

RENTA - ACTUAL LEY SOBRE IMPUESTO A LA RENTA - ART. 10, INCISO 3, ART. 58, N° 3 - LEY N° 20.630, DE 2012 - CIRCULAR N° 45, DE 2001. (Ord. N° 010, de 05-01-2017)

EFFECTOS TRIBUTARIOS DE LAS ALTERNATIVAS DE FUSIÓN DE SOCIEDADES QUE INDICA, QUE SE PERFECCIONARÍAN EN EL EXTRANJERO, EN RELACIÓN CON LO ESTABLECIDO EN LOS ARTÍCULOS 10, INCISO 3°, Y 58, N° 3, DE LA LEY SOBRE IMPUESTO A LA RENTA.

Se ha recibido en esta Dirección Nacional, su presentación indicada en el antecedente mediante la cual solicita un pronunciamiento sobre la situación tributaria de las alternativas de fusión de sociedades que indica, que se realizarían en el extranjero, en relación con lo establecido en los artículos 10, inciso 3°, y 58, N° 3, de la Ley sobre Impuesto a la Renta (LIR).

I.- ANTECEDENTES.

Indica que una sociedad anónima constituida y residente en España (SE1), es la única socia de una sociedad limitada unipersonal también constituida y residente en España (SE2), la que a su vez es socia con un 42,3% de los derechos sociales de otra sociedad limitada constituida y residente en ese mismo país (SE3). Por otra parte, SE1 es dueña del restante 57,7% de los derechos de SE3. Finalmente, SE3 es accionista, con un 69,15% de la propiedad, de una sociedad anónima constituida y residente en Chile (Chile S.A).

Añade que de lo anterior puede apreciarse que SE1 es dueña final del 100% de SE3, poseyendo un 57,7% directamente y el restante 42,3% a través de SE2.

SE1 ha decidido reorganizar su estructura de propiedad en España con el objeto de simplificarla, por lo que fusionará SE2 y SE3, la que se realizará de conformidad a las normas legales españolas pertinentes contenidas en los artículos 22 y siguientes de la Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Agrega que esta normativa establece, en términos generales y de manera muy similar a la legislación chilena, que en la fusión existe una sucesión universal de derechos y obligaciones en que la sociedad absorbente o continuadora se reputa sucesora a título universal de todos los derechos y obligaciones de la sociedad absorbida o que se disuelve con motivo de la fusión.

Indica que existen dos alternativas para llevar a cabo la fusión:

a) SE3 absorbe a SE2, (Alternativa A). En esta Alternativa SE2 se disuelve, y todos sus activos y pasivos se transmiten de manera universal a SE3; siendo el principal activo los derechos que SE2 posee en SE3.

Como consecuencia de esta fusión, SE1 recibirá derechos en SE3 en canje de los derechos que posee antes de la fusión en SE2, que se disuelve. Como consecuencia de esto, SE1 pasará a ser la única socia y dueña del 100% de los derechos en SE3.

b) SE2 absorbe a SE3 (Alternativa B). En esta Alternativa, SE3 se disuelve, y todos sus activos y pasivos se transmiten de manera universal a SE2; siendo el principal activo que se transmite las acciones que SE3 posee en Chile S.A.

Como consecuencia de la fusión, SE1 recibirá derechos adicionales en la sociedad SE2 en canje de los derechos que poseía en SE3. Como consecuencia de esto, SE1 seguirá siendo dueña del 100% de los derechos en SE2.

Agrega que tanto en la Alternativa A como en la Alternativa B, la fusión se realizará solo como una aportación universal de activos y pasivos, sin que existe pago en dinero u otro flujo entre las sociedades intervinientes.

Luego de transcribir los artículos más relevantes de la legislación de España para el presente análisis, concluye que: a) La fusión de sociedades involucra una "transmisión en bloque de sus patrimonios", esto es, una transmisión universal de patrimonios, por lo que no existe una transferencia individual de activos; lo que se cumpliría en las dos alternativas de la consulta; b) Respecto de los accionistas o socios de la o las sociedades absorbidas, un efecto propio de la fusión es la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan; por lo que habría una situación de reemplazo o canje por el sólo ministerio de la ley de sus participaciones en la sociedad absorbida, por participaciones en la sociedad absorbente.

Por otro lado, solicita que se consideren como supuestos de hecho de esta consulta los siguientes efectos legales de las dos alternativas de fusión en España:

a) Que la sociedad absorbida se disuelve y su patrimonio se transmite como un bloque en una sucesión universal a la sociedad absorbente, sin que exista una transferencia individual de activos ni una contraprestación que reciba la sociedad absorbida y que se disuelve.

b) Que, al socio o socios de las sociedades absorbidas se les atribuyen derechos en la sociedad absorbente, a través de una atribución, asignación o canje por el medio del cual se integran a la sociedad absorbida.

c) Que, el canje sólo consistirá en el reemplazo o atribución de derechos, sin que se efectúe contraprestación en favor de un tercero, ni menos compensaciones en dinero.

d) Que las fusiones se realizarán considerando el valor contable que tengan los respectivos activos y pasivos y en los acuerdos societarios respectivos en que se materialicen las fusiones se dejará constancia del costo tributario de los activos conforme a las normas de la Ley de Impuesto a la Renta chilena, para su adecuado control y uso futuro en caso que corresponda.

Sobre la base y efectividad de los supuestos anteriores, consulta sobre la siguiente interpretación de las normas tributarias chilenas, frente al Impuesto a la Renta de las dos alternativas de fusión:

1.- Efectos en Alternativa A. SE3 absorbe a SE2.

a) No hay enajenación de las acciones de Chile S.A. puesto que dichas acciones se mantienen en el patrimonio de SE3 sin cambio alguno. Lo anterior significa, que las

acciones de Chile S.A. de propiedad de SE3 mantienen su costo tributario al igual que la fecha en que fueron adquiridas.

b) En relación con la adquisición que hace SE3 de sus propios derechos sociales al absorber a su socia SE2, no sería aplicable a esta operación la tributación contenida en el artículo 10 inciso 3° de la LIR, referida a la enajenación de derechos en entidades extranjeras con activos subyacentes en Chile (Tributación en Venta Indirecta). Lo anterior, por aplicación de lo dispuesto en el inciso final del artículo 10 de la LIR, lo que se cumpliría en esta Alternativa A.

c) Para efectos de determinar el costo en una eventual venta futura de los derechos en SE3, después de la fusión, para los efectos del artículo 58 N°3, letra a), de la LIR, el costo de adquisición que tendrá SE1 respecto de los derechos en SE3 que recibe por canje en la fusión, será igual al valor de adquisición que tenía previamente en los derechos en SE2 antes de la fusión, ya que el canje de derechos no varía el costo de adquisición previo a la fusión y al canje.

Señala que la norma citada establece que para la determinación de la renta tributable del enajenante extranjero en las hipótesis de la letra a) citada, podrá determinar su renta sobre la base de rebajar del precio o valor de enajenación *"el costo de adquisición que en ellos tenga el enajenante"* en las proporciones que la norma indica.

d) No se generará renta tributable en Chile con motivo de la entrega a SE1, de los derechos en SE3 que se le atribuyen por canje de los derechos que aquella poseía en la absorbida SE2. Indica que, en este caso se trata de una situación de reemplazo o sustitución de participaciones generada por la fusión, sin que exista un enajenante o adquirente y, menos una eventual ganancia o renta.

2.- Efectos en la Alternativa B. SE2 absorbe a SE3.

a) SE2 adquirirá en bloque y por sucesión universal el patrimonio de SE3, y como consecuencia, SE2 adquirirá por transmisión universal las acciones de Chile S.A. que eran de propiedad de SE3.

Si bien existe una enajenación de las acciones de Chile S.A., no se producirá una renta o mayor valor tributable en Chile, porque la enajenación se produce como consecuencia de esta sucesión universal, en que no hay una contraprestación, de modo que no hay un incremento patrimonial. Adicionalmente, las acciones de Chile S.A. adquiridas por SE2 en esta sucesión universal mantendrán sus atributos, especialmente su costo tributario.

En seguida, señala que no procedería la facultad de tasación del SII conforme a las normas del artículo 64 inciso 4° del Código Tributario, atendido que la fusión se efectúa considerando los valores contables de los activos y pasivos, manteniéndose los valores tributarios, especialmente de las acciones de Chile S.A, considerando que dicha disposición no distingue para su aplicación el lugar donde se realiza la operación, en la medida que tenga las características propias de la fusión.

b) No son aplicables las normas de Tributación en Venta Indirecta, en relación a las participaciones en SE2 que recibirá SE1 como asignación o canje por las participaciones que tenía en la absorbida SE3, ya que es una situación de reemplazo o canje de participaciones como consecuencia de una fusión, sin que exista un precio ni tampoco un

enajenante o adquirente; no habiendo una ganancia o renta que pueda verse afectada con dicha tributación.

c) El costo que tendría SE2 sobre las acciones de Chile S.A. será el mismo que tenía antes de la fusión SE3; manteniéndose el costo tributario anterior a la fusión para los efectos de su eventual futura enajenación.

Por tanto y conforme a los fundamentos que expone, solicita la confirmación de los criterios indicados en los números 1 y 2 anteriores; o en su defecto se indique la interpretación que se considere la correcta.

II.- ANÁLISIS.

1.- En primer término, cabe hacer presente que el N°1 de la letra A), del artículo 6 del Código Tributario, establece que corresponde al Director de este Servicio la interpretación administrativa de las disposiciones tributarias, fijar normas, impartir instrucciones y dictar órdenes para la aplicación y fiscalización de los impuestos. La labor de interpretación referida, consiste en determinar el correcto significado, sentido y alcance de una norma jurídica, lo cual permitirá conocer si la disposición legal resulta o no aplicable a un caso concreto. En relación a los supuestos legales de interpretación que indica en su presentación relativos a los efectos de leyes extranjeras en situaciones hipotéticas, para el solo efecto del análisis siguiente, este Servicio entiende que son equivalentes a los que se derivan de la Ley chilena; sin embargo, no es posible confirmar a priori que efectivamente son los que indica en su requerimiento, al tratarse de los efectos de una Ley extranjera en casos hipotéticos.

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.

La Ley N° 20.630, de 2012, entre otras materias, incorporó nuevos casos de renta de fuente chilena en el inciso 3°, del artículo 10 de la LIR[1], con el objeto de gravar en Chile el mayor valor obtenido en la enajenación de activos extranjeros y que provienen en forma material de activos subyacentes situados en Chile. Por consiguiente, esa norma vino a gravar, como rentas de fuente chilena, afectas al Impuesto Adicional (IA) en carácter de impuesto único, las obtenidas por contribuyentes no domiciliados ni residentes en el país, en la enajenación en el extranjero de los títulos o instrumentos que establece, cuando la totalidad o una parte del valor de éstos se encuentre representado por uno o más de los activos subyacentes situados en Chile.

El artículo 58, N° 3, de la LIR, agregado por la misma Ley citada, en su inciso primero establece dos modalidades para determinar la renta gravada con el Impuesto Adicional, entregando su elección al enajenante. El primer método, señalado en la letra a) de la referida disposición, considera la proporción del mayor valor determinado en la enajenación de los títulos o instrumentos extranjeros proveniente de los activos subyacentes ubicados en Chile, estimándose dicho mayor valor como la diferencia que se establezca entre el precio o valor de enajenación de los referidos títulos o instrumentos y el costo de adquisición en que haya incurrido el enajenante. El segundo método, señalado en la letra b), del N° 3, del artículo 58 de la LIR, considera la proporción del precio de enajenación de los títulos o instrumentos extranjeros correspondiente a los activos

subyacentes situados en Chile, rebajado el costo tributario de los mismos, éste último correspondiente al que se habría deducido de acuerdo a las normas generales contenidas en la LIR u otras leyes que establezcan dichos costos, de haber sido enajenados tales activos subyacentes directamente en el país, por los dueños directos de los mismos.

No obstante, la Ley permite que el contribuyente enajenante o el adquirente en su caso, de los títulos o instrumentos extranjeros señalados, y que den origen a la renta gravada, pueda optar por sustituir el IA determinado conforme a las reglas que establece la Ley, por el régimen de tributación que habría correspondido aplicar si se hubieran enajenado directamente los activos subyacentes situados en Chile.

Sin perjuicio de lo indicado, el inciso final del artículo 10 antes citado, dispone que no se aplicará el IA cuando las enajenaciones a que se refiere el inciso 3°, del mismo artículo, se hayan efectuado en el contexto de una reorganización del grupo empresarial y siempre que en dichas operaciones no se haya generado renta o un mayor valor para el enajenante, determinada ésta en cualquiera de las 2 formas establecidas en el N° 3, del artículo 58 de la misma Ley.

En la Circular N° 14, de 2014, mediante la cual se dictaron las instrucciones relativas al alcance de estas normas legales, se expresa que en caso de cumplirse los requisitos copulativos establecidos en el inciso final del artículo 10 de la LIR, no se configura el hecho gravado con IA dispuesto en el inciso 3°, del artículo 10 de la misma Ley, y en consecuencia, este Servicio no podría aplicar la facultad de tasación que contempla el inciso 3°, del artículo 64 del Código Tributario.

2.- Efectos tributarios de las operaciones en análisis.

El siguiente análisis se efectúa en el mismo orden en que fueron planteadas las consultas en el requerimiento.

1) Efectos en Alternativa A. SE3 absorbe a SE2.

De acuerdo a lo que señala, la sociedad SE3 absorbe por fusión a una sociedad limitada unipersonal que es propietaria del 42,3% de sus derechos (SE2). A continuación se asignará a SE1 derechos en SE3 en canje de los derechos que aquella poseía en la sociedad absorbida.

a) Costo tributario y fecha de adquisición de las acciones de la sociedad Chile S.A.

Como en el caso que describe es la sociedad SE3 -propietaria de la compañía domiciliada en Chile-, la que absorbe a la sociedad unipersonal SE2, la que desaparece jurídicamente, sucediéndola en todos sus derechos y obligaciones, no existe cambio en la propiedad de los derechos que tiene SE3 en la sociedad Chile S.A.

Por consiguiente, al no existir cambio en la titularidad de los valores que tiene SE3 en Chile S.A., solo cabe confirmar el criterio que indica, en cuanto a que dicha entidad conserva el tratamiento tributario aplicable a las citadas acciones en lo relativo a su fecha y costo de adquisición, a fin de acreditar, en su oportunidad, el cumplimiento de las normas pertinentes contenidas en la LIR.

b) Efectos de la adquisición que hace SE3 de sus propios derechos sociales al absorber a SE2.

Según lo que indica, la sociedad absorbente SE3, adquiere mediante este mecanismo sus propios derechos, sin que exista contraprestación pues SE2 no recibe a cambio acciones o derechos de la sociedad absorbente, puesto que desaparece como persona jurídica.

Por consiguiente, se comparte lo que señala, en cuanto a que en tal caso 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 SE3 a un tercero de sus derechos representativos de activos subyacentes en Chile.

c) Determinación del costo que tendrá SE1 en una eventual venta futura de los derechos que recibe en canje en SE3, a raíz de la fusión, para los efectos del artículo 58 N°3, letra a), de la LIR.

En relación a la alternativa signada con la letra a), del N° 3, del artículo 58 de la LIR, en la Circular N° 14, de 2014, se instruyó en el sentido que para determinar el precio o valor de enajenación de los títulos o derechos extranjeros, se estará al que conste en el contrato o convención respectiva, sin perjuicio de la facultad de tasación que pueda ejercer este Servicio, de acuerdo a los artículos 64 del Código Tributario, y 17 N° 8 inciso 5° y 41 E de la LIR, y que para determinar el costo de adquisición referido, se aplicarán las reglas sobre la materia contenidas en las normas tributarias chilenas.

Según indica el consultante, la sociedad SE1 recibe en canje, en reemplazo de su participación en la sociedad unipersonal que desaparece (SE2), derechos en la absorbente (SE3), quedando la primera como propietaria del 100% de los derechos sociales de esta última. En atención a los términos de su presentación, este Servicio entiende que de acuerdo a la legislación española, esta última no se disuelve producto de la reunión de todos los derechos de ella en manos de una sola persona.

En relación a este punto, y de acuerdo a lo señalado previamente, en cuanto a que no es posible ratificar a priori los supuestos legales que indica, sólo puede confirmarse a Ud. que este Servicio ha señalado, basado en lo informado por la Superintendencia de Valores y Seguros sobre la materia[2], que en el caso de fusiones 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, que ellas son representativas de los mismos derechos, materializados en instrumentos distintos.

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, manteniéndose inalterable dicho valor.

d) Efectos en la asignación de los derechos de SE3 que se entregan a SE1 por canje o reemplazo de los derechos que esta última poseía en la absorbida SE2.

Según lo señalado en la letra anterior, en atención a que dicha asignación solo sería un canje o asignación de los derechos de SE3, a la matriz SE1, vale decir, un reemplazo o sustitución de la participación que tenía esta última en la sociedad absorbida hasta la fecha de la fusión, no existe una enajenación de los activos subyacentes situados en Chile, no habiendo además renta o ganancia afecta para la sociedad que asigna dichos derechos, por lo cual se comparte el criterio que indica, en cuanto a que en dicha asignación no se producen efectos en relación a lo dispuesto en la LIR.

2) Efectos en la Alternativa B. SE2 absorbe a SE3.

Según expresa en su requerimiento, la sociedad SE3 es absorbida por la sociedad unipersonal SE2, que la sucede en todos sus derechos y obligaciones, la que adquiere su patrimonio y principalmente las acciones de Chile S.A. A continuación se entrega a SE1 derechos en SE2 en canje de los derechos que tenía en la sociedad absorbida.

a) Aplicación de las normas de la LIR y de las facultades de tasación, en la absorción de SE3 por parte de SE2.

De acuerdo a lo que se ha expresado anteriormente por este Servicio, en una fusión aun cuando legalmente existe enajenación de los bienes que forman parte del patrimonio de la sociedad absorbida, al cambiar la propiedad de los mismos, el aporte que efectúa la sociedad fusionada no tiene contraprestación pues no recibe a cambio acciones o derechos de la entidad absorbente, ya que aquella desaparece jurídicamente, por lo que en principio no existe un incremento patrimonial[3] sujeto a las normas del artículo 10, inciso 3°, de la LIR.

Enseguida, en caso que la operación que describe cumpla con los requisitos copulativos del inciso final del artículo 10, de la LIR, no se aplicará el IA establecido en el artículo 58 N° 3, esto es, siempre que la operación se efectúe en el contexto de una reorganización de un grupo empresarial, según éste se define en el artículo 96 de la Ley N° 18.045; y en el entendido, según se señaló, que no se genera renta o un mayor valor para el aportante.

De cumplirse los requisitos copulativos señalados, este Servicio no podrá aplicar la facultad de tasación que contempla el inciso 3°, del artículo 64 del Código Tributario, atendido que no se configura ninguno de los hechos gravados con IA dispuestos en el inciso 3°, del artículo 10 de la misma Ley, tal como se expresa en la Circular N° 14, de 2014.

b) Efectos tributarios en relación a la asignación de los derechos de SE2 a SE1 como canje por las participaciones que esta tenía en la absorbida SE3.

En concordancia con lo señalado en la letra d) del N° 1) anterior, en relación a este punto, se comparte lo que señala en su requerimiento, no resultando aplicable la norma de control prevista en el artículo 10 inciso 3° de la LIR, ya que se trataría de una asignación de títulos que solo sustituyen por canje los derechos que una sociedad tenía en la entidad que es absorbida. De esta forma, no se configuran los supuestos básicos contemplados en esta disposición legal, en atención a que dicho canje no es una enajenación de derechos o títulos en entidades extranjeras con activos subyacentes en Chile.

c) Costo tributario que tendría SE2 sobre las acciones de Chile S.A., para los efectos de su eventual futura enajenación.

En la situación que describe, la sociedad fusionada SE3 desaparece jurídicamente, sucediéndola en todos sus derechos y obligaciones la entidad absorbente SE2, la que adquiere la totalidad de su patrimonio.

En el caso de la fusión de las sociedades, de acuerdo a lo expresado por este Servicio, la sociedad que subsista con motivo de la fusión por incorporación, debe mantener los activos y pasivos que se le traspasen con motivo de la absorción, registrados al valor tributario que tenían éstos en la sociedad que desaparece, en los términos descritos en la Circular N° 45, de 2001, para la aplicación de las normas tributarias respectivas.

III.- CONCLUSIÓN.

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.

FERNANDO BARRAZA

DIRECTOR

Oficio N° 010, de 05.01.2017

Subdirección Normativa

Dpto. de Impuestos Directos

[1] Dicha norma entró en vigencia en la fecha de publicación de dicha Ley, lo que ocurrió el 27 de septiembre de 2012.

[2] Ver Oficio Ord. N° 664, de 2007 y 1.479, de 2005, entre otros

[3] Circular N° 68 de 1996.