

CÓDIGO TRIBUTARIO - NUEVO TEXTO - ART. 64 - CIRCULAR N° 45, DE 2001 - LEY N° 18.046, ART. 94, ART. 99. (Ord. N° 362, de 15-02-2018)

EFFECTOS TRIBUTARIOS DE LA FUSIÓN DE UNA SOCIEDAD CONSTITUIDA EN CHILE CON UNA SOCIEDAD CONSTITUIDA EN EL EXTRANJERO.

Se ha solicitado a este Servicio confirmar ciertos criterios en la fusión de una sociedad constituida en Chile con una sociedad constituida en el extranjero.

I ANTECEDENTES

De acuerdo a su presentación, un grupo empresarial internacional tiene como principal vehículo de inversión en Chile a una sociedad anónima legalmente constituida en nuestro país ("AAA"). El 99,9% de las acciones de la sociedad anónima constituida en Chile, le pertenece a una sociedad domiciliada en un país miembro de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) ("XXX"). Esta sociedad a su vez, controla directamente el 100% de una entidad con domicilio en un país incluido en la lista del inciso primero (sic) del artículo 41 D de la Ley sobre Impuesto a la Renta ("YYY"), la que a su turno es propietaria del 99,9% de las acciones en otra entidad constituida en Chile ("BBB").

El grupo empresarial está analizando la posibilidad de fusionar AAA con YYY con el fin de agrupar las sociedades chilenas bajo un mismo holding en el país y eliminar la participación intermedia de la entidad en un país dentro de la lista del artículo 41 D, resultando la primera (chilena) la sociedad absorbente.

La operación constituiría una fusión propia horizontal - también conocida como fusión entre sociedades hermanas - que provocaría los siguientes efectos:

- a) YYY se disolvería, transfiriendo todos sus activos y pasivos a la absorbente AAA, incluyendo las acciones en BBB, entidad también constituida en Chile.
- b) Se produciría la reunión de las dos sociedades en AAA, que sucedería a la absorbida YYY en todos sus derechos y obligaciones, y a la cual se incorpora la totalidad del patrimonio y accionistas de esta entidad.

En lo que se refiere a los antecedentes de derecho y consideraciones jurisprudenciales, menciona los siguientes:

- a) De acuerdo al inciso cuarto del artículo 64 del Código Tributario, el Servicio de Impuestos Internos está inhibido de aplicar su facultad de tasación en los casos de fusión por creación o incorporación, siempre que la nueva sociedad o la subsistente mantenga el registro del valor que tenían los activos y pasivos en la sociedad aportante
- b) Según lo dispuesto por el artículo 99 de la Ley de Sociedades Anónimas, 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 fusionados". Así se ha entendido que una fusión debe reunir los siguientes elementos y efectos:

i. La sociedad creada o absorbente adquiere todo el activo y pasivo de las sociedades absorbidas, incorporándose todo su patrimonio a título universal a la primera, que la sucede en todos sus derechos y obligaciones;

ii. Producto de la fusión, las sociedades absorbidas se disuelven y se extinguen;

iii. Asimismo, los accionistas de las entidades absorbidas se incorporan a la sociedad creada o absorbente.

c) En cuanto al ámbito de aplicación del artículo 99 citado, señala que si bien la definición legal se encuentra en el cuerpo normativo que regula una forma legal específica (la sociedad anónima), el artículo 64 del Código Tributario no hace distinción alguna sobre las sociedades que se pueden amparar por esta disposición, ni en cuanto a su tipo social ni menos en relación al país de su domicilio o constitución. Esta última distinción tampoco la hace la propia definición de la Ley de Sociedad Anónimas.

d) Señala que este Servicio habría aceptado expresamente que estructuras jurídicas ajenas al concepto de fusión previsto en el artículo 99 de la Ley de Sociedades Anónimas – como la sociedad de responsabilidad limitada – e incluso clases de fusión no reguladas por esta disposición, como las fusiones impropias, pueden beneficiarse del inciso cuarto del artículo 64.

e) Hace presente, que este Servicio ha reconocido a través de abundante jurisprudencia que operaciones de fusión que involucran entidades no domiciliadas en el país pueden ampararse por el artículo 64, en la medida que la transacción cumpla con los mismos requisitos previstos en la definición de la Ley de Sociedades Anónimas y surta los mismos efectos.

f) Finalmente señala, que el Servicio ha extendido – o más bien reconocido- la aplicación del inciso cuarto del artículo 64 a casos de fusiones transfronterizas (que involucran al menos una entidad constituida en Chile) e incluso a fusiones internacionales (entre dos entidades no domiciliadas en Chile).

Sin embargo, no se conoce, según señala, que este Servicio se haya referido en particular al caso de fusión propia transfronteriza entre entidades “hermanas” bajo un controlador común en que la sociedad chilena sea la sobreviviente, que sería el caso en cuestión.

En consecuencia, basada en los antecedentes expuestos, solicita confirmar los siguientes criterios:

a) Que, en la operación descrita no aplicaría la facultad de tasación del Servicio de Impuestos Internos de acuerdo al inciso cuarto del artículo 64 del Código Tributario.

b) Lo anterior, en la medida que se mantenga el registro del costo tributario de los activos traspasados desde la sociedad absorbida YYY, y en el entendido que la fusión de esta última entidad en AAA tiene los mismos elementos y efectos de aquella regulada en el artículo 99 de la Ley de Sociedades Anónimas (de acuerdo a la regulación del país donde reside YYY, y según la interpretación armónica de la misma y la normativa chilena):

i. Producto de la fusión, YYY se disolvería, transfiriéndose sus activos y pasivos a la absorbente AAA, incluyendo las acciones en BBB, entidad también constituida en Chile.

ii. se produciría la reunión de las dos sociedades en AAA, que sucedería a la absorbida YYY en todos sus derechos y obligaciones, y a la cual se incorporan la totalidad del patrimonio y accionistas de esta entidad.

En opinión de la recurrente, la aplicación del inciso cuarto del Código Tributario a la operación en cuestión debería ser menos problemático o cuestionable que todos los demás casos de fusión que involucran entidades extranjeras, pues se estaría transfiriendo el registro del costo de bienes situados en Chile (acciones BBB) desde una entidad no domiciliada a una constituida en el país que sería la sobreviviente. De esta forma, en el caso particular, se producirían y agotarían en Chile los efectos jurídicos de la operación.

c) Que, producto de la aplicación del inciso cuarto del artículo 64, la transferencia de acciones en BBB desde la sociedad absorbida a la absorbente no produciría efectos tributarios en Chile. Esto derivaría del hecho que la transferencia de tales acciones se haría al valor que tenían registradas en la sociedad absorbida (costo de adquisición reajustado), por lo que no aplicaría la facultad de tasación del Servicio. Así, no se gatillaría ganancias de capital por el traspaso de las acciones BBB desde la sociedad YYY a la absorbente AAA.

II ANÁLISIS

Conforme al artículo 64, inciso tercero, del Código Tributario, cuando el precio o valor asignado al objeto de la 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 éste sea notoriamente inferior a los corrientes en plaza o de los que normalmente se cobren en convenciones de similar naturaleza, considerando las circunstancias en que se realiza la operación.

El inciso cuarto, por su parte, dispone que no se aplicará la facultad de tasar 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.

Al respecto, la Circular N° 45 de 2001 instruye 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 .

Sin perjuicio de lo anterior, este Servicio ha 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 Código Tributario, 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 .

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 que le sea aplicable, se trate de una sociedad y que la operación descrita provoque los mismos efectos y consecuencias jurídicas indicadas anteriormente .

En cualquier caso, conforme al artículo 64, inciso cuarto, del Código Tributario, y lo instruido por este Servicio en la Circular N° 45, de 2001, para inhibir al Servicio de ejercer sus facultades de tasación, es necesario que los activos y pasivos que se traspassen 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.

Al respecto, y a propósito de fusiones efectuadas en el exterior, este Servicio ha precisado que, conforme a lo establecido en el artículo 64, inciso cuarto, del Código Tributario, “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” , reiterando en términos similares que, a propósito de ciertas reorganizaciones de grupos empresariales a nivel mundial, “el traspaso en la titularidad de los derechos sociales se efectúa mediante una división y posterior fusión por incorporación, no se aplicará la facultad de tasación 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 dividida o aportante. Todo lo anterior, bajo el supuesto de que la división y la fusión efectuadas en el exterior tengan las características que en nuestro país tienen según la legislación vigente.”

Finalmente, en la medida que no existe una limitación legal al respecto, y cumpliendo los demás requisitos, no se advierte inconveniente en extender el criterio ya señalado al caso que una fusión adopte la forma de una fusión propia horizontal o fusión entre sociedades hermanas.

III CONCLUSIÓN

De acuerdo a lo expuesto, una sociedad anónima legalmente constituida en nuestro país (AAA) absorbería a una sociedad extranjera (YYY), la cual se disuelve, transfiriendo todos sus activos y pasivos a la absorbente, incluyendo las acciones de YYY en una entidad constituida en Chile (BBB).

Al respecto, cumpliendo las condiciones y criterios administrativos señalados en el Análisis para el caso de reorganizaciones de grupos empresariales de carácter internacional, es posible concluir que no aplicaría la facultad de tasación en la fusión descrita en su presentación de acuerdo al artículo 64, inciso cuarto, del Código Tributario.

Luego, en relación a los criterios que señala, se confirma que:

- 1) Producto de la fusión, YYY se debe disolver, transfiriendo sus activos y pasivos a la sociedad absorbente (sociedad anónima legalmente constituida en nuestro país, esto es, AAA), incluyendo las acciones de que YYY era titular (acciones en BBB).
- 2) Como consecuencia de lo anterior, junto con absorber a una entidad extranjera (YYY) y adquirir todos sus activos y pasivos, la sociedad absorbente (AAA), también reúne las acciones en BBB, que formaban parte del patrimonio de YYY.
- 3) Por aplicación del artículo 64, inciso cuarto, del Código Tributario, la transferencia de acciones en BBB, desde la sociedad absorbida a la absorbente, no produciría efectos tributarios en Chile.
- 4) Lo anterior, por cierto, sujeto a que la absorbente, entre otros requisitos, mantenga registrado el valor tributario de los activos y pasivos absorbidos, para todos los efectos de la Ley sobre Impuesto a la Renta.

VÍCTOR VILLALÓN MÉNDEZ

DIRECTOR (S)

Oficio N° 362, de 15.02.2018

Subdirección Normativa

Dpto. de Técnica Tributaria