persona natural y el otro accionista persona jurídica, ambos domiciliados y residentes en Chile.

Las acciones de la sociedad El Paisa S.A. le pertenecen a tres accionistas, el 49% de ellas le pertenecen a Chile S.A., el 26% de las acciones le pertenecen al accionista persona jurídica de panamá y finalmente el 25% restante de las acciones le pertenecen a persona natural accionista de Colombia.

A continuación, se muestra con la figura 2, la situación planteada

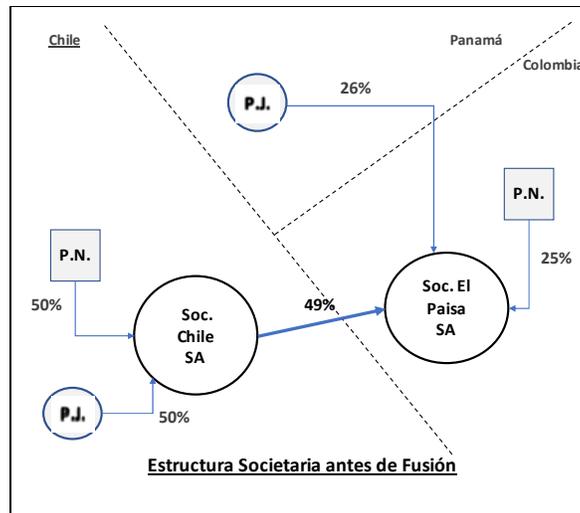


Figura 2: Estructura Societaria de la Sociedad Chile S.A.

2.2.2 Balances Tributarios Auditados a la fecha de la Fusión

A la fecha de la fusión entre Chile S.A. y El Paisa S.A. los Balances Tributarios auditados son los siguientes:

Balance General Chile S.A. (Chilena)			
(Desde el 01-01-2018 hasta el 30-09-2018)			
Activos		Pasivos	
Banco	50	Cuentas por pagar	50
Cuentas por Cobrar	300	Depreciación Acumulada	100
Vehículos	6.000		
Equipos	9.000		
Inversión en Soc.El Paisa S.A.	4.800	Capital	20.000
Total Activos	20.150	Total Pasivos y Patrimonio	20.150

Balance General El Paisa S.A. (Extranjera)			
(Desde el 01-01-2018 hasta el 30-09-2018)			
Activos		Pasivos	
Banco	50	Cuentas por pagar	50
Existencias	300	Depreciación Acumulada	1.300
Edificio	12.500	Capital	5.000
		Reservas	4.500
		Utilidades	2.000
Total Activos	12.850	Total Pasivos y Patrimonio	12.850

Figura 3: Balances Tributarios auditados y periciados

De acuerdo a la letra b) del artículo 155 del Decreto Supremo N° 702, estos balances de la figura 3 cumplirían y estarían dentro de los 6 meses a la fecha de la

Junta de accionistas que resolverán respecto de la fusión.

2.2.3 Metodología a seguir para la determinación de Badwill

Esta metodología se encuentra establecida en su anexo N°2 de la Circular 13 del 07-03-2014 del Servicio.

2.2.3.1 Determinación del Capital Propio Tributario de la sociedad El Paisa S.A.

En la figura 4, se muestra como determinamos el capital propio de la sociedad extranjera y que parte de este le pertenece a la sociedad chilena (49%)

1.- Determinación del capital propio tributario de la sociedad el Paisa S.A. a la fecha de la Fusión		El Paisa S.A.
	Total Activos a valor tributario	12.850
	Menos INTO	
	Depreciación Acumulada	1.300
	<hr/>	
Cálculos de acuerdo al Artículo 41 de la LIR	Total Capital Efectivo	11.550
	Menos Pasivo Exigible	
	Cuentas por Pagar	50
	<hr/>	
	Total Capital Propio (CPT)	11.500
	CPT Proporcional a la Inversión efectuada por Chile S.A.	49% 5.635

Figura 4: Determinación del Capital Propio de la Sociedad Extranjera

2.2.3.2 Determinación de la diferencia

En la figura 5 se muestra como procedemos a determinar la diferencia entre la inversión de Chile S.A. (49%) y el Capital Propio Tributario Proporcional de El Paisa S.A., lo que nos determina un BADWILL.

Chile S.A. pago \$ 4.800 y recibió \$ 5.635, recibió más de lo que invirtió.

2.- Costo de adquisición del 49% de las acciones de El Paisa SA. al 30-09-2018		4.800
3.- Determinación de la Diferencia a la fecha de la Fusión	4.800 - 5.635	-835
Pagó menos por algo que vale más		ES UN BADWILL

Figura 5: Determinación de la diferencia (Positiva es Goodwill y Negativa es Badwill)

2.2.3.3 Distribución del Badwill

Una vez determinado el Badwill, debemos distribuir entre los activos no monetarios cuyo valor tributario sea superior a los valores corriente en plaza

Aquí podemos identificar que los Valores corriente en plaza son iguales a los valores tributarios, esto debido a que Colombia tras su reforma tributaria establecida mediante Ley 1819 del 29 de diciembre del 2016 igualó las bases financieras y tributarias, produciéndose cero diferencia como lo muestra la figura 6.

4.- Distribución del Badwill			
a) Activos no Monetarios recibidos en la Fusión, cuyo valor tributario es superior al corriente en plaza (No hay)			
Activos no Monetarios	Valor Tributario	Valor Corriente en Plaza	Diferencia
Existencias	300	300	0
Edificio	12.500	12.500	0
	12.800	12.800	0

Figura 6: Distribución del Badwill

De acuerdo a la metodología que estamos siguiendo, ahora nos corresponde determinar la proporción de los valores corriente en plaza que están menores que el valor tributario, pero como indicamos anteriormente no tenemos activos no monetarios con valores tributarios superiores a los valores corriente en plaza, por

lo tanto, no hay proporción, así lo podemos revisar en la figura 7.

b) Proporción que representa el valor corriente en plaza de los activos no monetarios, sobre la suma total de ellos
(solo a aquellos cuyo valor tributario es superior a su valor corriente en plaza)

Activos no Monetarios	Valor Corriente en Plaza	Proporción
No hay	0	0%
Total Activos no monetarios para asignar	0	0%

Figura 7: Proporción de los valores corrientes en plaza

Como aquí no tenemos activos no monetarios con valores tributarios superiores a los valores corrientes en plaza no podemos distribuir Badwill, quedando todo el Badwill como un Ingreso diferido, así lo podemos ver en la figura 8 y que será amortizado de acuerdo a lo establecido en el Artículo 15 inciso 2º de la LIR.

c) Proporción del Badwill, susceptible de ser distribuido
(con tope de la diferencia determinado en la letra a)

Activos no Monetarios	% sobre el Badwill	Limite para distribución	Ingreso diferido
Totales	0	0	835

Figura 8: Proporción del Badwill a ser distribuido

Como el Badwill determinado no se pudo asignar, entonces los activos no monetarios se mantendrán con sus valores tributarios sin necesidad de ajustar, lo podemos ver en la figura 9.

d) Determinación del nuevo valor de costo tributario de los activos no monetarios recibidos

Activos no Monetarios	Valor tributario original	Ajuste	Nuevo Valor tributario
Existencia	300	0	300
Edificio	11.200	0	11.200
Totales	11.500	0	11.500

Figura 9: Determinación de los nuevos valores tributarios

Ahora mostraremos como nos queda el Capital propio tributario de Chile S.A. después de la fusión. Se puede ver que el capital propio tributario aumentó en \$6.700.-

2.2.3.4 Determinación del capital propio tributario de Chile S.A. después de Fusión

Luego de incorporar el patrimonio existente en la sociedad extranjera, podemos indicar que el nuevo capital propio de la sociedad chilena es el que muestra la figura 10.

5.- Determinación del Capital Propio Tributario de Chile S.A. después de la Fusión	
Activos	
Banco	100
Cuentas por cobrar	300
Existencia	300
Vehiculos	6.000
Equipos	9.000
Edificio	11.200
Total Activo	26.900
Menos INTO	
Depreciación Acumulada	100
Total Capital Efectivo	26.800
Menos Pasivo Exigible	
Cuentas por pagar	100
Total Capital Propio Tributario	26.700

Figura 10: Determinación del Capital Propio de la Sociedad Chilena después de la fusión

2.2.3.5 Determinación del Ingreso diferido

Aquí mostraremos la determinación del Ingreso Diferido, que para este caso es idéntico al Badwill determinado, ver figura 11.

6.- Determinación del Ingreso diferido	
Monto total del BADWILL determinado	835
Monto del BADWILL distribuido entre los Activos no monetarios (Ajuste)	0
Total Ingreso Diferido	835

Figura 11: Determinación del Ingreso diferido

2.2.3.6 Balance de Chile S.A. después de Fusión

Presentación del Balance de Chile S.A. con la incorporación de El Paisa S.A. en su patrimonio, lo muestra la figura 12.

7.- Balance despues de Fusión de Chile S.A.			
<u>Activos</u>		<u>Pasivos</u>	
Bancos	100	Cuentas por Pagar	100
Cuentas por Cobrar	300	Depreciación Acumulada	100
Existencias	300	Capital	25.865
Vehiculos	6.000	Ingreso Diferido	835
Equipos	9.000		
Edificio	11.200		
Total Activos	26.900	Total Pasivo y Patrimonio	26.900

Figura 12: Balance de Chile SA después de fusión

2.2.3.7 Relación de canje de acciones

Y finalmente debemos indicar que el canje de acciones en el caso de fusión por absorción, en lo relativo a la relación jurídica existente entre las acciones de las sociedades que se disuelven como consecuencia de la fusión y las nuevas acciones que deben ser emitidas de conformidad al inciso final del Artículo 99 de la Ley de Sociedades Anónimas, ellas son representativas de los mismos derechos, materializados en instrumentos distintos. Dicho de otra forma, el canje propio de estas operaciones no es más que un acto material, que no debe alterar los derechos sociales que los títulos representan, debiendo tenerse presente, además, que el costo tributario de las acciones se mantiene inalterable. (oficio N°664 19-03-2007)

La S.V.S. mediante oficio dirigido al Servicio, ha señalado que “La fusión de sociedades se realiza sobre una base eminentemente económica, más que meramente financiera. En tal sentido, y de acuerdo a lo señalado, la relación de

Los accionistas chilenos de tener un 50% de un capital propio de \$ 20.000 de la sociedad chilena, ahora tendrán un 39% pero de un mayor capital propio \$ 26.700 y los accionistas extranjeros también les disminuyó su participación.

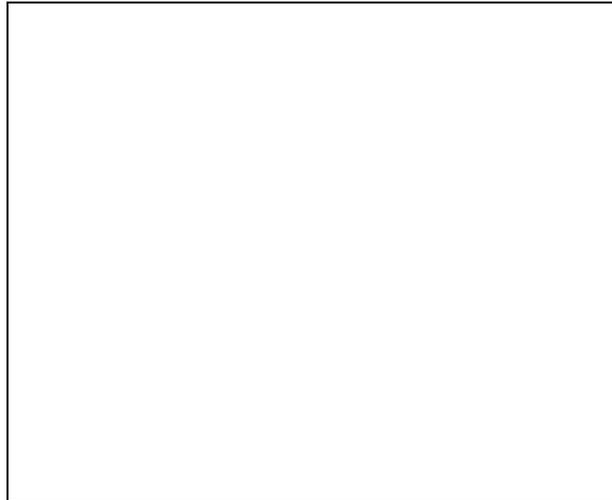


Figura 14: Nueva Estructura Societaria después de fusión

2.3. Efectos Tributarios derivados por Fusión Transfronteriza

Aquí deseamos identificar efectos importantes que necesariamente deberán ser considerados a la hora de fusionar Chile S.A. y El Paisa S.A.

Efectos respecto de los Accionistas

- Las acciones de canje recibidas en pago por las acciones canjeadas en el acuerdo de fusión mantienen el costo tributario. Pero su valor económico dependerá del acuerdo de Fusión en donde se estableció el valor de la sociedad absorbida.
- En este proceso de fusión no se recibieron acciones como parte de los activos de la sociedad absorbida, recordamos que estas pierden su fecha de adquisición debido a que se entenderán adquiridas por la sociedad absorbente

en la fecha de la fusión.

- Los resultados, pendiente de distribuir en la Sociedad absorbida que le corresponden a la Sociedad Chilena SA, pueden generar un importante efecto en la recaudación del Fisco chileno, ya que por motivo de la fusión estos no podrán ser percibidos y por ende no podrán tributar en Chile con los correspondientes IDPC e IGC, de acuerdo al Artículo 12 de la LIR dichas rentas se encuentran impedidas de disponer de ellas por disposición legal o reglamentaria en el país de origen, en este caso es Artículo 172 del Código de Comercio fusión de sociedades de Colombia. Estos forman parte del Capital propio que se considerará para determinar la diferencia, y que en el caso revisado se determinó un Badwill, y que finalmente no se pudo asignar a los activos no monetarios, quedando en un 100% como ingreso diferido y que pagará IDPC del 27%.

Efectos respecto de la Sociedad Chile S.A.

- La incorporación de patrimonio (\$ 6.700) vía capital propio ingresará al Registro RAI de forma preliminar y se entenderán ingresados formalmente al cierre del ejercicio al 31 de diciembre del 2018.
- La sociedad Chile S.A. logró optimizar la tributación en IDPC por \$ 837 en el primer año, como resultado de la fusión transfronteriza (\$ 860 - \$ 23 = \$ 837). Sin fusión, si tuviera que percibir los resultados que le corresponden en la sociedad extranjera debería pagar por concepto de IDPC \$ 860, pero como fusionó las sociedades solo deberá pagar IDPC por \$230 dividido en 10 cuotas de \$ 23 detallado en la figura 15.

Concepto	Total	Tributación	IDPC 27%	Efecto	
Resultado Devengado	3185	al Percibir	860	38	Veces pagaría
Badwill	835	1/10 anual	23		Pagado

Figura 15: Efecto Tributario en el IDPC

- La fusión permitió que resultados financieros se incorporaran como capital en la sociedad Chile S.A., esto permitirá una disminución en el registro RAI.
- Respecto del goodwill si quisiéramos ver cual es el efecto tributario, mantenemos la misma información y solo modificamos el valor de la inversión de Chile SA de 49% a 40% y se nos produce un goodwill de \$200 como lo muestra la figura 16, nuestra inversión es de \$ 4.800.- y recibiremos \$ 4.600.-

Cuentas	Total	40% Chile S.A.	26% PJ Panamá	25% PN Colombia	51% Socios Ext.
Capital	5.000	2.000	1.300	1.250	2.550
Reservas	4.500	1.800	1.170	1.125	2.295
Utilidades	2.000	800	520	500	1.020
Capital Propio	11.500	4.600	2.990	2.875	5.865

Figura 16: Capital propio de Chile SA en El Paisa SA

La sociedad chilena Chile SA vía fusión reconocerá una pérdida por \$ 200 y además no tributará con IDPC los \$ 2.600 (Reservas + Utilidades) de resultados devengados en la sociedad extranjera El Paisa SA.

3 CONCLUSIÓN

Después de revisar lo ocurrido en el análisis de nuestro caso, podemos decir que las fusiones transfronterizas son realizables en Chile y generan los mismos efectos que la fusión de dos sociedades nacionales, con la excepción que nuestra hipótesis no se cumple en un 100%, debido a que la fusión entre sociedades chilenas se realiza bajo un proceso de neutralidad tributaria, donde la o las sociedades que se incorporan en la sociedad absorbente mantienen la tributación por aquellas rentas que se incorporan al patrimonio de la absorbente, no existiendo un flujo de efectivo para los aportante de patrimonio, en otras palabras no se produce un hecho gravado producto de la fusión. Pero en una fusión transfronteriza como la expuesta en nuestro caso, revisamos que existe la posibilidad para planificar una menor tributación para resultados que aún no se han percibido de una sociedad extranjera, en los casos de aquellas sociedades chilenas que de acuerdo al artículo 41 G de la LIR no son controladoras de las empresas que se absorberán desde el extranjero y que de acuerdo al artículo 12 de la LIR, no se puedan disponer en razón de caso fortuito o fuerza mayor o de disposiciones legales o reglamentarias del país de origen, en este caso se produjo una fusión de la sociedad Colombiana de acuerdo al artículo 172 del Código de Comercio de Colombia, fusión de sociedades. En definitiva son rentas que ingresarán como capital y disminuirán el registro RAI.

BIBLIOGRAFIA

DL N° 830, Código Tributario.

Ley N° 18.046, Sociedades Anónimas.

Ley sobre Impuesto a la Renta , contenido en el artículo 1°, del Decreto Ley N° 824.

Decreto N°702 de 2012 del Ministerio de Hacienda.

Ley N° 4 de 09.01.2009 República de Panamá

Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital.

Delaware stategovernmentlaw

Faundez Ugalde, Antonio, Reorganización empresarial, Derecho Tributario y Tributación Interna.

Mardones Osorio, Marcelo, Fusión internacional de sociedades anónimas en el ordenamiento jurídico chileno.

Mardones Osorio, Marcelo, Modificaciones estructurales de sociedades: fusiones, divisiones y transformaciones.

Revista Estudios Tributarios N°7, CET

Revista Estudios Tributarios N°12, CET

Servicio de Impuestos Internos, Circular N° 45 de

Servicio de Impuestos Internos, Circular N° 13 de 07.03.2014

Servicio de Impuestos Internos, Circular N° 2 de 1998

Servicio de Impuestos Internos, Oficio N° 2567 de 2000

Servicio de Impuestos Internos, Oficio N° 864 de 2008

Servicio de Impuestos Internos, Oficio N°75 de 2013

Servicio de Impuestos Internos, Oficio N° 492 de 2015

Servicio de Impuestos Internos, Oficio N° 3234 de 23.23.2015

Servicio de Impuestos Internos, Oficio N° 362 de 15.02.2018

Servicio de Impuestos Internos, Oficio N° 704 de 13.04.2018

Servicio de Impuestos Internos, Oficio N° 840 de 30.04.2018

Servicio de Impuestos Internos, Oficio N° 1197 de 2018

Servicio de Impuestos Internos, Oficio N° 2126 de 2018