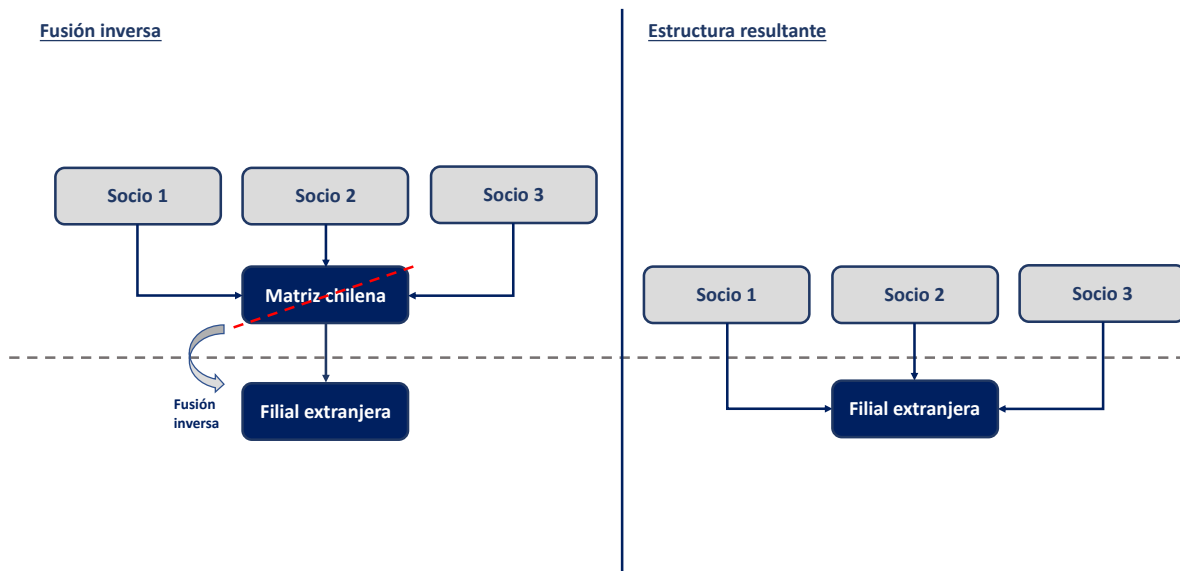


Gonzalo Suffiotti [\*]  
 Rodrigo Stein [\*\*]  
 Juan Pablo Navarrete [\*\*\*]

## Fusiones transfronterizas: comentarios e interrogantes respecto del Oficio N° 1511 de 2020 del Servicio de Impuestos Internos

### 1. Introducción

El 6 de agosto de 2020 el Servicio de Impuestos Internos (“SII”) emitió el Oficio N° 1511 (“Oficio 1511”) que analiza los efectos tributarios de una fusión transfronteriza en que una sociedad responsabilidad limitada chilena (“**matriz chilena**”) es absorbida por una sociedad extranjera (“**filial extranjera**”) de la cual la matriz chilena es socia mayoritaria (“**fusión inversa**”).<sup>1</sup> Los derechos sociales de la matriz chilena son de propiedad de 3 sociedades de responsabilidad limitada constituidas en Chile (“**socios chilenos**”).



El contribuyente solicita al SII confirmar que (a) resulta aplicable el término de giro simplificado del artículo 69 del Código Tributario; (b) es inaplicable del artículo 38 bis (1) de la Ley sobre Impuesto a la Renta (“LIR”) respecto de las utilidades acumuladas en la matriz chilena, las que pasarían a formar parte del patrimonio de la filial extranjera y tributarían

[\*] Abogado, Universidad de Chile, LLM in Taxation, London School of Economics, Adv. LLM in International Taxation, Leiden University. Socio en Coeymans, Edwards, Poblete & Dittborn. Mail: gsuffiotti@cepabogados.cl

[\*\*] Abogado, Universidad de Chile, LLM in International Taxation, New York University. Socio en KPMG Chile. Mail: rodrigostein@kpmg.com

[\*\*\*] Abogado, Universidad de Chile, LLM in Taxation, Georgetown University, LLM in International Taxation, New York University. Socio en EY Chile. Mail juan.navarrete@cl.ey.com

<sup>1</sup> Ord. N° 1511 de 06.08.2020, Efectos tributarios de una fusión inversa internacional y término de giro.

en Chile una vez que los socios chilenos vendan sus participación en la filial extranjera, retiren las utilidades desde la filial extranjera o la disuelvan; (c) los socios de la matriz chilena no experimentarían un incremento de patrimonio producto de la fusión, debiendo mantener en las acciones de canje el costo tributario original que tenían en la matriz chilena, y (d) es inaplicable el artículo 38 bis (5) de la LIR, ya que en un proceso de fusión no hay liquidación ni adjudicación de activos.

## **2. Comentarios e interrogantes respecto del Oficio 1511**

El Oficio 1511 sin duda representa un avance en cuanto contribuye a clarificar ciertos aspectos relativos a fusiones transfronterizas en que una sociedad chilena es absorbida. El hecho de que el contribuyente haya tenido que citar un oficio de 1998 da cuenta de ello. No obstante, surgen una serie de reflexiones e interrogantes en torno a este pronunciamiento del SII.

### **2.1. Estatuto normativo aplicable a la fusión inversa**

En relación a la aplicabilidad del término de giro simplificado respecto de la matriz chilena, el Oficio 1511 rechaza esa posibilidad aclarando que el hecho de que una fusión transfronteriza produzca efectos “similares o análogos” a una fusión entre dos sociedades chilenas, no implica que a ambas fusiones les sea aplicable el mismo estatuto normativo. Este principio de que las fusiones locales y transfronterizas (principalmente, aquellas en que una sociedad chilena es absorbida por una extranjera) se rigen por estatutos normativos diversos presenta el desafío de determinar cuáles son las normas específicas aplicables a este tipo de fusiones transfronterizas.

En particular, el Oficio 1511 deniega la aplicación del término de giro simplificado en la fusión inversa en consideración a que el artículo 69 es una norma ubicada sistemáticamente en el Título IV del del Código Tributario, esto es, dentro de los “medios especiales de fiscalización”. De esta manera, al ser la entidad absorbente una sociedad extranjera, en virtud del principio de territorialidad, el SII se encontraría impedido de ejercer sus facultades de fiscalización.

Como se deduce del Oficio 1511, la lógica de aplicar un estatuto normativo diverso a las fusiones transfronterizas -en que una sociedad chilena es absorbida- parece estar fundada en la imposibilidad práctica que tendría el SII de fiscalizar los efectos de dicha fusión que se radican en la sociedad extranjera.

### **2.2. Retiro ficto de las utilidades retenidas en la matriz chilena por parte de los socios chilenos**

En relación a la segunda pregunta formulada por el contribuyente, el SII parece aplicar el mismo principio de que las fusiones transfronterizas se rigen por un estatuto normativo distinto. En particular, el Oficio 1511 hace inaplicable el artículo 14 (C) (b) de la LIR (que

permite a la absorbente mantener el registro y control de las rentas empresariales de la absorbida) y señala que es el artículo 38 bis (1) de la LIR el que debe aplicarse en el caso de esta fusión inversa.

En virtud de lo anterior, el Oficio 1511 determina que son los socios chilenos (sociedades de responsabilidad limitada) de la matriz chilena que se disuelve los que deberán controlar las utilidades registradas por la matriz chilena en columnas separadas en el registro tributario de sus rentas empresariales, para su afectación al momento de su término de giro. Asimismo, este registro permitiría controlar que los repartos de utilidades que efectúe la filial extranjera con cargo a las cantidades que se *entendieron retiradas* no vuelvan tributar con el Impuesto de Primera Categoría en Chile.

Bajo este criterio, los socios chilenos mantendrían únicamente el registro tributario de las rentas que fictamente se *entienden retiradas*, pero el activo que respalda dichas rentas (e.g. caja) se mantendría fuera de Chile (i.e. en la filial extranjera). Lógicamente, al no tener el activo, sino solamente el registro tributario de las rentas, los socios chilenos no debieran registrar esas rentas en su RAI, porque el retiro ficto de utilidades no significaría un incremento de capital propio tributario para los socios chilenos.

Análogamente, los socios chilenos no debieran registrar una mayor inversión o una cuenta por cobrar en contra de la filial extranjera, ya que el activo que representa a las utilidades extranjeras no ha ingresado a su patrimonio. Por lo tanto, en principio, no existiría una operación transfronteriza entre los socios chilenos y la filial extranjera que pudiera hacer aplicable las normas de precios de transferencia del artículo 41 E de la LIR.

Un aspecto que no se consulta en el Oficio 1511, y que se explica en mayor detalle en la sección 2.3 (b) siguiente, dice relación con la aplicación del artículo 38 bis (1) de la LIR en caso de que los socios chilenos sean contribuyentes de impuestos finales y las rentas acumuladas en la sociedad absorbida se graven en conformidad al artículo 38 bis (1), (2) o (3).

### **2.3. Ganancia de capital y situación de los activos de la matriz chilena**

Probablemente, el punto más controvertido del Oficio 1511 dice relación con las preguntas del contribuyente respecto a un potencial incremento de patrimonio y la situación de los activos de la matriz chilena que son adquiridos por la filial extranjera producto de la fusión inversa. Y el hecho que el Oficio 1511 desarrolle en su sección de análisis de forma conjunta ambas preguntas, pero luego las separe en su sección de conclusiones, genera en sí mismo un problema de interpretación.

En particular, las interrogantes que surgen son las siguientes:

**(a) ¿A qué valor se deben registrar los activos de la matriz chilena en la filial extranjera?**

El Oficio 1511 señala que al no existir liquidación ni adjudicación de activos no resulta aplicable el artículo 38 bis (5). En general, el artículo 38 bis (5) permite que (a) los bienes de la sociedad que se disuelve puedan ser adjudicados a valor tributario, y (b) que dicho valor de adjudicación no pueda ser objeto de tasación por parte del SII.

Sin embargo, la declaración de inaplicabilidad del artículo 38 bis (5) la hace el Oficio 1511 en su sección de las conclusiones, pero dicha norma no es analizada (ni siquiera es nombrada) en la sección previa de análisis. Y, tal como está formulada (“*no corresponde aplicar lo dispuesto en el N° 5 del mismo artículo*”), en principio se podría concluir (a) que los bienes que se traspasan a la filial extranjera en virtud de la fusión inversa no podrían valorizarse conforme a dicha norma (i.e. a valor tributario), y (b) que las facultades de tasación del SII podrían potencialmente ser aplicables.

Dicha conclusión provisoria (que como veremos más adelante no es la que nos parece correcta) está también vinculada al hecho que, inadvertidamente o no, el Oficio 1511 no alude expresamente a la aplicación del artículo 64 inciso 4 del Código Tributario respecto de la fusión inversa. Bajo el supuesto de que las fusiones transfronterizas (principalmente, aquellas en que una sociedad chilena es absorbida por una extranjera) se rigen por un estatuto normativo diverso, y que el artículo 64 (al igual que el artículo 69) es una norma ubicada sistemáticamente en el Título IV del del Código Tributario (i.e. “medios especiales de fiscalización”), una potencial conclusión podría ser que el artículo 64 inciso 4 no es aplicable a la fusión inversa, ya que el SII estaría impedido de fiscalizar a la sociedad extranjera que registra los activos.

De ser inaplicable el artículo 64 inciso 4, surgen ciertas interrogantes: ¿A qué valor debería efectuarse el traspaso de activos en la fusión inversa? ¿Son aplicables las facultades de tasación del SII? En caso de que los activos se traspasen a un valor distinto al tributario o que las facultades de tasación del SII puedan ejercerse, ¿quién debería pagar los impuestos potencialmente aplicables?

Con respecto a esta última pregunta, el Oficio 1511 señala que los socios chilenos no experimentarían un incremento de patrimonio producto de la fusión inversa, y por otra parte, el SII ha señalado tradicionalmente que en una fusión la sociedad que desaparece no puede experimentar un incremento patrimonial.<sup>2</sup> En consecuencia, en principio, ni los socios ni la matriz en Chile podrían experimentar un incremento de patrimonio tributable producto de la fusión inversa.

De ser aplicable el artículo 64 inciso 4 a la fusión inversa, las consecuencias tributarias serían análogas a las que produciría la aplicación del artículo 38 bis (5), i.e.: (a) los bienes podrían registrarse a valor tributario por parte de la filial extranjera, y (b) la facultad de tasación del SII no sería aplicable.

---

<sup>2</sup> Circular 68 de 1996 del SII.

La conclusión más razonable pareciera ser que el artículo 64 inciso 4 aplica respecto de los bienes de la matriz chilena que se traspasan a la filial extranjera producto de la fusión inversa y, en ese sentido, debiera interpretarse la frase del Oficio 1511 de que “no corresponde aplicar lo dispuesto en el N° 5” en referencia al artículo 38 bis.

De esta forma, y a nuestro juicio, la lectura correcta del Oficio 1511 debiese ser la siguiente: (a) el SII señala que el artículo 38 bis (5) de la LIR no es aplicable, porque en la fusión internacional no se produce una liquidación de la sociedad absorbida (matriz chilena), y no corresponde adjudicar los activos a los accionistas, con lo cual el SII reconoce implícitamente la naturaleza jurídica de fusión respecto de la fusión inversa, y además (b) la naturaleza jurídica de fusión del acto es también consistente con la respuesta que el SII da a la tercera pregunta formulada por el contribuyente (i.e. los socios chilenos no experimentan un incremento de patrimonio a consecuencia de la fusión, debiendo mantener en las acciones de canje de la filial extranjera el costo tributario original que tenían en la matriz chilena).

En consecuencia, al tratarse jurídicamente de una fusión, y al materializarse dicha fusión bajo un régimen similar o análogo al régimen chileno, las facultades de tasación debieran ser inaplicables conforme al criterio sostenido por el SII en diversos oficios que cita el propio Oficio 1511.<sup>3</sup>

**(b) ¿Cómo se reconoce el costo tributario por el incremento patrimonial que obtienen los socios de la sociedad absorbida?**

El Oficio 1511 concluye que los socios de la sociedad absorbida no experimentan un incremento patrimonial a consecuencia del “canje” de los títulos accionarios que se produce con ocasión de la fusión.

Por otra parte, debe reconocerse que los socios de la sociedad absorbida que pone término a su giro, sí experimentan un incremento patrimonial. Tal incremento patrimonial es el que se grava con el impuesto establecido en el artículo 38 bis (1), que precisamente corresponde a las utilidades pendientes de tributación que se entienden distribuidas al accionista al producirse el término de giro de la sociedad.

De no existir dicho incremento, el SII no podría haber señalado en el Oficio 1511 que “la sociedad chilena que se disolverá con motivo de la fusión deberá tributar con un impuesto del 35% (...) respecto a la parte de las rentas que correspondan a los propietarios contribuyentes de impuestos finales”.

En el caso de propietarios que sean empresas sujetas a la letra A) o D), N°3 del artículo 14 de la LIR, el SII indica que deberán considerarse que han retirado o se les ha distribuido las

---

<sup>3</sup> Oficios N° 1778 de 2017, N° 843 de 2017 y N° 362 de 2018 del SII.

cantidades a que se refiere el artículo 38 bis (1), las que siguen quedando pendientes de tributación con impuestos finales.

La cuestión que el Oficio 1511 parece responder sólo parcialmente, es de qué manera se evita que este incremento patrimonial tributable que experimentan los socios chilenos de la matriz chilena absorbida, vuelva a quedar gravado nuevamente con impuestos a la renta en Chile.

En el caso de contribuyentes sujetos al artículo 14 letra A) o D), N°3, el SII resuelve esto interpretando sistemáticamente la norma, indicando que las cantidades que se entienden retiradas por este tipo de contribuyente, deben ser controladas por separado en el registro de rentas empresariales “para controlar que los repartos de utilidades efectuados por la sociedad extranjera con cargo a las cantidades que se entendieron retiradas se imputen a las cantidades registradas y no vuelvan a ser objeto de una nueva tributación con el Impuesto de Primera Categoría”.

La forma en que se evita esta potencial doble tributación con impuesto a la renta, sin embargo, no queda resuelta para el caso de contribuyentes de impuestos finales cuando las cantidades pendientes de tributación en la empresa disuelta se gravan con el impuesto de 35% que impone el artículo 38 bis (1). En tal caso, el activo que respalda dichas rentas (e.g. caja) igualmente se traspasaría a la filial extranjera absorbente, y los contribuyentes de impuestos finales podrían quedar afectados a dichos impuestos sin haber recibido ningún activo. Además, la forma en que se evita que el socio chileno (contribuyente de impuestos finales) tribute nuevamente por las utilidades que le reparta la filial extranjera con cargo a cantidades que ya quedaron con su tributación cumplida, no queda resuelta en el Oficio 1511.

Tampoco queda resuelta la manera en que se evita la doble tributación de las utilidades acumuladas en la sociedad disuelta que se entienden retiradas con ocasión de la fusión, en caso de venta de las acciones de la sociedad extranjeras cuando el valor de dichas acciones provenga, aunque sea en parte, de las utilidades acumuladas en la sociedad.

Un ejemplo sencillo puede ayudar a ilustrar este problema. Sería el caso del socio que invirtió originalmente \$100 en la sociedad que se disuelve. La sociedad, a lo largo de su vida, generó utilidades de \$900, y luego efectuó una inversión de \$1000 en la filial extranjera absorbente.

Conforme a lo expresado en el Oficio 1511, el socio debe registrar un costo tributario de \$100 en las acciones de la sociedad extranjera que recibe en canje. Si posteriormente el socio vende las acciones de la sociedad extranjera en \$1000, correspondiente a su valor de mercado, obtendrá una ganancia de capital de \$900 gravada con impuesto a la renta, no obstante que si se trata de un contribuyente de impuesto global complementario, esa suma ya habría pagado impuesto a la renta por aplicación del artículo 38 bis (1). Si se trata de un socio contribuyente del artículo 14 letra A) o D), N°3, dicha ganancia quedará gravada con

impuesto de primera categoría, a pesar de que esa ganancia representa las utilidades acumuladas en la sociedad extranjera que se entendieron retiradas.

**(c) ¿Podría aplicar el mismo criterio a otras formas de reorganización?**

Asumiendo que los activos de la matriz chilena deben registrarse a valor tributario en la filial extranjera, cabe preguntarse si el criterio del Oficio 1511 podría aplicarse a otras formas de reorganización empresarial, *inter alia*, respecto de aportes de activos.

En ciertos oficios, el SII ha señalado que en el caso de aportes efectuados a sociedades extranjeras no pueden acogerse a la norma de reorganizaciones empresariales del artículo 64 inciso 5 del Código Tributario, ya que los efectos de dicha reorganización no se producirían ni agotarían íntegramente en Chile.

Si se atendiera al fondo de la operación más que a su forma jurídica, el mismo criterio del Oficio 1511 podría en principio extenderse a otras alternativas de reorganización para evitar que se implementen estructuras que impliquen pasos adicionales y que permitan lograr el mismo resultado (e.g. división de sociedad chilena y posterior fusión inversa, o aporte de activos a una filial chilena y posterior fusión inversa).<sup>4</sup> Lógicamente, de extenderse este criterio, los riesgos que se esbozan en la letra (d) siguiente podrían extremarse.

En este contexto, cabe preguntarse si el Oficio 1511 representa un cambio de criterio respecto de los oficios en que el SII se pronunció sobre los efectos de un aporte a una sociedad extranjera.

**(d) ¿Podría haber una renuncia de potestad tributaria por parte de Chile?**

En el caso analizado en el Oficio 1511, y asumiendo que los activos de la matriz chilena que se disuelve deben registrarse a valor tributario en la filial extranjera, cabe preguntarse si Chile podría perder potestad tributaria respecto de dichos activos.

Por ejemplo, asumamos que la matriz chilena tenía activos extranjeros que producto de la fusión inversa se traspasaron a la filial extranjera, y que luego de la fusión inversa ninguno de los socios chilenos tiene el 50% o más del capital, derecho a voto o derecho a las utilidades de la filial extranjera. En este caso, la filial extranjera calificaría como una sociedad no controlada para efectos del artículo 41 G de la LIR y, en consecuencia, la potencial ganancia derivada de la transferencia de los activos extranjeros (que eran de la matriz chilena) por parte de la filial extranjera no tributaría en Chile, independiente de que el mayor valor o plusvalía se haya generado mientras los activos eran de propiedad de la matriz chilena.

---

<sup>4</sup> Sin perjuicio de la eventual aplicación de la norma general anti-elusión en caso de que la estructura no produzca resultados o efectos jurídicos o económicos relevantes para el contribuyente o un tercero, que sean distintos de los meramente tributarios.

**(e) ¿Cómo se armoniza el criterio del Oficio 1511 con las normas sobre precios de transferencia?**

Un aspecto que no toca el Oficio 1511 son los potenciales efectos de la fusión inversa bajo la norma sobre precios de transferencia contenida en el artículo 41 E de la LIR.

El inciso 1 y 2 del artículo 41 E establecen que:

“[...] el Servicio podrá impugnar los precios, valores o rentabilidades fijados, o establecerlos en caso de no haberse fijado alguno, cuando las operaciones transfronterizas y aquellas que den cuenta de las reorganizaciones o reestructuraciones empresariales o de negocios que contribuyentes domiciliados, o residentes o establecidos en Chile, se lleven a cabo con partes relacionadas en el extranjero y no se hayan efectuado a precios, valores o rentabilidades normales de mercado

Las disposiciones de este artículo se aplicarán respecto de las reorganizaciones o reestructuraciones empresariales o de negocios señaladas cuando a juicio del Servicio, en virtud de ellas, se haya producido a cualquier título o sin título alguno, el traslado desde Chile al extranjero de bienes o actividades susceptibles de generar rentas gravadas en el país y se estime que de haberse transferido los bienes, cedido los derechos, celebrados los contratos o desarrollado las actividades entre partes independientes, se habría pactado un precio, valor o rentabilidad normal de mercado, o los fijados serían distintos a los que establecieron las partes, para cuyos efectos deberá aplicar los métodos referidos en este artículo.”

En caso de ser aplicable el artículo 64 inciso 4 del Código Tributario a la fusión inversa (i.e. los bienes se traspasarían a valor tributario, y la facultad de tasación del SII no procede), cabría preguntarse cómo se armoniza la aplicación de dicha norma con la norma sobre precios de transferencia contenida en el artículo 41 E de la LIR, que obliga a pactar un precio, valor o rentabilidad normal de mercado en reorganizaciones empresariales que impliquen el traslado desde Chile al extranjero de bienes susceptibles de generar rentas gravadas en Chile.

Al no aludir el Oficio 1511 al artículo 41 E de la LIR, cabe preguntarse si esta norma no aplica en este caso, o bien, si el SII igualmente podría aplicar dicha norma en el contexto de una fiscalización.

**(f) ¿Podría existir un riesgo de establecimiento permanente en Chile para la filial extranjera?**

Conforme al nuevo artículo 2(12) de la LIR, se entiende que se configura un establecimiento permanente en Chile cuando existe: “(...) un lugar que sea utilizado para la realización permanente o habitual de todo o parte del negocio, giro o actividad de una persona o



entidad sin domicilio ni residencia en Chile, ya sea utilizado o no en forma exclusiva para este fin, tales como, oficinas, agencias, instalaciones, proyectos de construcción y sucursales”.

En caso de que la matriz chilena (absorbida por la filial extranjera producto de la fusión inversa) tenga oficinas u otro tipo de instalaciones en Chile a través de las cuales se siga realizando todo o parte de su actividad (e.g. administrando y gestionando sus activos), un aspecto a considerar es que luego de la fusión inversa la filial extranjera eventualmente podría configurar un establecimiento permanente en Chile.

### 3. Conclusiones

Ciertamente, el Oficio 1511 representa un avance significativo en el esfuerzo de esclarecer un tema tributario complejo. Sin embargo, existen diversas interrogantes sobre las cuales no existe un debido grado de certeza. En este contexto, cabe preguntarse sobre la necesidad de regular legalmente y de manera sistemática los efectos de las reorganizaciones transfronterizas.

El Oficio 1511 revela que existen ciertos aspectos de las reorganizaciones transfronterizas que claramente no están regulados en la ley y que fuerzan al SII a emitir interpretaciones que podrían producir resultados asistemáticos y, lo que es más grave aún, resultar en la pérdida de potestad tributaria para Chile.

En consecuencia, una regulación legal reflexiva y consensuada respecto a este tema parece ser necesaria. Esta discusión debiera al menos incluir una reflexión sobre la necesidad de introducir un *exit tax*.<sup>5</sup> Si bien el *exit tax* es concebido como un impuesto que se aplica sobre el valor comercial de los activos de contribuyentes que cambian su país de residencia tributaria, potencialmente podría ser una solución respecto de activos que dejan de estar bajo la potestad tributaria de Chile producto de reorganizaciones internacionales.

Alternativamente, una solución similar a la que adopta la *Merger Directive* de la Unión Europea podría considerarse. Bajo esta solución, las reorganizaciones transfronterizas se pueden efectuar de manera neutral considerando que los activos de la entidad fusionada se encuentran efectivamente conectados a un establecimiento permanente de la sociedad absorbente en el país de la sociedad absorbida.<sup>6</sup> De esta manera, la ganancia derivada de una futura enajenación de los activos sería atribuible a dicho establecimiento permanente.

---

<sup>5</sup> Kubicová, J, *Exit Tax in the World of International Migration of Companies and Individuals*, p. 1101, 16<sup>th</sup> International Scientific Conference Globalization and Its Socio-Economic Consequences University of Zilina, The Faculty of Operation and Economics of Transport and Communications, Department of Economics 5<sup>th</sup> – 6<sup>th</sup> October 2016.

<sup>6</sup> Artículo 4, COUNCIL DIRECTIVE 2009/133/EC of 19 October 2009.