



Facultad de Cs. Económicas y Administrativas

Escuela de Auditoria

**“INCIDENCIA DE LAS NORMAS TRIBUTARIAS EN EL PROCESO
DE FUSIÓN DE SOCIEDADES, EN LA DECISIÓN Y
DETERMINACIÓN DE LA SOCIEDAD SUBSISTENTE”**

TESIS PARA OPTAR AL TÍTULO DE CONTADOR PÚBLICO Y AUDITOR Y AL
GRADO DE LICENCIADO EN SISTEMAS DE INFORMACIÓN FINANCIERA
Y CONTROL DE GESTIÓN.

Alumno Tesista: Claudio Aracena Bernal.

Profesor Guía: Carlos Vergara Lasnibat.

Valparaíso, Diciembre de 2008.

ÍNDICE.

	Nº de Pág.
Resumen	5
Problema de Investigación	7
Objetivos Generales y Específicos	8
Metodología	9
Limitación al Estudio	11
Capítulo I	
Introducción a las Modalidades de Concentración Empresarial	12
1. Marco Teórico:	12
1.1 Generalidades.	12
1.2 Modalidades de Concentración Económica.	13
1.3 Fusión de Sociedades.	15
1.4 Naturaleza Jurídica de la Fusión.	16
1.5 Formas de Fusión.	20
1.5.1 Fusión por Incorporación.	20
1.5.2 Fusión por Creación o Fusión Perfecta.	21
1.6 Características Esenciales en Ambas Formas de Fusión.	22
1.7 Características Particulares de Cada Tipo de Fusión.	24
1.8 Tratamiento Anterior a la Ley 18.046 de Sociedades Anónimas.	25
Tratamiento Posterior a la Ley 18.046 de Sociedades	
1.9 Anónimas.	26
1.10 Elementos de la Fusión.	27
1.11 Tratamiento del Concepto de Patrimonio.	29
1.12 Procedimiento de Fusión.	33
Capítulo II	
Obligaciones Administrativas Tributarias	37
1. Obligación en la Constitución Societaria.	38
1.1 Aviso de Inicio de Actividades.	38
1.2 El Rol Único Tributario.	42
1.3 Tramitación del Inicio de Actividades y Rol Único Tributario.	43
2. Obligación de Informar los Cambios Sociales.	46
2.1 Aporte de Todo el Activo y Pasivo a Otra Sociedad.	48
2.1.1 Antecedentes que Debe Presentar el Contribuyente.	48
2.1.2 Procedimientos a Seguir en el Proceso de Aporte de	49
Todo el Activo y Pasivo.	
2.2 Fusión de Sociedades.	51
2.2.1 Antecedentes que Debe Presentar el Contribuyente.	52

2.2.2	Procedimientos a Seguir en el Proceso de Fusión de Sociedades.	53
2.3	Absorción de Sociedades.	54
2.3.1	Antecedentes que Debe Presentar el Contribuyente.	54
2.3.2	Procedimientos que debe seguir el Contribuyente en el Proceso de Absorción de Sociedades	55
2.3.3	Antecedentes que Debe Presentar el Contribuyente Adquirente de las Acciones.	57
2.3.4	Procedimientos a Seguir.	58
3.	Obligaciones al Término de Giro.	62

Capítulo III

Legislación Aplicable a las Sociedades Anónimas	69
1. Constitución y Formación de una Sociedad Anónima.	73
2. Del Capital Social.	76
3. Principales Aspectos de la Ley de S.A. a Considerar en Todo Proceso de Reorganización Empresarial.	77
3.1 Derecho a Voto.	78
3.2 Derecho a Retiro.	80
4. Normas de Carácter General.	83
5. Normas de Carácter Específicos.	87

Capítulo IV

Efectos Impositivos de la Fusión Societaria.	94
1. Impuesto al Valor Agregado.	97
1.1 Análisis de los Elementos del Hecho Gravado Básico de Venta.	98
1.1.1 Celebración de una Convención que sirve para Transferir el Dominio.	98
1.1.2 La Convención debe recaer sobre Bienes Corporales Muebles e Inmuebles.	99
1.1.3 La Convención debe ser a Título Oneroso.	101
1.1.4 La Transferencia debe ser realizada por un Vendedor.	102
1.2 Situación Tributaria de los Aportes a Sociedades	104
1.3 Situación Tributaria de los Remanentes de Créditos Fiscales.	108
1.3.1 Remanentes Crédito Fiscal Artículo 36 del Decreto Ley N° 825.	111
1.3.2 Remanentes Crédito Fiscal Artículo 27 Bis del Decreto Ley N° 825.	117
2. Impuesto a la Renta.	122
2.1 Efectos Legales.	127
2.1.1 Trámites Legales y Administrativos a Realizar.	128
2.2 Efectos Tributarios.	131

2.2.1	Valor de los Activos y Pasivos Aportados o Incorporados.	131
2.2.2	Costo Tributario de las Acciones de Canje recibidas en la Sociedad Fusionante.	137
2.2.3	Fecha de Adquisición de las Acciones de Canje recibidas en la Sociedad Absorbente.	139
2.2.4	Situación de las Rentas Pendientes de Tributación en el Caso de Término de Giro según el Artículo 38 Bis.	142
2.2.5	Efectos del F.U.T. como Herramienta de Planificación Tributaria en el Proceso de Reorganización Empresarial. Gastos de Capacitación y Pagos Provisionales	144
2.2.6	Mensuales.	164
	Cuadro Esquemático de la Fusión de Sociedades.	168
	Cuadro Esquemático del Aporte de todo el Activo y Pasivo a Otra Sociedad.	169
	Cuadro Esquemático de la Absorción de Sociedades.	170
	Cuadro Esquemático de la Fusión Imperfecta.	171
	Conclusiones	172
	Bibliografía	175
	Agradecimientos	178
	Anexo I	179
1.	El Canje de Acciones.	179
2.	Límites a la Planificación Tributaria.	187
	Anexo II	195
1.	Caso Práctico Fusión Imperfecta.	195
2.	Caso Práctico Fusión Perfecta por Aporte de Activos y Pasivos, y Posterior Canje de Acciones.	212
3.	Caso Práctico de Reorganización Societaria que Obedezca a una Legítima Razón de Negocios, según lo Establecido en el Artículo 64º del Código Tributario.	222

RESUMEN.

La reorganización de sociedades no es un tema nuevo, por el contrario, es una de las operaciones más importantes dentro del movimiento de concentración para la formación de capitales o conglomerados empresariales, tienen por objetivo perfeccionar los procesos mediante simples uniones contractuales o financieras que llevan consigo una unificación de intereses.

Una Fusión o Reestructuración de Sociedades puede realizarse de distintas maneras, ya sea por motivos Financieros, como Legales y Tributarios, entre otros.

De lo anterior, se desprende que el postulado básico consiste en establecer la premisa que la reorganización de sociedades es un tema complejo que implica comprender diversos aspectos, ya sea legales y administrativos-tributarios e impositivos como medios indispensables para llevar a cabo un proceso de estas características.

Por otra parte la reorganización Societaria comprende un mundo herramientas para facilitar el logro de los objetivos gerenciales, sin embargo la escasa regulación y falta de información hace que se transforme en un misterio para muchos asesores, razón por la cual no utilizan esta variable de planificación tributaria orientada a este tipo de cambios sociales, como lo es la fusión, como una variable financiera más, que tiene por objeto maximizar los flujos de la empresa a través de la optimización de la carga tributaria y del correcto cumplimiento de las normas, con el fin de no cometer infracciones que en largo plazo tendrán un impacto en los flujos operacionales.

Por consiguiente, determinar el cumplimiento y con ello las incidencias de las normas de carácter tributario que afectan este tipo de operaciones o en general a las formalidades que acompañan este proceso, son de vital importancia para atender al dinamismo con que se figuran estos cambios de especies sociales.

Si bien desde la perspectiva tributaria, el tema tratado en el presente trabajo de tesis es muy interesante, cabe señalar que la recopilación de información y búsqueda de textos de apoyo no es una tarea fácil, mas teniendo en consideración que la mayoría de la información se basa en normativa casuística emitida por un organismo fiscalizador, por lo que resulta más complejo aún emitir un juicio al respecto teniendo en consideración que el estudio realizado se trata de un análisis descriptivo del tema.

En conclusión, este proyecto de tesis tiene como propósito dar a conocer la complejidad que envuelve al proceso de reestructuración de sociedades como un acto multidisciplinario que persigue fines estratégicos y tributarios que implican, necesariamente, una problemática legal y tributaria.

Con el propósito de graficar la complejidad del tema, se exponen casos prácticos, basados en normativa emitida por el organismo fiscalizador y de casos reales que han afectado a contribuyentes que buscan perfeccionar sus negocios a través de la reorganización de sus negocios.

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.

La fusión de sociedades es un mecanismo, que tiene por objeto la integración de capitales y el cambio en la estructura interna de las sociedades participantes; todo esto obedeciendo a una legítima razón de negocios o reestructuración organizacional, que lleva consigo potenciar al grupo económico que se está creando.

Si bien, desde un punto de vista económico significa cualquier forma de concentración empresarial; en contraposición a dicho punto de vista, y en un sentido jurídico societario, significa la unión estrecha entre sociedades, lo que lleva consigo una compleja estructura. Es por este motivo que la materialización de una fusión de sociedades requiere, entre otras cosas, resolver los problemas tributarios que se podrían generar a consecuencia de dicha reorganización empresarial, específicamente la fusión de sociedades.

En consecuencia, es menester, mencionar que dicha unión jurídica de entes con una vida e historia económica-tributaria distinta puede representar un problema para los encargados de estudiar la fusión, debido a que determinar la relación de canje accionario, o más bien, cuál será la participación societaria que corresponde a cada socio o accionista en tan citada reorganización empresarial, no es fácil, más aún teniendo en cuenta que ni la ley , ni la autoridad se ha pronunciado al respecto, y es aquí donde surgen un sinnúmero de interrogantes, ya que la solución no pasa necesariamente por determinar el valor de cada uno de los patrimonios fusionados y realizar la distribución en proporción a los mismos, tema fundamental para una buena planificación tributaria.

Por lo tanto, el presente trabajo de tesis, estudio que se realizará a junio de 2008, plantea como problema de investigación la incidencia de las normas tributarias en la fusión de sociedades, en la decisión y determinación de la sociedad subsistente, en el caso de una fusión por incorporación, y en la creación de una nueva sociedad, en el caso de una fusión por creación.

OBJETIVOS.

Objetivo General.

Describir la incidencia de las normas tributarias en la fusión de sociedades, en la decisión y determinación de la sociedad subsistente, en el caso de una fusión por incorporación, y en la creación de una nueva sociedad, en el caso de una fusión por creación.

Objetivos Específicos.

- Describir los efectos de la fusión de sociedades, en materia de obligaciones administrativas tanto por impuesto a la renta, impuesto al valor agregado (IVA) y las derivadas del código tributario.
- Determinar las implicancias de las diversas formalidades que acompañan al proceso de fusión de sociedades, tanto a nivel de junta de accionistas como a nivel de planificación tributaria.
- Analizar los efectos que produce la planificación tributaria en el proceso de fusión de sociedades.

METODOLOGIA.

La siguiente tesis es una investigación de carácter descriptivo, que se desarrollara en tres etapas.

Primera Etapa. Recolección de antecedentes generales:

1. Recopilar información de destacados autores que se han pronunciado respecto a los diversos efectos que produce la fusión, como reestructuración societaria.
2. Revisar material legal recopilado de: Leyes, Resoluciones y Oficios. Esta información se obtendrá principalmente a través de la página Web del Servicio de Impuestos Internos (www.sii.cl), en donde se encuentran las disposiciones legales mencionadas con anterioridad.
3. Averiguar en las empresas consultoras especialistas en la materia, información respecto a algunos tipos de fusión que ellos han tenido que asesorar.

Segunda Etapa. Estructuración de la información recopilada con anterioridad, elaborando cuadro de conceptos.

1. Ordenar y analizar el material legal recopilado, para la elaboración de cuadros esquemáticos, que permitan un mayor entendimiento del lector.
2. Identificar, a través de los cuadros esquemáticos descritos en el número precedente, los elementos que intervienen en la fusión, los cuales se pueden distinguir a partir de la definición legal.

3. Estudiar algunos tipos de fusión que se han efectuado a la fecha e identificar, desde un punto de vista normativo, a qué tipo de fusión corresponde.

Tercera Etapa. Análisis y comparación de los diversos tipos de fusión que se han efectuado en nuestra economía, los que han provocado un impacto económico–social.

1. Formular simulaciones de casos prácticos de fusiones, que permitan a los lectores de la presenta tesis, entender el fondo tributario de dicha reestructuración empresarial.
2. Establecer, a partir de las conclusiones obtenidas según la simulación de casos prácticos, cuál o cuáles son, las incidencias tributarias que se presentan en el proceso de fusión de sociedades.

Limitación al estudio.

Cabe destacar, que la presente tesis, estudiará y analizará la incidencia de las normas tributarias resultantes de la fusión de sociedades y no profundizará en los efectos económicos originados por las distintas formas de conglomeración empresarial, debido a la amplitud y complejidad del tema.

Capítulo I

INTRODUCCION A LAS MODALIDADES DE CONCENTRACION EMPRESARIAL

1. Marco Teórico.

1.1. Generalidades.

Dentro de la economía, la práctica de la fusión de sociedades forma parte de un concepto amplio de una nueva forma de reestructuración de negocios, siempre buscando perfeccionar los procesos, a través de la concentración de capitales o empresas, muy propia de las economías de gran escala contemporáneas.

En ciertas ocasiones esta concentración se manifiesta a través de simples uniones contractuales o financieras de sociedades que, en virtud de éstas, pierde, en ocasiones, la autonomía financiera o económica, sin embargo conserva la jurídica.

En otras la unión de estas fuerzas económicas desemboca en la fusión, como una manera de lograr la completa unión del elemento patrimonio y del elemento personal de las entidades fusionadas.

Por otra parte, la reorganización societaria, es una forma de agregar valor para las empresas, ya que de esta forma la organización, a través de la fusión puede abarcar nuevos horizontes comerciales que antes no poseía.

Cualquiera sea la causa de la unión el resultado es el mismo desde el punto de vista de la concentración de empresas, según un criterio económico, habrá concentración no sólo cuando se unen dos o más empresas sino también

cuando una sola unidad económica adquiere dimensiones tales que monopoliza el mercado.

En cambio, de acuerdo a un criterio jurídico, supone la existencia de varias personas jurídicas, de las cuales ya sea una persona o un grupo adquiere el control de una o varias empresas.

Ciertamente la fusión de sociedades, es una de las operaciones más importantes dentro del movimiento de concentración para la formación de capitales, sin embargo, la técnica jurídica y financiero – contable, ofrece a la realización de agrupaciones de empresas modalidades que afectan, en mayor proporción las jurídicas, de manera más o menos sensible la independencia de las participantes, de las cuales, la más radical es la fusión, que hace desaparecer completamente la personalidad jurídica de una o de ambas sociedades partícipes.

1.2. Modalidades de Concentración Económica.

Las características que presenta la fusión en sentido económico podemos sintetizarlas en las siguientes: disolución de todas las sociedades y creación de una nueva sociedad, o disolución de todas menos una, en la que se refunden las demás, según los casos; concentración en la sociedad nueva o preexistente de los patrimonios de las sociedades fusionadas; y unificación en ella de sus cuerpos sociales. En este sentido, la fusión se asemeja al fenómeno de la concentración de empresas, aún cuando se separa del mismo si tenemos en cuenta que en la fusión lo que se concentra no son empresas, aún cuando ello también ocurra, sino sociedades. Ciertamente es que, como consecuencia de la concentración de sociedades operada por la fusión, se produce también la concentración, al menos a nivel financiero o patrimonial, la reestructuración y refundición de la empresa resultante. Es más, cuando ésta tenga lugar, su realización será siempre posterior a la de la fusión. Por tanto, en la fusión la reestructuración y refundición de la empresa

resultante es una consecuencia natural, y en algunos casos, lógica, sobre todo cuando mediante la fusión se opera una concentración de tipo horizontal, pero no esencial o necesaria.

Desde una perspectiva económica la fusión puede presentarse mediante las siguientes formas:

- Fusión Vertical. Es aquella que se produce en caso de unión de varias empresas que ejecutan diversas etapas en el proceso productivo, de manera que se produce una complementación entre las funciones que desempeñan cada una de ellas.

Este tipo de fusión, logra una mayor potencialidad de la empresa y mayor competitividad, asegurando así la existencia y rentabilidad de las empresas fusionadas.

- Fusión Horizontal. Se presenta entre empresas competidoras que elaboran el mismo producto o que prestan los mismos servicios, con el objeto de unir sus fuerzas y competir con mayores posibilidades en el mercado, siempre y cuando no caigan en prácticas monopólicas.

Este tipo de fusión, es muy recomendable en el caso de empresas que tengan productos con demanda estacionaria pero con ciclos complementarios. Así desde el punto de vista práctico, se estabiliza la producción y se reparte proporcionalmente durante el año, ocupando el personal en forma uniforme y utilizando mejor la capacidad de planta.

- Fusión Conglomerada. Se produce entre empresas ubicadas en distintas líneas de comercio o negocio (distintos productos o servicios), o entre aquellas que ofreciendo los mismos productos o servicios actúan en áreas geográficas económicamente separadas.

Dentro de esta categoría se ha distinguido entre la fusión con extensión de productos de negocios complementarios, con extensión geográfica de mercado y la fusión conglomerada pura.

1.3. Fusión de sociedades.

Concepto de fusión: Según lo dispuesto en el artículo 99 inciso primero de la Ley 18.046 de sociedades anónimas; la fusión de sociedades, 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”.¹

Desde el punto de vista comercial, la fusión de sociedades es uno de los casos más claros de combinación de negocios o concentración empresarial, sin embargo jurídicamente la más perfecta porque implica la integración no sólo de las entidades económicas, sino que aún más la fundición de las personas jurídicas en una sola, lo que lleva aparejado la integración de los accionistas en una sola entidad.

La doctrina ha conceptualizado la fusión como una institución jurídica, en virtud de la cual, y mediante un procedimiento normado, de naturaleza plural, se produce la unificación de dos o más sociedades, que se extinguen sin previa liquidación, en una única unidad económica, ya se trate de una sociedad preexistente que subsiste, o, en su caso, de una sociedad de nueva creación, cuyo patrimonio y cuerpo social estará formado por los patrimonios íntegros, activos y pasivos, y por los socios de todas las sociedades intervinientes, convirtiéndose la sociedad resultante en sucesora a título universal de los derechos y obligaciones de las sociedades que se extinguen.

Por otro lado, el profesor Alberto Lyon la define como: “Aquel acto jurídico celebrado entre los distintos socios o accionistas de las sociedades intervinientes y en el cual los intereses contrapuestos están representados por la determinación

¹ Chile. Ministerio de Hacienda. 1981. Ley de Sociedades Anónimas N° 18.046.

del grado de participación social que a cada uno de ellos les corresponderá en la sociedad absorbente y el tipo de estatutos de ésta que la regirán”.²

Por consiguiente la fusión significa, “la extinción de una o más sociedades para dar vida a una nueva entidad o para incrementar el patrimonio de una sociedad ya existente”.³

Es diversa la definición que los autores le dan a este tipo de conglomeración de capital, es por eso que sería pertinente enunciar otros conceptos, tales como, el enunciado por el profesor don Luis Oscar Herrera, que define la fusión de sociedades en un sentido jurídico como: “Un acto de naturaleza social en virtud del cual dos o más sociedades previa disolución de una o de todas de ellas, confunden su patrimonio y agrupan a todos sus socios en una sola sociedad”.

Otra definición que surge como común de diversos autores, trata, que se puede definir la fusión, “Como un acto por el cual dos o más sociedades se identifican como una sola, ya sea que todas las compañías que participan en la operación se disuelvan y formen una nueva o que sólo se disuelva una o algunas y se mantenga una de ellas vigente, la cual absorbe a la otra u otras que se disolvieron”.

1.4. Naturaleza Jurídica de la fusión.

En la determinación de la naturaleza jurídica de la fusión, los autores en un inicio, tuvieron en cuenta o miraron el problema desde el punto de vista de las sociedades, en otros términos, consideraron que el elemento societario era el fundamental para poder hacer un análisis de este punto, y llegaron a la conclusión que la fusión tenía fundamentalmente un efecto disolutivo o extintivo, y por

² Lyon, Alberto, “Teoría de la Personalidad”, pág. 326.

³ Gómez, Porrúa, Juan Manuel, “La fusión de S.A. en el derecho civil y comunitario”, pág. 10 – 11.

consiguiente, extinguía a las sociedades participantes, que no es naturalmente la absorbente, la que permanece en la fusión por absorción.

Posteriormente, y luego de analizar las diversas consecuencias que se derivan de este aspecto, se llegó a la conclusión que lo que había realmente desde un punto de vista jurídico con ocasión de la fusión era la transformación o modificación del vínculo jurídico que existía entre los socios o accionistas de las sociedades fusionantes y la sociedad, esto principalmente porque lo que hay con ocasión de la fusión, es un cambio que consiste en que el accionista de la sociedad que desaparece pasa a serlo de la sociedad fusionante o la que se cree según sea el caso, por lo tanto, más que un aspecto extintivo era un aspecto incorporativo.

Según el autor Ricardo Hernández Adasme, para tratar de explicar los efectos que la fusión produce respecto de las sociedades, sus cuerpos sociales y patrimonios, se han elaborado diversas teorías, siendo las más importantes, la corporativista y las contractuales.

La primera, o sea, la teoría corporativista, de origen germánico, analiza la fusión como un acto de naturaleza corporativa o social, y se trata de un acto complejo, cuya decisión radica en los cuerpos sociales de las respectivas entidades, vale decir en las juntas de accionistas, que son las que deciden la fusión, este evento se produce, ya que la reestructuración societaria en comento, tiene como consecuencia, la extinción de una o las sociedades que intervienen en dicho proceso, la que se efectúa mediante la transmisión o refundición de los patrimonios sociales y la agrupación de los accionistas de cada una de las sociedades que desaparecen en una única sociedad.

Por el contrario, la teoría contractualista, de origen franco italiano, y atendiendo a la transmisión patrimonial que se opera en la fusión, configura a esta operación como un negocio o contrato celebrado entre las sociedades que se fusionan, y en virtud del cual acuerdan fusionarse en una sola, mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios a una nueva sociedad que se crea al objeto de asumir los bienes, derechos y obligaciones transmitidos, o a una de ellas que ve así aumentado su patrimonio. Puede entenderse de lo mencionando con

anterioridad, que la esencia de esta teoría y de la fusión misma, radica en el vínculo jurídico que se debe producir entre las entidades para que se materialice la fusión.

Sin embargo, la teoría que mejor explica la compleja estructura de la fusión, es aquella que hace una síntesis de las dos anteriores. Dicha teoría señala que esta institución es un verdadero negocio jurídico o contrato, que se celebra por un mandato y autorización directa de las sociedades.

En efecto, la institución jurídica fusión requiere, para que se materialicen sus inusuales efectos, en especial la íntegra complementación de los patrimonios y accionistas, de sucesivos acuerdos corporativos. Pero se requiere además de un contrato celebrado por mandato de las juntas de accionistas, para que las voluntades corporativas manifestadas en dichas juntas, coincidan en el negocio asociativo.

Entre los acuerdos corporativos que deben adoptar las juntas de accionistas está la fusión propiamente tal de las compañías, la extinción de algunas, la constitución de otra o modificaciones estatutarias, aumentos de capital, la emisión de nuevas acciones, admisión de nuevos accionistas, entre otras.⁴

Enseguida, para que estos acuerdos corporativos se materialicen en la fusión de las sociedades, se requiere además, de la confluencia en un acto jurídico, de las voluntades de los respectivos cuerpos sociales, generándose así, un vínculo jurídico (o contrato asociativo), que tiene por finalidad provocar la total compenetración de los patrimonios y accionistas en la sola entidad resultante.⁵

Por tanto, la fusión de sociedades supone la existencia de una serie o conjunto de actos de naturaleza heterogénea: unos (acuerdos de fusión adoptados por cada una de las juntas de accionistas de las sociedades interesadas, ya sea

⁴ Hernández, Adasme, Ricardo. "Fusión, transformación y división de S.A., Efectos tributarios. Primera Edición. 2000.

⁵ Gómez, Porrúa, Juan Manuel. "La fusión de S.A. en el derecho civil y comunitario". 1991, pág. 22 y siguientes.

extinción, o, creación de una nueva sociedad, o, en su caso, modificación de los estatutos de la sociedad absorbente con aumento de capital, emisión de nuevas acciones, y, admisión de nuevos socios) de naturaleza corporativa o social; otros(pactos previos o preparatorios, contrato de fusión y sus efectos, es decir, la transmisión íntegra del patrimonio a título universal de las sociedades extinguidas a la sociedad resultante, adquisición por esta entidad de los bienes, derechos y obligaciones de las extinguidas y la contraprestación en acciones de aquella a los socios de éstas) de naturaleza contractual.

Pero téngase en cuenta lo siguiente: los acuerdos de fusión adoptados por cada una de las juntas de accionistas de las sociedades interesadas sirven para conformar o determinar la voluntad de la sociedad en orden a la celebración del contrato de fusión, porque así lo exige la dinámica societaria; la extinción de la sociedad o sociedades fusionadas se produce como consecuencia del mencionado contrato, aun cuando para ello habrá de mediar el correspondiente acuerdo social dotado de requisitos y formalidades exigidos por la ley, y no sólo porque así resulta de la voluntad emitida por el contrato, sino porque es consecuencia lógica de la transmisión universal del patrimonio y de la agrupación de socios, efectos también del contrato de fusión; y que la creación de una sociedad, o, en su caso, la modificación de los estatutos de la sociedad absorbente y todo lo que conlleva a ello, no son sino actos o actuaciones propiamente corporativos, pero cuya ejecución forma parte del contenido obligacional del contrato de fusión, del que se derivan una serie de derechos y obligaciones para las partes, cuyo cumplimiento constituye la finalidad perseguida en la operación de fusión descrita con anterioridad.

Para finalizar, la fusión de sociedades, es aquella modalidad de concentración de empresas que es la máxima expresión de modificaciones estructurales, en que al menos uno de los sujetos que interviene pierde su calidad de sujeto jurídico.

Sin embargo, existen modificaciones en la reorganización de empresas en que las personas que intervienen no pierden su autonomía jurídica, o sea, en que las empresas no dejan de ser tales, como son el caso de:

- a) Contratos de colaboración empresarial entre empresas.
- b) Contratos en que se organiza la distribución de productos o prestación de servicios.
- c) Adquisición de una tenencia accionaria mayoritaria o de control.
- d) Sociedades controladoras o Holding.
- e) Sociedad que se crea fuera del ámbito de su domicilio, agencia o una filial, con el objeto de actuar en el extranjero.

1.5. Formas de Fusión.

Desde el punto de vista jurídico la fusión de sociedades puede presentarse básicamente de dos formas, ambas contempladas en nuestra legislación, específicamente en el artículo 99 de la Ley 18.046 de Sociedades Anónimas, las que se describen a continuación.

1.5.1 Fusión por Incorporación.

También llamado en doctrina, fusión por absorción o fusión propia. Este tipo de fusión supone la existencia de, a lo menos dos sociedades, de las cuales una subsiste en el proceso y ve aumentado su patrimonio; a esta sociedad es la que se denomina fusionante, y en esta forma específica de fusión debemos llamarla además sociedad incorporante.

Respecto de esta forma de fusión, el profesor don Julio Otaegui, en su texto “Fusión de sociedades comerciales” señala: “La incorporación no importa la constitución de una nueva sociedad, sino normalmente la modificación del

contrato social de la sociedad incorporante para aumentar su capital con el ingreso de nuevos socios, o el aumento de capital sin tal modificación, (...).

En nuestra legislación, la fusión por incorporación o absorción está definida en el inciso tercero del artículo 99 de la Ley citada con anterioridad, en los siguientes términos: “Hay fusión por incorporación, cuando una o más sociedades que se disuelven, son absorbidas por una sociedad ya existente, la que adquiere todos sus activos y pasivos”.

En otros términos, consiste en la disolución de una o más sociedades, que se unifican y refunden con una sociedad preexistente que incorpora bajo su estructura societaria los patrimonios y accionistas de las sociedades extinguidas, y que las sucede a título universal en todos sus derechos y obligaciones.

1.5.2 Fusión por Creación o Fusión Perfecta.

Estamos en presencia de una fusión por creación “cuando el activo de dos o más sociedades que se disuelven se aporta a una nueva sociedad que se constituye, la que se hace cargo del pasivo de las sociedades que desaparecen”.⁶

Esta forma jurídica de fusión difiere de la anterior, en dos características que la hacen distintiva. La primera, podemos observar la creación de una sociedad nueva, distinta a todas las participantes en el proceso, siendo la continuadora o sucesora legal de todas aquellas. La segunda, la consecuente disolución de todas las sociedades que intervienen en la fusión.

Nuestra legislación, específicamente, en el artículo 99 inciso segundo de la Ley 18.046 de Sociedades Anónimas, la define de la siguiente forma: “Hay

⁶ Morand, Valdivieso, Luis. “Sociedades”, pág. 138.

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

Por tanto, este tipo de fusión, consiste en la disolución de dos o más sociedades que se unifican o refunden en una sola entidad jurídica, la que nace y se constituye con la totalidad de los patrimonios y accionistas de las sociedades extinguidas y que las sucede a título universal en todos sus derechos y obligaciones.

Para concluir con lo expuesto con anterioridad, en nuestra legislación ambos tipos de reorganización societaria han sido reconocidos, aun cuando se han hecho distinciones entre ambos tipos de fusión, la mayoría de la doctrina ha considerado que estas dos modalidades no hacen variar la esencia íntima del fenómeno jurídico, pues en ambos casos se produce el mismo efecto: Unificación de patrimonios, de socios y de relaciones jurídicas que es característica de la fusión.

1.6. Características Esenciales en Ambas Formas de Fusión.

Existen al menos cuatro características que definen a esta institución.

- La primera es la disolución o extinción de al menos una de las sociedades fusionadas.

En la fusión por creación todas las sociedades se disuelven para crear una nueva; en cambio, en la fusión por incorporación deben disolverse todas menos una, la que absorbe a las restantes.

- En segundo término, no hay liquidación de las sociedades que se disuelven. Así lo señala el artículo 99 inciso cuarto de la Ley 18.046 de Sociedades Anónimas.

Lo anterior debido a que no existe en la fusión, pago de las deudas, división ni distribución de los bienes de los patrimonios que se fusionan, ya que la totalidad de éstos, como un todo pasan a la sociedad fusionante.

- La tercera característica de la fusión, es que en esta institución se produce una “transmisión” a título universal de los patrimonios a la sociedad creada o a la absorbente, en un solo acto jurídico.

Esta fundamental característica de la fusión está expresamente reconocida en el artículo 99 inciso primero de la Ley 18.046 de Sociedades Anónimas, al indicar que la sociedad resultante “incorpora la totalidad del patrimonio..... de los entes fusionados”.

- Por último, en la fusión se produce una incorporación completa de los accionistas de las sociedades que se disuelven a la sociedad resultante de la fusión. Así lo dispone el artículo 99 inciso primero de la Ley 18.046.

Esta incorporación de los cuerpos sociales comprende a la totalidad de los accionistas de las sociedades fusionadas, salvo que se ejerza el derecho a retiro por parte de los accionistas disidentes.

Dicha integración asociativa se efectúa mediante el canje de acciones a los accionistas de las sociedades fusionadas. Este canje representa la nueva participación social resultante de la fusión, sin embargo, en la fusión impropia pura, entendiéndose por ésta la reunión del 100% de las acciones o derechos sociales en manos de una sola persona natural o jurídica, no hay incorporación de accionistas.

Si bien, con anterioridad, se mencionaron y explicaron las características esenciales, y por tanto generales, en ambas formas de fusión, creo que es pertinente enunciar las características particulares que distinguen a cada tipo de fusión.

1.7. Características Particulares de Cada Tipo de Fusión.

En ambas formas de fusión se puede distinguir, las siguientes características particulares.

- Fusión por Creación. En esta forma de fusión se requiere de la extinción de todas las sociedades fusionadas y la creación de una nueva sociedad.

En primer lugar, se necesita la extinción de todas las sociedades que intervienen en la fusión. Esto significa que todas las sociedades intervinientes en el proceso de fusión, son afectadas de la misma forma, vale decir, todas ellas deben disolverse como requisito previo a la incorporación de sus patrimonios íntegros y accionistas a una sociedad creada al efecto.

En segundo término se requiere la creación de una nueva sociedad, a la que se incorporan la totalidad de los patrimonios y accionistas de las sociedades fusionadas.

- Fusión por Incorporación. En la fusión por incorporación se requiere la subsistencia de una de las sociedades que se fusionan y de modificaciones estatutarias en la sociedad subsistente

En primer término es necesaria la subsistencia de una de las sociedades, llamada absorbente, la que conserva su personalidad jurídica, para de esta forma incorporar los patrimonios y cuerpos sociales de las restantes sociedades (sociedades absorbidas). La absorbente, en consecuencia, incrementa su propio patrimonio y cuerpos sociales.

En seguida se requiere de modificaciones estatutarias en la sociedad absorbente, la que deberá adecuar sus estatutos a las nuevas condiciones sociales producto del incremento contable de su patrimonio y la incorporación de nuevos accionistas.

La principal de estas modificaciones estatutarias es el aumento del capital social en la absorbente por la incorporación de los patrimonios de las sociedades absorbidas, para luego emitir y canjear las acciones representativas de este aumento de capital.

No obstante, creo que es pertinente analizar el tratamiento de la figura de fusión en nuestra legislación nacional.

1.8. Tratamiento Anterior a la Ley 18.046 de Sociedades Anónimas.

Nuestra legislación no contemplaba estas figuras para las sociedades anónimas, ni menos aún para los otros tipos de sociedades; a pesar de esto la legislación tributaria fue la precursora en materia del tratamiento de la reorganización de empresas, para situaciones específicas relativas a esa área.

En el caso de la fusión propiamente tal, el 03 de Agosto de 1953, se dicta el D.F.L. N° 371 que fija el texto definitivo de la Ley de Timbres, estampillas y papel sellado que estableció un impuesto para las escrituras de fusión.

Luego el 05 de Abril de 1960 el D.F.L N°249, estableció para los casos de fusión, absorción o transformación de sociedades, para la sociedad continuadora del negocio o adquirente, un impuesto especial con relación al artículo 7° del D.F.L. N°371, limitando su ámbito de aplicación.

Posteriormente en 1980 se dictaron normas referentes a la fusión de sociedades anónimas por la Superintendencia respectiva. En un principio, éstas sólo eran aplicables a las fusiones de Compañías de Seguros. Aunque sólo se reconocía la absorción, consecuentemente la práctica las hizo aplicables a todo tipo de sociedades anónimas.

1.9. Tratamiento Posterior a la Ley 18.046 de Sociedades Anónimas.

La fusión se encuentra regulada tanto en el derecho societario como en la aplicación de normas comunes, fundamentalmente se encuentra tratada en:

- Ley N°18.046, Ley sobre Sociedades Anónimas.
- Decreto Supremo N° 587, aprueba reglamento de Sociedades Anónimas.
- D.F.L. N° 3, texto refundido sistematizado y concordado de la Ley General de Bancos.
- D.L. N° 3.500.

En esta tesis sólo me avocare al análisis de la Ley N° 18.046, Reglamento de Sociedades Anónimas y las normas tributarias, en cuanto contribuyan a conseguir el objeto de este trabajo.

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

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

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

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

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

1.10. Elementos de la Fusión.

A partir de la definición legal de fusión descrita por el artículo 99 de la ley de Sociedades Anónimas, podemos distinguir algunas características que la distinguen de otras figuras:

a) Desde el punto de vista de los sujetos que intervienen:

- Dos o más sociedades, entes jurídicos con personalidad jurídica; la norma no establece un número máximo de entes participantes. No podrían fusionarse empresas individuales, que formaran parte del patrimonio personal de una persona natural. Si bien esta cuestión no presenta problemas en nuestro derecho, no se conoce el llamado “patrimonio de afectación”, al menos en estricto derecho, se ha discutido en otras legislaciones.

- Reconocidos por el ordenamiento jurídico; no distingue entre especies sociales a pesar que se trata de la Ley 18.046 exclusiva sobre sociedades anónimas, pero como analizaremos en el transcurso de ésta tesis no excluyente a otros tipos de sociedades.
- Que se encuentren vigentes al momento de realizarse la fusión.

b) Este proceso debe estar procedido por un convenio o acuerdo de fusión.

Estos acuerdos o pactos resultan de la práctica y del derecho comparado.

Los acuerdos de fusión pueden ser analizados de dos perspectivas. Una interna, en que es la voluntad de los socios la que se manifiesta de acuerdo a los procedimientos internos fijados por los estatutos sociales o por la ley, aprobando o rechazando la eventual fusión. Aquí se habla de acuerdo de fusión.

Una perspectiva externa, encabezada por los sujetos jurídicos intervinientes. Aquí, más bien se habla de convenio de fusión.

c) El resultado de este proceso es una sola sociedad.

Si la fusión es por creación, la sociedad resultante va a ser una nueva, creada para dichos efectos.

Si la fusión es por incorporación o absorción, la sociedad resultante es alguno de los entes intervinientes.

Otros autores, piensan en la disolución como elemento fundamental en la esencia de la fusión; de tal suerte que, de no haber disolución de la o las sociedades partícipes, no estaríamos en presencia de la fusión, porque

resultarían por lo menos dos sociedades independientes, es decir, dos sociedades que no se habrían fusionado.

Si bien es cierto que, de alguna manera, podría ejemplificarse el resultado del proceso como que la(s) sociedad(es) sigue existiendo en la nueva o absorbente, es necesario y fundamental la disolución previa de ésta(s), dejando de existir tanto desde el punto de vista del derecho, al terminar su existencia jurídica, como desde el punto de vista económico, al suceder en todos sus activos y pasivos.

En cuanto a la liquidación, creo que al igual que la disolución, constituye un presupuesto esencial de la fusión la ausencia de liquidación, esto es porque se produce una transmisión o transferencia de todo el activo y pasivo de una sociedad a otra no quedando deudas por pagar ni créditos por cobrar, ni activos que distribuir.

Del mismo modo así lo establece el artículo 99 la ley 18.046, en su inciso cuarto:

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

Si falla alguna de las características de esta figura, no hay fusión propiamente tal. Puede darse una figura similar con los mismos efectos como por ejemplo una fusión impropia, que se admite gracias a la libertad contractual mientras que no haya norma que lo prohíba.

1.11. Tratamiento del Concepto de Patrimonio.

Según el autor Alberto Lyon, “Desde el punto de vista jurídico, el patrimonio es un concepto por el cual un conjunto de bienes presentes y futuros se encuentra adscrito al pago de un conjunto de obligaciones presentes y futuras, por lo que, ciertos casos, es considerado por el orden legal como una

universalidad jurídica, esto es, como una que posee una existencia individual, distinta de los elementos que la conforman”.⁷

El patrimonio de las personas jurídicas con fines de lucro está constituido sobre la base de tres elementos: capital, utilidades y pérdidas. “Que constituyen cifras numéricas representativas de una cantidad determinada de dinero y que se diferencian entre sí porque cumplen diversas funciones dentro de la estructura del patrimonio, estando por este motivo sometido a distintos estatutos jurídicos”.⁸

A estos tres elementos tendríamos que agregar el de otras cuentas, que pueden ser representativas de capital, de utilidades o de pérdidas y que son objeto de distintas denominaciones porque representan cantidades de dinero sometidas a un estatuto jurídico o tratamiento legal especial; tal es el caso de ciertas partidas llevadas en la contabilidad de la empresa con fines tributarios y que no reflejan la realidad de la sociedad, como por ejemplo las pérdidas tributarias, que se utilizan para determinar la utilidad tributaria.

Lo descrito corresponde al sistema jurídico con el que funciona el patrimonio jurídico de las personas jurídicas y no un sistema de contabilidad. “Se establecen los conceptos de capital, utilidades y pérdidas con el objeto de dar cumplimiento al contrato mismo de sociedad, a los acuerdos de los socios o a disposiciones legales y no cumplen o pretenden cumplir funciones propiamente contables, aunque la contabilidad los recoja para el cumplimiento de sus fines propios”.⁹

⁷ Lyon, Alberto. “Teoría de la Personalidad”, pág. 291.

⁸ Lyon, Alberto. “Teoría de la Personalidad”, pág. 293.

⁹ Lyon, Alberto. “Teoría de la Personalidad”, pág. 296.

Con motivo de la reestructuración empresarial, muchas veces las cuentas que componen el patrimonio, y aún más, el capital, sufren grandes alteraciones. Es por este motivo, que debe analizarse en forma cuantitativa y cualitativa los efectos de la fusión en éste.

De lo expuesto con anterioridad, se desprende que en la fusión, se entiende por patrimonio, la universalidad del activo y pasivo de la sociedad, en el acuerdo de fusión el principal efecto es la transmisión de éste de la o las personas jurídicas que desaparecen por efecto de la fusión a la o las personas jurídicas que subsisten – fusión por incorporación – o que se crea – fusión por creación-.

Esto se traduce en que la sociedad absorbente “sucede” a las extinguidas, “esto es, recibe de ellas la organización jurídico – administrativa de sus respectivos patrimonios, sin que se vea alterada ni la condición legal ni la función que cada una de las cuentas y pérdidas de los distintos patrimonios desempeñaban en ellos”. ¹⁰

Constituye la regla general que, con motivo de una fusión, no se produzca ninguna disminución de capital en las sociedades, absorbente y absorbida, o de las sociedades que se extinguen para formar una nueva, se adicionan; sostener algo distinto equivaldría a afirmar que, como consecuencia de la fusión, se ha producido una disminución indirecta de capital. Concluir esto no es simple, debido a los cuantiosos efectos que ha de producir. En primer término, nacería el derecho de retirar de la sociedad, para los socios o accionistas una cantidad que, de no producirse la fusión, adolecería de título alguno. En segundo término, y a consecuencia de lo anterior, traería perjuicios a los acreedores sociales.

¹⁰ Lyon, Alberto. “Teoría de la Personalidad”, pág. 329.

Por lo tanto, si se suman las distintas cuentas de capital, manteniéndolas intactas, asimismo se asegura y protege a los acreedores y demás interesados de que los accionistas puedan estar facultados para que les sean repartidos más bienes y derechos de los que les corresponda, por la suma de los distintos capitales de las sociedades intervinientes.

Podrán, del mismo modo, los socios, acordar una disminución de capital. Sin embargo, de acuerdo a la aplicación de las reglas generales, tal disminución deberá cumplir con la obligación de informar a terceros que prescribe la ley.

Respecto de las demás cuentas de los patrimonios fusionados, se podría decir que en un inicio se conservan todas las cuentas que cumplían una determinada función jurídico – administrativa en los respectivos patrimonios a los que pertenecían. Por lo que sólo cabría realizar la suma de todas las cuentas que cumplían con la misma función.

De la misma forma, todas aquellas partidas que tuvieron lugar en virtud de un mandato legal o acuerdo de los socios, ya sea por el tipo social o la naturaleza de los negocios de la o las sociedades absorbidas o que se extinguieron, deben desaparecer. Todo esto en la medida que la sociedad absorbente no tenga obligación de informarlas por mandato legal o de sus propios estatutos. Con todo, es necesario que la desaparición de tales cuentas sea producto de un acuerdo de los socios o por el órgano de la sociedad absorbente, en ningún caso será por el solo ministerio de la fusión.

1.12. Procedimiento de Fusión.

El artículo 99 de la Ley sobre Sociedades Anónimas, en su inciso quinto establece, "Aprobados en junta general los balances auditados y los informes periciales que procedieren de las sociedades objeto de la fusión y los estatutos de la sociedad creada o de la absorbente, en su caso, el directorio de ésta deberá distribuir directamente las nuevas acciones entre los accionistas de aquéllas, en la proporción correspondiente".

Además de este artículo, no existe otro precepto en la ley comercial ni en el derecho común que nos ilustre de cómo llevar a cabo una fusión.

De acuerdo a lo escuetamente señalado en el artículo 99 de la Ley, se puede desprender que el proceso de fusión está compuesto por dos grandes etapas.

La primera, integrada por un conjunto de actos destinada a la elaboración de estudios y recopilación de antecedentes necesarios que puedan ilustrar a los órganos, directivo y resolutivo, acerca de la factibilidad de una presunta fusión.

La segunda, donde se lleva a cabo la fusión propiamente tal, a través de una serie de actos externos en que se materializa y concreta la voluntad de fusionarse.

- Primera Etapa. Es preciso considerar que la fusión constituye un acto jurídico entre los socios y accionistas y no entre sociedades o personas jurídicas. Por esto, es que son los socios quienes acuerdan por cuenta separada cuales serán las condiciones en que se hará la fusión y los estatutos de la sociedad absorbente.

Dentro de las condiciones que deben pactar los socios para que se lleve a efecto la fusión, son principalmente dos asuntos: La individualización de los patrimonios fusionados y su estimación en dinero, y la determinación de la participación social en la sociedad absorbente o nueva sociedad.

Así señala Messineo, “las deliberaciones separadas de fusión adoptadas por cada una de las sociedades constituyen actos preparatorios de la futura fusión”. Para obtener ésta es necesario un autónomo acto ulterior.

I. Estatutos de la Sociedad absorbente.

Prescribe expresamente el artículo 99 de la ley 18.046, que los estatutos de la sociedad creada o absorbente deben ser aprobados por junta general. Es así, como resulta obvio que los distintos socios o accionistas deban aprobar los estatutos de la sociedad a la cual van a permanecer.

No existen limitaciones en cuanto al contenido de los mismos ni la naturaleza de la sociedad absorbente. Así la fusión puede efectuarse entre sociedades del mismo tipo o de clase distinta, entre dos sociedades o varias. Pueden fusionarse varias sociedades anónimas entre sí, o varias colectivas, o varias simples, o bien alguna de ellas con alguna o varias de las otras.

La única condición establecida por la ley es que los estatutos de la nueva sociedad o sociedad absorbente en su caso, deben ser aprobados en junta extraordinaria de accionistas con el voto conforme de las dos partes de las acciones emitidas con derecho a voto.

II. Individualización de los patrimonios fusionados.

La individualización de los patrimonios involucra la determinación del valor de las distintas cuentas sociales y la tasación o valorización de los bienes, derechos y obligaciones que conforman el activo y pasivo de éstos. Lo anterior se lleva a cabo a través de una serie de estudios que involucra a cada una de las sociedades intervinientes y que se concluye en un balance general de éstas. Estos balances suponen el valor de tasación de los bienes, derechos y obligaciones con que figuran en los balances respectivos y que corresponde al valor libro de la sociedad a que pertenecían. En caso de haber desacuerdo respecto los resultados de dichos balances, los valores que lo componen deberán ser corregidos, puesto que los nuevos valores influirán en las cuentas de la sociedad o en sus pérdidas.

III. Determinación de la participación social en la absorbente.

Determinar cuál será la participación que le corresponde a cada socio o accionista en la sociedad absorbente o nueva sociedad, no es una cuestión fácil. Más aún, que ni la ley ni la autoridad se ha pronunciado al respecto. Lo único claro, y aquí coinciden todos los autores, es que no hay respuesta única,” ya que la solución no pasa necesariamente por determinar el valor de cada uno de los patrimonios fusionados y hacer la distribución en proporción a los mismos, en base a la comparación de balances”.¹¹

Esto es lo que en doctrina se denomina relación de canje y que intentará ser resuelto más adelante.¹²

¹¹ Lyon, Alberto. "Teoría de la Personalidad", pág. 333.

¹² Ver Anexo I.

Es importante destacar que, previo a que estos asuntos sean resueltos en el seno de la junta general de cada sociedad, y ser analizados por cada directorio, los que estudiarán la posibilidad de formar parte de una fusión.

Este estudio no sólo comprende el ponerse en contacto y llevar cabo un acuerdo de fusión con las demás sociedades participantes, sino verificar, por ejemplo, que tipo de fusión es recomendable adoptar, una absorción o crear una nueva sociedad; en el caso de una absorción, elegir cuál será la sociedad absorbente, cuestión fundamental para la planificación tributaria: la sociedad que tenga más pérdidas, cual es la que tiene mayor FUT/FUNT, Goodwill tributario en caso de existir inversión relacionada entre las sociedades partícipes, entre otras.

- Segunda Etapa Esta etapa del procedimiento de fusión será analizada con posterioridad, que a grandes rasgos consiste en una serie de actos externos a las sociedades fusionantes destinados a concretar la fusión: como la extensión de la escritura de fusión; o la disolución de las sociedades antiguas y posterior constitución de la nueva sociedad en el caso de fusión por creación.

Capítulo II

OBLIGACIONES ADMINISTRATIVAS TRIBUTARIAS

Como se pudo constatar en el capítulo anterior, en donde se trata los diversos puntos de vista de los autores, sobre el fenómeno de la reestructuración, que cada día se hace más presente en la vida económica – tributaria de las empresas, éste no es un acto simple, sino que por el contrario requiere de acuerdos societarios, formalidades legales y el cumplimiento de obligaciones administrativas de índole tributaria que no dejan de ser engorrosos para la administración de las distintas empresas que participan en el proceso de reestructuración de sociedades.

Por lo descrito en el párrafo precedente, en el presente capítulo se presenta la normativa tributaria vigente que regula los procesos asociados a la constitución y modificación de sociedades, tal como lo establece el párrafo segundo del Decreto Ley 830, el que comprende el aviso de inicio de actividades, registro en el Rol Único Tributario, término de giro y aviso de modificaciones societarias, entregando de esta manera al lector una visión teórica y práctica de las razones que obligan y de las sanciones que afectan a los contribuyentes que toman decisiones en torno a sus empresas, sin tener en consideración los trámites administrativos antes descritos.

Desde un punto de vista societario, el contrato de sociedad que cumple con las exigencias de escritura, inscripción y publicación es perfectamente válido, sin embargo, no podemos dejar de tener en consideración las obligaciones Administrativas–Tributarias que de no ser cumplidas por los contribuyentes dificulta la actuación de la sociedad ante terceros, en especial frente al ente fiscalizador, representado por el Servicio de Impuestos Internos.

1. Obligación en la Constitución Societaria.

1.1. Aviso de Inicio de Actividades:

El Servicio de Impuestos Internos, en el uso de las facultades que le confiere la Ley, ha emitido con fecha 31 de Julio de 2007, la Circular 31, en la cual regula la forma de cumplir con las obligaciones de solicitar la Inscripción en el registro de Rol Único Tributario y de dar Aviso de Inicio de Actividades, en concordancia con el artículo 68 del Decreto Ley 830, que imparte instrucciones a todos los contribuyentes, entendiendo por éstos a las personas naturales, jurídicas e incluso a las entidades o agrupaciones sin personalidad jurídica, a comunicar a la unidad del domicilio del contribuyente, que han iniciado actividades susceptibles de ser sujetos de impuestos, que en razón de su actividad o condición causen o puedan causar impuestos, deberán presentar al Servicio, dentro del plazo de los dos meses siguientes a aquél en que comiencen sus actividades, una declaración jurada sobre dicha iniciación.

La Circular que se hace referencia, en el párrafo precedente, tiene por objetivo regular la forma y condiciones para cumplir con una de las exigencias que establece la ley, e introduce modificaciones efectuadas a la Circular N° 4, de 1995, Circular 14 de 1996, Circular 72 también del año 1996, Resolución Exenta N° 5.412, del año 2000, las que con el transcurso del tiempo han sido objeto de modificaciones y complemento, con la finalidad de adecuarse a las necesidades que apremian en la actualidad, las que se deben principalmente a los constantes cambios que se producen en el mundo empresarial y legislativo de nuestra economía. Por dicho motivo, el Servicio de Impuestos Internos, estima pertinente refundir las instrucciones impartidas con anterioridad y las agrupa en solo texto e introduce modificaciones, mediante la Circular 31 del 01/Julio/2007.

El artículo 68 del Código Tributario anteriormente comentado menciona lo siguiente **“Las personas que inicien negocios o labores susceptibles de producir rentas gravadas en la primera categoría a que se refieren los números 3, 4 y 5 de los artículos 20 y 42 número 2 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, deberán presentar al servicio, dentro de los dos meses siguientes a aquel en que comiencen sus actividades, una declaración jurada sobre dicha iniciación”**.

Los contribuyentes obligados a realizar este trámite, según lo dispuesto en el mencionado artículo 68, se pueden clasificar en dos tipos:

- a) Aquellos contribuyentes calificados en los números 3, 4 y 5 del artículo 20 de la Ley de Impuesto a la Renta.
- b) Y según se desprende del mencionado artículo 68, el otro grupo de contribuyentes obligados a esta declaración son los determinados en el número 2 del artículo 42 de la Ley de Impuesto a la Renta, es decir, los profesionales independientes y los titulares de ocupaciones lucrativas.

Con el fin, de facilitar al lector de la presente tesis el entendimiento de la misma, creo que es pertinente hacer mención en detalle a los contribuyentes que se encuentran obligados a declarar Inicio de Actividades, según lo dispuesto por el artículo 68 del Código Tributario y en la Circular 31 del 01 de Julio de 2007.

Los N° 3, 4 y 5 del Artículo 20 de la Ley de Impuesto a la Renta, describen aquellas actividades afectas a impuestos de primera categoría, por las que se debe declarar Inicio de Actividades. Su texto es el siguiente:

“3°.- Las rentas de la industria, del comercio, de la minería y de la explotación de las riquezas del mar y demás actividades extractivas, compañías aéreas, de seguros, de los bancos, asociaciones de ahorro y préstamos, sociedades administradoras de fondos mutuos, sociedades de

inversión o capitalización, de empresas financieras y otras de actividad análoga, constructora, periodísticas, publicitarias, de radiodifusión, televisión, procesamiento automático de datos y telecomunicaciones”.

“4.- Las rentas obtenidas por corredores, sean titulares o no, sin perjuicio de lo que al respecto dispone el N° 2 del Artículo 42, comisionistas con oficina establecida, martilleros, agentes de aduana, embarcadores y otros que intervengan en el comercio marítimo, portuario y aduanero, y agentes de seguros que no sean personas naturales; colegios, academias e institutos de enseñanza particular y otros establecimientos particulares de este género; clínicas, hospitales, laboratorios y otros establecimientos análogos particulares y empresas de diversión y esparcimiento”.

“5.- Todas las rentas, cualquiera que fuera su origen, naturaleza o denominación, cuya imposición no esté establecida expresamente en otra categoría ni se encuentren exentas”.

A su vez, el artículo 42 N° 2 de la Ley de Impuesto a la Renta se refiere a las actividades afectas a impuestos de Segunda Categoría, por las que se debe declarar Inicio de Actividades. Su texto es el siguiente:

“2.- Ingresos provenientes del ejercicio de las profesiones liberadas o de cualquier otra profesión u ocupación lucrativa no comprendida en la primera categoría ni en el número anterior, incluyéndose los obtenidos por auxiliares de la administración de justicia por los derechos que conforme a la ley obtienen del público, los obtenidos por los corredores que sean personas naturales y cuyas rentas provengan exclusivamente de su trabajo o actuación personal, sin que empleen capital, y los obtenidos por sociedades de profesionales que presten exclusivamente servicios o asesorías profesionales.

Para los efectos del inciso anterior se entenderá por “ocupación lucrativa”, la actividad ejercida en forma independiente por personas naturales y en la cual predomine el trabajo personal basado en el conocimiento de una

ciencia arte, oficio, o técnica por sobre el empleo de maquinarias, herramientas, equipos u otros bienes de capital (.....).

El plazo para la declaración jurada de inicio de actividades, es dentro de los dos meses siguientes a aquél en que comiencen sus actividades susceptibles de producir renta. El plazo antes indicado, se contará desde la fecha en que el contribuyente efectúe su primer acto de comercio, o su primera actividad susceptible de producir rentas gravadas con los impuestos mencionados precedentemente o, en general, desde que se produzca cualquier obligación y/o desembolso que permita determinar que se está en presencia de un negocio o labor de la naturaleza ya señalada.

El incumplimiento a esta disposición, es sancionado por el Código Tributario, imponiendo una multa menor de acuerdo a lo que prescribe el número 1 del artículo 97 del Decreto Ley 830.

El monto preciso de la referida multa no se encuentra tácitamente expresado, y éste será fijado considerando factores como la gravedad de la multa desde su base menor y con sujeción de las normas del artículo 107 del código tributario.

Lo anterior, implica una multa que puede ir desde una UTM a una UTA, la que se aplicará tomando en consideración los numerales prescritos en la Circular N° 43 del 02 de Septiembre de 1991, la que modificó las instrucciones sobre la materia impartidas anteriormente por la Circular 17 del 27 de Marzo de 1981, en concordancia con el artículo 107 del Código Tributario. Esto es:

- 1) La calidad de reincidente en infracción de la misma especie.
- 2) La calidad de reincidente en otras infracciones semejantes.
- 3) El grado de cultura del infractor.
- 4) El conocimiento que hubiere o pudiese haber tenido de la obligación legal infringida.

- 5) El perjuicio fiscal que pudiere derivarse de la infracción.
- 6) La cooperación que el infractor prestare para esclarecer su situación.
- 7) El grado de negligencia o el dolo que hubiere mediado en el acto u omisión.
- 8) Otros antecedentes análogos a los anteriores o que parezca justo tomar en consideración atendida la naturaleza de la infracción y sus circunstancias.

1.2. El Rol Único Tributario:

Según el Artículo 66 del Código Tributario, contenido en el Artículo 1° del DL N° 830, de 1974, “Todas las personas naturales y jurídicas y las entidades o agrupaciones sin personalidad jurídica, pero susceptibles de ser sujetos de impuestos, que en razón de su actividad o condición causen o puedan causar impuestos, deben estar inscritas en el Rol Único Tributario, de acuerdo con las normas del reglamento respectivo”.

Este es un registro numérico, creado por el DFL N° 3, de 1969, en el cual se identifica a todos los contribuyentes del país, y en general, a toda persona o entidad que cause y/o deba retener impuestos en razón de las actividades que desarrollan, deberán inscribirse en este Registro Único Nacional, con la finalidad de ser identificados y fiscalizados en relación a las obligaciones tributarias que generen.

1.3. Tramitación del Inicio de Actividades y Rol Único Tributario:

Una vez que la sociedad se ha legalizado a través de los procedimientos propios, que debe cumplir una sociedad para estar constituida como tal, esto es, escritura, inscripción y publicación, se debe concurrir a la Unidad del Servicio de Impuestos Internos del domicilio de la sociedad (aquel que consta en la escritura social) para efectuar los trámites administrativos de Obtención del Rol Único Tributario y efectuar la Declaración de Inicio de Actividades, llenando para estos efectos el Formulario 4415, que corresponde al “Ciclo de Vida de una Sociedad”, y en el que se indicará:

- Razón Social de Personas jurídicas.
- Razón Social o nombre de sociedades de hecho, comunidades y otros entes sin personalidad jurídica.
- Domicilio.
- Representante Legal.
- Giro del Negocio y código de actividad económica.
- Dirección Postal.
- Capital inicial, socios y participaciones.

Efectuado este trámite, debe esperarse que el Servicio de Impuestos Internos notifique el número tributario con el que se identificará la sociedad.

Para el correcto cumplimiento de este procedimiento, el formulario mencionado con anterioridad, debe acompañarse con copia legalizada de la escritura social, certificado de inscripción de la sociedad en el Registro de Comercio del Conservador de Bienes Raíces y copia legalizada de la publicación del extracto de la escritura social en el Diario Oficial.

La persona que debe concurrir a este primer acto administrativo, es el representante legal de la sociedad, cuya personería debiera constar en la misma escritura social o a través de un mandato, otorgando poder a un tercero para que efectúe los trámites pertinentes ante el Servicio de Impuestos Internos.

Iniciado el trámite, debe aguardarse a que el Servicio de Impuestos Internos entregue el número de filiación con el cual quedara caratulada la sociedad. El plazo de entrega del Rol Único Tributario es variable, dependiendo de la unidad y del análisis que se haga de los antecedentes aportados.

Junto con el Formulario 4415 de Inicio de Actividades, debe acompañarse la documentación que acredite los antecedentes consignados en el respectivo formulario, estos antecedentes se refieren a:

- ✓ Domicilio de la sociedad, con el contrato de arriendo o escritura de propiedad, según sea el caso.
- ✓ Constitución legal de la sociedad, con la respectiva escritura social, certificado de inscripción en el Registro de Comercio y copia legalizada de la publicación del Extracto de la escritura social en el Diario Oficial.
- ✓ Representante legal, acreditar la personería de quien actúa como representante legal de la sociedad, a través de la escritura social o mandato especial conferido para esos efectos.

- ✓ Recopilada esta información, se ha cumplido con la obligación administrativa tributaria de comunicar al Servicio de Impuestos Internos, ente fiscalizador de asuntos tributarios y recaudación fiscal, que una nueva persona jurídica ha nacido en la vida tributaria, con los derechos y obligaciones propias que dichas circunstancias producen en cada sociedad.

Si bien anteriormente se señalaron las formalidades tributarias que acompañan al Inicio de Actividades y el registro en el Rol Único Tributario, este proceso no está exento de problemas, los que pueden significar un retraso de las operaciones comerciales de los contribuyentes. Si bien el Código Tributario dispone de un plazo de dos meses para efectuar los trámites descritos con anterioridad, muchas veces en la práctica las empresas son diligentes en el cumplimiento de esta obligación, la que puede generar la postergación del inicio efectivo de las operaciones y ello lleva consigo pérdidas económicas.

Por consiguiente, puede darse el caso que la sociedad efectúe operaciones de carácter mercantil que implique la retención o soporte de impuestos que debieran ser declarados y pagados dentro del plazo que contenga la ley. En tal caso, al no contar con las formalidades de Inicio de Actividades y Registro en Rol Único Tributario, la entidad estaría imposibilitada de dar cumplimiento con la obligación tributaria.

Con lo anterior, se destaca la importancia de cumplir con los trámites administrativos y así encontrarse habilitados para efectuar las declaraciones de impuestos que procedan.

2. Obligación de Informar los Cambios Sociales.

La presente tesis, tiene por objeto contribuir al lector el entendimiento de los principales aspectos tributarios que acompañan un proceso de reorganización empresarial, en los que inevitablemente se presentan cambios sociales, los cuales deben ser informados al ente fiscalizador a través de un procedimiento formal que se encuentra regulado por la Circular 17 del 10 de Mayo de 1985.

La Circular mencionada en el párrafo precedente, trata del “Ciclo de Vida”, en concordancia con el artículo 69 inciso final del Decreto Ley 830, donde se expresa la obligatoriedad de informar al Servicio de Impuestos Internos los cambios sociales y/o patrimoniales, los que se efectúan mediante el formulario 3239. La información relativa a los cambios que deben informar al ente fiscalizador son los siguientes:

- Aumentos y/o Disminuciones de Capital.
- Fusión de Sociedades.
- Absorción de Sociedades.
- División y Transformación de Sociedades.
- Cambios en Representantes.
- Ingreso, retiro o cambio de socios.
- Aporte de todo el Activo y Pasivo a otra sociedad.
- Modificación de la Razón Social.
- Modificación a la actividad o giro declarado.

Cabe destacar que las modificaciones descritas con anterioridad, son agrupadas en dos categorías según lo establecido en la Circular 17, los que se explican a continuación.

a) Cambios Simples.

- Modificación de la Razón Social.
- Aportes o Disminuciones de Capital.
- Cambio de Domicilio.
- Retiro o Cambio de Socios.
- Transformación de Sociedades.
- Cambios de Representantes.

b) Cambios Complejos.

- Conversión de Empresa Individual en Sociedad.
- Aporte de todo el Activo y Pasivo a otra Sociedad.
- Fusión de Sociedades.
- Absorción de Sociedades.
- División de Sociedades.

Sin embargo, la parte pertinente a la presente tesis, tiene relación con los cambios complejos que se realizan producto de una reorganización empresarial, específicamente de la fusión de sociedades, los que a continuación se especificarán en detalle.

2.1. Aporte de Todo el Activo y Pasivo a Otra Sociedad.

El aporte de todo el activo y pasivo a otra sociedad, consiste en la transferencia que una persona jurídica hace a otra, de todos sus bienes y derechos que posee, como así mismo de todos sus créditos y obligaciones. Se presentan dos situaciones según lo determine la escritura pública respectiva:

- a) Se da el Aporte y subsiste la sociedad que entrega el aporte como la que lo recibe.
- b) Se da el aporte y desaparece la sociedad aportante, en cuyo caso se estaría en presencia de una “Absorción de Sociedades”.

2.1.1. Antecedentes que debe presentar el Contribuyente.

- Formulario 3239, el que sólo se debe llenar con opción Aporte todo Activo y Pasivo a otra sociedad marcada con una “X” e indicando en el formulario el RUT y Razón de las sociedades que hacen el aporte y la que lo recibe.
- Escritura pública autorizada, publicada en el Diario Oficial e inscrita en el Registro de Comercio. En los casos que la sociedad aportante desaparece, para quedar liberada de dar aviso explícitamente de Término de Giro, en la escritura debe dejarse establecido que la sociedad subsistente se hará responsable de todos los impuestos que se adeudaren por la sociedad aportante.

- La empresa que desaparece debe presentar un balance de término de giro comprendido entre el 1° de Enero del año del aporte y la fecha de este. La empresa que subsiste debe pagar los impuestos correspondientes a dicho período dentro de los meses siguientes a la fecha del aporte.

2.1.2. Procedimientos a seguir en el proceso de Aporte de Todo el Activo y Pasivo.

- El contribuyente debe presentar en la Sección de RUT e Inicio de Actividades el Formulario 3239 y escritura pública.
- Los antecedentes y el Formulario 3239 serán recibidos y revisados someramente en una primera instancia administrativa, a fin de verificar que están completos. De ser así, el legajo se pasará a fiscalización, instancia que procederá el caso.

En Caso que la sociedad que aporta no desaparece se debe seguir el siguiente procedimiento:

- En fiscalización se cambia en la base de datos el capital de las empresas que efectúan el aporte como el de la que los recibe y deja observaciones asociadas a los RUT involucrados.
- Se coloca en observaciones de la sociedad que recibe el aporte lo siguiente: “Recibe Activo y Pasivo de RUT..... Según escritura de fecha.....”.

- Se registra en observaciones de RUT de sociedad aportante del Activo y Pasivo lo siguiente: "Aporte Activo y Pasivo a RUT.....según escritura de fecha.....Rep. N°.....Notaria.....Sociedades Vigentes".

En Caso que la sociedad que aporta desaparece se debe seguir el siguiente procedimiento:

- Fiscalización registra en la base de datos, en el RUT de la empresa que efectúa el aporte, lo siguiente: "Sociedad disuelta, traspaso activo y pasivo a RUT....." además de colocar el mismo bloqueo que para término de giro.
- Se cambia en la base de datos el capital de la empresa que recibe el aporte, colocando en observaciones lo siguiente: "Recibió activo y pasivo de RUT.....sujeto a revisión, y "Dentro de 30 días debe entregar documentos timbrados sin uso, contado de....."
- Se procede a girar los impuestos que corresponda, de la sociedad que desaparece.
- La firma que desaparece devuelve las Cédulas RUT, dentro del plazo de 60 días siguientes a la fecha en que tal persona jurídica haya dejado de ser causante y/o retenedor de impuestos, en razón de la terminación de sus actividades, según lo establecido en el artículo N° 9 del Decreto con Fuerza de Ley N° 3 del año 1969, el que regula el Rol Único Tributario y establece normas para su aplicación.
- Si la empresa que desaparece le quedarán créditos por concepto de P.P.M. se le dejará una Cédula RUT, con la siguiente leyenda destacada al reverso. "Válida Sólo para Trámites Administrativos".

- Se coloca en original y en copia del Formulario 3239 un timbre con lo siguiente: “Documentos timbrados sin uso de Rut.....”, deben ser entregados para su destrucción dentro del plazo de 30 días.

2.2. Fusión de Sociedades.

La fusión de sociedades, 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 el total del patrimonio y los socios o accionistas de los entes fusionados.

Si alguna de las sociedades que desaparece, disminuye su capital, previamente al trámite de la fusión, deberá solicitar la Resolución del Servicio de Impuestos Internos que autorice dicha disminución.

Por otra parte, esta misma Circular señala que existen dos tipos de fusiones:

- I. **Fusión por Creación.** Es cuando el activo y pasivo de dos o más sociedades que se disuelven se aportan a una nueva sociedad que se constituye.
- II. **Fusión por Incorporación.** Con respecto a la fusión por incorporación, la Circular 17, las asimila a Absorción de sociedades, por lo tanto, es el contrato por escritura pública, en que una sociedad ya existente absorbe a una o más sociedades adquiriendo todos sus activos y pasivos, desapareciendo las sociedades absorbidas.

2.2.1. Antecedentes que debe presentar el Contribuyente.

- Formulario 3239, solo se debe marcar con una “X” la opción “Fusión de sociedades” , además de indicar el RUT y razón social de las sociedades que se fusionan y de la que resulta de la fusión, ello implica que debe adjuntarse el Formulario 4415 “ RUT e Inicio de Actividades” para la sociedad que se crea.
- Escritura pública autorizada ante Notario, publicada en el Diario Oficial e inscrita en el Registro de Comercio. Cabe señalar, que si se desea no realizar los trámites administrativos concernientes al término de giro de la sociedad absorbida, debería incorporarse en escritura en la se acuerda la fusión , la cláusula de responsabilidad, mediante la cual, y tal como lo expresa el artículo 69° del Código Tributario, la sociedad absorbente asume todas las obligaciones tributarias de la sociedad que desaparece, por el contrario, en caso de no existir la mencionada cláusula de responsabilidad solidaria de los impuestos adeudados en la respectiva escritura de fusión, las sociedades que son fusionadas tendrán que presentar ante el Servicio de Impuestos Internos el respectivo Término de Giro de sus Actividades.
- Las sociedades que desaparecen deben presentar balance de término de giro por el período comprendido entre el 1° de Enero del año en que se realiza la fusión y la fecha de materialización de ésta. La nueva empresa debe pagar los impuestos adeudados dentro del plazo de dos meses de la fusión.
- La(s) sociedad(es) que desaparecen debe(n) entregar los documentos timbrados sin uso en la unidad del Servicio que corresponda, dentro del plazo que se le indica en el formulario 3239, para su destrucción.

2.2.2. Procedimientos a seguir en el Proceso de Fusión de Sociedades.

- El contribuyente debe presentar en la Sección de RUT e Inicio de Actividades los formularios 3239, 4415 y escrituras.
- Los antecedentes y los formularios serán recibidos y revisados someramente en una primera instancia administrativa, a fin de verificar que se encuentran completos los antecedentes requeridos, de ser así, el legajo se pasará a fiscalización, instancia que procesará el caso.
- Las firmas que desaparecen como persona jurídica devuelven las cédulas RUT, dentro del plazo de 60 días siguientes a la fecha en que tal persona jurídica haya dejado de ser causante y/o retenedor de impuestos en razón de la terminación de sus actividades, según lo establecido en el Artículo N° 9 del Decreto con Fuerza de Ley N° 3 del año 1969, el que regula el Rol Único Tributario y establece normas para su aplicación.
- El Departamento de Fiscalización del Servicio de Impuestos Internos procede a asignarle RUT a la nueva sociedad creada producto de la fusión.
- Coloca en observaciones de la nueva sociedad:

“Fusión de RUT....., sujetos a revisión, deberá entregar documentos timbrados sin uso de dichas sociedades para destruir”.

- Coloca en observaciones de los RUT que desaparecen lo siguiente:

“Fusionada en RUT.....”

- Coloca en Formulario 3239, original y copia el siguiente timbre:

“Se tomó conocimiento, excedente de documentos timbrados destruir en..... Plazo de 30 días.

- Registra en la base de datos de los RUT de las sociedades que desaparecen, el mismo bloqueo que para Término de Giro.
- Procede a girar los impuestos correspondientes a las sociedades que desaparecen.

2.3. Absorción de Sociedades.

La absorción de sociedades, es el contrato por escritura pública, en que una sociedad ya existente absorbe a una o más sociedades, adquiriendo todos sus activos y pasivos, desapareciendo las sociedades absorbidas.

Si en el proceso de absorción, las sociedades disminuyen su capital social previamente a efectuar el trámite de absorción, deberán solicitar la resolución que autorice dicha disminución de capital.

2.3.1. Antecedentes que debe presentar el Contribuyente.

- Formulario 3239, sólo se llenar con absorción de sociedades marcando con una “X”, e indicar el RUT y Razón Social de las sociedades absorbidas, así como el RUT y Razón Social de la sociedad que subsiste. En caso que implique un Cambio de Razón Social, se debe especificar la Nueva Razón Social y solicitar nuevas copias de Cédulas RUT.

- Escritura Pública, publicada en el Diario Oficial, e inscrita en el Registro de Comercio, insertada en ella la cláusula de Responsabilidad establecida en el artículo 69° del Código Tributario, con el fin de evitar que la sociedad absorbida realice el trámite de término de giro.
- Las empresas absorbidas deben presentar balance de Término de Giro por el período comprendido entre el 1° de Enero del año de la absorción y la fecha de ésta. La empresa que subsiste debe enterar en arcas fiscales dentro de los meses siguientes a la fecha de la absorción los impuestos adeudados por las sociedades absorbidas.
- La sociedad que desaparece debe entregar los documentos timbrados sin uso en la Unidad del Servicio que corresponda, dentro del plazo que se le indica el en Formulario 3239, para su destrucción, esto es dentro del plazo de 30 días.

2.3.2. Procedimientos que debe seguir el Contribuyente en el Proceso de Absorción de Sociedad.

El procedimiento a seguir en este proceso, es el mismo descrito anteriormente que trata sobre el “Aporte de todo el Activo y Pasivo a otra sociedad”.

Cabe mencionar que los antecedentes descritos con anterioridad, sobre las obligaciones administrativas de carácter tributarios que debe seguir un contribuyente, ya sea para el Inicio de Actividades e Inscripción en el Registro RUT, como así también para informar los cambios sociales de cualquier índole,

tienen como finalidad establecer normas y procedimientos para llevar a cabo dicho proceso ante el organismo fiscalizador respectivo.

Por este motivo, y atendiendo el dinamismo con el que se mueven los negocios, es que el Servicio de Impuestos Internos con fecha 11 de Diciembre de 1996 publica la Circular N° 72, la que inserta modificaciones a la Circular N° 4 del año 1995, “Imparte Instrucciones Referente a la Actualización de la Información”, debido a que en la práctica se estaba dando un tipo de fusión que no se encontraba establecida en la Circulares anteriores a la publicación de dicha Circular N° 72.

La Circular N° 72 en comento introduce los procedimientos que debe seguir un contribuyente, respecto a la Disolución de Sociedades Anónimas, al reunirse la totalidad de las acciones en una sola persona natural o jurídica, lo que se conoce en la jerga tributaria como “Fusión Imperfecta”.

El órgano Fiscalizador, mediante la referida Circular en comento, define a este tipo de Fusión, como:

“La disolución de Sociedades Anónimas, por reunirse la totalidad de las acciones en manos de una sola persona, se produce cuando los accionistas enajenan, el total de las acciones de la Sociedad Anónima, y éstas son adquiridas por una misma persona natural o jurídica”.

Esta figura, es tratada es Título X de la Ley 18.046 sobre Sociedades Anónimas, específicamente en el artículo 103° número 2 del referido texto legal, el que hace mención a que la Sociedad Anónima se disuelve:

1.-.....

2.-Por reunirse todas las acciones en manos de una sola persona.

Ante este tipo de reestructuración societaria, el Servicio de Impuestos Internos, imparte las siguientes materias referentes a la Actualización de Información que se debe llevar a cabo, frente a este tipo de Fusión.

2.3.3. Antecedentes que debe presentar el Contribuyente Adquirente de las acciones:

- La persona Natural o Jurídica que ha adquirido el total de las acciones debe presentar el Formulario 3239, marcando con una “X” la opción Absorción, e indicando su RUT, nombre o razón social y además el RUT y la razón social de la Sociedad Anónima que desaparece. Además, deberá presentar copia de la escritura pública en la cual el Directorio de la Sociedad Anónima consigna el hecho de haberse reunido la totalidad de las acciones en una sola mano.
- El Adquirente, en una escritura pública especialmente otorgada para el efecto, podrá hacerse responsable de todos los impuestos que la Sociedad Anónima adeudare, según lo dispuesto en el artículo 69° del Código Tributario. Esta escritura deberá otorgarse dentro del plazo de 30 días hábiles contados desde la disolución de la Sociedad Anónima, en caso de no existir la cláusula de responsabilidad antes indicada la respectiva Sociedad Anónima que se disuelve deberá efectuar Término de Giro.
- No obstante lo anterior, la Sociedad Anónima que se disuelve debe presentar un balance de término de giro por el período comprendido entre el 01 de Enero del año de la disolución y la fecha de ésta. La persona natural o jurídica que haya reunido la

totalidad de las acciones de la Sociedad Anónima deberá enterar en arcas fiscales, dentro del plazo de dos meses siguientes a la fecha de la disolución, los impuestos a la Ley de la Renta adeudados por la Sociedad Anónima que desaparece, y los demás impuestos que adeudare dentro de los plazos legales normales, sin perjuicio de otros impuestos que pudieren adeudarse.

- La Sociedad Anónima que se disuelve debe entregar las Cédulas RUT, dentro del plazo de 60 días siguientes a la fecha en que tal persona jurídica haya dejado de ser causante y/o retenedor de impuestos en razón de la terminación de sus actividades, según lo dispuesto en el artículo N° 9 del Decreto con Fuerza de Ley N° 3, y los documentos timbrados sin uso en la Unidad del Servicio que corresponda, dentro del plazo que se le indica en el respectivo Formulario 3239, para su destrucción.

2.3.4. Procedimientos a Seguir.

- Contribuyente presenta en la Sección RUT e Inicio de Actividades el Formulario 3239 y escrituras.
- Los antecedentes y el Formulario serán recibidos y revisados someramente en una primera instancia administrativa, a fin de verificar que están completos. De ser así, el legajo se pasará a fiscalización, instancia que procesará el caso.

- Fiscalización procede a colocar en el sistema computacional, en observaciones del RUT de la persona Natural o Jurídica que se quedó con la totalidad de las acciones:

“Compra de Totalidad de las Acciones de RUT.....Deberá entregar documentos timbrados sin uso de dicha Sociedad Anónima para destruir.

- Coloca en observaciones de la Sociedad Anónima que se disuelve:”Acciones Adquiridas por RUT.....
- Coloca en el Formulario 3239, original y copia el siguiente timbre:”Se Tomo Conocimiento, excedente de documentos timbrados sin uso destruir en....., plazo de 30 días.
- Registra en la base de datos del RUT de la Sociedad Anónima que desaparece, el mismo bloqueo que para término de giro.- Procede a girar los impuestos correspondientes a la Sociedad Anónima que desaparece.

Sin embargo, el Servicio de Impuestos Internos, mediante Circular N° 2 del año 1998, concluye que por más que exista un contrato de compraventa de acciones, en la práctica resulta que el comprador, al producir con su operación la disolución de la sociedad, extingue esas acciones y los derechos sociales, con lo que se hace dueño de todos los activos que pertenecían a la sociedad disuelta, por un acto de enajenación cuyo antecedente o título es precisamente la disolución de la sociedad que se produce por el solo ministerio de la ley, siendo la ley en este caso, el modo de adquirir.

Como conclusión, cabe hacer mención que la reestructuración societaria, que nace como una necesidad empresarial imperante en los tipos de negocios de actualidad, genera efectos de toda índole, especialmente de

tipo administrativo- tributario, los que son un factor adicional y de gran importancia al momento de planificar un caso de Reorganización societaria, ya que la falta de conocimiento de estos factores puede generar sanciones a las normas tributarias vigentes, así por ejemplo, el artículo 15° del referido Decreto con Fuerza de Ley N° 3 del año 1969 que regula el Rol Único Tributario, establece que la adulteración o falsificación e Cédulas RUT, el uso de una Cédula adulterada, falsificada o de una auténtica que debió ser devuelta al Servicio de Impuestos Internos, de acuerdo a lo mencionado en artículo N° 9 del texto legal en comento, o la utilización en beneficio propio de una Cédula perteneciente a un contribuyente distinto de quien la exhibe, será sancionado con arreglo a lo dispuesto en el artículo 109° del Código Tributario, esto es, con una multa no inferior a un no por ciento ni superior a un cien por ciento de una Unidad Tributaria Mensual, o hasta del triple del impuesto eludido si la contravención tiene como consecuencia la evasión del impuesto. Igual sanción se aplicará si se trata del uso indebido de un comprobante de petición de Cédula.

Por otra parte, acto seguido a lo mencionado en el párrafo precedentemente, el artículo 16° del D.F.L N° 3, establece que las personas que realicen los hechos gravados en el Decreto Ley 825, de 1974, sin estar identificadas en el Rol Único Tributario, serán consideradas de comerciantes o industriales clandestinos para los efectos de aplicarles la sanción contemplada en el N° 9 del artículo 97° del Código Tributario, esto es, con multa del treinta por ciento de una Unidad Tributaria Anual a cinco Unidades Tributarias Anuales y con presidio o relegación menor en su grado medio y, además, con el comiso de los productos e instalaciones de fabricación y envases respectivos. Por otra parte, la Circular N° 14 del 13 de Marzo de 1996, imparte modificaciones a la referida Circular N° 17 antes descrita, al señalar que los contribuyentes que no comuniquen al Servicio de Impuestos Internos, las modificaciones, ya sean cambios simples o complejos, que hayan sufrido sus negocios, será sancionada con lo dispuesto en el Artículo 97° N° 1 del Código

Tributario, esto es con Multa que va desde una Unidad Tributaria Mensual a una Unidad Tributaria Anual, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 109° del Código Tributario, el que será aplicable en los casos en que los contribuyentes no informen o no pidan autorización al Servicio de Impuestos Internos, para realizar disminuciones de capital.

Sin embargo lo anterior, las instrucciones y procedimientos que deben seguir los contribuyentes para el Inicio de Actividades e Inscripción en el Registro Rol Único Tributario, se encuentran impartidas mediante Circular N° 31 del 01 de Junio de 2007.

Si bien no deja de ser menos cierto, que los plazos para realizar los procedimientos antes descritos, ya sea de fusión o modificación a los estatutos sociales, se encuentran establecidos en las distintas Circulares mencionadas en los párrafos precedentes, cabe hacer mención que el **Servicio de Impuestos Internos mediante Resolución Exenta N° 55 con fecha 30 de Septiembre de 2003, la que instruye sobre la obligatoriedad de dar aviso de cambios de la información comunicada al ente fiscalizador, señala expresamente que deberá darse aviso en la Unidad del Servicio que corresponda a la jurisdicción del domicilio del contribuyente, utilizando los formularios especialmente diseñados para tal efectos, dentro del plazo de 15 días hábiles siguientes a la fecha de la modificación de los datos o antecedentes, o a contar de la fecha de inscripción en el Registro de Comercio, en los casos que ella sea pertinente.**

Lo anterior debe entenderse, que el Servicio de Impuesto Internos, como ente fiscalizador que vela por el correcto cumplimiento de las normas tributarias, no tiene por finalidad contraponerse a normas emitidas por otros organismos fiscales, como lo es la Ley 18.046 de Sociedades Anónimas, emitida por la Superintendencia de Valores y Seguros. Esta última establece en su artículo 5°, que la inscripción y publicación de la escritura social, deberá efectuarse dentro del plazo de 60 días contados desde la fecha de la

respectiva escritura, por lo tanto, para entender el fondo tributario que el Servicio de Impuestos Internos quiso interpretar mediante las Circulares descritas con anterioridad, debemos mencionar que los 60 días contados desde la fecha de la respectiva escritura de fusión o modificación que se señalan en los párrafos precedentes, tienen relación con las instrucciones establecidas por la Ley 18.046, y por ende una vez finalizado todo el proceso antes descrito, el contribuyente tendrá 15 días para presentar ante el Servicio de Impuestos Internos los antecedentes relacionados con las modificaciones a los estatutos sociales que acompañan a todo proceso de fusión, entendiéndose por tal, a la Absorción de Sociedades y al Aporte de todo el Activo y Pasivo a otra Sociedad.

3. Obligaciones al Término de Giro.

La obligación Administrativa de dar Aviso de Término de Giro, que se encuentra contenida en el Artículo 69° del Código Tributario, es escueta respecto al tema planteado en la presente tesis, el que tiene relación con la reorganización de sociedades, específicamente la fusión, no obstante la escasa regulación, la interpretación que se le da a estas normas es amplia, por lo que deben ser analizadas con atención.

Del tenor de la Ley, específicamente en el Artículo 69° antes mencionado se desprende lo siguiente:

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

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

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

Cuando con motivo del cambio de giro, o de la transformación de una empresa social en una sociedad de cualquier especie, el contribuyente queda afecto a otro régimen tributario en el mismo ejercicio, deberán separarse los resultados afectados con cada régimen tributario sólo para los efectos de determinar los impuestos respectivos de dicho ejercicio.

No podrá efectuarse disminución de capital en las sociedades sin autorización previa del Servicio”.

De acuerdo al texto legal antes descrito, puede apreciarse que existen dos requisitos, los cuales son:

- Comunicación escrita al Servicio de Impuestos Internos, en donde conste la declaración de Término de Giro por parte del Contribuyente.
- Presentación de un Balance de Término de Giro, para la determinación de los impuestos que se adeudan.

Sin embargo, el artículo 69° del Código Tributario, establece la excepción de la declaración de término de Giro, cuando la sociedad creada, subsistente o continuadora legal, deje constancia por escrito mediante la escritura de fusión, de asumir la responsabilidad sobre los impuestos que el contribuyente que pone fin a sus actividades adeudare al fisco. Cabe señalar que la cláusula antes descrita, facilita y da dinamismo a los trámites administrativos, con el fin de facilitar al contribuyente continuador de las actividades seguir con sus negocios en forma armoniosa y no verse entrampado por trámites engorrosos.

Por lo descrito anteriormente, dicha cláusula de responsabilidad solidaria ante los impuestos adeudados, debe estar señalada expresamente en la respectiva escritura de fusión, con el fin de dejar constancia en documento formal legalizado, como es la escritura pública de fusión, de tal responsabilidad, ya que en caso contrario, se debe tener presente lo establecido en el artículo 70° del Código Tributario, el que menciona , que no se autorizará ninguna disolución de sociedades sin un certificado del Servicio de Impuestos Internos, en el cual conste que la sociedad se encuentra al día en el pago de sus tributos.

Sin embargo, se dan los casos en que no existe una escritura de fusión, como sucede en la reunión del 100% de todas las acciones en una sola mano, ya que se esta en presencia de una fusión Imperfecta, y por lo tanto la sociedad fusionada debe disolverse por el solo ministerio de la ley; según lo establecido por la Superintendencia de Valores y Seguros, mediante Oficio ordinario N° 5592 de fecha 29 de Noviembre de 1996, la Ley de Sociedades Anónimas a través del

artículo 103 N°2 y por Circular N° 2 del año 1998, emitido por el Servicio de Impuestos Internos; por lo tanto en este caso en particular se hace indispensable que las referidas acciones no se adquieran mediante oferta pública, sino que por medio de escritura pública de compra de acciones, en la que conste la referida cláusula de Responsabilidad Solidaria antes los impuestos que establece el artículo 69° del Código Tributario, ya que de no ser así la Sociedad Anónima disuelta, deberá iniciar formalmente el proceso de Término de Giro.

El Servicio de Impuestos Internos, en relación a la materia tratada en este punto, publica con fecha 29 de Octubre de 1998, la Circular N° 66, la que imparte instrucciones referentes al procedimiento formal de Término de Giro e implementa Nuevo formulario de “Aviso y Declaración por Término de Giro”.

El concepto de Procedimiento de Término de Giro, está constituido por las etapas administrativas, que se deben cumplir para que el Servicio de Impuestos Internos otorgue a los contribuyentes que ponen fin a sus actividades comerciales ó industriales, el Certificado de Término de Giro.

Dicho procedimiento tiene por finalidad, revisar la autoliquidación de los impuestos que haya determinado el contribuyente en el respectivo Formulario de “Aviso y Declaración por Término de Giro”, verificando la exactitud de su declaración, examinando la documentación sustentatoria, con el fin de girar los impuestos resultantes de la declaración, o proceder de acuerdo a la normativa tributaria vigente, a determinar los impuestos, en el caso de existir tributos no incluidos en la declaración.

Acto seguido, el Servicio procede a destruir los documentos timbrados y sin utilizar que dan derecho a crédito fiscal, incluyendo las guías de despacho. Con esto se deja constancia, en los respectivos archivos manuales o computacionales del organismo fiscalizador, de los contribuyentes que ponen término a sus actividades.

De lo anterior se desprende, que existen requisitos que se deben cumplir para realizar el trámite de Término de Giro, los que se enuncian a continuación:

- El contribuyente tiene que haber cesado por completo su actividad.
- Llenar el Formulario de Aviso y Declaración de Término de Giro, presentarlo en original y copia en el Servicio de Impuestos Internos.
- Además, junto con el Formulario debe presentar los siguientes antecedentes:
 - ✓ Cédula Nacional de identidad del contribuyente o Cédula RUT. Si es un mandatario quién efectúa el trámite, debe exhibir la Cédula de Identidad o Cédula RUT de su mandante o fotocopia de ésta autorizada ante notario, y acreditar su representación mediante poder autorizado ante notario, oficial del registro civil o ministro de fe del Servicio de Impuestos Internos.
 - ✓ Inventario, Balances de los tres últimos años (más el período de término de giro) y FUT.
 - ✓ Libros de Compra y Ventas de los tres últimos años.
 - ✓ Declaración de IVA (Formulario 29) de los tres últimos meses.
 - ✓ Declaración de Renta (Formulario 22 en original y copia) correspondiente al año comercial anterior al momento de la presentación de Término de Giro, sólo para los avisos de término de giro presentados durante los meses de enero a marzo. Para los avisos de término de giro presentados durante los meses de abril y mayo copia del Formulario 22 con timbre de la institución financiera donde fue presentado.

- ✓ Talonarios de Boletas, Facturas, guías de despacho, notas de débito, notas de crédito y otros documentos timbrados y no utilizados (sólo cuando proceda, según el giro o actividad).
- ✓ Certificado de Deuda Fiscal emitido por el Servicio de Tesorería, con antigüedad no mayor a un mes.
- ✓ Documentos que respalden la venta de los bienes del activo fijo o realizable, o en caso de venta del negocio en marcha, copia del contrato de venta respectivo.
- ✓ En los casos de contribuyentes fallecidos, se deberá acreditar la representación legal con un poder otorgado por los interesados de la sucesión, indicados en el acto de posesión efectiva, y una copia autorizada de éste.

Para el caso de personas jurídicas, deben presentarse todos los antecedentes descritos con anterioridad, más la respectiva escritura de constitución y modificación de la sociedad si las hubiere, junto con lo anterior se procede a la devolución de las Cédulas RUT.

Sólo en los casos que el Servicio de Impuestos Internos estime conveniente, se solicitará cuando corresponda, la documentación sustentatoria que acredite fehacientemente los antecedentes descritos anteriormente.

Las sanciones con motivo de no dar Aviso de Término de Giro, cuando se está obligado a hacerlo, por no existir cláusula de responsabilidad solidaria antes los impuestos, son aquellas establecidas en el artículo 97 N°1 y N° 2 del Decreto Ley 830 sobre Código Tributario, esto es, con multa de una Unidad Tributaria Mensual a una Unidad Tributaria Anual, en el caso de omisión o retardo en la presentación de declaraciones o informes, que no constituyan la base inmediata para la determinación o liquidación de impuestos, según lo dispuesto en el N° 1 del referido artículo antes mencionado, o con multa de diez por ciento de los impuestos que resulten de la liquidación, siempre que la omisión o retardo de la

presentación de declaraciones o informes constituyan la base inmediata para la determinación o liquidación de impuestos, y siempre que dicho retardo u omisión no sea superior a cinco meses, ya que pasado dicho lapso de tiempo, la multa indicada anteriormente se verá incrementada en un dos por ciento por cada mes o fracción de mes de retardo, no pudiendo exceder el total de ella del treinta por ciento de los impuestos adeudados, según lo dispuesto en el N° 2 inciso primero del artículo 97°.

En conclusión, se puede señalar que el proceso general de término de Giro, se basa en un formulario autodeclarativo, que puede ser solicitado en cualquier Unidad del Servicio de Impuestos Internos, el que será la base para la revisión que el ente fiscalizador realizará antes del otorgamiento del Certificado de Término de Giro.

No obstante lo anterior, cabe señalar que el presente trabajo de tesis tiene por finalidad, ilustrar los efectos de la planificación tributaria que envuelve a la reorganización de sociedades, específicamente la fusión, y no entrar en mayores ahondamientos en los diferentes trámites de carácter administrativos que encierran el referido proceso de reestructuración societaria, ya que si bien no dejan de ser menos importantes, requieren de un estudio más profundo de la normativa vigente relacionada con este tema.

Capítulo III

LEGISLACIÓN APLICABLE A LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

La Ley 18.046, que regula el tratamiento aplicable a este tipo de personas jurídicas; las Sociedades Anónimas, fue publicada en el Diario Oficial de 22 de Octubre del año 1981, y creada en su efecto por el Ministerio de Hacienda, y tiene por finalidad normar el correcto desarrollo de éstas personas jurídicas, con el fin que alcancen el objetivo planteado para el cual fueron constituidas.

La Sociedad Anónima, se encuentra definida en el artículo 1° de la Ley 18.046 como “una persona jurídica formada por la reunión de un fondo común, suministrado por accionistas responsables sólo por sus respectivos aportes y administrada por un directorio integrado por miembros esencialmente revocables”.

“La sociedad Anónima es siempre mercantil, aun cuando se forme para la realización de negocios de carácter civil”.¹³

En la definición antes descrita, se desprende que la sociedad anónima está formada por un fondo común representativo de acciones o títulos accionarios que representan la participación que poseen en ella los respectivos accionistas.

Por lo tanto, lo importante de este fondo común suministrado por accionistas responsables sólo de sus aportes, lo constituye el título accionario, por lo que es pertinente, tener en consideración antes de seguir ahondando en el tema normativo de la Sociedad Anónima, saber que se entiende por “acción”.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española señala que la acción es “Cada una de las partes en que se considera dividido el capital de una

¹³ Artículo 1°. Ley 18.046 sobre Sociedades Anónimas. Ministerio de Hacienda. Chile. 1981.

compañía anónima”, y también la define como el “Título que acredita y representa el valor de cada una de aquellas partes”.

Jurídicamente, el término acción en las Sociedades Anónimas denota un solo concepto, esto es, el derecho que tiene el accionista como socio en la sociedad anónima, asimilándose en este sentido al interés social de los socios en las sociedades de personas.

Desde la perspectiva del accionista, la acción representa una parte alícuota del fondo común de una Sociedad Anónima, y que habilita a su titular para ejercer los derechos de carácter patrimonial sobre el patrimonio neto, fundamentalmente a percibir las utilidades financieras que produzca la respectiva sociedad.¹⁴

Esto implica que la acción representa en esencia el valor proporcional del capital y del patrimonio neto, y que determina la parte de los derechos que corresponde a cada accionista sobre el patrimonio social.

Pero la acción, representada por un título, también es un documento que puede ser libremente transferido en el mercado, adquiriendo así las características de un verdadero bien comercial, con un precio que lo da el propio mercado. Esto particularmente en el caso de las acciones de Sociedades Anónimas Abiertas con presencia bursátil que hacen oferta pública de sus títulos.

Considerando lo expuesto anteriormente, la Sociedad Anónima posee características que se desprenden a partir de su definición legal, estas son:

- Es una persona jurídica, y como tal, susceptible de ejercer derechos y contraer obligaciones.
- Los derechos sociales están representados por un fondo común compuesto de títulos accionarios.

¹⁴ Hernández, Adasme, Ricardo.”Fusión, Transformación y División de Sociedades Anónimas, Efectos Tributarios. Primera Edición. Año 2000.

- Los accionistas responden sólo con sus respectivos aportes.
- Los títulos, en el caso de una Sociedad Anónima Abierta, son de libre cesibilidad.
- Es administrada por un Directorio, integrado por miembros esencialmente revocables, y que se encuentra normado por la misma ley.
- Siempre tendrá el carácter de mercantil, entendiéndose por tal aquellas sociedades que realizan algunos de los actos de comercio, establecidos en el Artículo 3° del Código de Comercio.

Por otra parte la ley en comento, específicamente en su Artículo 2° establece que las sociedades anónimas pueden agruparse en dos clases; abiertas o cerradas.

Del tenor del Artículo 2° antes descrito, se desprende que las Sociedades Anónimas abiertas:

- Son Aquellas que tienen 500 o más accionistas.
- Aquellas en las que, a lo menos, el 10% de su capital suscrito pertenece a un mínimo de 100 accionistas, excluidos los que individualmente, o a través de otras personas naturales o jurídicas, excedan dicho porcentaje, y
- Aquellas que inscriban voluntariamente sus acciones en el Registro de Valores.

En cambio, son Sociedades Anónimas cerradas las no comprendidas en el inciso anterior¹⁵.

¹⁵ Artículo 2°. Ley 18.046 de Sociedades Anónimas. Ministerio de Hacienda. Chile. 1981

La ley 18.046, sobre sociedades anónimas, establece que las sociedades anónimas abiertas y las sociedades anónimas cerradas que acuerden en sus estatutos someterse a las normas que rigen a las sociedades anónimas abiertas, o que por disposición legal estén obligadas a hacerlo, quedarán sometidas a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros, en adelante SVS, deberán inscribirse en el Registro de Valores y observar las disposiciones aplicables a las sociedades anónimas abiertas.

Por otra parte, la misma ley que regula el tratamiento de las Sociedad Anónimas, establece que las sociedades anónimas que dejen de cumplir las condiciones para ser consideradas abiertas o que se hayan inscrito voluntariamente en el Registro de Valores, continuarán afectas a las normas que las rigen, mientras la junta extraordinaria de accionistas no acordare lo contrario por los dos tercios de las acciones emitidas con derecho a voto. En este caso, el accionista ausente o disidente tendrá derecho a retiro, según lo dispuesto en el Artículo 69° de la ley¹⁶.

¹⁶ Artículo 69°. Ley 18.046 de Sociedades Anónimas. Ministerio de Hacienda. Chile. 1981. "Considérese accionista disidente a aquel que en la respectiva junta se hubiere opuesto al acuerdo que da derecho a retiro, o que, no habiendo concurrido a la junta, manifieste su disidencia por escrito a la sociedad, dentro del plazo de treinta días contados desde de la fecha de publicación del acuerdo desaprobatorio o que motivo el retiro".

1. Constitución y Formación de una Sociedad Anónima.

La sociedad Anónima se forma, existe y prueba por escritura pública inscrita y publicada en los términos del artículo 5° del precepto legal que norma este tipo de sociedades, dentro el plazo de sesenta días siguientes al otorgamiento de la respectiva escritura de constitución.¹⁷ El cumplimiento oportuno de la inscripción y publicación producirá efectos retroactivos a la fecha de la escritura.

Como cualquier constitución de sociedad, la respectiva escritura pública debe contener una serie de menciones mínimas, que se encuentran establecidas en el artículo 4° de la ley, esto es:

- El nombre, profesión y domicilio de los accionistas que concurran a su otorgamiento.
- El nombre y domicilio de la sociedad.
- La enunciación del o de los objetos específicos de la sociedad.
- La duración de la sociedad, la cual podrá ser indefinida y, si nada se dice, tendrá este carácter.
- El capital social, el número de acciones en que es dividido con indicación de sus series y privilegios si los hubiere y si las acciones tienen o no valor nominal; la forma y plazos en que los accionistas deben pagar su aporte, y la indicación y valorización de todo aporte que no consista en dinero.
- La organización y modalidades de la administración social y de su fiscalización por los accionistas.

¹⁷ Artículo 5°. Ley 18.046 de Sociedades Anónimas. Ministerio de Hacienda. Chile. 1981.

- La fecha en que debe cerrarse el ejercicio y confeccionarse el balance y la época en que debe celebrarse la junta ordinaria de accionistas.
- La forma de distribución de utilidades.
- La forma en que debe hacerse la liquidación.
- La naturaleza del arbitraje a que deberán ser sometidas las diferencias que ocurran entre los accionistas.
- La designación de los integrantes del directorio provisorio y de los auditores externos o de los inspectores de cuentas, en su caso, que deberán fiscalizar el primer ejercicio social¹⁸.

Por otra parte, la Sociedad Anónima, para quedar constituida formalmente, deberá inscribir en el Registro de Comercio correspondiente al domicilio de la sociedad, un extracto de la escritura social, previamente autorizada por el Notario Público, tal como lo establece el artículo 5° de la respectiva ley 18.046 sobre Sociedades Anónimas. El referido extracto, deberá publicarse por una sola vez en el Diario Oficial dentro del plazo de sesenta días contado desde la fecha de la respectiva escritura, y en el cual se deberá expresar lo siguiente:

- El nombre, profesión y domicilio de los accionistas que concurran a su otorgamiento.
- El nombre, el o los objetos de la sociedad, el domicilio, y la duración de la sociedad.

¹⁸ Artículo 4°. Ley 18.046 de Sociedades Anónimas. Ministerio de Hacienda. Chile. 1981.

- El capital y número de acciones o títulos en que se divide, con indicación de sus series y privilegios si los hubiere, y si las acciones tienen o no valor nominal.
- Indicación del monto del capital suscrito y pagado y plazo para enterarlo, en su caso.

El extracto de una modificación, tema de interés del presente trabajo de tesis, deberá expresar la fecha de la escritura y el nombre y domicilio del notario ante el cual se otorgó. Sólo será necesario hacer referencia al contenido de la reforma cuando se hayan modificado algunas de las materias señaladas en el inciso precedente, todo esto según lo dispuesto en el Título I, artículo 5° inciso segundo de la Ley de S.A., que trata sobre los aspectos principales de la constitución¹⁹.

De lo expuesto anteriormente, se puede concluir, que la sociedad anónima, debe dar cumplimiento a dos actos solemnes que perfeccionan su existencia legal. La primera, es la inscripción del extracto de la escritura en el Registro de Comercio del domicilio de la sociedad, y la segunda, es que el mismo extracto antes descrito, debe publicarse en el Diario Oficial con el fin de dejar constancia del nacimiento de una nueva persona jurídica.

¹⁹ Artículo 5° inciso segundo. Ley 18.046 de Sociedades Anónimas. Ministerio de Hacienda. Chile. 1981.

2. Del Capital Social.

Se puede definir el capital de la Sociedad Anónima como una cifra contable, mencionada expresamente en los estatutos, cuya cuantía o valor coincide o debe coincidir en el momento constitutivo con el total de los bienes aportados o prometidos a la sociedad, y que figura como primera partida de su pasivo.

En otros términos el capital es el conjunto de los bienes aportados por los accionistas a la constitución de la sociedad. Este capital inicial puede aumentar por nuevos aportes o por sucesivas capitalizaciones.

El Artículo N°10 de la ley de S.A., establece que el capital de la sociedad deberá ser fijado de manera precisa en los estatutos y sólo podrá ser aumentado o disminuido por reforma de los mismos²⁰.

No obstante lo anterior, el capital y el valor de las acciones se entenderán modificados de pleno derecho cada vez que la junta ordinaria de accionistas apruebe el balance del ejercicio. El balance deberá expresar el nuevo capital y el valor de las acciones resultante de la distribución de la revalorización del capital propio. Para estos efectos, el directorio, al someter el balance del ejercicio a la consideración de la junta, deberá previamente distribuir en forma proporcional la revalorización del capital propio entre las cuentas del capital pagado, las de utilidades retenidas y otras cuentas representativas del patrimonio.

El capital de la sociedad anónima se divide en un número determinado de acciones, las que según lo dispuesto en el artículo 15° de la respectiva normativa que regula estas instituciones, podrán pagarse en dinero efectivo o con otros bienes, los que deberán ser estimados por peritos y en los casos de aumento de capital, será necesario además, que la junta de accionistas apruebe dichos aportes y estimaciones.

²⁰ Artículo 10°. Ley 18.046 de Sociedades Anónimas. Ministerio de Hacienda. Chile. 1981.

Con respecto del capital no pagado, el artículo N° 16 inciso tercero, establece que las acciones cuyo valor no se encuentre totalmente pagado gozarán de iguales derechos que las íntegramente pagadas, salvo en lo relativo a la participación que les corresponda en los beneficios sociales y en las devoluciones de capital, casos en los que concurrirán en proporción a la parte pagada. No obstante, los estatutos sociales podrán establecer otra cosa.

3. Principales Aspectos De la Ley de Sociedades Anónimas a Considerar en todo Proceso de Reorganización Empresarial.

Podría afirmarse que la regla general en nuestra legislación respecto de los intereses comprometidos o involucrados en el contrato de sociedad, cualquiera sea su especie legal, aunque principalmente en la sociedad anónima, es la tutela de los intereses de personas que pueden verse afectadas por el devenir de los entes jurídicos.

Así, la Ley de sociedades Anónimas y el Decreto Supremo N° 587 que la reglamenta. Dedicar una serie de sus artículos a la protección y resguardo de los derechos y deberes de los accionistas y demás personas vinculadas a ellos. De este modo, se reconoce una vasta gama de derechos, como el derecho a la información contemplada en el Artículo 7° de la ley, Artículo 135° de la misma, complementado por el 106° del Reglamento, Artículo 54° de la ley; derecho a voz y voto en las juntas, establecidos en los artículos N° 21° y 23° de la ley; derecho a las utilidades o dividendos, Artículo 16° inciso final de la ley; derecho a la opción preferente en los aumentos de capital, Artículo 25° de la ley y Artículos 29° al 31° del Reglamento, derecho a retiro, Artículos 69° al 71° de la ley y 76° al 81° del Reglamento, derecho de hacer convocar a la junta, verdadero órgano fiscalizador de la administración de la sociedad que agrupa a los propios accionistas, Artículo 58 N° 3 de la ley. Como también obligaciones, entre las cuales podemos distinguir

la de los accionistas que al ejercer sus derechos sociales establecidos en la respectiva ley, respeten los de la sociedad y demás accionistas, según lo dispuesto en el Artículo 30° de ley 18.046.

Sin embargo, como lo veremos en este capítulo, en materia de reorganización de sociedades, y específicamente en el caso de fusión de empresas, el legislador ha omitido toda sistematización referida a este crucial y trascendente tema dejándolo a la práctica y a las habilidades de quienes ejercen como asesores tributarios o comerciales.

En el proceso de fusión podemos distinguir al menos tres tipos de intereses, como son el interés de los socios que integran las sociedades participantes, el de los acreedores sociales de dichas sociedades y el de las propias sociedades que participan de dicho proceso reorganizativo.

Para efectos de este trabajo analizaremos algunos aspectos de la protección a los accionistas que establece la normativa, en cuanto parecen pertinentes al estudio de la figura de Fusión de Sociedades.

3.1. Derecho a Voto.

Este derecho es uno de los más importantes, y está consagrado en los Artículos 21° y 23°; el primero prescribe como norma general que el accionista dispondrá de un voto por cada acción que posea o represente. Sin embargo, los estatutos podrán contemplar series de acciones preferentes sin derecho a voto o con voto limitado.

El mismo precepto señala que en caso de existir series de acciones preferentes sin derecho a voto o con derecho limitado, tales acciones gozarán del pleno derecho a voto cuando la sociedad no haya cumplido con las

preferencias otorgadas a favor de éstas; al mismo tiempo que conservarán tal derecho mientras no se haya dado total cumplimiento a dichas preferencias.

En caso de duda sobre la adquisición del pleno derecho a voto, ella será resuelta administrativamente por la Superintendencia respectiva con ciertas formalidades.

Es de vital importancia, la determinación de las acciones con derecho a voto, ya que son estas últimas las que a su vez establecen cuales son los quórum de constitución o de votación, para la toma de decisiones de la junta. Y es así, como eventualmente podrían presentarse problemas con las acciones de privilegio, que en algunos casos pudieren tener capacidad de decisión.

A los titulares de acciones inscritas en el Registro de Accionistas con cinco días de anticipación a aquel en que se celebre la junta, les corresponde el ejercicio del derecho a voto, según lo dispuesto en el artículo 62° de la ley, este punto es de vital importancia, debido a que si cumplen con el requisito antes descrito podrán participar de los quórum e influir en decisiones de carácter social.

En cuanto a las acciones constituidas en prenda, el ejercicio de este derecho corresponde al deudor prendario. Una situación especial también se produce en el caso del usufructo, ya que es al usufructuario y al nudo propietario, conjuntamente, los que les corresponde el ejercicio del derecho a voto, salvo estipulación en contrario. (Artículo 65° de la Ley).

No hay que olvidar que el embargo sobre acciones no priva a su dueño del pleno ejercicio de los derechos sociales. Por último podemos decir que el ejercicio del derecho a voto se puede expresar como dictamen o parecer para aprobar o rechazar proposiciones en las juntas de accionistas.

3.2. Derecho a Retiro.

Constituye el derecho a retiro el mecanismo de protección de las minorías por excelencia en el proceso de reorganización de empresas. De esta forma en el evento que en el núcleo social se adopten acuerdos perjudiciales a los intereses de ciertos socios, tanto la ley como la doctrina han reconocido en el accionista una alternativa explícita distinta a la cesión de acciones, medio normal que utiliza el accionista para separarse de la sociedad, que se traduciría en el derecho a retiro de la sociedad.

En este caso, el alejamiento del accionista no opera por su sola decisión, como ocurre en la cesión de acciones, sino que exige, además, la ocurrencia de algunos hechos consagrados en la ley.

La institución jurídica en cuestión se incorpora a nuestra legislación, y tiene la originalidad de atribuir un efecto adicional a la disidencia frente a determinados acuerdos de la junta de accionistas.

En efecto, el derecho de retiro es introducido a nuestra legislación por la ley 18.046, sobre sociedades anónimas, presuntamente de la legislación comparada, específicamente de la legislación española.

Podríamos definirlo como “El derecho concedido por la ley a los accionistas para retirarse de la sociedad, previo pago por ésta del valor de sus acciones, en caso de ciertos cambios fundamentales en el contrato social. Para ejercer este derecho el accionista ha de haber manifestado su disidencia en forma legal”²¹.

Es el Artículo 69° de la ley el que describe cierta situación a la que nombra “derecho a retirarse”, sin dar ninguna definición al respecto.

²¹ Pérez, Troya, Adoración. “La Determinación del Canje Accionario en la Fusión de Sociedades Anónimas”. Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid. Año 1999.

Es en el inciso segundo, en el que el legislador recién enuncia un tipo de definición, la cual conceptualiza al sujeto de este derecho, el accionista disidente. En él establece:

“Considerase accionista disidente a aquel que en la respectiva junta se hubiere opuesto al acuerdo que da derecho a retiro, o que, no habiendo concurrido a la junta, manifieste su disidencia por escrito a la sociedad, dentro del plazo establecido en el artículo siguiente”²².

El plazo establecido para estos efectos es de treinta días, contados desde la fecha de celebración de la junta que adoptó el acuerdo que motiva su retiro.

En efecto, según prescribe este artículo, “La aprobación por junta de algunas de las materias que se indican más adelante, concederá al accionista disidente el derecho a retirarse de la sociedad, previo pago por aquella del valor de sus acciones. Sin perjuicio de lo anterior, en caso de haberse declarado la quiebra de la sociedad, se suspenderá el ejercicio del derecho a retiro hasta que no sean pagadas las acreencias que existan en el momento de generarse ese derecho.

Cabe destacar, que a diferencia de la cesión de acciones, el accionista no las transfiere a un tercero, sino a la propia sociedad emisora.

Los acuerdos que conceden el derecho a retiro del accionista son los siguientes, según lo dispuesto en el artículo 69° de la ley en comento:

- 1) La transformación de la sociedad.
- 2) La fusión de la sociedad.

²² Artículo 69°. Ley 18.046 de Sociedades Anónimas. Ministerio de Hacienda. Chile. 1981.

- 3) La enajenación del 50% o más del activo social, en los términos referidos en el N° 9 del Artículo 67°.
- 4) El otorgamiento de cauciones a que se refiere el N° 11 del Artículo 67°.
- 5) La creación de preferencias para una serie de acciones o la reducción de las ya existentes. En este caso, tendrán derecho a retiro únicamente los accionistas disidentes de la o las series afectadas.
- 6) El saneamiento de la nulidad causada por vicios formales de que adolezca la constitución de la sociedad o alguna modificación de sus estatutos que diere este derecho.
- 7) Los demás casos que establezca la ley o sus estatutos en su caso.

En cuanto al precio a pagar por la sociedad al accionista disidente que ejerza el derecho a retiro, establece la ley que será, en las sociedades anónimas cerradas, el valor libro de la acción, y en las abiertas, el valor de mercado de la misma, determinados en la forma que fija el reglamento. Las normas que prescriben esto están contenidas en los Artículos N° 77, 78, 79, 80 y 81 del Decreto Supremo N° 587 de 1982, que establece el Reglamento de las Sociedades Anónimas.

El Artículo N° 71 de la ley 18.046 reza: "El directorio podrá convocar a una junta que deberá celebrarse a más tardar dentro de los treinta días siguientes al vencimiento del plazo señalado en el Artículo 70°, a fin de que ésta reconsidere o ratifique los acuerdos que motivaron el ejercicio del derecho a retiro. Si en dicha junta se revocaren los mencionados acuerdos, caducará el referido derecho de retiro".

Sin embargo, el retiro de los accionistas tiene una considerable limitación, nunca podrá extenderse a más allá de un tercio de las acciones emitidas con derecho a voto, precisamente aquel tercio que no consintió en los acuerdos de fusión, que en su oportunidad tuvo que adoptarse por los dos tercios de las acciones emitidas con derecho a voto.

Si bien, lo descrito anteriormente son tópicos importante que se deben considerar en una reorganización empresarial, no es de carácter relevante para nuestro tema de interés.

La Ley 18.046, sobre Sociedades Anónimas, atendiendo el dinamismo de los negocios contemporáneos, regula en su Título IX, la División, Transformación y Fusión de Sociedades, no obstante de la regulación existente, puede concluirse que la normativa vigente es escasa y no cubre todos los problemas de reorganización de empresas, razón por la cual muchas de las dificultades que se generan en la práctica de estas modificaciones sociales quedan al arbitrio de la interpretación personal de los asesores.

4. Normas de Carácter General.

Estas se refieren a la regulación que efectúa el legislador en relación a normas amplias que comprenden tópicos de reorganización de sociedades, éstas las podemos clasificar en:

- Normas Relativas al Origen.
- Normas Relativas a Quóruns.
- Normas Relativas a los Efectos.

Las primeras, relativas al origen, regulan la facultad exclusiva que tienen los propietarios de la sociedad para modificar el pacto social. Estas normas se encuentran expresadas en el Artículo N° 57 de la Ley, y da la potestad a la Junta Extraordinaria de la Sociedad, como órgano colegiado creado por ley, a pronunciarse respecto a las siguientes materias:

Artículo N° 57, Son materia de la Junta Extraordinaria:

- 1) La disolución de la Sociedad.
- 2) La transformación, fusión o división de la sociedad y la reforma de sus estatutos.
- 3) La emisión de bonos o debentures convertibles en acciones.
- 4) La enajenación del activo fijo y pasivo de la sociedad o del total de su activo.
- 5) El otorgamiento de garantías reales o personales para caucionar obligaciones de terceros, excepto si éstos fueren sociedades filiales, en cuyo caso la aprobación de directorio será suficiente.
- 6) Las demás materias que por ley o por los estatutos corresponden a su conocimiento o a la competencia de las juntas de accionistas.

El mismo Artículo N° 57 en su inciso segundo, establece una norma especial, la que establece que las materias referidas en los números 1, 2, 3 y 4 sólo podrán acordarse en junta extraordinaria celebrada ante notario, quién deberá certificar que el acta es expresión fiel de lo ocurrido y acordado en la reunión.

Por otra parte, los Artículos N° 58 y 59 de la respectiva ley, señalan algunas formalidades relativas a la convocatoria a junta extraordinaria, las que se refieren:

- 1) El directorio deberá convocar a la referida junta, siempre que, a su juicio, los intereses de la sociedad lo justifiquen.
- 2) A junta ordinaria o extraordinaria, según sea el caso, cuando así lo soliciten accionistas que representen, a lo menos, el 10% de las acciones emitidas con derecho a voto, expresando en la solicitud los asuntos a tratar en la junta.
- 3) A junta ordinaria o extraordinaria, según sea el caso, cuando así lo requiera la Superintendencia (SVS), con respecto a las sociedades sometidas a su control, sin perjuicio de su facultad para convocarlas directamente.
- 4) La celebración de las juntas a solicitud de los accionistas o de la Superintendencia deberán celebrarse dentro del plazo de 30 días contados desde la fecha de la respectiva solicitud.
- 5) La citación a la junta de accionistas se efectuará por medio de un aviso destacado que se publicará, a lo menos, por tres veces en días distintos en el periódico del domicilio social que haya determinado la junta de accionistas o, a falta de acuerdo o en su caso de suspensión o desaparición de la circulación del periódico designado, en el Diario Oficial.
- 6) En el caso de las Sociedades Anónimas Abiertas, además, deberá enviarse citación por correo a cada accionista con una anticipación mínima de quince días a la fecha de la celebración de la junta, la que deberá contener una referencia a las materias a ser tratadas en ella.

Por otra parte, las normas relativas a los quórum, se encuentran establecidas en el Artículo N° 67 de la mencionada ley 18.046, la que según el tenor de ley, dispone que los acuerdos de la junta extraordinaria de accionistas que impliquen reforma a los estatutos sociales, deberán ser adoptadas con la mayoría que éstos determinen, la cual en las sociedades Anónimas cerradas no podrá ser inferior a la mayoría absoluta de las acciones emitidas con derecho a voto.

Sin embargo, el inciso segundo del referido Artículo 67°, precisa que requerirán del voto conforme de las dos terceras partes de las acciones emitidas con derecho a voto, los acuerdos relativos a las siguientes materias:

- La transformación de la sociedad, la división de la misma y su fusión con otra sociedad.
- La modificación del plazo de duración de la sociedad cuando lo hubiere.
- La disolución anticipada de la sociedad.
- El cambio de domicilio social.
- La disminución de capital social.
- La aprobación de aportes y estimaciones de bienes no consistentes en dinero.
- La modificación de las facultades reservadas a la junta de accionistas o de las limitaciones a las atribuciones del directorio.
- La disminución del número de miembros de su directorio.
- La enajenación del activo y pasivo de la sociedad o del total de su activo.
- Las demás que señalan los estatutos.

Las reformas de estatutos que tengan por objeto la creación, modificación o supresión de preferencias, deberán ser aprobadas con el voto conforme de las dos terceras partes de las acciones de la serie o series afectadas.

En cambio, las normas relativas a los efectos, tienen relación con los descritos en el Artículo N° 69 de ley de sociedades anónimas, esto es el derecho a retiro que tienen los accionistas disidentes, que no están de acuerdo con las modificaciones sociales. Este materia fue tratada en el punto 3.2 descrito precedentemente, en donde se ahondó en los principales derechos que poseen los accionistas de una Sociedad Anónima, por lo que no se explicarán en este punto con el fin de no repetir aspectos tratados anteriormente.

5. Normas de Carácter Específicos.

Estas normas se refieren a lo que la ley entiende por División, Transformación y Fusión de Sociedades, las que se encuentran comprendidas en el Título IX de la Ley 18.046, los cuales su escueta redacción proporcionan una base jurídica para entender este tipo de Reorganizaciones Societarias.

No obstante lo anterior, el presente trabajo de tesis, ahondará solamente en la Fusión de Sociedades, limitando de esta forma los otros tipos de Reorganizaciones Empresariales.

Por consiguiente, y basados en el amparo de la ley, la fusión de sociedades anónimas, se encuentran regulada en el Artículo N° 99 como sigue:

“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”.

En los incisos siguientes del artículo en comento se especifica que existen dos tipos de fusiones, estas son.

- **Fusión Por Creación.** Cuando el activo y pasivo de dos o más sociedades que se disuelven, se aportan a una nueva sociedad que se constituye.
- **Fusión Por Incorporación.** Cuando una o más sociedades que se disuelven, son absorbidas por una sociedad ya existente, la que adquiere todos sus activos y pasivos.

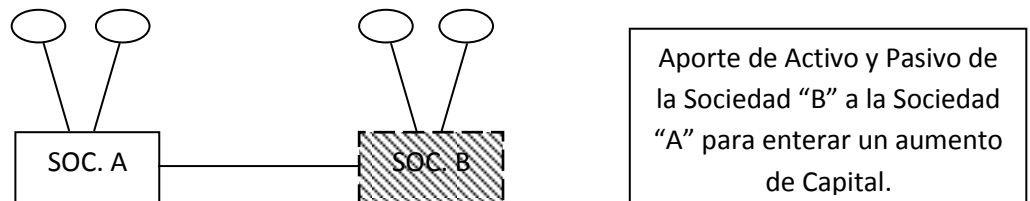
En estos casos, no procederá la liquidación de las sociedades fusionadas o absorbidas.

No obstante lo anterior, el legislador a través del Artículo N° 103 N° 2 y 108° de la ley, trasluce indirectamente otro tipo de fusión, no contemplada en la definición legal, la que se denomina Fusión Imperfecta o Impropia, que es la reunión del 100% de las acciones en manos de una persona natural o jurídica, la que trae como consecuencia la disolución de la sociedad anónima por el solo ministerio de la ley, consagrado en los artículos en comento.

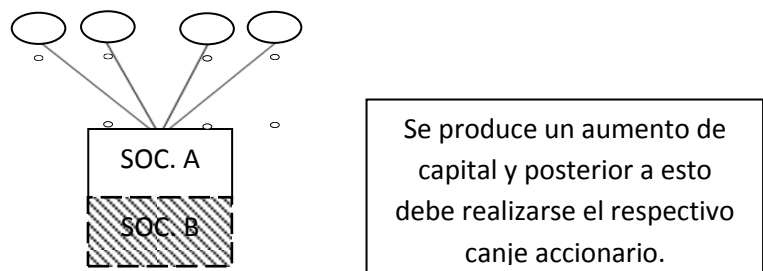
Por lo tanto, en este tipo de fusiones (Fusión Imperfecta) la disolución de la sociedad que fue adquirida en su totalidad por otra persona jurídica, se traduce en un cambio en la estructura de activos y no en un aumento de capital, ya que los accionistas de la sociedad disuelta no se incorporan de pleno derecho a la sociedad absorbente, así como lo dispone el Artículo 99° de la ley de Sociedades Anónimas.

En definitiva, desde un punto de vista económico y en concordancia con la Ley 18.046 sobre Sociedades Anónimas, se puede distinguir entre:

- **Fusión Perfecta.** (Por Aporte del total de Activos y Pasivos o Propia), ocurre cuando concurren todas las formalidades legales para el aumento de capital de una sociedad, el cual es enterado por los activos y pasivos de otra sociedad que resulta absorbida.



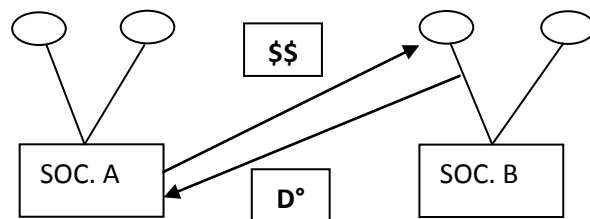
Una vez practicada la fusión perfecta la nueva estructura societaria sería la siguiente.



Características:

- ✓ Disolución o extinción de al menos una de las sociedades fusionadas.
- ✓ No hay liquidación de las sociedades absorbidas.
- ✓ Se produce una transmisión a título universal de los patrimonios a la sociedad creada o absorbente en un solo acto jurídico.

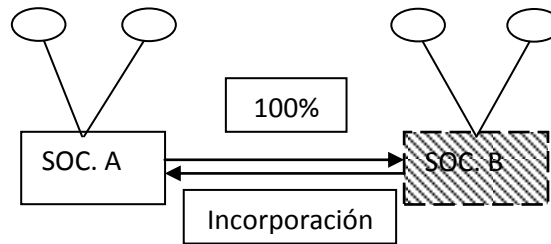
- ✓ Se incorporan completamente los accionistas de las sociedades que se disuelven a la sociedad resultante de la fusión, dicha incorporación se efectúa mediante el canje de nuevas acciones por las que tenían los accionistas de las sociedades fusionadas.
 - ✓ La principal modificación estatutaria es el aumento de capital social en la absorbente por la incorporación de los patrimonios de las sociedad absorbidas.²³
- **Fusión Imperfecta.** (Impropia) Ocurre este tipo de fusión cuando se reúne la totalidad de las acciones en un solo accionista, disolviéndose la sociedad y radicándose los activos y pasivos de ésta en el patrimonio de la sociedad absorbente.²⁴



Una vez practicada la Fusión Imperfecta, la nueva estructura societaria sería la siguiente:

²³ Vergara, Lasnibat, Carlos. "Cátedra de Planificación Tributaria". Universidad de Valparaíso. Segundo Semestre año 2007.

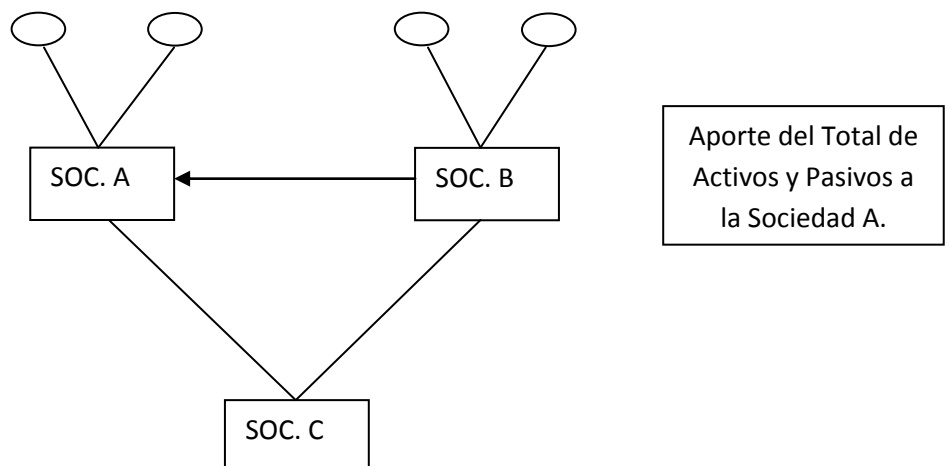
²⁴ Vergara, Lasnibat, Carlos. "Cátedra de Planificación Tributaria". Universidad de Valparaíso. Segundo Semestre año 2007. Socio Área Consultoría y Reorganizaciones Empresariales. Departamento Tax & Legal Services. PricewaterhouseCoopers, Consultores, Auditores y Compañía Limitada.



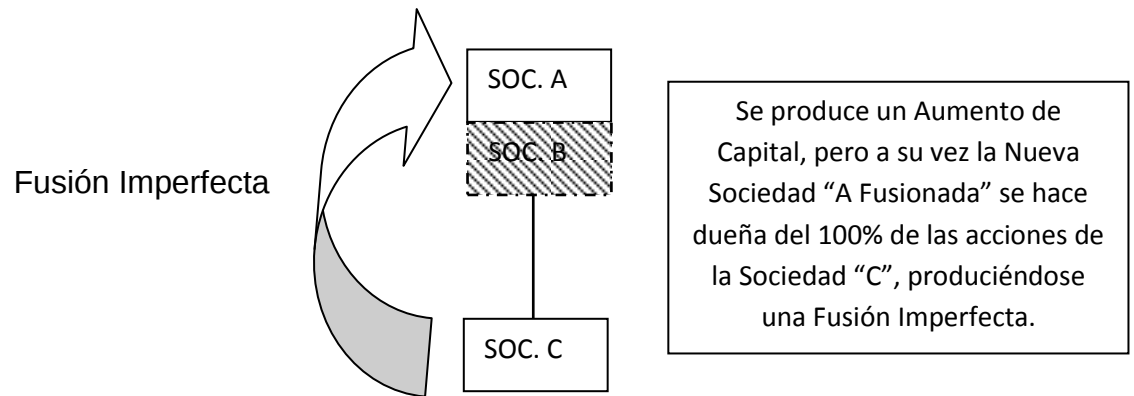
Características:

- ✓ No hay Aumento de Capital.
- ✓ Existe un cambio entre Activos.
- ✓ Los Propietarios de la Sociedad Absorbida no se incorporan a la sociedad Absorbente.
- ✓ Existe un intercambio de Dinero por Participación o Derechos Sociales, que tiene como consecuencia, el cambio de un Activo, en este caso una “Inversión en Empresas Relacionadas”, por la Totalidad de Activos y Pasivos de la sociedad disuelta para dichos efectos.

- **Fusión Mixta.** Se produce mediante un aporte de acciones o derechos que disuelve a otra sociedad.



Una vez practicada la Fusión Mixta, la nueva estructura societaria sería la siguiente:



Características:

- ✓ Aumento de Capital, éste se produce en el momento que se fusiona la Sociedad "A" con la Sociedad "B", mediante el Aporte de todo el Activo y Pasivo, el que incluye las acciones de la Sociedad "C".
- ✓ Existe un Aporte de Acciones o Derechos Sociales, que tienen como consecuencia la disolución de la Sociedad "C".
- ✓ Incorporación de los accionistas o socios de la Sociedad Fusionada a la Sociedad Absorbente.

Como conclusión, es importante destacar que en cualquiera de los tipos de reorganizaciones descritos anteriormente es indispensable la voluntad de las partes, expresadas en Junta Extraordinaria de Accionistas, quienes son los que deben consentir en este tipo de pactos de carácter social. Sin embargo, cabe mencionar que las formalidades que acompañan este proceso, ya sea la escrituración, extracto, publicación e inscripción, son factores relevantes que deben tenerse presentes a la hora de perfeccionar la fusión, ya que constituyen los medios probatorios de toda modificación social.

Finalmente, destacar que comprender la existencia de un marco legal constituye un requisito básico, para asesorar a la alta administración de una empresa que desea implementar este tipo de cambios sociales, lo que lleva consigo una oportunidad única para el desarrollo de nuestra profesión.

Capítulo IV

EFFECTOS IMPOSITIVOS DE LA FUSIÓN SOCIETARIA.

En forma previa al análisis pormenorizado de los aspectos tributarios del tema, deben precisarse ciertos conceptos para una mayor comprensión de éste.

En nuestro ordenamiento jurídico, la empresa puede organizarse en dos grandes categorías: como empresa individual y como sociedades, siendo la última la que más nos interesa debido al tema que nos toca.

En este último caso, tributariamente, la empresa pagará un 17% (Tasa vigente) de impuesto a la renta sobre base devengada, impuesto de primera categoría, y se postergará la tributación del dueño o el accionista, persona natural, mientras no se efectúen retiros o perciba dividendos.

En el caso que el dueño de la sociedad sea otra empresa con domicilio o residencia en el país, que lleve contabilidad completa para determinar su renta efectiva en la primera categoría, la distribución de utilidades que se haga desde la sociedad primera no quedará afecta a impuesto sino al percibirla un contribuyente final, entiéndase por tal una persona natural.

Debemos tener en cuenta que los resultados financieros y tributarios de las empresas en general, son el producto de factores diferentes.

De esta forma, los resultados financieros se regulan de conformidad con las normas generales de contabilidad y a las exigencias propias de información que puedan establecer una serie de organismos, tales como la Superintendencia de Valores y Seguros u otros.

En cambio, los resultados tributarios deben determinarse y utilizarse de acuerdo a las condiciones y oportunidades establecidas por la Ley de Impuesto a la Renta.

Así, pueden presentarse diferencias entre los resultados financieros y tributarios desde una perspectiva de la normativa fiscal, que responde no sólo al objetivo de recaudación de las fuentes fiscales, sino también tiene por objeto responder a una serie de funciones cuya finalidad es el fomento y el incentivo de ciertos comportamientos económicos.

No cabe duda que al momento de analizar los distintos procesos de reestructuración empresarial debemos hacerlo no sólo desde un punto de vista de la normativa comercial sino desde una perspectiva más amplia como lo es la tributaria. Esto se funda en que el empresario, al tomar la decisión sobre el camino legal más adecuado para sus intereses en lo que se refiere a cambios estructurales a nivel de sociedades, lo debe hacer considerando no sólo los objetivos financieros y económicos sino también las consecuencias fiscales que de un modo directo repercuten tanto en el patrimonio de la sociedad como de sus socios, cuestiones fundamentales a la hora de decidir que figura resulta más conveniente para uno u otro caso.

Es así, cuando desde un punto de vista de la normativa comercial resulta más adecuado inclinarse por una determinada forma de reestructuración, a la hora de realizar el mismo análisis desde la perspectiva tributaria, podría resultar más óptimo otra forma de reorganización empresarial. Tanto más que este último estudio podría ser decisivo a la hora de llevar a cabo dichos cambios estructurales.

Junto con lo anterior, no podemos desconocer la enorme influencia tributaria que incide en el derecho de la reestructuración de sociedades, al ser precursora en el reconocimiento y conceptualización de una realidad comercial que la legislación chilena tardó en sistematizar, como es el caso de la Fusión de Sociedades.

No obstante lo anterior, y dada la escasa regulación comercial existente de dicha figura, el tratamiento tributario de los efectos de estas instituciones, se ocupa inicialmente y fundamentalmente, en impedir ciertas posibilidades de evasión, antes que determinar las consecuencias emanadas de su naturaleza jurídica.

En este capítulo se ahondará en el impacto de la Fusión de Sociedades en los Impuestos al Valor Agregado, Impuesto a la Renta, tanto como los efectos, en el Caso de Pérdidas Tributarias, los efectos en el Fondo de Utilidades Tributables (FUT), los efectos del Goodwill Tributario, en el caso de existir inversión directa y el costo tributario en el cual deben reconocerse los activos y pasivos en la sociedad absorbente, entre otros. Para Abordar estas materias se presentan los conceptos generales que emanen de las respectivas leyes y pronunciamientos del Servicio de Impuestos Internos, respecto al tema de interés del presente trabajo de tesis.

Según lo expuesto con anterioridad, en este capítulo nos ocuparemos de realizar un análisis de aquellos aspectos que a nuestro juicio podrían ser relevantes en el evento de querer implementar procesos como la Fusión de Sociedades, no pretendiendo en forma alguna hacer un estudio acabado del tema, sino por el contrario, despertar en el lector el interés de seguir investigando en aquellos asuntos que le provoquen una mayor inquietud, y así poder formarse una visión más técnica de estas materias.

1. Impuesto al Valor Agregado.

El Decreto Ley N° 825, es el cuerpo legal que establece y regula el impuesto que grava las operaciones de venta y prestación de servicios en los términos que allí se indican, en efecto, el número 1° del Artículo N°2 indica que venta es toda convención independiente de la designación que le den las partes que sirve para transferir a título oneroso el dominio de bienes corporales muebles, bienes corporales inmuebles de propiedad de una empresa constructora contruidos totalmente por ella o que en parte hayan sido contruidos por un tercero para ella, de una cuota de dominio sobre dichos bienes o de derechos reales contruidos sobre ellos, como asimismo, todo acto o contrato que conduzca al mismo fin o que la ley equipare a venta.

Por otra parte, el Artículo N°8 de la ley en comento, señala que el impuesto afecta a las ventas y servicios, para estos efectos también se consideran ventas y servicios una serie de hechos especiales, entre los cuales, figuran los casos de modificación y reorganización de sociedades, específicamente en la letra b) del Artículo 8° descrito anteriormente.

De acuerdo con la definición legal de hecho gravado básico de venta, indicada anteriormente, se desprende que existen ciertos elementos copulativos que deben cumplirse para que exista el gravamen, estos son:

- Debe celebrarse una convención que sirva para transferir el dominio o cuota de él u otros derechos reales.
- La convención debe recaer sobre bienes corporales o bienes corporales inmuebles de propiedad de una empresa constructora contruidos totalmente por ella o que en parte hayan sido contruido por un tercero para ella.

- La convención debe ser a título oneroso.
- La transferencia debe ser realizada por un vendedor, y
- El bien debe estar en territorio nacional, según lo dispuesto en el Artículo N° 4 del referido texto legal.

1.1. Análisis de los elementos del hecho gravado básico de venta.

1.1.1. Celebración de una convención que sirve para transferir el dominio.

Como ya se ha dicho, la ley grava en su Artículo 2° N° 1, no sólo las ventas de bienes corporales, sino cualquiera convención que sirva para transferir el dominio u otros derechos reales de los bienes mencionados en la misma disposición.

Para una mejor comprensión de este requisito es necesario definir algunos conceptos tales como:

- ✓ Contrato de Convención: Es todo acuerdo de voluntades destinado a crear o extinguir derechos y obligaciones.
- ✓ Concepto de Contrato: Es todo acuerdo de voluntades destinado a crear o extinguir derechos u obligaciones. Acto en que una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer una cosa, cada parte puede ser una o muchas personas.
- ✓ Concepto de Dominio: El Artículo 582 del Código Civil dice: "El Dominio (que se llama también propiedad), es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra ley o contra derecho ajeno".

La propiedad separada del goce de la cosa, se llama mera o nuda propiedad.²⁵

Para una correcta interpretación del concepto de convención, se debe tener presente que esta expresión ha sido usada por el legislador en un sentido amplio, comprensivo de todo acuerdo de voluntades destinado a producir efectos jurídicos (Crear, modificar, o extinguir derechos y obligaciones) y no en una aceptación restringida. Por lo que en la referida acepción amplia el contrato viene a ser sólo una especie de convención: la destinada a crear derechos y obligaciones.

Para que una convención sea susceptible de gravarse con el tributo en referencia, es necesario que ella sirva para transferir el dominio de bienes corporales muebles o bienes corporales inmuebles de propiedad de una empresa constructora contruidos totalmente por ella o que en parte hayan sido contruidos por un tercero para ella. En relación con este requisito cabe advertir que es necesario que la convención sea realizada por un “vendedor”, por lo que si este último requisito no ocurre la convención no estará afecta a impuesto.

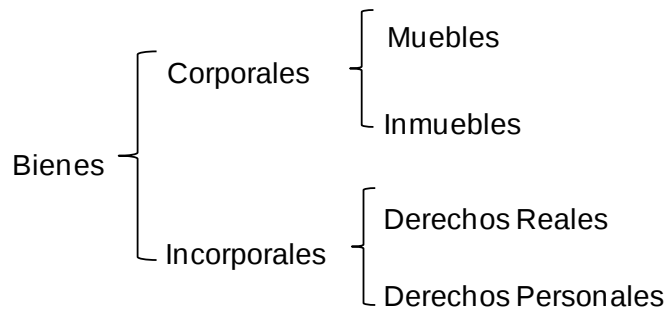
1.1.2. La Convención debe recaer sobre bienes corporales muebles o inmuebles.

Como ya se estableció, el primer requisito de existencia del hecho gravado básico del impuesto a las Ventas y Servicios, es la celebración de una convención traslativa de dominio. Ahora bien, para que se devengue dicho tributo es menester, además, que la cosa transferida sea un bien corporal mueble o inmueble de propiedad de una empresa constructora construido totalmente por ella o en parte construido por un tercero para ella.

²⁵ Rivas, Coronado, Norberto.”Una aproximación al marco teórico del Impuesto al Valor Agregado D.L. 825”.Santiago de Chile, año 2000.

Para comprender el alcance de este último elemento es necesario precisar el significado de algunos términos:

- Clasificación de los Bienes.



De la clasificación anterior, se desprende que los bienes se dividen en:

- I. Corporales: Son los que tienen un ser real y pueden ser percibidos por los sentidos.
- II. Incorporales: Son los que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas.

Por su parte los bienes corporales se dividen en:

- I. Muebles: Que son los que pueden transportarse de un lugar a otro, sean moviéndose por si mismos, como los animales, que por ello se llaman semovientes, sea que sólo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas.
- II. Inmuebles o Bienes Raíces: Que son las cosas que no pueden trasportarse de un lugar a otro, como las tierras y las minas y las que

están adheridas permanentemente a ellas, como los edificios y los árboles.

Por su parte los Bienes Incorporales se dividen en:

- I. Derechos Reales: Son aquellos que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona, según lo dispuesto en el artículo 577° del Código Civil.

Son derechos reales, el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca.

- II. Derechos Personales: Son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o a la sola disposición de la ley han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos, lo anterior se desprende según lo establecido en el Artículo 578° del Código Civil.

1.1.3. La Convención debe ser a Título Oneroso.

El contrato oneroso es aquel que tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio de otro.

En consecuencia, contrato a título oneroso es aquel en que cada parte paga la ventaja que reporta el contrato mediante una contraprestación actual o futura.

Aplicando estos conceptos al caso del Impuesto al Valor Agregado, se ve claro que el impuesto a las ventas establecido en el artículo 1° en relación con el N° 1 del Artículo 2° de la ley, afecta a los contratos o

convenciones mediante los cuales se transfiere el dominio de bienes corporales muebles o de bienes corporales inmuebles de propiedad de una empresa constructora contruidos totalmente por ella o que en parte hayan sido contruidos por un tercero para ella, u otros derechos reales contruidos sobres ellos sólo cuando el adquirente de tales bienes o derechos quede obligado a pagar mediante una contraprestación actual o futura a favor del tradente de los mismos.

1.1.4. La Transferencia debe ser realizada por un Vendedor.

Como ya se ha expresado con anterioridad es requisito indispensable en la configuración de hecho gravado que la transferencia debe ser realizada por un vendedor. Este requisito tiene gran importancia para analizar y calificar si la convención de que se trate está o no gravada, puesto que por imperio de la propia ley debe intervenir como tradente una persona investida de la calidad legal de “vendedor”.

Es importante destacar que este cuarto elemento del hecho gravado básico de venta no se desprende de la definición de venta, sino de la conjugación del inciso primero del artículo 10° del Decreto Ley N°825 con el N°3 del Artículo 2° del mismo Decreto Ley, ya que el primero dice: “El impuesto establecido en el presente título afectará al vendedor, sea que celebra una convención que esta ley defina como venta o que equipare a venta”.

- Definición de vendedor:

La propia Ley en su Artículo 2° N°3 define lo que debe entenderse por vendedor, cuando dice que se entenderá por “vendedor” cualquiera persona natural o jurídica, incluyendo las comunidades y las sociedades de hecho, que se dedique en forma habitual a la venta de bienes corporales muebles, sean ellos de su propia producción o adquiridos de terceros. Así mismo se considera “vendedor” la empresa constructora, entendiéndose por tal a cualquier persona natural o jurídica, incluyendo las comunidades y las sociedades de hecho, que se dedique en forma habitual a la venta de bienes corporales inmuebles de su propiedad, construidos totalmente por ella o que en parte hayan sido construidos por terceros para ella. Corresponderá al Servicio de Impuestos Internos calificar, a su juicio exclusivo, la habitualidad.

En el Artículo 4° del Reglamento de la Ley se dan las normas para calificar la habitualidad, estableciendo que el Servicio, para estos efectos, considerará la naturaleza, cantidad y frecuencia con que el vendedor realice la venta de los bienes corporales muebles de que se trate y con estos antecedentes, determinará si el ánimo que guió al contribuyente fue adquirirlos para su uso o para la reventa.

Luego el peso de la prueba se hace recaer en el contribuyente, cuando dice que: “Corresponderá al referido contribuyente probar que no existe habitualidad en sus ventas y/o que no adquirió las especies muebles con el ánimo de revenderlas”.

Lo expuesto anteriormente, tiene por finalidad enmarcar alguno de los parámetros fundamentales que regulan las ventas y servicios establecidos en el Decreto Ley 825.

Anteriormente se enunciaron a modo general los principales aspectos del Impuesto al Valor Agregado, si bien aún no hemos profundizado en el tema de interés que nos convoca en el presente trabajo de tesis, el que tiene relación con la incidencia de la norma tributaria en comento en el proceso de reorganización, específicamente la fusión de empresas, proseguiremos con el análisis de lo establecido expresamente en el Artículo 8° letra b) del D.L 825, en el que se tratan los hechos gravados especiales que el legislador equiparó a venta y/o servicios, entre los cuales encontramos:

1.2. Situación Tributaria de los Aportes a Sociedades.

También se encuentran gravados con el IVA los aportes a sociedades y otras transferencias de dominio de bienes corporales muebles, efectuados por vendedores, que se produzcan con ocasión de la constitución, ampliación o modificación de sociedades, en la forma que lo determine, a su juicio exclusivo, la Dirección Nacional de Impuestos Internos.

El hecho gravado en estudio se configura cuando un vendedor aporta bienes corporales muebles, una cuota de dominio sobre dichos bienes o derechos reales constituidos sobre ellos, a una sociedad en el acto de constitución, modificación o ampliación de ella. Los aportes pueden ser ellos en propiedad o en usufructo, entendiéndose que se hacen en propiedad, cuando se transfiere el dominio de los bienes aportados; y en usufructo, cuando se otorga a la sociedad el goce de los bienes aportados, conservando el dominio de ellos.

Los requisitos para que se configure el hecho gravado son:

- a) Que exista un aporte o transferencia de dominio u otros derechos reales en la constitución, ampliación o modificación de una sociedad.
- b) Que el aporte consista en bienes corporales muebles, del giro del aportante.
- c) Que el aporte se efectué por una persona que tenga la calidad de “vendedor”

Estos son los requisitos básicos del hecho gravado en estudio, puesto que es el que constituye la transferencia del dominio, en efecto, es la circunstancia de aportarse un bien a la sociedad lo que trae por consecuencia el que su dominio pase a radicarse en el patrimonio social.

Por otra parte, el aporte debe provenir de un contrato social, sea que este tenga por objeto la constitución, ampliación o cualquier otra forma de reorganización de sociedades según lo dispuesto en la Ley en su Artículo 8° letra b). Por ello, no basta la sola reorganización de una sociedad para que se dé el requisito en estudio, si ella no trae como resultado la transferencia del dominio de un bien corporal mueble o inmueble o de un derecho real constituido sobre él.²⁶

Los requisitos mencionados anteriormente deben darse copulativamente, sin embargo, el Servicio de Impuestos Internos a dictaminado mediante Circular N°124, de 7 de octubre de 1975 que no existe el hecho gravado en comento en los siguientes casos:

²⁶ Rivas, Coronado, Norberto. “Una aproximación al marco teórico del Impuesto al Valor Agregado D.L.825”. Santiago de Chile, Año 2000.

- a) En la transformación de una sociedad de personas en anónima, ya que los derechos que se transfieren son de carácter personal,
- b) En la fusión y absorción de sociedades, ya que la sociedades que se fusionan aportan una universalidad jurídica (su patrimonio) y los socios aportarían, como en el caso anterior, derechos personales, y
- c) En la división de sociedades, por no existir en este caso transferencia de bienes corporales muebles, ya que el patrimonio de las nuevas sociedades, es en conjunto, igual al de la sociedad que se divide.
- d) Aportes de derechos sociales y aportes de acciones.
- e) Aportes de activos fijos, salvo lo señalado en el artículo 8° letra m).²⁷

El criterio establecido por el Servicio de Impuestos Internos ha sido debatido por diversos catedráticos del área tributaria, uno de ellos es el Profesor y Magister en Planificación Tributaria, Germán Pinto Perry, el que menciona que la transacción a que se refiere la reorganización de empresas debe entenderse como un Aporte de una Universalidad, y por tanto gravarse con el Impuesto al Valor Agregado, ya que el Decreto Ley 825 en su Artículo 8° letra f), establece como hecho gravado especial de venta, “la venta de Establecimientos de Comercio y, en general la de cualquier otra universalidad que comprenda bienes corporales muebles de su giro....”.²⁸

Si bien la opinión expresada anteriormente es válida, cabe mencionar que el proceso de reorganización de sociedades, específicamente la fusión

²⁷ Circular N° 124.07 de Octubre de 1975. Servicio de Impuestos Internos.

²⁸ Pinto, Perry, Germán. “MEC E”. Editorial Lexis Nexis. Primera Edición. Pág. 35. Santiago de Chile. Año 2002.

de empresas, no trata de una transferencia de Dominio que recae sobre bienes corporales muebles, sino que se trata de una transmisión en bloque de los patrimonios de las sociedades participantes del proceso de fusión, y por ende, lo que el Servicio de Impuestos Internos quiso interpretar mediante la referida Circular es correcto ya que no se genera una venta mediante el aporte de bienes, sino que “intercambio de derechos” que a ellos, entendiéndose por tales, los accionistas, les corresponde en las sociedades que se fusionan.

De acuerdo a lo instruido mediante la Circular N°124, de 1975, se estableció un criterio sobre esta situación. Así es como en su punto N°2, resume: “Que no existe hecho gravado para los efectos de la Ley sobre Impuestos a las Ventas y Servicios en las siguientes transformaciones de sociedades”, señalando a continuación, dentro de esos casos de transformación, la fusión y absorción de sociedades, concluyendo en definitiva que sólo habría hecho gravado si, como consecuencia de la transformación o reorganización, se transfiere un patrimonio mayor que el original.

Luego no cabe sino concluir que, el traspaso del activo realizable no quedó tampoco afecto al IVA, salvo desde luego, que él se hubiere realizado en forma previa y por un acto distinto al de fusión.²⁹

²⁹ Oficio N°1637, 22 de julio de 1997. Servicio de Impuestos Internos

Tampoco existe hecho gravado con el Impuesto al Valor Agregado, en la cesión de acciones o derechos sociales, cuando se produce la fusión impropia por la reunión del 100% de las acciones en manos de una persona o accionista, ya que si bien se produce la disolución de la sociedad primitiva, la cesión no importa la transferencia de la universalidad compuesta de bienes corporales, sino que se produce la disolución por el ministerio de la ley.³⁰

1.3. Situación Tributaria de los Remanentes de Créditos Fiscales.

Anteriormente se analizó el devengamiento del Impuesto al Valor Agregado, producto de la radicación en un patrimonio distinto, como sucede en el proceso de fusión de sociedades, sin embargo, respecto de las sociedades fusionadas se presenta el punto relativo al destino de los créditos fiscales de la Ley de IVA generados en las actividades de estas sociedades.

El crédito fiscal, está regulado en los Artículos 23 ° y siguientes del D.L. 825 de 1974, el que dispone que los contribuyentes del impuesto al valor agregado, pueden imputar al débito del mismo, un crédito fiscal equivalente al tributo soportado al adquirir bienes o utilizar servicios, destinados a integrar su activo fijo o realizable, como asimismo el soportado en los gastos de tipo general en que hubieran incurrido, siempre que todas estas operaciones y gastos digan relación con su giro o actividad principal.

Por otra parte, la norma general es que el remanente de crédito fiscal sólo puede ser imputado por aquel contribuyente que lo generó, por tal motivo el Servicio de Impuestos Internos ha señalado que el crédito fiscal en comento debe ser imputado a los débitos respectivos y si se produce un

³⁰ González, Leonel y Contreras, Hugo. “Curso Práctico de Impuesto al Valor Agregado”. Editorial CEPET. Sexta Edición. Año 2008.

remanente de crédito fiscal, éste podrá ser imputado al Impuesto a la Renta de Primera Categoría que se genere con ocasión del término de giro,³¹ según lo dispuesto en el Artículo 28° de la Ley de IVA.

Sin embargo, el Servicio de Impuestos Internos³² ha señalado que dada la forma de operación del crédito fiscal, concebida sobre una base financiera, nada obsta a que el remanente acumulado de ese crédito pueda imputarse al débito que corresponda a ventas o servicios que realice un mismo contribuyente, en una actividad distinta a la de su iniciación, tras haber efectuado un cambio de giro.

En tal sentido, es necesario señalar que el crédito que se pretenda continuar utilizando debe corresponder a un remanente efectivo, es decir, aquel que se haya acumulado por haber sido de monto superior al débito al cual se imputó, generado en las operaciones realizadas en el lapso en que desarrolló la actividad declarada en la iniciación.

El mismo criterio descrito en el párrafo anterior, según el Servicio de Impuestos Internos³³ es aplicable en el evento que un contribuyente cambie su giro, adoptando el de una empresa que adquiere y absorbe, pero en ningún caso podría seguir utilizando el remanente de crédito fiscal de la empresa absorbida.

En el caso de Fusión de Sociedades, los Remanentes de Crédito Fiscal, no pueden ser traspasados a las sociedades absorbentes, por no tratarse de la misma persona jurídica.

³¹ Oficio N° 2679 de 1996. Servicio de Impuestos Internos.

³² Oficio N° 1739 de 1997. Servicio de Impuestos Internos.

³³ Oficio N° 1739 de 1997. Servicio de Impuestos Internos.

Lo anterior se encuentra reafirmado por el Servicio de Impuestos Internos³⁴, el que en forma reiterada ha sostenido que los créditos originados a favor de los contribuyentes, sólo pueden ser utilizados por los titulares que generaron dicho crédito, por tratarse de un beneficio especialísimo y de carácter personal.

Además ha indicado que si el titular de un crédito intransferible e intransmisible, como lo es en la especie el crédito fiscal del impuesto al valor agregado, desaparece, jurídicamente dicho crédito también se extingue junto con la disolución de la empresa generadora del mismo.

Ahora bien, si el Remanente lo ha generado la sociedad absorbente, continuadora legal en el proceso de fusión, ella misma podrá seguir imputando el remanente acumulado al débito fiscal generado por sus operaciones.

Cabe destacar, que una forma de planificar este crédito de carácter personalísimo e intransferible, es mediante el traspaso de bienes, existencias o prestaciones de servicios gravados con el Impuesto al Valor Agregado a la sociedad absorbente, de un modo previo a la fusión, de forma tal, que sea ésta quien pase a poseer dicho remanente, con lo cual se produciría el traspaso del crédito fiscal de la sociedad absorbida a la sociedad absorbente antes de la fusión.

³⁴ Oficio N° 4852 de 2000. Servicio de Impuestos Internos.

1.3.1. Remanentes Crédito Fiscal Artículo 36 del Decreto Ley N° 825.

El Artículo 36 de la Ley de Impuesto al Valor Agregado, establece que los exportadores tendrán derecho a recuperar el IVA que les hubieren recargado al adquirir o importar bienes o al utilizar servicios destinados a su actividad de exportación.

De lo anterior se desprende lo siguiente:

- i. Contribuyentes beneficiados.
 - a) Los exportadores.
 - b) Los prestadores de servicio de transporte aéreo de carga y pasajeros desde el exterior hacia Chile y viceversa.
 - c) Los prestadores de servicio de transporte terrestre de carga desde el exterior a Chile y viceversa.
 - d) Los que presten servicios a personas sin domicilio ni residencia en Chile, que sean calificados como exportaciones.
 - e) Las empresas aéreas o navieras, o sus representantes en Chile, que efectúen transporte de pasajeros o de carga en tránsito por el país.
- ii. Beneficios otorgados.
 - a) Los exportadores tendrán derecho a recuperar el impuesto soportado en las compras de bienes o en la utilización de servicios destinados a su actividad de exportación. Igual derecho tendrán respecto del impuesto pagado al importar bienes para el mismo objeto.

- b) Los exportadores que realicen operaciones gravadas con el Impuesto al Valor Agregado podrán deducir del impuesto a que se refiere el artículo 14 del Decreto Ley 825, Ley de IVA, en la forma y condiciones establecidos en los Artículos 23 y siguientes del mismo texto legal, los créditos fiscales soportados en la adquisición de bienes destinados a la actividad de exportación. En caso que no hagan uso de este derecho, deberán obtener su reembolso en la forma y plazos que determine, por Decreto Supremo, el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, el que deberá llevar la firma del Ministro de Hacienda, previo informe favorable del Instituto de Promoción de Exportaciones.

Si bien este beneficio a favor de los exportadores, se encuentra regulado, en cuanto a su mecanismo en la Ley de Impuesto al Valor Agregado, el espíritu y reglamentación del mismo se encuentra establecido en el Decreto Supremo N° 348 del año 1975 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

En cuanto a la materia de estudio del presente trabajo tesis, la fusión de sociedades, cabe señalar que los remanentes de créditos fiscales por concepto de exportaciones, a diferencia de los remanentes de crédito fiscal comunes, los que constituyen derechos personalísimos en favor de un contribuyente, representan un derecho de carácter patrimonial una vez efectuada la solicitud de devolución o reembolso a Tesorería General de la República.

La solicitud antes expuesta, se sujetará a los procedimientos establecidos en el Artículo N° 2 del D.S N° 348, esto es, mediante cheques nominativos girados a favor del contribuyente que tiene la calidad de exportador o, dentro del mes siguientes de efectuado el embarque para los

bienes o de aceptación a trámites de la declaración de Exportación en el caso de los servicios o del mes siguientes de recibida la liquidación final de venta en consignación al exterior. Dentro del mes siguiente a los sucesos descritos anteriormente, los exportadores deberán presentar al Servicio de Tesorerías una declaración jurada en tres ejemplares que contendrá las especificaciones que determine el Servicio de Impuestos Internos e indicando, según proceda, el valor total de las exportaciones de bienes y servicios y el valor total de las ventas y servicios del mes anterior; además deberá indicar el monto total del crédito fiscal que tengan derecho a deducir y el monto del crédito fiscal cuya recuperación se solicita.

Una vez efectuado los trámites, El Servicio de Tesorerías, deberá girar el cheque correspondiente al exportador y entregarlo a éstos dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que se hubiese presentado la declaración jurada, siempre que el respectivo contribuyente se encuentre al día en sus obligaciones de carácter impositivas.

El monto de la recuperación de los créditos fiscales a que se refieren los párrafos expuestos con anterioridad, se determinará aplicando al total de créditos fiscales del mes o período tributario, el porcentaje que represente el valor de las exportaciones con derecho a recuperación del impuesto en relación a las ventas totales de bienes y servicios, del mismo período tributario. Para estos efectos el valor de las exportaciones será igual al valor FOB de los bienes o la prestación de servicios, y se calculará al tipo de cambio vigente a la fecha del conocimiento de embarque en el caso de los bienes y de aceptación a trámite de la Declaración de Exportación para los servicios. En el caso de existir remanentes de créditos fiscales de períodos anteriores, relacionados con ventas y servicios internos, se recuperarán hasta la suma que resulte de aplicar el porcentaje establecido en el Artículo 14 de la Ley de IVA, esto es 19%, al valor FOB de las exportaciones.

No obstante, el Decreto Supremo N° 348 mediante su Artículo sexto, establece, en ciertos casos, la devolución anticipada de los remanentes de crédito fiscal por exportadores. Este mecanismo favorece a los bienes adquiridos y servicios utilizados que forman parte de un proyecto de inversión, que se encuentre afecto al Impuesto al Valor Agregado.

Para estos efectos los exportadores deberán cumplir los siguientes requisitos:

- a) Presentar una Declaración Jurada, la que deberá contener: la individualización del exportador, número de su RUT, plazo dentro del cual realizará la exportación, monto estimado de ella y la aceptación de dar cumplimiento a todas las obligaciones y requisitos que establece el Artículo sexto del D.S. N° 348.
- b) Acompañar el proyecto de la inversión que dará origen a la exportación.

Todo lo expresado anteriormente, en donde se detalla lo trascendental del beneficio al que se pueden acoger los exportadores, no es más que una visión técnica que tiene por objeto identificar los principales aspectos a considerar cuando desea implementar un proceso de reorganización empresarial, como es la fusión de sociedades, ya que dependerá del estado legal y jurídico en que se encuentre dicho crédito para incorporarlo como una variable más a considerar en el proceso de planificación tributaria.

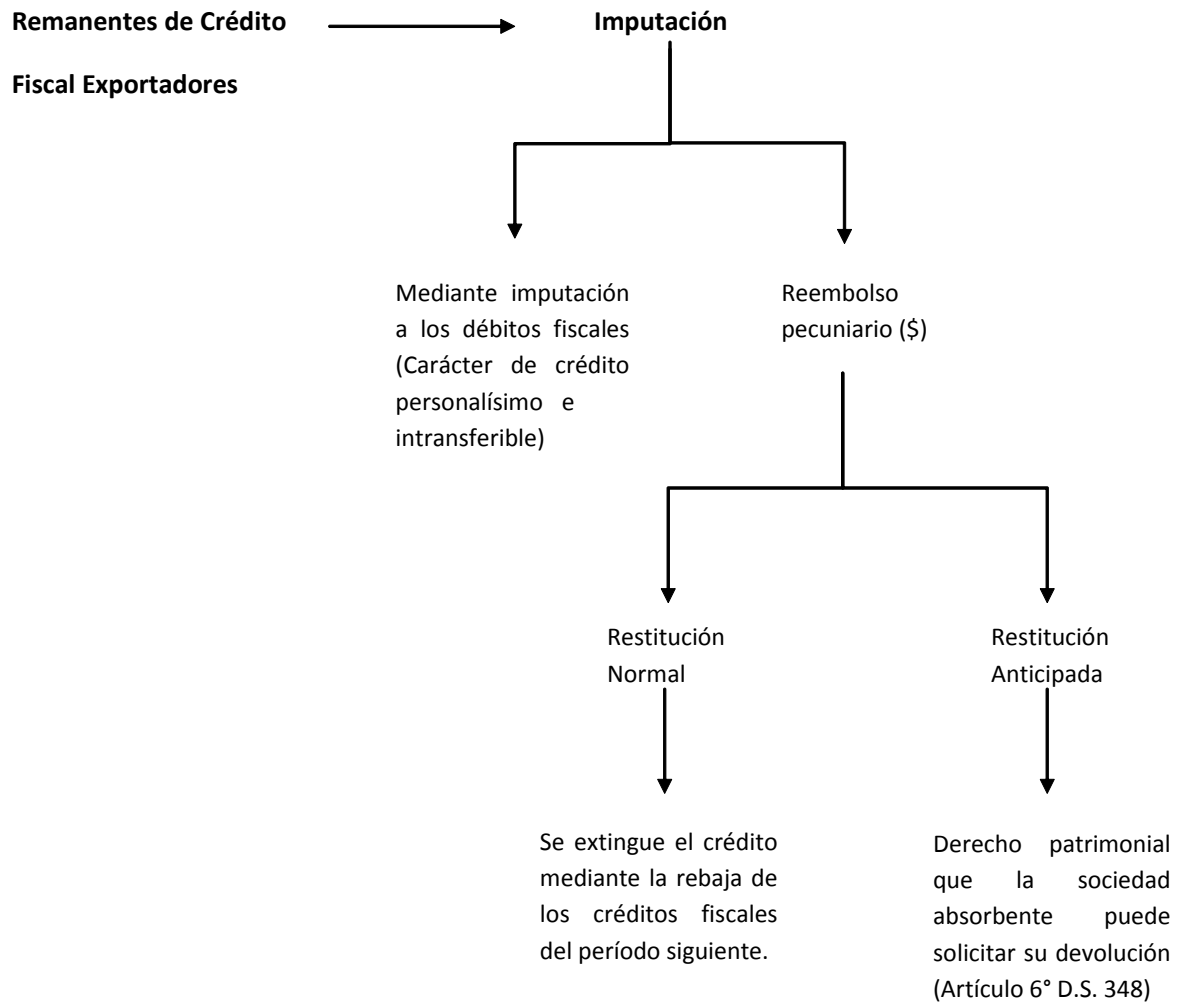
En conclusión, cuando se trata de un crédito por exportadores de carácter normal, entiéndase por tal al beneficio que se concede en favor de los exportadores que se encuentran enunciados en Artículo N° 1 del D.S N° 348 del año 1975, tal crédito podrá imputarse a los débitos fiscales que se generen con motivo de las ventas o prestaciones de servicios o, podrá

solicitarse su devolución a Tesorería General de la República en los plazos que se indicaron anteriormente.

Por lo tanto, cuando se trata de un reembolso solicitado en arcas fiscales, se extingue la calidad de crédito mediante la rebaja de los créditos fiscales al mes inmediatamente siguiente. Por el contrario, si se tratase de un reembolso solicitado a Tesorería, por concepto de la Devolución Anticipada establecida en el Artículo sexto del D.S. N° 348, tal crédito, desde el momento en que se solicito la devolución anticipada, cambió la naturaleza jurídica, perdiendo la calidad de remanente de crédito fiscal, transformándose en un simple derecho patrimonial, que en el caso de fusión por absorción de sociedades, la sociedad sucesora legal y continuadora de las operaciones de la sociedad fusionada podrá solicitar en arcas fiscales. Sin embargo, el Servicio de Impuestos Internos, ha señalado al respecto que para proceda lo señalado anteriormente, la sociedad absorbente podrá ejercer el derecho a recuperación de la solicitud del Impuesto al Valor Agregado por exportadores, “debiendo además acreditar el cumplimiento de las exportaciones de los productos, en los plazos y montos que el Servicio señale”.³⁵

A continuación se presenta un cuadro esquemático en donde se resumen los principales aspectos tributarios de los remanentes de créditos fiscales derivados de la actividad de exportación.

³⁵ Oficio N° 8078 del año 1991. Servicio de Impuestos Internos.



1.3.2. Remanentes Crédito Fiscal Artículo 27 Bis del Decreto Ley N° 825.

La Ley de Impuesto al Valor Agregado, Decreto Ley N° 825 establece un beneficio en virtud del cual los contribuyentes del referido impuestos a las ventas y servicios y los exportadores, que tengan remanentes de crédito fiscal durante seis o más periodos tributarios consecutivos, originados por la adquisición de bienes corporales muebles o inmuebles destinados a formar parte de su activo, o de servicios que deban integrar el valor de costo de éste, podrán imputar ese remanente acumulado en dichos períodos, debidamente reajustado, a cualquier clase de impuestos fiscales, incluso de retención, y a los derechos, tasas y demás gravámenes que se perciban por intermedio de las Aduanas u optar porque dicho remanente les sea reembolsado por la Tesorería General de la República.

De la norma legal expuesta en el párrafo precedente, se desprende lo siguiente:

- i. Beneficios otorgados.
 - a) Imputar el remanente acumulado en dicho lapso de tiempo, seis meses o más períodos consecutivos, a cualquier clase de impuestos fiscales, incluso de retención, y a los derechos, tasas y demás gravámenes que se perciban por intermedio de las Aduanas; o
 - b) Solicitar que dicho remanente le sea reembolsado por la Tesorería General de la República.

Para estos efectos, los remanentes acumulados deben reajustarse convirtiéndose en unidades tributarias mensuales, según su monto en la época en que debe

pagarse el impuesto, reconvirtiéndolo, en la fecha de imputación o de reembolso, al valor en pesos correspondientes.³⁶

ii. Contribuyentes beneficiados.

- a) Contribuyentes gravados con el Impuesto al Valor Agregado (Vendedores y prestadores de servicios).
- b) Los exportadores.

iii. Requisitos para acogerse a la franquicia establecida por el Artículo 27 bis.

- a) Mantener remanente acumulado de crédito fiscal por un período mínimo de seis meses o más períodos tributarios consecutivos.
- b) El remanente debe provenir de la adquisición de bienes corporales muebles o inmuebles destinados a formar parte de su activo fijo, o de servicios que deban integrar el valor de costo de éste.
- c) El bien adquirido debe destinarse, en general, a una actividad gravada con el Impuesto al Valor Agregado.

³⁶ Artículo 27 bis, Ley de Impuesto al Valor Agregado, Decreto Ley N°825; Circular N° 55 del año 1985. Servicio de Impuestos Internos.

En cuanto a la materia que nos convoca en este trabajo de tesis, la fusión de sociedades, y en relación al tema planteado en los párrafos precedentes, el Artículo 27 bis de la Ley de Impuesto al Valor Agregado, establece un beneficio jurídico distinto al mecanismo general de la imputación de los créditos fiscales contra los débitos, ya que éstos tratan de créditos personalísimos e intransferibles, en cambio el beneficio del Artículo 27 bis, tiene características de un derecho de carácter patrimonial, integrante del activo de la sociedad, como un crédito más, ya que la misma norma en comento condiciona la posibilidad de compensar los créditos fiscales o solicitar su devolución, al cumplimiento de, al menos dos requisitos: que se trate de la adquisición de determinados bienes destinados al activo fijo de la sociedad, y que los remanentes de crédito fiscal se hayan acumulado por más de seis períodos tributarios consecutivos.

Por lo tanto, se entenderá que es un derecho patrimonial porque, además, este derecho no está vinculado con el mecanismo convencional de imputación de créditos contra débitos fiscales, sino que es un beneficio para fomentar el crecimiento a través de la inversión en determinados bienes, los que finalmente, en el proceso de fusión de sociedades quedarán a disposición de la sociedad absorbente.

Si bien este es un criterio debatido, ya que el organismo fiscalizador e incluso la propia ley, han sostenido que una vez disuelta la sociedad absorbida mediante el proceso de fusión o que se haya puesto término de giro, se verá extinguido el derecho personal para el reembolso de tales remanentes, razón por la cual no puede su cesionario universal, en este caso la sociedad absorbente, suceder en él, entendiéndose por tal a los remanentes de créditos fiscales del Artículo 27 bis, por lo que habrá una sucesión en el pasivo, de restituirlos en arcas fiscales. El Servicio de Impuestos Internos ha sustentado su criterio en la propia ley, la que al

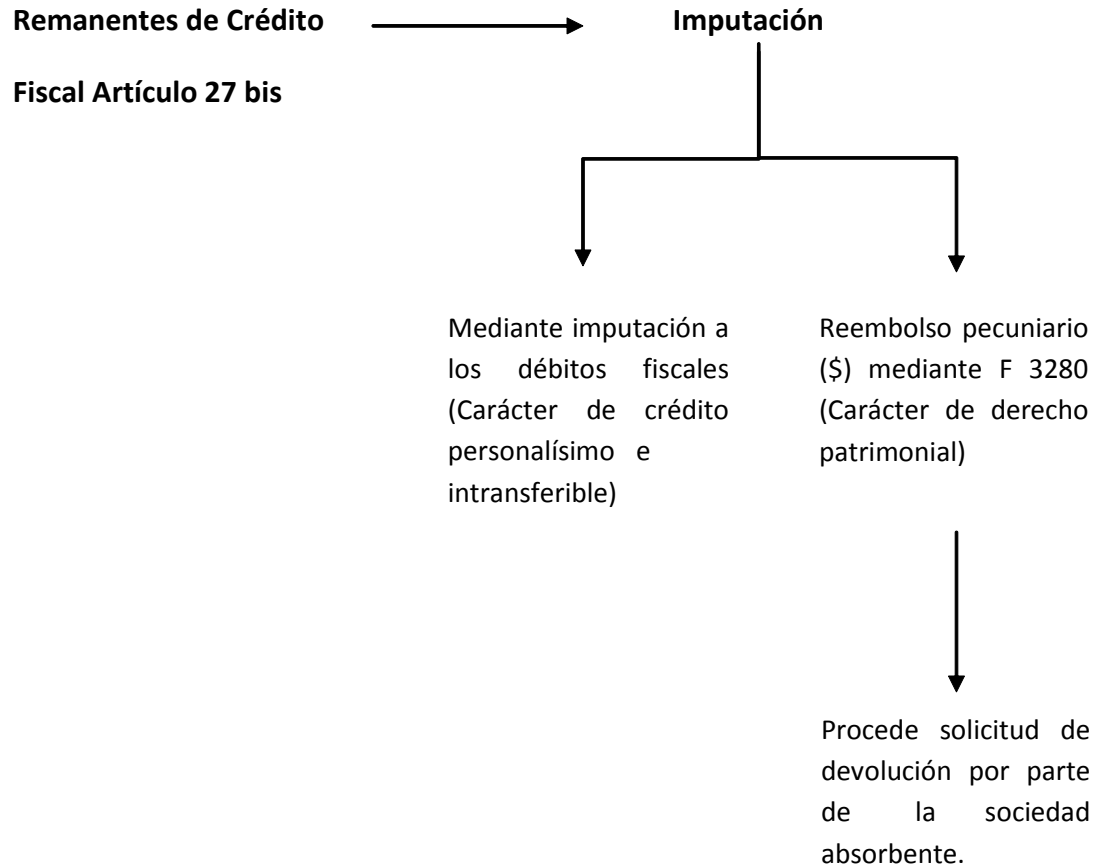
respecto establece que “De igual forma deberá restituirse el remanente en el caso de término de giro de la empresa”.³⁷

Si bien el criterio del organismo fiscalizador es válido, ya que tal derecho no puede transferirse a la sociedad fusionante por tratarse de un crédito personal e intransferible, no obstante, y en base a una interpretación distinta, este derecho se incorporaría a la sociedad absorbente sólo si al momento de la fusión se han cumplido todos los requisitos establecidos por la ley para el nacimiento de este derecho para la sociedad fusionada, momento en la cual la sociedad absorbente sólo adquiriría el derecho a solicitar la devolución del remanente establecido en el Artículo 27 bis.

En consecuencia de lo anterior, se puede señalar que en el proceso de fusión de sociedades, el remanente de crédito fiscal por adquisición de activo fijo, puede ser solicitado por la sociedad absorbente una vez que la sociedad absorbida haya presentado a Tesorería General de la República el Formulario 3280 “ Solicitud de Devolución Artículo 27 Bis”, ya que desde el momento en que la devolución fue solicitada por la sociedad absorbida, cambió la naturaleza jurídica del crédito, perdiendo la calidad de remanente de crédito fiscal, transformándose en un simple derecho patrimonial consistente en la facultad de obtener de un tercero, en este caso el Fisco, una determinada cantidad de dinero.

³⁷ Artículo 27 bis, Ley de Impuesto al Valor Agregado, Decreto Ley N° 825; Oficio N° 3188 del año 2000. Servicio de Impuestos internos.

Para finalizar este punto concerniente a los remanentes de crédito fiscal originados en la adquisición de activos fijos, se presenta un esquema en donde se resume lo expuesto con anterioridad.



2. Impuesto a la Renta.

Como ya hemos analizado previamente, la fusión implica la unión de dos o más sociedades. Sea para constituir una nueva o para absorber una a la otra, y que constituyen las dos formas de la fusión que se han denominado fusión por creación y fusión por incorporación.

Asimismo, del Artículo 14 letra A N°1, letra c) de la ley de renta, resulta que también se entiende que existe fusión en el caso de la reunión del total de los derechos o acciones de una sociedad en manos de una misma persona.

De los anteriores conceptos de fusión podemos inferir que desde la perspectiva tributaria existen dos grupos de fusiones:

- a) Fusión Perfecta.
- b) Fusión Imperfecta.

La primera, responde a lo que se conoce en doctrina por fusión, o sea la unión de dos o más sociedades sean para constituir una nueva o para incorporar otra.

El Segundo tipo, está dada por la legislación tributaria no sólo según lo descrito en el Artículo 14 letra A N° 1 letra c), sino también por otras situaciones como: Fusión por Enajenación de Todo el Activo y Pasivo de la Sociedad y Enajenación del Total del Activo.

Por su parte el Servicio de Impuestos Internos, ha dado interpretaciones al respecto, señalando para tal efecto lo siguiente:

Fusión de Sociedades: La fusión de sociedades es 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 el total del patrimonio y los socios o accionistas de los entes fusionados.

Absorción de Sociedades: La absorción de sociedades es el contrato, por escritura pública, en que una sociedad ya existente absorbe a una o más sociedades, adquiriendo todos sus activos y pasivos, desapareciendo las sociedades absorbidas.

Si algunas o todas las sociedades absorbidas disminuyen su capital, previamente a efectuar el trámite de la absorción, deben solicitar al Servicio de Impuestos Internos la Resolución que autorice dicha disminución de capital.

Aporte de Todo el Activo y Pasivo a Otra Sociedad: El aporte de todo el activo y pasivo a otra sociedad consiste en la transferencia que una persona jurídica hace a otra de todos los bienes y derechos que posee, así como de todos sus créditos y obligaciones. En este caso, además, se pueden presentar dos situaciones que dependerán de lo establecido por la escritura pública respectiva:

- Se da el Aporte y Subsiste la Sociedad que entrega el aporte como la que lo recibe.
- Se da el Aporte y Desaparece la Sociedad aportante, en cuyo caso se estaría en presencia de una “Absorción de Sociedades”.³⁸

El Servicio mediante Oficio N° 701 publicado en el año 1998, establece el alcance del término “Fusión de Sociedades”, que utiliza el código Tributario y el Artículo 14 de la Ley de la Renta, y lo hace extensivo a cualquier tipo de sociedades distintas a una sociedad anónima.³⁹

Por lo que la reorganización de sociedades es un proceso que persigue determinados fines y que genera efectos impositivos, sin embargo, desde un punto de vista de la Ley de la Renta la reorganización de empresas puede convertirse en una herramienta de planificación tributaria y administrativa que tiene por finalidad maximizar el valor de la empresa, mediante la optimización de la carga impositiva,

³⁸ Servicio de Impuestos Internos. Preguntas Frecuentes. Sitio Web

³⁹ Oficio N° 701. Servicios de Impuestos Internos

para lo que utiliza las distintas franquicias presentes en la legislación vigente, las que hacen interesante asumir un proceso de reestructuración societaria.

A modo de entender el fondo tributario de la Ley de la Renta, es preciso definir el concepto de renta definido en el Decreto Ley 824, el que señala que renta son “los ingresos que constituyan utilidades o beneficios que rinda una cosa o actividad y todos los beneficios, utilidades e incrementos de patrimonio que perciban o devenguen, cualquiera sea naturaleza, origen o denominación”. Desde el punto de vista económico el concepto de renta obedece al incremento que beneficia el patrimonio de una empresa producto del ejercicio de las actividades comerciales.

A continuación se procederá a analizar cada uno de los puntos relevantes a nivel de Impuesto a la Renta, que se desprenden de la fusión de sociedades miradas desde una perspectiva tributaria.

En una Fusión Perfecta por Incorporación, junto con la modificación que le da origen, se produce **un aumento de capital**; esto pareciera ser un aumento en el patrimonio social, lo que conllevaría a partir de la definición legal de renta descrita en el párrafo precedente al pago de impuesto por causa de la renta devengada. Sin embargo este aumento de Patrimonio es aparente, debido a que la causa de éste no es producto de la actividad propia de la sociedad, y por tanto no hay utilidad. Desde el punto de vista de la sociedad absorbida no hay incremento patrimonial, ya que aporta todos sus activos y pasivos a la sociedad absorbente. De esta forma, el socio o accionista se incorpora de pleno derecho a la sociedad fusionante, manteniendo su proporción y adquiriendo los nuevos derechos o acciones en virtud del respectivo canje accionario, por lo que en absoluto podríamos decir que estamos frente a un incremento patrimonial desde un punto de vista impositivo.

Al respecto, cabe destacar que en las dos situaciones señaladas precedentemente, esto es la Fusión por Creación o por Incorporación, las sociedades aportantes desaparecen, sucediéndola en todos sus derechos y

obligaciones la sociedad que se constituye o la preexistente, y, aún cuando legalmente existe enajenación de los bienes aportados, el aporte que efectúa la sociedad absorbida no tiene una contraprestación pues no recibe a cambio acciones o derechos de la sociedad absorbente, puesto que desaparece como persona jurídica, de donde resulta que queda al margen de poder experimentar un incremento patrimonial. Por lo tanto, no procede aplicar en este caso el Artículo 64° del Código Tributario.⁴⁰

Dado que tanto en la situación referida anteriormente, no se producen efectos tributarios respecto de la Ley sobre Impuesto a la Renta con motivo de fusión de sociedades, sin embargo la nueva sociedad o la subsistente deberá mantener registrado el valor tributario que tenían los bienes en la empresa o sociedad aportante, a fin de acreditar el cumplimiento de todas las normas pertinentes contenidas en la Ley de Impuesto a la Renta, tales como depreciación, corrección monetaria, determinación del mayor valor en el momento que se produzca enajenación a terceros.

En cambio, en otras reorganizaciones en que subsista la empresa aportante; tratándose del aporte, total o parcial, de activos de cualquier clase, corporales o incorporeales, que resulte de otros procesos de reorganización de grupos empresariales, en que subsista la empresa aportante, sea individual o societaria, que impliquen un aumento de capital en una sociedad preexistente o la constitución de una nueva sociedad, y que no originen flujos efectivos de dinero para el aportante, se reconocerá para la aplicación del Artículo 64° del Código Tributario, como valor corriente en plaza de dichos bienes o el que normalmente se cobre en convenciones de similar naturaleza, el valor contable o tributario que se tenía registrado en la empresa aportante, cuando dichos valores se asignen en la respectiva Junta de Accionistas o en el acto de constitución de la sociedad, tratándose de sociedades de personas, salvo que se trate de acciones de terceros, que no sean filiales de la aportante, y que tengan cotización en bolsa. La

⁴⁰ Circular N° 68 de 1996. Servicio de impuestos Internos.

receptora de los bienes, deberá registrar para efectos tributarios el mismo valor señalado, esto es, el valor contable o tributario.

Cabe tener presente en todo caso, que se entenderá que existe reorganización para los efectos anteriores, cuando sea evidente una legítima razón de negocios que la justifique y no una forma para evitar el pago de impuesto, como puede ser el aporte a una sociedad existente que registra una pérdida tributaria y los bienes respectivos fuesen vendidos por ésta último dentro del período de revisión a un mayor valor absorbido por dicha pérdida.⁴¹

Otro tema de relevancia, que surge de este tipo de fusión perfecta, tiene relación con el canje accionario, ya que de la definición legal establecida en el Artículo 99° de la Ley de Sociedad Anónima, el que fue profundizado en el capítulo III antes expuesto, se establece que los accionistas se incorporarán de pleno derecho a la sociedad subsistente, esto se debe a que dichos accionistas intercambiaron activos que poseían en la sociedad absorbida por participación societaria o títulos accionarios en la sociedad absorbente.⁴²

Sin embargo, para llevar a cabo una planificación tributaria en una reorganización empresarial de este tipo, es preciso analizar los diversos factores o variables tributarias que se presentan en cada una de las sociedades que participan de dicho proceso, con el fin de determinar la alternativa más aconsejable para llevar a efecto la fusión y cuáles serían los efectos tributarios que se derivarían de las alternativas que podrían utilizarse para tal fin.

Cabe referirse ahora, a los efectos legales y tributarios aplicables a la fusión perfecta por incorporación, por aporte de activos y pasivos, conjuntamente con los trámites legales y tributarios a realizar. Para lo anterior se tratarán por separado cada uno de los tópicos de relevancia que intervienen en este proceso.

⁴¹ Anexo I. Límites a la Planificación Tributaria.

⁴² Anexo I. El Canje de Acciones.

2.1. Efectos Legales.

A este respecto debemos señalar que por expresa disposición legal se produce la disolución de la sociedad absorbida, sin que sea necesario efectuar la liquidación de la misma. Lo anterior se desprende de las normas de carácter específicos que regulan a este tipo de reorganización y que se encuentran establecidas en el artículo 99° de la Ley de Sociedad Anónima, la que expresa que la fusión de sociedades por incorporación o aporte de activos y pasivos, produce la disolución de la sociedad que se absorbe, sin que sea necesario proceder a su liquidación. Además, la sociedad a la cual se le aportaron los activos y pasivos, sucede por el solo ministerio de la ley en los derechos y obligaciones a la sociedad aportante.

I. Fusión Impropia por reunión del 100% de las acciones en manos de un accionista:

En este tipo de fusión, también denominada fusión imperfecta, por expresa disposición legal se produce la disolución de la sociedad absorbida, sin que sea necesario efectuar la liquidación de la misma.

Por otra parte, se produce una sucesión por el solo ministerio de la Ley de los derechos y obligaciones sociales, de tal forma, que se radicarán en la sociedad absorbente la totalidad de sus activos y pasivos, y entre ellos los contratos en los cuales la sociedad absorbida era parte, debiendo asumir el pago correspondiente de las obligaciones.⁴³

⁴³ Artículo 103 N° 2; Artículo 108. Ley 18.046 sobre Sociedades Anónimas. Ministerio de Hacienda. Chile. Año 1981.

II. Fusión por Aporte Total de Activos y Pasivos:

En este tipo de fusión, denominada fusión perfecta por aporte total de activos y pasivos por incorporación, sucede cuando una o más sociedades que se disuelven, son absorbidas por una sociedad ya existente, la que adquiere todos sus activos y pasivos. Cabe destacar, que por expresa disposición legal se produce la disolución de la(s) sociedad(es) absorbida(s), sin que sea necesario efectuar la liquidación de la misma.

Además, la sociedad a la cual se le aportaron los activos y pasivos, sucede por el solo ministerio de la ley en los derechos y obligaciones a la sociedad aportante.⁴⁴

2.1.1. Trámites Legales y Administrativos a Realizar.

I. Fusión Impropia por reunión del 100% de las acciones en manos de un accionista:

- Adquisición de la totalidad de las acciones, suscribiendo al efecto una escritura privada ante Notario Público, o bien, escritura pública. Sin embargo, como se dijo en capítulos anteriores, para evitar el término de giro, la compraventa deberá realizarse por escritura pública, para incorporar en ella la cláusula de responsabilidad tributaria el Artículo 69 del Código Tributario.
- En el evento que la adquisición del 100% de las acciones de la sociedad absorbida se efectúe mediante su aporte a otra sociedad en pago de un aumento de capital (Fusión Mixta), será necesario reformar los estatutos de ambas sociedades

⁴⁴ Artículo N°99. Ley 18.046 sobre Sociedades Anónimas. Ministerio de Hacienda. Chile. Año 1981.

cumpléndose todos los trámites legales que se requieran de acuerdo al tipo jurídico que tenga la sociedad la sociedad respectiva.

- Para evitar que la sociedad disuelta tenga que tramitar su término de giro, conforme a lo señalado en la Circular N° 72 del año 1996, se deberá otorgar una escritura pública dentro de los 30 días hábiles siguientes a la disolución de la sociedad, en la que la sociedad adquirente de las acciones deberá hacerse responsable de todos los impuestos que la sociedad anónima disuelta adeudare.
- La sociedad anónima que se disuelve deberá presentar balance de término de giro por el período comprendido entre el 1° de enero del año de la disolución y la fecha de ésta.
- La sociedad anónima que ha adquirido la totalidad de las acciones de aquélla que se disuelve deberá enterar en arcas fiscales dentro de los meses siguientes a la fecha de la disolución los impuestos a la Ley de la Renta adeudados por la sociedad anónima que desaparece, y los demás impuestos dentro de los plazos legales normales, sin perjuicio de otros impuestos que pudieran adeudarse.
- La sociedad anónima que se disuelve debe entregar las Cédulas RUT y los documentos timbrados sin uso en la Unidad del Servicio de Impuestos Internos que corresponda.

II. Fusión por Aporte de Activos y Pasivos:

- Celebración de dos sesiones de Directorio, convocando a Junta Extraordinaria de Accionistas para aprobar la fusión de que se trate.
- Preparar Estados Financieros Auditados de las empresas intervinientes a la fecha que se acuerde para la materialización de la fusión.
- Celebración de dos juntas Extraordinarias de Accionistas en las cuales se apruebe la fusión en comento, con aprobación del informe pericial respectivo y la relación de canje de acciones.
- Reducción a Escritura Pública del acta de las Juntas de Accionistas.
- Otorgamiento de una escritura pública de materialización de fusión en la que se puede aprobar entre otros, texto refundido de los estatutos sociales.
- Inscripción en el Registro de Comercio del Conservador de Bienes Raíces respectivo, y publicación en el Diario Oficial, del extracto de ambas Juntas y de la escritura de materialización de fusión. Lo anterior se deberá realizar dentro del plazo de 60 días contados desde la fecha de reducción a escritura pública pertinente.
- La sociedad anónima que se disuelve deberá presentar balance de término por el período comprendido entre el 1° de Enero del año de la disolución y la fecha de ésta.
- La sociedad anónima a quién se le ha aportado el total de los activos y pasivos de aquélla que se disuelve deberá enterar en

arcas fiscales dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la disolución los impuestos a la Ley de la Renta adeudados por la sociedad anónima que desaparece, y los demás impuestos dentro de los plazos legales normales, sin perjuicio de otros impuestos que pudieran adeudarse.

- La sociedad anónima que se disuelve debe entregar las Cédulas RUT y los documentos timbrados sin uso en la Unidad del Servicio de Impuestos Internos que corresponda.
- La sociedad absorbente deberá informar al Servicio de Impuestos la modificación de sus estatutos efectuada con motivo de la fusión.

2.2. Efectos Tributarios.

Si bien en los párrafos precedentes se mencionó el efecto tributario del valor de los activos y pasivos aportados o incorporados, creo que es pertinente enunciarlo nuevamente con el fin de establecer un orden cronológico de los tópicos tributarios a tratar en este tipo de fusiones.

2.2.1. Valor de los activos y pasivos aportados o incorporados.

I. Fusión Perfecta por Aporte Total de Activos y Pasivos:

En el evento que la fusión se efectúe mediante el aporte o incorporación de todos los activos y pasivos, ésta podrá efectuarse considerando los activos y pasivos a sus valores financieros, el que no producirá efecto tributario alguno.

Sin embargo, de acuerdo con las instrucciones contenidas en la Circular N° 68 de 1996 y Circular N°45 de 2001 del Servicio de Impuestos Internos, la sociedad absorbente deberá mantener registrado el valor tributario que tenían los bienes en la empresa absorbida, a fin de acreditar el cumplimiento de todas las normas pertinentes contenidas en la Ley sobre Impuesto a la Renta, tales como depreciación, corrección monetaria, determinación del mayor valor en el momento de su enajenación a terceros, entre otros.

Según lo expresado en el numeral 2 de la referida Circular, en el caso de fusión de sociedades, la sociedad aportante desaparece, sucediéndola en todos sus derechos y obligaciones la sociedad preexistente o absorbente y aún cuando legalmente existe enajenación de los bienes aportados, el aporte que efectúa la absorbida no tiene una contraprestación, pues no recibe a cambio acciones o derechos de la sociedad absorbente puesto que desaparece como persona jurídica, de donde resulta que queda al margen de poder experimentar un incremento patrimonial. Por tanto, concluye la circular, no aplicar en este caso la facultad de tasar los activos, prevista en el Artículo 64° del Código Tributario.⁴⁵

II. Fusión Perfecta por Aporte Total de Activos en que subsista la empresa aportante:

La fusión perfecta por aporte total de activos, obedece a otro modo de reorganizarse societariamente, ésta no implica necesariamente la disolución de la sociedad aportante, por este motivo el legislador le dio un tratamiento diferente a tales aportes,

⁴⁵ Ver Anexo I. Limitaciones a la Planificación Tributaria

con el fin que éstos cumplan con la normas tributarias y así hacer inoperante la facultad de tasación de Servicio de Impuestos Internos.

Tales aportes deben realizarse en el contexto de una reorganización empresarial que obedezca a una legítima razón de negocios, tal como lo dispone el Artículo 64 del Código Tributario.

Al respecto, cabe señalar que los referidos aportes, con motivo de la fusión por aporte de total de activos, en donde subsiste la empresa aportante deben realizarse a su valor tributario, con el objeto de evitar el ejercicio de la facultad de tasación por parte del Servicio de Impuestos Internos.

A consecuencia de lo anterior, el ente fiscalizador ha emitido ciertos pronunciamientos administrativos al respecto que se deben cumplir en este caso para evitar la tasación a la que alude el artículo 64, que son los siguientes:

- a) El aporte debe implicar un aumento de capital en una sociedad preexistente o la constitución de una nueva sociedad.
- b) Que no se originen flujos efectivos de dinero para el aportante.
- c) Que los aportes se efectúen y registren al valor contable o tributario en que los activos y/o pasivos estaban registrados en la sociedad aportante; y

- d) Que los valores se asignen en la respectiva junta de accionistas o escritura pública de constitución o modificación de la sociedad tratándose de sociedades de personas.⁴⁶

Sin embargo, el ente fiscalizador mediante la Circular N° 45 del año 2001, introduce modificaciones al Artículo 64 del Código Tributario y a la Circular N° 68 del año 1996, limitando en este tipo de operaciones la legítima razón de negocios, criterio debatido por su subjetividad, cuando se aportan activos a una sociedad que presenta pérdidas tributarias.

Del párrafo anterior se desprende, que el Servicio de Impuestos Internos, entenderá que existe reorganización societaria para los efectos de lo dispuesto en dicha norma, Artículo 64 del Código Tributario, cuando exista una legítima razón de negocios que la justifique y no una forma de evitar el pago de impuestos, como puede ser el aporte a una sociedad existente que registra una pérdida tributaria y los bienes respectivos fuesen vendidos por ésta última dentro del período de revisión a una mayor valor absorbido por dicha pérdida.

III. Fusión Imperfeta por la reunión del 100% de las acciones en manos de un accionista:

El organismo fiscalizador mediante diversos pronunciamientos administrativos, Circular N° 2 del año 1998, concluye que en el caso de la disolución de una sociedad anónima por la reunión del 100% de sus acciones en manos de un solo titular, si bien el título y el modo

⁴⁶ Circular N° 68 del año 1996. Servicio de Impuestos Internos. Criterio sostenido por el organismo fiscalizador mediante Circular N° 45 del año 2001.

de extinguir es la ley y no una convención, no es menos cierto que se produce una enajenación, esto es, se origina un traspaso de los activos de la sociedad disuelta al adquirente del 100% de las acciones, traspaso que, atendido que se genera como consecuencia del término de la existencia de la sociedad, asume la forma de transmisión de bienes y no una transferencia.

Al respecto, cabe señalar que cuando la propiedad del 100% de las acciones de una sociedad anónima se reúnen en manos de un accionista, el valor en el cual corresponde registrar los activos de la sociedad que se disuelve en los registros contables de la sociedad absorbente o receptora de éstos, es el valor de adquisición de las respectivas acciones, el cual deberá compararse con el valor libro tributario de la sociedad absorbida, dicha diferencia será distribuida proporcionalmente entre todos los activos no monetarios traspasados o adquiridos producto de la fusión impropia, entendiéndose por éstos últimos para dichos efectos aquellos que de alguna manera se autoprotegen del proceso inflacionario por existir cláusulas de reajustabilidad establecidas por Ley o pactadas en forma contractual, o que por su naturaleza se impide que la desvalorización monetaria ocasione un menoscabo en su valor real.⁴⁷

El **Goodwill** o diferencia asignada a los activos no monetarios de la entidad absorbida, no constituye renta para la sociedad absorbente, sino que dicha diferencia queda sujeta al tratamiento tributario que afecta al activo no monetario al cual accede o se incorpora.

⁴⁷ Oficio 2567 del año 2000; Oficio 1849 del año 2001. Servicio de Impuestos Internos.

De lo expresado anteriormente, se incorpora un nuevo concepto tributario a nuestro análisis, **El Goodwill Tributario**, que representa el valor pagado distinto de los activos tangibles de la sociedad, por ejemplo, las marcas, permisos especiales, cartera de clientes, ubicación, contratos especiales, entre otros, por tanto es el diferencial que se produce por el valor pagado por las acciones de una sociedad y el patrimonio tributario de esa inversión.

En nuestro país no está regulado en la ley tributaria, no obstante existen diversos pronunciamientos administrativos sobre la materia, que ha validado que el goodwill es susceptible de reconocerse como gasto tributario en algún determinado momento. Dichos pronunciamientos emitidos por el Servicio de Impuestos Internos dan un sentido tributario a un concepto netamente financiero.

Este fenómeno se produce en ciertos casos de fusiones, fusión mixta, y también cuando se reúne el 100% de las acciones en una sola mano. En este último caso la sociedad se disuelve por ministerio de la ley, generándose un intercambio de activos que produce diferencias entre lo realmente pagado por esa inversión y el valor libro tributario de tal inversión.⁴⁸

Existen dos tipos de goodwill, el más conocido es el goodwill tributario positivo, no obstante, también se puede dar el goodwill tributario negativo. El primero indicará, generalmente, aumentos del valor tributario original de los activos no monetarios de la sociedad absorbida, este precio superior pagado por las acciones de una sociedad se distribuirá entre los activos no monetarios, a la fecha de

⁴⁸ Seminario. "EL FUT: Veintidós Años de Vigencia". Presentación "EL FUT Y LA PLANIFICACIÓN TRIBUTARIA". Expositor Señor Germán Campos Kennett, Director del Instituto Chileno del Derecho Tributario, Profesor Universitario de diversos programas de Post-Títulos, Socio PricewaterhouseCoopers.

la fusión o disolución, en el caso de no existir activos no monetarios, la diferencia o goodwill deberá amortizarse hasta en seis períodos comerciales consecutivos.⁴⁹

En el caso del goodwill tributario negativo, significa que el valor pagado por la inversión es inferior al valor libro tributario que tiene la sociedad a la fecha de la disolución legal. Pueden existir múltiples razones para ello, como que los activos tienen ciertas expectativas que se desvaloricen en el corto plazo, potenciales pasivo no registrados, entre otros. En este caso al fusionarse, se disminuirán los activos no monetarios de la sociedad absorbida y si no existiesen, habrá que reconocer una utilidad tributaria.⁵⁰

2.2.2. Costo tributario de las acciones de canje recibidas en la sociedad fusionante.

Al respecto, la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS), mediante Oficio Ordinario N° 952 del año 2002, señala que en lo pertinente, la fusión por absorción no implica una transferencia de bienes específicos, sino una transmisión de relaciones jurídicas activas y pasivas, con solución de continuidad manifestada en la distribución o canje de nuevos títulos accionarios, acordada por los accionistas de las sociedad partícipes del proceso de fusión.⁵¹

Por otra parte, 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

⁴⁹ Oficio N°864 del año 2008. Servicio de Impuestos Internos.

⁵⁰ Oficio N° 4848 del año 2005. Servicio de Impuestos Internos.

⁵¹ Oficio N° 791 del año 2002. Servicio de Impuestos Internos.

99 de la Ley 18.046 sobre sociedades anónimas, cabe señalar que, como se ha manifestado previamente, las acciones son representativas de los mismos derechos, materializados en instrumentos distintos, dicho de otra manera, el canje propio de estas operaciones no es más que un acto material, que no debe alterar los derechos sociales que los títulos representaban en las sociedades disueltas producto de la fusión.

Siguiendo con el planteamiento inicial de que estas acciones de canje recibidas por fusión son la prolongación jurídica de los antiguos títulos, se considera que el **valor de adquisición de las acciones** recibidas en la entidad resultante del proceso de fusión, es aquel que corresponde al valor de las acciones que ellas vienen a reemplazar. Lo anterior viene como consecuencia, que con motivo de la fusión, la sociedad absorbida se disuelve y por tanto los títulos representativos de ese patrimonio se extinguen.

Es en razón de tal sustitución de títulos accionarios, en la que no media transacción propiamente tal es que el costo de las acciones tiene que mantenerse, y por tanto, no puede originarse renta, pues si se mantiene el costo de lo adquirido no puede variar el patrimonio y en consecuencia no se produce una renta susceptible de gravarse con los impuestos generales, puesto que ésta supone un incremento patrimonial que en el caso en estudio no se generaría. Por consiguiente, como el accionista que se incorpora, jurídicamente no pagó las acciones que le son entregadas producto del canje accionario, el valor de adquisición para él es el mismo que pagó cuando suscribió los títulos de la sociedad absorbida.

La importancia de determinar el valor de adquisición de las acciones de canje recibidas por motivo de la fusión por incorporación, es que dicho precio es una de las variables que determinará el mayor valor afecto a tributación en caso que posteriormente ellas se enajenen.

Por consiguiente, hay que tener presente que el valor de adquisición de los títulos accionarios, es uno solo, esto es, el precio pagado por tales acciones, y en este caso, el precio corresponde a lo que el accionista pagó originalmente por las acciones de la entidad fusionada, ya que en la fusión no se ha producido una enajenación sino un canje de títulos accionarios.

En consecuencia, si un accionista de la sociedad absorbida o fusionada, enajena las acciones de canje recibidas de la sociedad absorbente, el costo de la venta será el que resulte de aplicar el Índice de Precios al Consumidor (IPC) sobre las acciones correspondientes desde la fecha de su adquisición en la sociedad fusionada, hasta la fecha de la fusión y desde aquí el reajuste se aplicará sobre las acciones de canje recibidas, hasta la fecha del contrato de venta o enajenación. Por ello, sería necesario que la sociedad resultante del proceso de fusión que efectúa el canje de acciones, registre apropiadamente el origen, la fecha y el costo de adquisición de las acciones de canje distribuidas a los accionistas de las sociedades fusionadas.

2.2.3. Fecha de adquisición de las acciones de canje recibidas en la sociedad absorbente.

Otra consecuencia producida por el canje de acciones en el proceso de fusión de sociedades, tiene relación con la fecha de adquisición de tales títulos accionarios, ya que ésta representa un punto sensible cuando posterior al referido canje los accionistas decidan enajenar las respectivas acciones.

Por lo tanto, la fecha de adquisición de las acciones emitidas por la sociedad absorbida, no se pierde para sus titulares a consecuencia de un acuerdo de fusión, sino que debe entenderse que tal fecha corresponde a aquélla en que las acciones emitidas por la sociedad absorbida fueron

adquiridas por el titular respectivo. En tal sentido, el acuerdo de fusión no es sino el ejercicio de derechos sociales por parte de los accionistas en un acto colectivo, con derecho a retiro en caso de disidencia, y no una inversión nueva en acciones emitidas por otra sociedad.⁵²

Por consiguiente, y de acuerdo a lo enunciado en los párrafos precedentes, la fecha de adquisición de las acciones de canje recibidas en la entidad fusionante, es la misma data de la adquisición de las acciones de las sociedades fusionadas.

La importancia de establecer la antigüedad de los títulos de canje recibidos radica en el distinto tratamiento tributario aplicable al mayor valor obtenido por la enajenación de dichas acciones, que depende entre otros factores de la fecha de adquisición.

Si bien existen diversos pronunciamientos, tanto del Servicio de Impuestos Internos como de la Superintendencia de Valores y Seguros en cuanto a la materia tratada en los puntos descritos con anterioridad, costo y fecha de adquisición de las acciones recibidas producto del canje accionario, ellos describen el resultado lógico de la naturaleza jurídica de la fusión de sociedades, ya que en esta institución jurídica no hay una enajenación de patrimonios, sino que se trata de una transmisión en bloque de los patrimonios, los que se refunden y unifican en una sola entidad resultante, por lo que no cabe sino concluir que en estas figuras de reorganizaciones empresariales lo que se traspasa son los derechos representativos del patrimonio, de los cuales los accionistas tienen facultades que no son susceptibles de extinguirse.

⁵² Oficio N° 791 del año 2002.” Canje de acciones por fusión. Fecha de adquisición debe entenderse que corresponde a aquélla en que las acciones emitidas por la sociedad absorbida fueron adquiridas por el titular respectivo”. Servicio de Impuestos Internos.

A modo de ejemplo, y para un mayor entendimiento del lector, a continuación se ilustra un cuadro resumen con la tributación del mayor valor en la enajenación de acciones.

Esquema de análisis del artículo 17 N°8 de la L.I.R.



El cuadro resumen expuesto anteriormente, que analiza la tributación del mayor valor producto de la enajenación de acciones, se ilustra para tener una visión más técnica respecto a la tributación de dichos títulos accionarios, ya que a raíz del canje accionario muchos accionistas deciden enajenar las acciones con el objeto de lograr una mayor rentabilidad.

2.2.4. Situación de las rentas pendientes de tributación en el caso de término de giro según el Artículo 38 Bis.

El Artículo 38 bis de la Ley de la Renta establece que los contribuyentes obligados a declarar su renta efectiva según contabilidad completa, que pongan término a su giro, deberán considerar retiradas o distribuidas las rentas o cantidades determinadas a esa fecha, en la forma prevista en el artículo 14, letra A), número 3° c), o en el inciso segundo del artículo 14 bis, según corresponda, incluyendo las del ejercicio.

Dichos contribuyentes tributarán por esas rentas o cantidades con impuesto de 35%, el cual tendrá el carácter de único de esta ley respecto de la empresa, empresario, socio o accionista, no siendo aplicable a ellas lo dispuesto en el número 3 del Artículo 54°. No se aplicará este impuesto a la parte de las rentas o cantidades que corresponderá a los socios o accionistas que sean personas jurídicas, la cual deberá considerarse retirada o distribuida a dichos socios a la fecha del término de giro. No obstante, el empresario, socio o accionista, podrá optar por declarar las rentas o cantidades referidas, como afectas al Impuesto Global Complementario del año del término de giro de acuerdo con las siguientes reglas:

- i. A estas rentas o cantidades, se les aplicará una tasa de Impuesto Global Complementario equivalente al promedio de las tasas más altas de dicho impuesto que hayan afectado al contribuyente, en los tres ejercicios anteriores al término de giro o si la empresa, a la que se pone término tuviera una existencia inferior a tres ejercicios, el promedio se calculará por los ejercicios de existencia efectiva. Si la empresa hubiere existido sólo durante el ejercicio en que se pone término de giro, entonces, las rentas o cantidades indicadas tributarán como, rentas del ejercicio según las reglas generales.

- ii. Las rentas o cantidades indicadas en el número anterior, gozarán del crédito del Artículo 56°, número 3, el cual se aplicará con una tasa de 35%. Para estos efectos, el crédito deberá agregarse en la base del impuesto, en la forma prescrita en el inciso final del número 1, del artículo 54°.

De la norma legal expuesta anteriormente, se desprende que el Artículo 38 bis de la Ley de impuesto a la Renta, establece que las rentas o utilidades provenientes de empresas que cesan sus operaciones, como es el caso de las sociedad absorbidas en la fusión por incorporación, se afectarán con un impuesto de 35% (Impuesto por término de giro), el cual comprende los tributos, que por esas rentas, afectarán tanto a la empresa como al respectivo empresario, socio o accionista.

No obstante, se ha dictaminado, que esta norma no tiene aplicación en el caso de fusión de sociedades, independientemente de si las empresas que desaparecen producto de tales reorganizaciones quedan obligadas o no a dar aviso de término de giro, la causa radica básicamente porque las empresas nuevas o preexistentes son continuadoras legales del giro o de las actividades de las empresas que desaparecen y, por lo tanto, las utilidades retenidas en esta última permanecen reinvertidas en las nuevas sociedades⁵³ que nacen producto de las fusión.

Lo anterior, se argumenta con dos disposiciones legales, la primera, el Artículo 69° del Código Tributario, en el cual se establece la cláusula de responsabilidad solidaria ante los impuestos, la que debe formar parte de la escritura de fusión para que deje sin efecto el término de giro, en efecto lo que establece esta norma legal es lo que se denomina “Término de Giro Simplificado”.

⁵³ Oficio N° 3690 del año 1992. Servicio de Impuestos Internos.

La segunda disposición legal, tiene cierta armonía con lo establecido en el Artículo 14 de la Ley de Impuesto a la Renta, que establece que no tributará con los impuestos global complementario o adicional, las utilidades no retiradas en el caso de fusión de sociedades, porque estas últimas se incorporan al registro FUT de las sociedades resultantes de la fusión.

2.2.5. Efectos del Fondo de Utilidades Tributables (FUT) como Herramienta de Planificación Tributaria en el Proceso de Reorganizaciones Empresariales.

El Fondo de Utilidades Tributables, FUT, se encuentra establecido en el Artículo 14 de la Ley de Impuesto a la Renta, en él se regulan los efectos tributarios que se producen con motivo de los movimientos patrimoniales, sean éstos, a través de simples retiros o distribuciones, como también los provenientes de cambios complejos que implican una reestructuración patrimonial de las sociedades.

Del tenor de la Ley, específicamente en el Artículo 14° antes mencionado se desprende lo siguiente:

“Las rentas que se determinen a un contribuyente sujeto al impuesto de primera categoría, se gravarán respecto de éste, de acuerdo a las normas del Título II”.

Para aplicar los Impuestos Global Complementario o Adicional sobre las rentas obtenidas por dichos contribuyentes, se procederá de la siguiente forma:

A. Contribuyentes obligados a declarar según Contabilidad Completa:

- 1. Respecto de los empresarios individuales, contribuyentes del Artículo 58°, número 1, socios de sociedades de**

personas y socios gestores en el caso de sociedades en comandita por acciones:

- a) Quedarán gravados con los Impuestos Global Complementario o Adicional, según proceda, por los retiros o remesas que reciban de la empresa, hasta completar el Fondo de Utilidades Tributables referido en el mismo número 3 de este artículo.**

Cuando los retiros excedan el Fondo de Utilidades Tributables, para los efectos de la aplicación de los impuestos señalados, se considerarán dentro de éste las rentas devengadas por la o las sociedades de personas en que participe la empresa de la que se efectúa el retiro.

Respecto de las Sociedades de Personas y de las En Comandita por Acciones, por lo que corresponda a los socios gestores, se gravarán los retiros de cada socio por sus montos efectivos.

En el caso de que los retiros en su conjunto excedan el monto, de las utilidades tributables, incluyendo la del ejercicio, cada socio tributará considerando la proporción que representan sus retiros en el total de ellos, respecto de dicha utilidad. Para los efectos de aplicar los impuestos del Título IV, se considerarán siempre retiradas las rentas que se remesen al extranjero.

- b) Los retiros o remesas que se efectúen en exceso del Fondo de Utilidades Tributables, que no correspondan a cantidades no constitutivas de renta o rentas exentas de los impuestos Global Complementario o Adicional, se considerarán realizados en el primer ejercicio posterior en que la empresa tenga Utilidades Tributables determinadas en la forma indicada en número 3, letra a) de este artículo. Si las utilidades tributables de ese ejercicio fueran suficientes para cubrir el monto de los retiros en exceso, el remanente se entenderá retirado en el ejercicio subsiguiente en que se produzcan utilidades tributables y así sucesivamente. Para estos efectos, el referido exceso se reajustará según la variación que experimente el Índice de Precios al Consumidor entre el último día del mes anterior al del cierre del ejercicio en que se entienden retirados para los efectos de esta letra.

Tratándose de sociedades y para los efectos indicados en el inciso precedente, los socios tributarán con los Impuestos Global Complementario o Adicional, en su caso, sobre los retiros efectivos que hayan realizado en exceso de las utilidades tributables, reajustados en la forma ya señalada.

En el caso que el socio hubiere enajenado el todo o parte de sus derechos, el retiro referido se entenderá hecho por el o los cesionarios en la proporción correspondiente. Si el cesionario es una Sociedad Anónima, En Comandita por Acciones por la participación correspondiente a los accionistas, o un contribuyente del Artículo 58°, número 1, deberá pagar

el impuesto a que se refiere el Artículo 21°, inciso tercero, sobre el total del retiro que se le imputa. Si el cesionario es una Sociedad de Personas, las utilidades que le correspondan por aplicación del retiro que se le imputa, se entenderá a su vez retiradas por sus socios en proporción a su participación en las utilidades. Si alguno de éstos es una sociedad, se deberán aplicar nuevamente las normas anteriores, gravándose las utilidades que se le imputan con el impuesto del Artículo 21°, inciso tercero, o bien, entendiéndose retiradas por sus socios y así sucesivamente, según corresponda.

En el caso de transformación de una sociedad de personas en una sociedad anónima, ésta deberá pagar el impuesto del inciso tercero del Artículo 21°, en el o en los ejercicios en que se produzcan utilidades tributables, según se dispone en el inciso anterior, por los retiros en exceso que existan al momento de la transformación. Esta misma tributación se aplicara en caso que la sociedad se transforme en una sociedad en comandita por acciones, por la participación que corresponda a los accionistas.

- c) Las rentas que se retiren para invertirlas en otra empresas obligadas a determinar su renta efectiva por medio de contabilidad completa con arreglo a las disposiciones del Título II, no se gravarán con los Impuestos Global Complementario o Adicional mientras no sean retirados de la sociedad que recibe la inversión o distribuida por ésta.

Igual norma se aplicará en el caso de transformación de una empresa individual en sociedad de cualquier clase o en la división o fusión de sociedades, entendiéndose dentro de ésta última la reunión del total de los derechos o acciones de una sociedad en manos de una misma persona.

En las divisiones se considerará que las rentas acumuladas se asignan en proporción al patrimonio neto respectivo. Las disposiciones de esta letra se aplicarán también al mayor valor obtenido en la enajenación de derechos en sociedades de personas, efectuadas de acuerdo a las normas del Artículo 41°, inciso penúltimo, de esta ley, pero solamente hasta por la cantidad equivalente a las utilidades acumuladas de la empresa a la fecha de la enajenación, en la proporción que corresponda al enajenante.

Las inversiones a que se refiere esta letra sólo podrán hacerse mediante aumentos efectivos de capital en empresas individuales, aportes a una sociedad de personas o adquisición de acciones de pago, dentro de los veinte días siguientes a aquel en que se efectuó el retiro. Los contribuyentes que inviertan en acciones de pago de conformidad a esta letra, no podrán acogerse, por esas acciones, a lo dispuesto en el en el número 1 del Artículo 57° Bis de esta ley.

Lo dispuesto en esta letra también procederá respecto de los retiros de utilidades que se efectúen o de los dividendos que se perciban, desde las empresas

constituidas en el exterior. No obstante, no será aplicable respecto de las inversiones que se realicen en dichas empresas.

Cuando los contribuyentes que inviertan en acciones de pago de sociedades anónimas, sujetándose a las disposiciones de esta letra, las enajenen por acto entre vivos, se considerará que el enajenante ha efectuado un retiro tributable equivalente a la cantidad invertida en la adquisición de las acciones, quedando sujeto en el exceso a las normas generales de esta ley.

El contribuyente podrá dar de crédito el Impuesto de Primera Categoría pagado en la sociedad desde la cual se hizo la inversión, en contra del Impuesto Global Complementario o Adicional que resulte aplicable sobre el retiro aludido, de conformidad a las normas de los artículos 56°, número 3) y 63° de esta ley. Por lo tanto, en este tipo de operaciones la inversión y el crédito no pasarán a formar parte del Fondo de Utilidades Tributables de la sociedad que recibe la inversión. El mismo tratamiento previsto en este artículo tendrán las devoluciones totales o parciales de capital respecto de las acciones en que se haya efectuado la inversión.

Para los efectos de la determinación de dicho retiro y del crédito que corresponda, las sumas respectivas se reajustarán de acuerdo a la variación del Índice de Precios al Consumidor entre el último día del mes anterior al del pago de las acciones y el último día del mes anterior a la enajenación.

Con todo, los contribuyentes que hayan enajenado las acciones señaladas, podrán volver a invertir el monto percibido hasta la cantidad que corresponda al valor de adquisición de las acciones, debidamente reajustados hasta el último día del mes anterior al de la nueva inversión, en empresas obligadas a determinar su renta efectiva por medio de contabilidad completa, no aplicándose en este caso los impuestos señalados en el inciso anterior. Los contribuyentes podrán acogerse en todo a las normas establecidas en esta letra, respecto de las nuevas inversiones. Para tal efecto, el plazo de veinte días señalado en el inciso segundo de esta letra, se contará desde la fecha de la enajenación respectiva.

Los contribuyentes que efectúen las inversiones a que se refiere esta letra, deberán informar a la sociedad receptora al momento en que ésta perciba la inversión, el monto del aporte que corresponda a las utilidades tributables que no hayan pagado el Impuesto Global Complementario o Adicional y el crédito por Impuesto de Primera Categoría, requisito sin el cual el inversionista no podrá gozar del tratamiento dispuesto en esta letra.

La sociedad deberá acusar recibo de la inversión y del crédito asociado a ésta e informar de esta circunstancia al Servicio de Impuestos Internos. Cuando la receptora sea una sociedad anónima, ésta deberá informar también a dicho Servicio el hecho de la enajenación de las acciones respectivas.

2. Los accionistas de las sociedades anónimas y en comandita por acciones, pagarán los Impuestos Global Complementario o Adicional, según corresponda, sobre las cantidades que a cualquier título les distribuya la sociedad respectiva, en conformidad con lo dispuesto en los Artículos 54°, número 1 y 58°, número 2 de la presente ley.
3. El Fondo de Utilidades Tributables, al que se refieren los números anteriores, deberá ser registrado por todo contribuyente sujeto al Impuesto de Primera Categoría sobre la base de un balance general, según contabilidad completa:
 - a) En el registro del Fondo de utilidades Tributables se anotará la renta líquida imponible de primera categoría o pérdida tributaria del ejercicio. Se agregarán las rentas exentas del impuesto de primera categoría percibidas o devengadas; las participaciones sociales y los dividendos ambos percibidos, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo de la letra a) del número 1° de la letra A) de este artículo; así como todos los demás ingresos, beneficios o utilidades percibidos o devengados, que sin formar parte de la renta líquida del contribuyente estén afectos a los Impuestos Global Complementario o Adicional, cuando se retiren o distribuyan.

Se deducirá las partidas a que se refiere el inciso primero del Artículo 21°.

Se adicionará o deducirá, según sea el caso, los remanentes de utilidades tributables o el saldo

negativo de ejercicios anteriores, reajustados en la forma prevista en el número 1, inciso primero, del Artículo 41°.

Al término del ejercicio se deducirán también, los retiros o distribuciones, efectuados en el mismo período, reajustados en la forma indicada en el número 2, inciso final, del Artículo 41°.

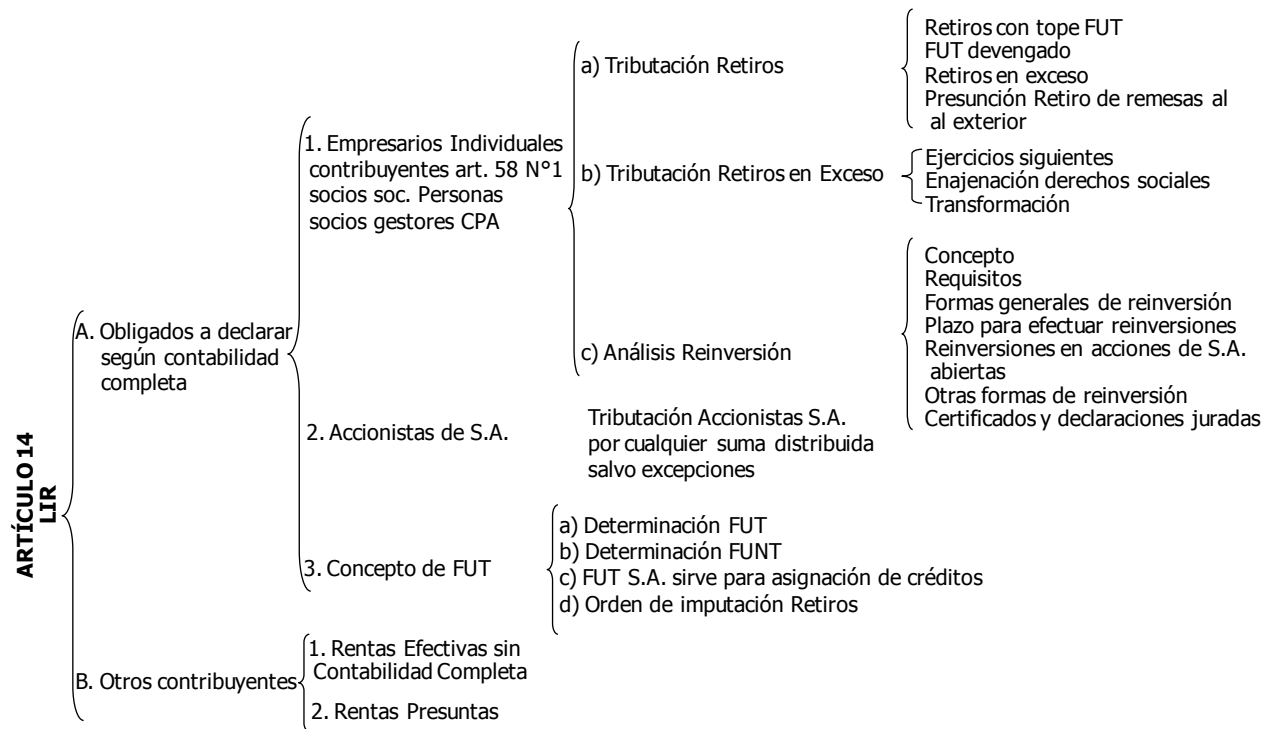
- b) En el mismo registro, pero en forma separada del Fondo de Utilidades Tributables, la empresa deberá anotar las cantidades no constitutivas de rentas y las rentas exentas de los Impuestos Global Complementario o Adicional percibidas, y su remanente de ejercicios anteriores reajustados en la variación del Índice de Precios al Consumidor, entre el último día del mes anterior al término del ejercicio previo y el último día del mes que precede al término del ejercicio.**
- c) En el caso de contribuyentes accionistas de sociedades anónimas y en comandita por acciones, el Fondo de utilidades Tributables sólo será aplicable para determinar los créditos que correspondan, según lo dispuesto en el Artículo 56°, números 3 y 63°.**
- d) Los retiros, remesas o distribuciones se imputarán, en primer término, a las rentas o utilidades afectas al Impuesto Global complementario o Adicional, comenzando por las más antiguas y con derecho al crédito que corresponda, de acuerdo a la tasa del Impuesto de Primera Categoría que les haya afectado.**

En el caso que resultare un exceso, ésta será imputado a las rentas exentas o cantidades no gravadas con dichos tributos, exceptuada la revalorización del capital propio no correspondiente a utilidades, que sólo podrá ser retirada o distribuida, conjuntamente con el capital, al efectuarse una disminución de éste a al término de giro.

B. Otros Contribuyentes:

- 1. En el caso de contribuyentes afectos al impuesto de primera categoría que declaren rentas efectivas y que no las determinen sobre la base de un balance general, según contabilidad completa, las rentas establecidas en conformidad con el Título II, más todos los ingresos o beneficios percibidas o devengadas que provengan de sociedades que determinen en igual forma su renta imponible se gravarán respecto del empresario individual, socio, accionista o contribuyente del Artículo 58°, número 1, con el Impuesto Global Complementario o Adicional, en el mismo ejercicio en que se perciban, devenguen o distribuyan.**
- 2. Las rentas presuntas se afectarán con los Impuestos global Complementario o Adicional, en el ejercicio a que correspondan. En el caso de sociedades de personas, estas rentas se entenderán retiradas por los socios en proporción a su participación en las utilidades.**

Del tenor de la ley, expuesto anteriormente se desprende la siguiente esquematización:



Por lo tanto, el objetivo principal de este registro, es controlar la correcta imputación de los retiros, remesas o distribuciones de utilidades afectas al Impuesto Global Complementario o Adicional según corresponda y por otra parte determinar los créditos que correspondan a dichas utilidades según lo indicado por la propia ley.

En cuanto a la materia que nos convoca en este trabajo de investigación, la fusión de sociedades, este registro F.U.T. es de suma importancia, ya que determina la situación de las utilidades y/o pérdidas tributarias, la reinversión y los créditos que posea la sociedad, entre otras cosas, por lo que se convierte en una herramienta de planificación tributaria

muy importante para quienes llevan a cabo un proceso de reorganización societaria.

Por consiguiente, en la fusión de sociedades, el punto importante de este registro control radica en aprovechar los créditos, ya sea por pérdidas acumuladas, las que son de carácter personalísimo y en beneficio del contribuyente que las genera, como así también la reinversión que se produce por motivo de la fusión, ya que las utilidades acumuladas en una sociedad que participe de este proceso, la ley las entiende reinvertidas en la sociedad preexistente, en el caso de una fusión por incorporación, o en la nueva sociedad que se crea, en el caso de una fusión por creación.

i. Situación de las Utilidades Acumuladas en la Sociedad Absorbida.

El sistema de tributación actual, resuelve aplicar un impuesto corporativo, Impuesto de Primera Categoría, como sujeto pasivo de la obligación, aplicado sobre una Renta Líquida Imponible determinada en conformidad a los Artículos 29° al 33° de la Ley de Impuesto a la Renta, y con base en la utilidad financiera determinada según balance general.

En cuanto, a la naturaleza jurídica y propia de la fusión de sociedades, se puede determinar, como principio, que las utilidades tributables de las sociedades que se fusionan no son retiradas por sus accionistas, por consiguiente, tales utilidades que la sociedad no distribuya no estarán afectas a los impuestos finales.

En consecuencia de lo anterior, la letra c) del número 1, de la letra A) del cuerpo legal descrito anteriormente, señala que las rentas retiradas con la intención de invertirlas en otras empresas

obligadas a determinar su renta efectiva mediante contabilidad completa, no se afectaran con los Impuestos Global Complementario o Adicional, mientras éstos no sean retirados de la sociedad receptora de la inversión. Por otra parte, el mismo numeral se encarga de establecer expresamente que en los casos de reorganización de empresas, se aplica igual norma de postergación de los Impuestos Global Complementario o Adicional.

En efecto, se indica que la norma de reinversión se aplicará a los casos de transformación de una empresa individual en sociedad de cualquier naturaleza o en los casos de división o fusión de sociedades. En definitiva, el artículo 14° de la Ley de la Renta cubre la posibilidad de no afectar con impuestos las rentas que salen de la sociedad que las originó y que son incorporadas a través de un mecanismo formal de inversión a otras sociedades.

Dicho mecanismo contempla que la inversión en comento sólo podrá hacerse mediante aumentos efectivos de capital en empresas individuales, aportes a una sociedad de personas o adquisición de acciones de pago, dentro de los veinte días siguientes a aquel en que se efectuó el retiro.

También se considerarán como reinversión de utilidades, y por consiguiente eximidas en ese acto de la aplicación de los Impuestos Global Complementario o Adicional, las rentas o utilidades traspasadas o aportadas a otras empresas o sociedades con motivo de la transformación de la estructura patrimonial a raíz de la fusión de sociedades, entendiéndose dentro de esta última figura jurídica la reunión del total de los derechos o acciones de una sociedad en manos de una misma persona. Tales utilidades en las situaciones previstas, se afectarán con los impuestos personales mencionados

en la oportunidad en que sean retirados de las empresas o sociedades nuevas o subsistentes a las cuales se aportaron, o distribuidas por éstas.

Por ello, la finalidad que persigue este mecanismo de reinversión en el proceso de fusión de sociedades, radica principalmente en un principio de continuidad, ya que los socios o accionistas de las sociedades que desaparecen en el proceso, se incorporan de pleno derecho a la sociedad absorbente, por lo tanto es improcedente y oneroso gravar con impuestos finales esta operación, ya que el objetivo de ésta es reorganizar los patrimonios sociales y por ende las utilidades acumuladas, de las cuales los socios o accionistas tienen derecho, en una entidad distinta.

ii. Situación de las Pérdidas Acumuladas en la Sociedad Absorbida.

Las pérdidas tributarias existentes en la sociedad fusionada, al momento de efectuarse la fusión, no pueden ser traspasadas o aprovechadas por la sociedad absorbente.

En efecto, si bien la fusión conduce como resultado a una transmisión en bloque de los patrimonios, esta refundición absoluta de los patrimonios se produce respecto de los activos y pasivos, esto es, respecto de los derechos y obligaciones pertenecientes al patrimonio social, y no en relación a las pérdidas, ya que las pérdidas no constituyen un derecho de carácter patrimonial para la sociedad. Tampoco los accionistas tienen derechos adquiridos sobre ellas, porque las pérdidas están concebidas sólo en relación

a la persona jurídica que las genera, para deducirlas de sus propias utilidades.

A este respecto, el Servicio de Impuestos Internos, mediante diversos pronunciamientos administrativos ha sostenido dicho argumento.⁵⁴

Por otra parte, el inciso segundo, del Artículo 31° número 3 de la Ley de Impuesto a la Renta, establece que, para determinar la renta líquida imponible afecta al impuesto de primera categoría, procederá la deducción, sin límite en el tiempo, de las pérdidas acumuladas sufridas por el negocio. Para estos efectos, las pérdidas del ejercicio deberán imputarse a las utilidades no retiradas o distribuidas, y a las obtenidas en el ejercicio siguiente a aquel en que se produzcan dichas pérdidas, y si las utilidades referidas no fuesen suficientes para absorberlas, la diferencia deberá imputarse al ejercicio inmediatamente siguiente y así sucesivamente.

Por consiguiente, esta norma se aplica, en principio, a las pérdidas existentes en la entidad absorbente al momento de producirse la fusión, ya que ésta última es quien tendrá derecho a seguir utilizando dichas pérdidas, deduciéndolas de los ingresos del ejercicio en que ella se produce y en los siguientes.

⁵⁴ Oficio N°267 del año 1994; Circular N° 109 del año 1977; Circular N° 15 del año 1986. Servicio de Impuestos Internos. El Oficio N° 4697 del año 1980, indica textualmente, “no es posible traspasar parte de las pérdidas acumuladas a la nueva sociedad en formación, por cuanto éstas no constituyen bienes tangibles ni intangibles como es el caso de los activos y pasivos, sino que se trata de una cuantificación a título informativo del resultado de la gestión financiera de la empresa aportante que ha gravitado definitivamente sobre su patrimonio. De allí que no pueda ser susceptible de transferencia”...Y agrega más adelante que “ la norma contenida en el número 3 del Artículo 31° de la Ley de Impuesto a la Renta, debe entenderse sólo como un beneficio tributario exclusivo del contribuyente que ha experimentado la referida pérdida y no posee la calidad de un derecho o crédito traspasable del patrimonio de un ente a otro”

Sin embargo, la Circular N°65 del año 2001, introdujo modificaciones al Artículo 31 N° 3 de la Ley de la Renta, señalando al respecto, la limitación de la utilización de las pérdidas tributarias cuando se produce un cambio en la propiedad de los derechos sociales, acciones o del derecho a participación en sus utilidades, restringiendo en estos casos la deducción de las pérdidas generadas por el negocio antes del cambio de propiedad de los ingresos percibidos o devengados con posterioridad a dicho cambio.

Para que se aplique esta norma, deben cumplirse los siguientes requisitos:

- a) Cuando, con motivo del cambio de propiedad, o en los doce meses anteriores o posteriores a él, la sociedad haya cambiado de giro o ampliado el original a uno distinto, salvo que mantenga su giro principal, o
- b) Cuando al momento del cambio no cuente con bienes de capital u otros activos propios de su giro de una magnitud que permita el desarrollo de su actividad o de un valor proporcional al de adquisición de los derechos sociales o acciones, o
- c) Pase a obtener ingresos por participación, sea como socio o accionista, en otras sociedades, o por reinversión de utilidades.

Sin embargo, lo anterior no aplicará, cuando el cambio de propiedad se efectúe entre empresas relacionadas, entendiéndose por tales a las empresas que pertenecen a un mismo grupo holding,

en los términos que establece el Artículo de la Ley N° 18.045 sobre mercado de valores.

En cuanto a la fusión de sociedades, se podría señalar que, como a consecuencia del canje accionario, los accionistas de la sociedad absorbida pasarán a formar parte de la sociedad absorbente, existiría un cambio de propiedad en los derechos, acciones o del derecho a participación en las utilidades, aplicaría esta norma, por lo tanto la sociedad absorbente que registre un pérdida tributaria no podrá imputar dicha pérdida a los ingresos percibidos o devengados con posterioridad al cambio de propiedad, sin embargo, podría también sostenerse que en la fusión de sociedades sólo hay un cambio en los títulos accionarios y no propiamente un cambio en la propiedad de la empresa.

A este respecto el Servicio de Impuestos no ha pronunciado jurisprudencia administrativa que aclare tal punto.

Sin embargo, cabe señalar que si bien en la fusión de sociedades se incorporan nuevos accionistas y existe una reforma de los estatutos sociales que lleva consigo la modificación del derecho a participación en las utilidades, a juicio personal creo que tal modificación que incorpora el patrimonio de los entes fusionados, no importa en su esencia el cambio de propiedad que establece la ley, ya que el espíritu jurídico y financiero de la fusión de sociedades no es el cambio de propiedad, sino la unificación de patrimonios en un solo ente jurídico lo que lleva consigo un cambio de títulos accionarios no así de propiedad.

iii. Recuperación del impuesto de primera categoría pagado por utilidades que resultan absorbidas con pérdidas tributarias.

Conforme a lo que establece el Artículo 31°, número 3 citado anteriormente, en el caso que las pérdidas absorban total o parcialmente las utilidades no retiradas o no distribuidas, el Impuesto de Primera Categoría pagado sobre dichas utilidades, se considerará como pago provisional en aquella parte que proporcionalmente corresponda a la utilidad absorbida.

A este respecto, el Servicio de Impuestos Internos, mediante Circular N° 60 del año 1990, impartió instrucciones en el sentido que, tratándose de rentas percibidas por los contribuyentes de otras empresas respecto de las cuales se pagó el Impuesto de Primera Categoría que resulten absorbidas en las empresas beneficiarias de tales ingresos, ya sea por saldos negativos de utilidades tributables de ejercicios anteriores o por las pérdidas tributarias obtenidas en el mismo ejercicio en que se perciben dichas rentas, podrá ser recuperado el impuesto de primera categoría que soportaron los referidos ingresos, como un pago provisional al término del ejercicio.⁵⁵

Tal planteamiento es también aplicable en el caso de fusión de sociedades, ya que existe la misma razón jurídica para recuperar el impuesto pagado por las utilidades de la sociedad absorbida, e impedir que se pierda el impuesto, si son absorbidas las utilidades de ésta última sociedad por las pérdidas de la sociedad absorbente.

⁵⁵ Circular N° 60 del año 1990. Servicio de Impuestos internos.

Ahora bien, las utilidades tributables acumuladas en una sociedad anónima que se disuelve al reunirse la totalidad de sus acciones en manos de una sola persona, o registradas en una sociedad que es absorbida por otra por incorporación de todo su activo y pasivo, pasan a integrar el Fondo de Utilidades Tributables de la sociedad absorbente al 31 de diciembre del año en que se efectúa la fusión, con lo cual si en ésta última existe un FUT negativo, las utilidades tributables así traspasadas, son absorbidas por las pérdidas tributarias registradas en referido registro FUT.

Como consecuencia de lo anterior, la sociedad absorbente, tendrá derecho a recuperar como pago provisional en la declaración anual correspondiente al ejercicio comercial en que se efectuó la fusión, el impuesto de primera categoría pagado por la sociedad absorbida, correspondiente a las utilidades tributables de esta sociedad que se traspasen al FUT de la sociedad absorbente, en la parte que resulten absorbidas por las pérdidas tributarias acumuladas en ésta última, todo ello por aplicación de la mecánica establecida en la parte final del inciso segundo, del Artículo N°31, número 3 de la Ley de la Renta.

El organismo fiscalizador, referente a este punto, ha dictaminado que el referido derecho a recuperar el impuesto de primera categoría como P.P.M por absorción e utilidades nace o se devenga en el ejercicio en que se generaron las pérdidas o se imputan los saldos negativos a las utilidades tributables percibidas en el ejercicio. Por lo tanto, en dicho período el citado crédito debe reconocerse como tal en los registros contables.⁵⁶

⁵⁶ Oficio N° 2269 del año 1998. Servicio de Impuestos Internos.

Por otra parte, el Servicio de Impuestos Internos, ha concluido que la recuperación vía pago provisional que la empresa absorbente tiene derecho a realizar del impuesto de primera categoría pagado por las utilidades de las sociedades absorbidas, constituye para la sociedad absorbente un ingreso que forma parte de su propia renta imponible de primera categoría y por esta vía pasa a formar parte de las utilidades tributables a registrar en el FUT afectas a los impuestos finales, ya sea Impuesto Global Complementario o Adicional según corresponda.⁵⁷ Sin embargo este punto ha sido controvertido por los Tribunales Superiores de Justicia, por cuanto sostienen que el criterio sostenido por el organismo fiscalizador es erróneo, ya que si el mecanismo en cuestión es válido, en la fusión de sociedades, jurídicamente no se produce incremento patrimonial alguno, ya que ésta radica en un acto de carácter corporativo, que se produce por la integración de los patrimonios de las sociedades fusionadas (activos y pasivos), conformando un solo patrimonio, de forma tal que no existe un ingreso constitutivo de renta para la empresa absorbente, de forma tal que ésta última, al recuperar el impuesto pagado sobre dicha utilidad que dejó de existir como tal, sólo obtiene una compensación del menoscabo sufrido, por lo que mal puede concluirse que se ésta en presencia de una renta, pues no ha existido incremento de patrimonio en los términos del Artículo N° 2 N° 1 de la Ley de la Renta.⁵⁸

⁵⁷ Oficio N° 1671 del año 1993; Oficio 2269 del año 1998. Servicio de Impuestos Internos.

⁵⁸ Fallo de la Excelentísima Corte Suprema. Sentencia de Casación. Santiago, 31 de Mayo del año 2006; Seminario. "EL FUT: Veintidós Años de Vigencia". Presentación "Algunas consideraciones sobre ciertos efectos tributarios que se originan con motivo de la fusión por incorporación de sociedades". Expositor Señor Ricardo Walker, Director Consejero del Instituto Chileno del Derecho Tributario, Profesor Universitario de diversos programas de Post-Títulos, Miembro de la firma Lecaros, Garcés & Walker.

A juicio personal, cabe señalar, que si bien el criterio expuesto en el Fallo de la Excelentísima Corte Suprema es válido desde un punto de vista estrictamente jurídico, comparto la opinión emitida por el organismo fiscalizador, ya que la fusión de sociedades es un tema netamente económico al cual el Servicio de Impuestos Internos, mediante diversos pronunciamientos ha intentado dar un sentido lógico y tributario, ya que desde el punto de vista económico – tributario, si existe un incremento de patrimonio para la sociedad absorbente.

2.2.6. Gastos de Capacitación y Pagos Provisionales Mensuales.

Otro asunto a resolver respecto de las sociedades fusionadas, es la situación de los saldos de P.P.M. y de otros créditos de la sociedad que se disuelve, pendientes al momento de efectuarse la fusión. En otras palabras, cabe preguntarse si estos saldos pueden ser asignados a la sociedad resultante de la fusión.

Los P.P.M., según el Artículo 84° de la Ley de la Renta, son anticipos de impuestos, que deben enterar en arcas fiscales los contribuyentes obligados a presentar declaraciones anuales de Primera Categoría y/o Segunda Categoría, a cuenta de los tributos anuales que les corresponda pagar.

El Artículo 96° de la Ley de la Renta establece que cuando la suma de los impuestos anuales a que se refiere la ley, resulte superior al monto de los pagos provisionales efectuados por el contribuyente, reajustados, la diferencia adeudada deberá reajustarse y pagarse en una sola cuota al instante de presentar la respectiva declaración anual. Ahora bien, el Artículo 97° de la misma ley establece que el contribuyente que tuviere un saldo a

favor de P.P.M., puede solicitar su devolución al Servicio de Tesorería. El inciso cuarto de este último artículo establece que en caso que el contribuyente dejare de estar afecto a impuesto por término de giro o de actividades y no existiere otro impuesto al cual imputar el respectivo saldo a favor, deberá solicitarse su devolución ante el Servicio de Impuestos Internos.

Mediante Oficio N° 2632 de 31 de Octubre de 1997, el Servicio de Impuestos Internos ha sostenido que los créditos originados a favor de los contribuyentes, como ocurre con los remanentes de P.P.M. y créditos por Gastos de Capacitación, sólo pueden ser utilizados por los titulares de ellos, en virtud del carácter personal y especialísimo de dichos beneficios; por lo que, en el caso de fusión de sociedades, la devolución de los remanentes de P.P.M. y Créditos por Gastos de Capacitación, sólo puede ser solicitada por la sociedad que se disuelve, titular de dichos créditos.

El SII más adelante agrega que, “si el titular de un crédito intransmisible e intransferible, como son según la doctrina del Servicio los remanentes de P.P.M. y los gastos por capacitación, desaparece jurídicamente, dicho crédito también se extingue, toda vez que la existencia del sujeto activo es un elemento esencial de cualquier obligación personalísima, por ser un vínculo intersubjetivo”.⁵⁹

En estas condiciones y teniendo presente que la disolución de una Sociedad Anónima deriva de la pérdida de su personalidad, resulta lógico concluir que los créditos intransferibles que tenía incorporado a su patrimonio, se extinguen junto con la disolución y no habrá manera de recuperarlos con posterioridad a ese hecho. Ahora bien, la solución jurídica de este problema pasa por determinar la naturaleza del respectivo crédito que nace a favor del contribuyente. La doctrina señala que en el caso de los

⁵⁹ Hernández, Adasme, Ricardo.”Fusión, Transformación y División de Sociedades Anónimas, Efectos Tributarios”. Primera Edición. Editorial Jurídica de Chile. Año 2000

P.P.M., se trata de verdaderos préstamos del contribuyente a favor del fisco establecidos obligatoriamente por la Ley.

Por lo que, en términos generales las relaciones jurídico tributarias y en particular las obligaciones tributarias, no se pueden transferir a terceros y no pueden ser objeto de convenios entre particulares, por tratarse de obligaciones legales, en donde primaría el orden público económico por sobre el interés privado.

Sin embargo respecto de los saldos de P.P.M. existentes en la sociedad a la fecha de la disolución de la sociedad, no se dan las características de una relación de orden público de una obligación personalísima, por cuanto aquí estamos en presencia en un crédito cuya fuente se encuentra en un préstamo efectuado por el contribuyente a favor del fisco.

Por consiguiente, en las respectivas juntas de accionistas de las sociedades fusionadas podrían acordar que, los saldos de P.P.M. existentes en la sociedad fusionada al momento de su disolución, se incorporen a la sociedad resultante, por tratarse de un crédito de naturaleza patrimonial, el que se encontraría dentro de los activos disponibles de la sociedad. Además cabe tener presente que la sociedad fusionante, sucede a las sociedades fusionadas en todos sus derechos y obligaciones, según lo dispuesto en el Artículo 99° de la Ley 18.046.

Según Hernández Adasme, existirían dos caminos igualmente validos para solicitar la devolución de los saldos de P.P.M:

- a) La propia sociedad que se disuelve puede solicitar su devolución conforme a lo establecido en el Artículo 97° inciso cuarto del D.L.824, esto es, que el contribuyente al dejar de estar afecto impuestos por término de su giro o actividades y no existiere otro impuesto al cual imputar el respectivo saldo a

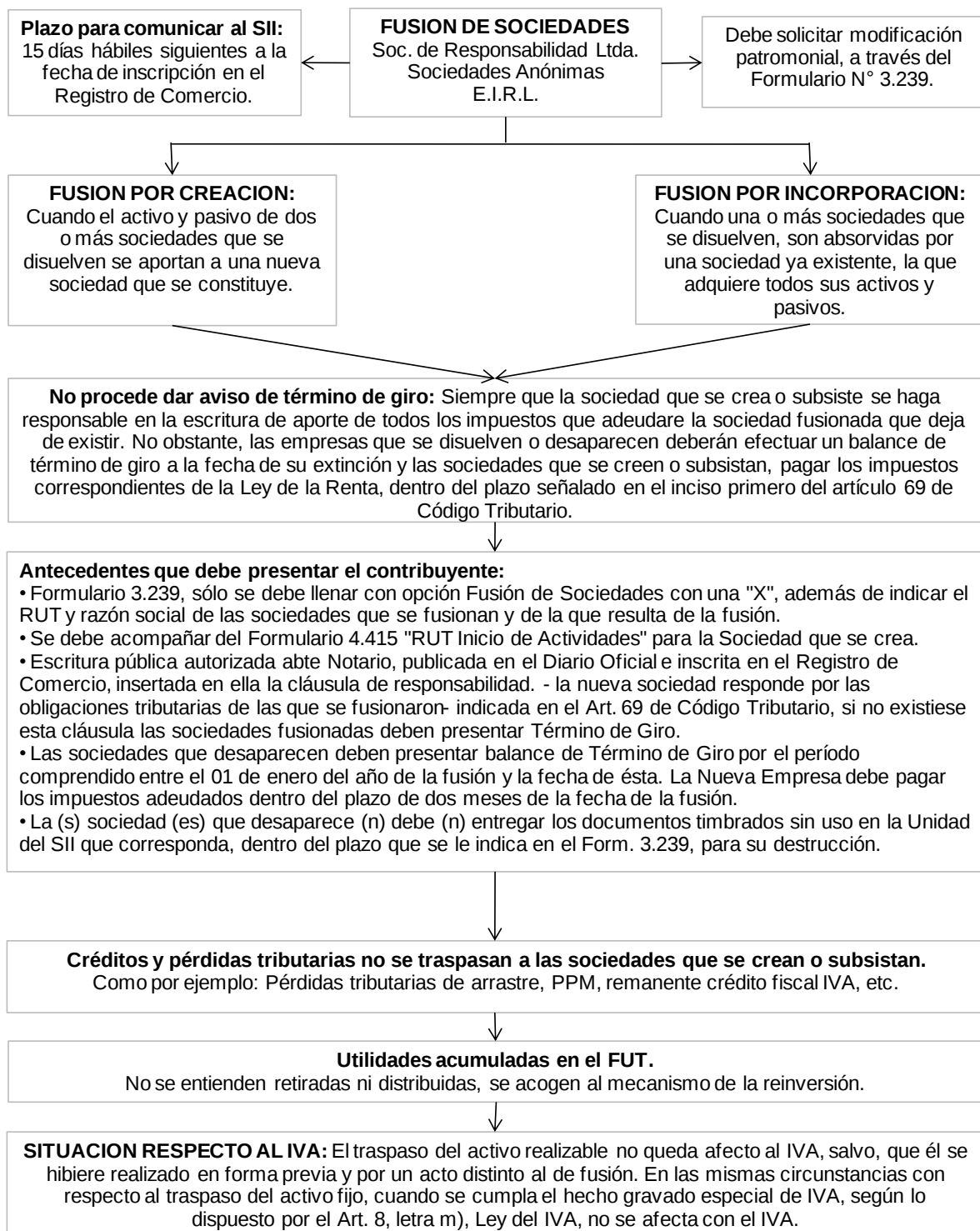
favor, deberá solicitar su devolución al Servicio de Impuestos Internos; ó,

- b) La sociedad fusionante podría adquirir por medio del proceso de fusión, el crédito contra el fisco por este excedente de P.P.M. pudiendo solicitar directamente la restitución de dicho crédito, previo cumplimiento de los trámites administrativos ante el SII.

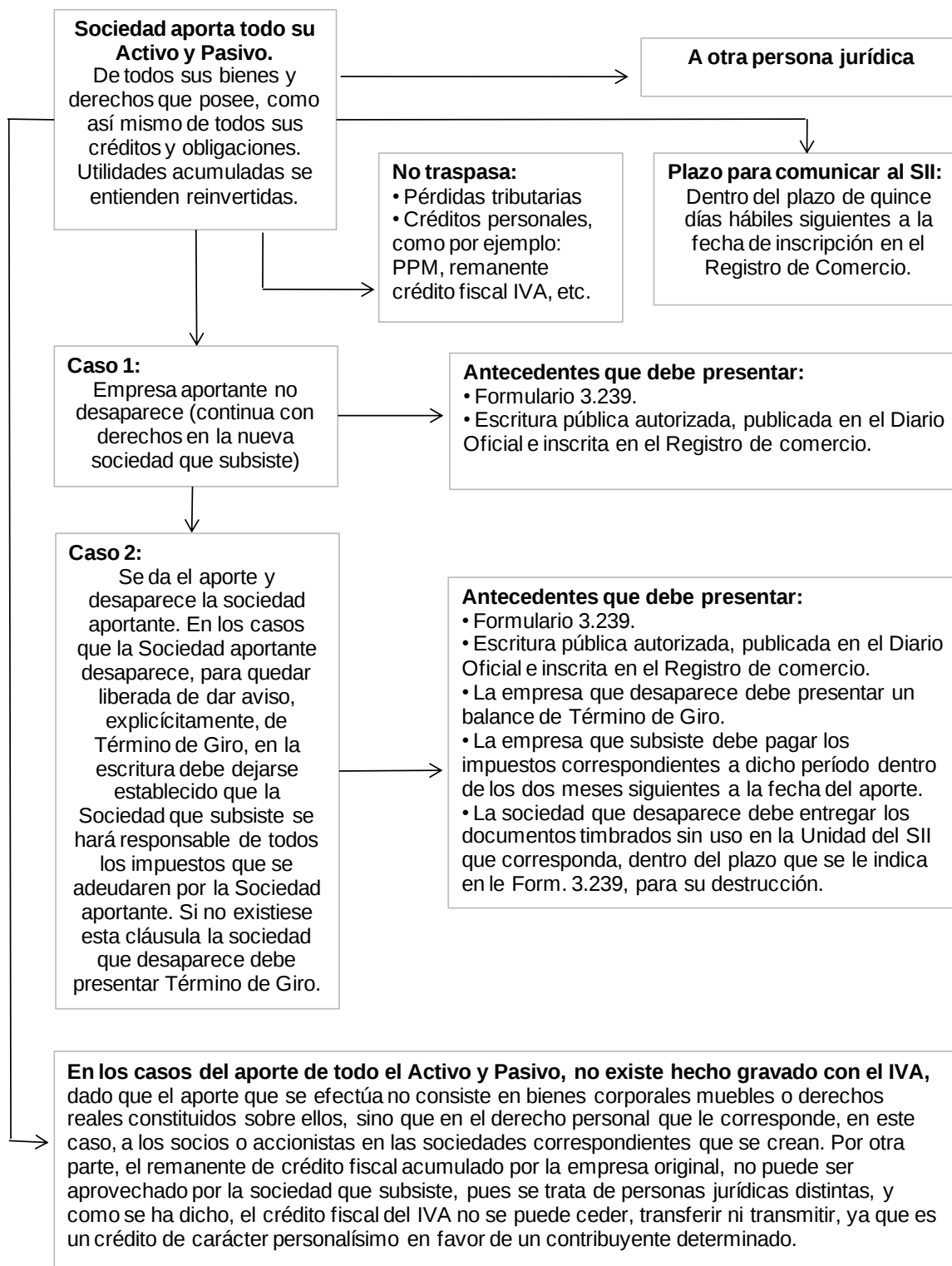
Para concluir, cabe destacar que si bien el argumento interpretado por el autor descrito en los párrafos precedentes es válido, y atendiendo el argumento enunciado por el organismo fiscalizador mediante Oficio N° 2632 del año 1997, que tiene relación con la extinción de la persona jurídica y por tanto el crédito también se extingue, creo que en la figura de reorganización tratada para estos efectos si procede la devolución de los saldos remanentes de P.P.M y Créditos por Gastos de Capacitación por tratarse de créditos civiles que posee un contribuyente en contra del fisco y no un crédito personalísimo e intransferible, ya que se trata de garantías establecidas por ley o más bien de préstamos efectuados por un contribuyente en favor del fisco.

Por lo que, la solicitud de devolución e dichos créditos a favor de la empresa fusionante o absorbente si procede y el mecanismo establecido para su restitución se efectuaría mediante la formalidad de realizar el trámite a nombre de la empresa titular de los créditos, es decir, de la empresa que desaparece, en los términos establecido en el Artículo 97° inciso cuarto.

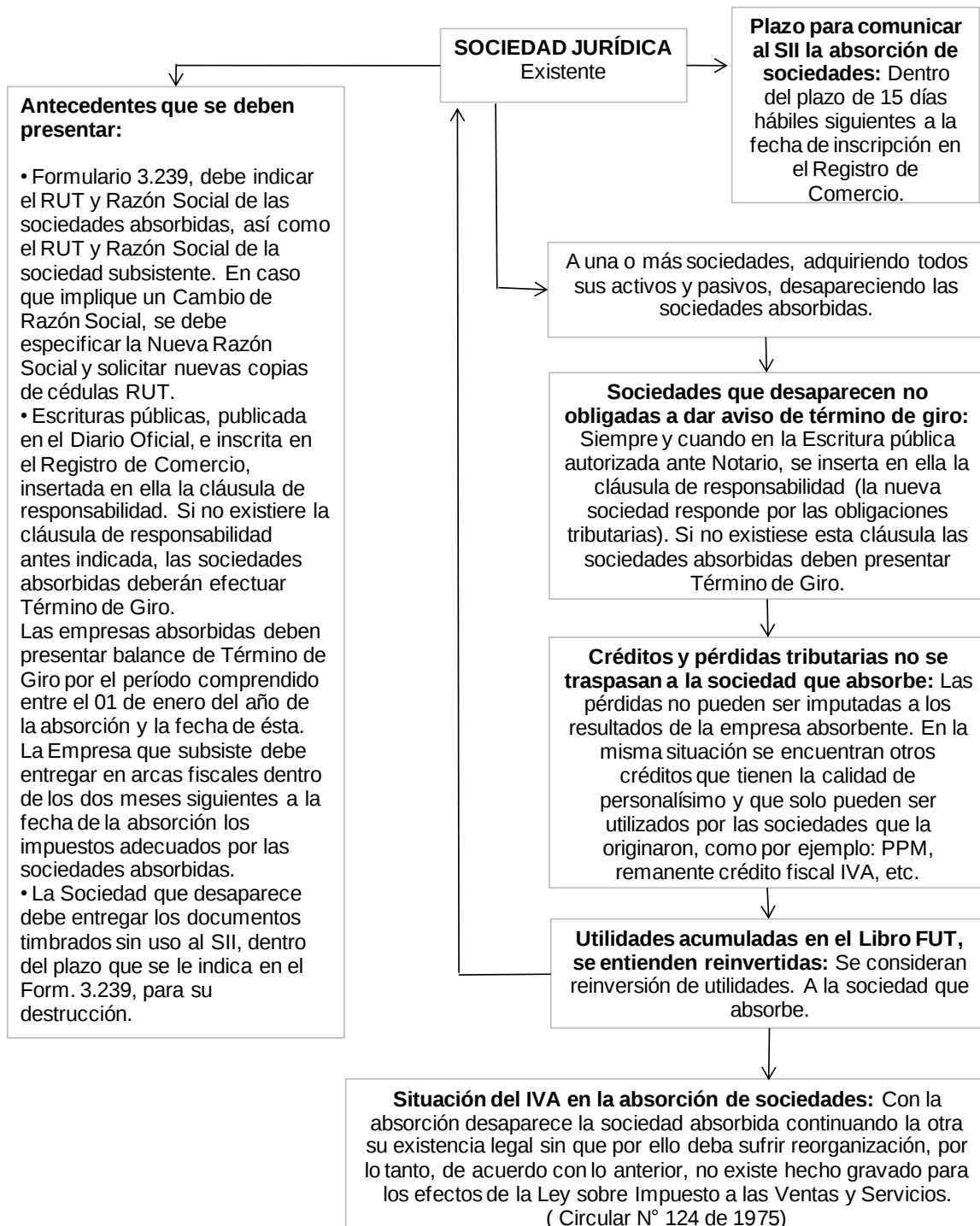
Cuadro Esquemático de la Fusión de Sociedades.



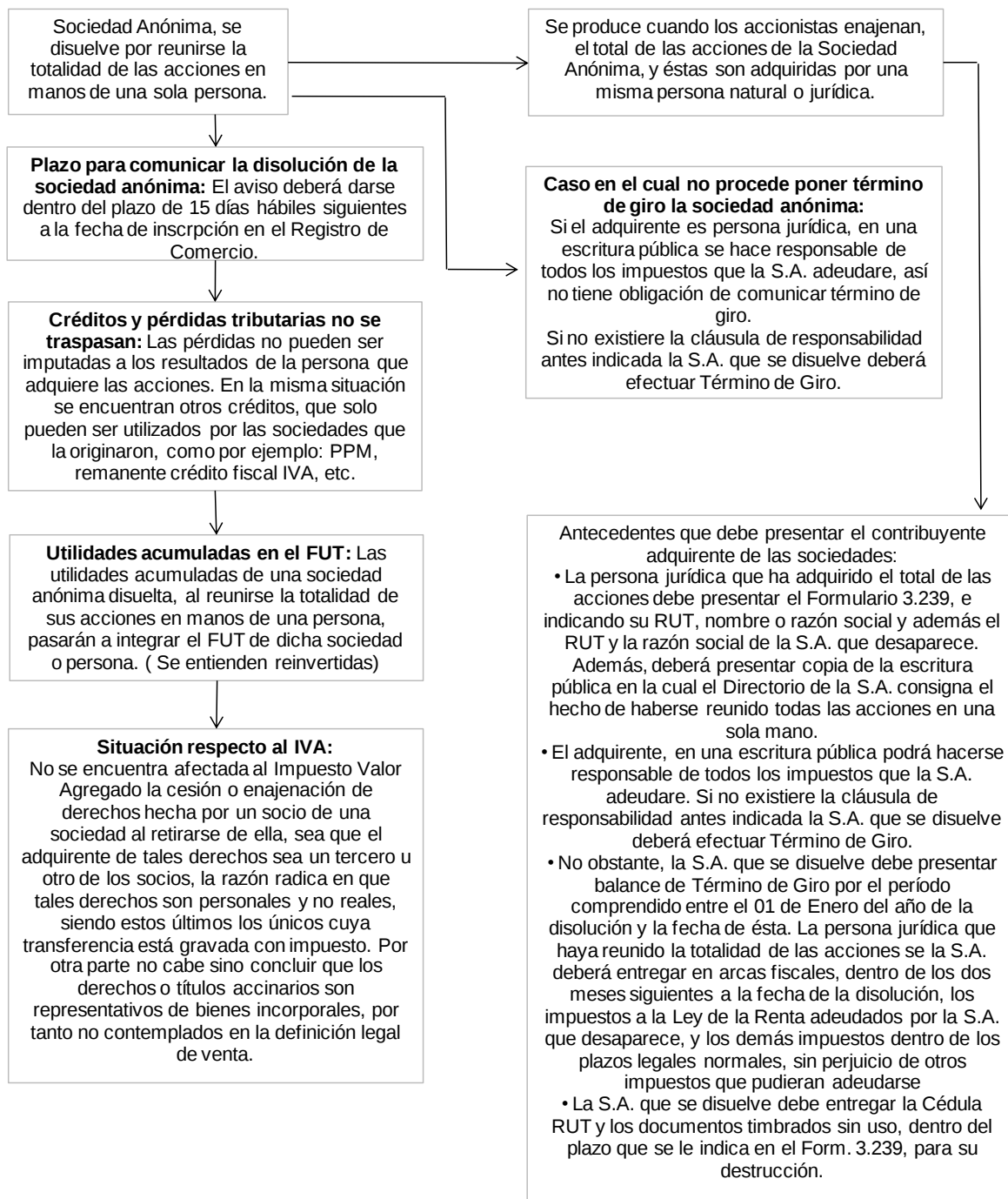
Cuadro Esquemático del Aporte de todo el Activo y Pasivo a otra Sociedad.



Cuadro Esquemático de la Absorción de Sociedades.



Cuadro Esquemático de la Fusión Imperfecta.



Conclusiones.

A través del presente trabajo de investigación, se persigue dejar en evidencia la incidencia de las normas tributarias en el proceso de reorganización empresarial, específicamente en la fusión de sociedades, además de dejar de manifiesto la eficacia de una planificación tributaria proactiva, que genere una verdadera herramienta de gestión empresarial, ya que con esto se creara valor dentro de un competitivo y desarrollado mundo de los negocios que rodean a las organizaciones en la actualidad.

A partir del estudio realizado en los capítulos anteriores, donde se ha profundizado en algunos de los aspectos del examen doctrinario y legal de la figura de fusión de sociedades, hemos de concluir cuan escaso resulta el tratamiento que el legislador le ha dado a éstas figuras considerando lo arraigada que se encuentran en el quehacer cotidiano de la vida económica de las empresas.

De esta forma, existen una serie de cuestiones que no han quedado resueltas en la ley ni menos en la doctrina, las que provocan problemas desde el punto de vista práctico a quienes llevan a efecto dichas operaciones y que muchas veces no pueden ser resueltas con las normas legales comunes, constituyendo verdaderas lagunas en nuestro ordenamiento jurídico, permitiendo así un sinnúmero de variantes para quienes realizan la planificación tributaria de las reorganizaciones empresariales.

Si bien, en los capítulos anteriores de desarrollo del presente trabajo de tesis, se señalaron las formalidades tributarias que acompañan al Inicio de Actividades y el registro en el Rol Único Tributario, este proceso no está exento de problemas, los que pueden significar un retraso de las operaciones comerciales de los contribuyentes. Si bien el Código Tributario dispone de un plazo de dos meses para efectuar los trámites descritos con anterioridad, muchas veces en la práctica las empresas son diligentes en el cumplimiento de esta obligación, la que puede

generar la postergación del inicio efectivo de las operaciones y ello lleva consigo pérdidas económicas.

Como ya hemos dicho anteriormente, los tributos afectan los resultados y así también la posición financiera de una compañía, por este motivo éstos deben ser administrados apropiadamente con la finalidad de maximizar los beneficios empresariales.

Por otra parte y complementando lo expresado en los párrafos precedentes, se presentan una serie de formalidades, que la sociedad anónima debe dar cumplimiento, con el objeto de perfeccionar su existencia legal. La primera, es la inscripción del extracto de la escritura en el Registro de Comercio del domicilio de la sociedad, y la segunda, es que el mismo extracto antes descrito, debe publicarse en el Diario Oficial con el fin de dejar constancia del nacimiento de una nueva persona jurídica.

Sin embargo, es importante destacar que en cualquiera de los tipos de reorganizaciones descritos en el presente trabajo de investigación, es indispensable la voluntad de las partes, expresadas en Junta Extraordinaria de Accionistas, quienes son los que deben consentir en este tipo de pactos de carácter social. No obstante, cabe mencionar que las formalidades que acompañan este proceso, ya sea la escrituración, extracto, publicación e inscripción, son factores relevantes que deben tenerse presentes a la hora de perfeccionar la fusión, ya que constituyen los medios probatorios de toda modificación social.

Es aquí donde surge la Planificación Tributaria, la cual consiste en la utilización de un conjunto de medidas en una organización con el propósito de maximizar sus flujos a través de la optimización de la carga tributaria, por ende cabe destacar que estas medidas deben ser dentro de un contexto lícito, es decir, dentro de las alternativas que la propia ley dispone, no se puede desconocer que dentro de esta libertad se deben respetar algunas reglas básicas.

Si bien la Planificación Tributaria es una herramienta de gestión, la que busca solucionar problemas que afecten el valor de una empresa y además permite la evaluación y cuantificación del impacto de las decisiones en materia tributaria para empresas y personas, cuando se planifica se hace necesario considerar cuatro factores que constituyen los límites, los cuales son: Legítima razón de Negocios, Facultad de Tasación, Planificación del Impuesto a las Herencias, Precios de Transferencia, entre otros.

Por consiguiente, cabe hacer mención que la reestructuración societaria, que nace como una necesidad empresarial imperante en los tipos de negocios de actualidad, genera efectos de toda índole, especialmente de tipo administrativo-tributario, los que son un factor adicional y de gran importancia al momento de planificar un caso de reorganización societaria, ya que la falta de conocimiento de estos factores pueden generar infracciones a las normas tributarias vigentes. Tales sanciones pueden generar una pérdida económica, que se traduce en multas por infringir las normas administrativas-tributarias impuestas en el código tributario, así como generar el devengo de impuestos; a nivel de Renta como a nivel de Impuesto al Valor Agregado, los que debiesen haberse evitado si las organizaciones tuviesen un conocimiento y dominio de los diversos factores tributarios que afectan estas modificaciones sociales, así como también contar con una adecuada planificación tributaria.

Finalmente, destacar que comprender la existencia de un marco legal constituye un requisito básico, para asesorar a la alta administración de una empresa que desea implementar cualquier tipo de cambios sociales, lo que lleva consigo una oportunidad única para el desarrollo de nuestra profesión.

Bibliografía.

1. Chile. Ministerio de Hacienda. 1981. Ley de Sociedades Anónimas N° 18.046.
2. Decreto Supremo N° 587. Reglamento de Sociedades Anónimas. Publicado en el Diario Oficial en Agosto de 1982.
3. Lyon, Puelma, Alberto. “Teoría de la Personalidad: Personas Naturales y Personas Jurídicas”, Santiago. Chile. 1994. Primera Edición.
4. Gómez, Porrúa, Juan Manuel. “La fusión de las Sociedades Anónimas en el derecho civil y comunitario”, España. Editorial La Ley.1991.
5. Hernández, Adasme, Ricardo. “Fusión, transformación y división de Sociedades Anónimas, Efectos tributarios. Primera Edición. Año 2000.
6. Hernández, Adasme, Ricardo. “Fusión, transformación y división de Sociedades Anónimas, Efectos tributarios. Segunda Edición actualizada. Año 2005.
7. Morand, Valdivieso, Luis. “Sociedades”, Santiago. Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1994.
8. Código Tributario. Decreto Ley N° 830. Publicado en el Diario Oficial .1974.
9. Ley de Impuesto a la Renta. Decreto Ley N° 824. Publicado en el Diario Oficial .1974.
10. González, Leonel y Contreras, Hugo. “Curso Práctico de Impuesto a la Renta”. Editorial CEPET. Edición año 2006.
11. González, Leonel y Contreras, Hugo. “Curso Práctico de Impuesto al Valor Agregado”. Editorial CEPET. Sexta Edición año 2008.

12. González, Leonel y Contreras, Hugo. “Manual de F.U.T. (Fondo de Utilidades Tributables). Editorial CEPET. Tercera Edición año 2005.
13. Manual Electrónico de Consultas Tributarias. www.Lexisnexus.cl. Año 2008.
14. Curso de Capacitación de Reorganización de Sociedades. PriceWaterhouse Coopers, Consultores y Auditores Ltda. Santiago de Chile. Año 2007.
15. Circulares, Oficios y Resoluciones. Servicio de Impuestos Internos. www.sii.cl. Año 2008.
16. Circulares y Oficios. Superintendencia de Valores y Seguros. www.svs.cl. Año 2008.
17. Catrilef, Epuyao, Luís. “Fondo de Utilidades Tributables (F.U.T)”. Tesis para optar al grado de Magíster en Planificación Tributaria. Editorial LexisNexis. Segunda Edición actualizada. Año 2004.
18. Campos, Kennett, Germán. “El F.U.T. y la Planificación Tributaria”. Seminario: El F.U.T. Veintidós Años de Vigencia. Instituto Chileno del Derecho Tributario. Primera Edición. Abril 2008.
19. Walker, Ricardo. “Algunas consideraciones sobre ciertos efectos tributarios que se originan con motivo de la fusión por incorporación de sociedades”. Seminario: El F.U.T. Veintidós Años de Vigencia. Instituto Chileno del Derecho Tributario. Primera Edición. Abril 2008.
20. Rivas, Coronado, Norberto. “Una aproximación al marco teórico del Impuesto al Valor Agregado D.L. 825”. Editorial Magrill Ltda. Santiago de Chile, Año 2000.
21. Vergara, Lasnibat, Carlos. “Apuntes de Cátedra de Planificación Tributaria”. Universidad de Valparaíso. Segundo semestre. Año 2007.
22. Manual Operativo Tributario. “Planificación Tributaria de las Empresas”. Editorial Edimatri. Volumen 47. Agosto 2006.

23. Manual Operativo Tributario. “Enajenaciones de bienes, valores y derechos” Tomo I y II. Editorial Edimatri. Volumen 21. Año 2004.
24. Manual de Consultas Tributarias. “Efectos Tributarios de las Reorganizaciones de Empresas”. Asociación de Fiscalizadores de Impuestos Internos de Chile (AFIICH), año 1998. Servicio de Impuestos Internos.
25. Guía Práctica sobre IVA, LexisNexis. Año 2006
26. Vergara, Hernández, Samuel. “Planificación Tributaria: Conceptos, teoría y factores a considerar”. Editorial Magrill Ltda. Santiago de Chile. Año 2000
27. Adoración Pérez Troya. “La Determinación del Tipo de Canje en la Fusión de Sociedades”. Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid. Año 1999.

Agradecimientos

A mi padre, que desde el cielo guió mis pasos para convertirme en la persona que soy hoy en día.

A mi madre y hermanos, quienes me apoyaron en este difícil proceso, que culmina con este arduo trabajo de investigación. Nunca terminare de agradecer el inmenso esfuerzo que hicieron para conseguir que uno de los suyos consiguiera tal logro.

Deseo ofrecer un especial reconocimiento a Natalia y Familia Vidal Frez, por su apoyo, comprensión y compañía, ya que fueron un pilar fundamental sobre el cual se sostuvo este proyecto de investigación.

A Carlos Vergara Lasnibat, mi mentor, que con gran capacidad, comprensión y por sobre todo paciencia, me impulso a desarrollar un trabajo de investigación de esta magnitud y no obstante me enseñó a desarrollarme en un mundo fascinante, como lo es la planificación tributaria.

A Carlos Facuse, quien desinteresadamente me dio la posibilidad de llevar a la práctica los conocimientos adquiridos en la materia.

A todos ustedes, mis más sinceros agradecimientos ya que de una u otra forma contribuyeron con un granito de arena para que culminara este trabajo de investigación.

Claudio Aracena Bernal

Diciembre 2008.

ANEXO I.

1. El Canje de Acciones:

Como ha sido señalado anteriormente, un efecto propio del acto de fusión es que los accionistas de la sociedad absorbida sean incorporados a la sociedad absorbente, mediante el canje de títulos accionarios, como contraprestación por la transferencia patrimonial a título universal que supone la fusión.

Si bien el patrimonio, transferido a título universal, pertenecía a la sociedad que se extingue, sus accionistas pasarán, salvo el caso que ejerzan el derecho a retiro, mencionado en el capítulo III descrito anteriormente, a ser titulares de acciones de la sociedad absorbente, en la parte alícuota determinada en el acuerdo de fusión, de aquello que representaban sus derechos en el patrimonio fusionado. De esta manera, los accionistas de las sociedades que desaparecen se convierten en accionistas de la sociedad que subsiste en el proceso de fusión. En este mismo sentido la legislación nacional dispone que: “Aprobados en junta general los balances auditados y los informes periciales que procedieren de las sociedades objeto de fusión y los estatutos de la sociedad creada o de la absorbente, en su caso, el directorio de ésta deberá distribuir directamente las nuevas acciones entre los accionistas de aquéllas, en la proporción correspondiente”⁶⁰ y que ningún accionista, a menos que consienta en ello, podrá perder su calidad de tal con motivo de un canje de acciones.

La manera de reconocer la participación de los accionistas de la sociedad absorbida, en el patrimonio fusionado, es por medio de la emisión

⁶⁰ Así el inciso quinto del Artículo 99° de la Ley N° 18.046 sobre Sociedades Anónimas, en relación al artículo 100° del mismo cuerpo legal.

de nuevos títulos accionarios de la sociedad absorbente, los que son entregados o canjeados por los accionistas de la fusionada, por sus anteriores participaciones. Consecuencia de lo anterior, “en la sociedad fusionante hay siempre creación de nuevos derechos de socio a favor de los miembros de la sociedad fusionada”, nuevos derechos de que son titulares los accionistas de la sociedad que desaparece, en la proporción establecida para el canje de acciones en el acuerdo de fusión.

Así, la Superintendencia de Valores y Seguros ha señalado que los títulos accionarios que debe emitir la sociedad absorbente, como consecuencia del aumento de capital que debe efectuar para incorporar el patrimonio de las sociedades absorbidas, serán distribuidos entre los accionistas de la sociedad absorbida, a título de canje.⁶¹

A pesar de que se trata de la emisión y adquisición de nuevos títulos, considerando que la causa del canje de acciones está vinculada a la calidad de accionista de la sociedad extinguida, que se pierde por un acto corporativo y no individual, es que la doctrina señala que bajo este supuesto, deben respetarse los derechos adquiridos bajo el título accionario anterior.

En efecto, la falta de un nuevo acto voluntario de los accionistas obliga a incorporar en estos nuevos títulos, los derechos adquiridos que sus titulares poseían por sus acciones anteriores, no obstante que como ya se ha señalado, se trate de nuevos derechos de socio a favor de los accionistas de la sociedad que resulta de la fusión. Desconocer tales derechos implicaría un atentado al principio general del derecho según el cual sólo se puede disponer de los bienes o derechos propios y no de aquellos de terceros, de tal manera que la fusión no puede implicar la

⁶¹ Superintendencia de Valores y Seguros, Oficio Ordinario N° 952 de 05 de Febrero de 2002.

pérdida de tales derechos, los que deben entenderse contenidos en el nuevo título.

Es en este sentido que debe atribuirse a lo expresado por la Superintendencia de Valores y Seguros al señalar que: "la fusión por absorción no implica una transferencia de bienes específicos, sino una transmisión universal de relaciones jurídicas activas y pasivas, con solución de continuidad manifestada en la distribución o canje de nuevos títulos accionarios, acordada por los accionistas de las respectivas sociedades" para luego disponer que "el canje propio de estas operaciones no es más que un acto material, que no debe alterar los derechos sociales que los títulos representaban".⁶²

En virtud de lo anterior, la Superintendencia de Valores y Seguros reconoce la diferencia temporal en la adquisición de las nuevas acciones, al señalar que existe solución de continuidad, es decir, existe un necesario corte en el tiempo, desde los antiguos títulos a los nuevos, pero no obstante lo anterior, esta diferencia no puede alterar los derechos sociales que los títulos representaban. En otras palabras, la Superintendencia está reconociendo que los nuevos títulos, distintos de los anteriores, que adquieren los accionistas producto del canje, incorporan los derechos adquiridos por los anteriores.

Por ende el tipo o relación de canje es aquella que nos permite establecer la participación que corresponde a cada socio en la nueva sociedad, que es por cierto relevante tanto para el accionista como para las personas relacionadas a ellos.

Esto constituye el principal problema a la hora de llevar a cabo una fusión, principalmente porque conlleva a la determinación de la participación de cada uno de los socios de las distintas sociedades participantes en la

⁶² IDEM.

nueva sociedad fusionada, además que la última palabra en este proceso netamente económico la tiene el empresario quien proyecta y prevé esta determinación, con el fin de obtener un beneficio futuro.

Para determinar cuál es en definitiva la relación de canje de las sociedades que se van a fusionar es necesario realizar dos operaciones:

- Una externa destinada a valorizar cada una de las sociedades que van a participar de la fusión.
- Otra interna, destinada a asignar a cada socio o accionista su participación en la sociedad fusionada.

Ésta, se encuentra dada por la relación de canje propiamente tal en la que se asigna a cada socio o accionista su participación en la sociedad fusionada.

En general resulta más sencillo determinar la participación de cada accionista en la nueva sociedad que valorizar las sociedades que la componen. De esta forma el único criterio a respetar son los derechos de los socios o accionistas en la nueva sociedad en relación a la antigua participación societaria que éstos poseían en la sociedad fusionada.

En lo que compete a nuestra legislación, no se fijó ningún criterio para determinar el valor de las sociedades que participan de la fusión ni la proporción que le corresponde a cada socio y ni siquiera insinuó principios básicos como en otras legislaciones.

Al respecto el único precepto que intenta ilustrarnos acerca del proceso de fusión es el Artículo 99° de la Ley 18.046, que en su inciso final establece: **“Aprobados en junta general los balances auditados y los informes periciales que procedieren de las sociedades objeto de la fusión y los estatutos de la sociedad creada o de la absorbente, en su**

caso, el directorio de ésta distribuir directamente las nuevas acciones entre los accionistas de aquellas, en la proporción correspondiente”.

El legislador señala dos documentos sobre los cuales opera la fusión: balances auditados e informes periciales.

Por último, y en relación a la naturaleza de las acciones entregadas en canje, debe tenerse presente que estas corresponden claramente a acciones de primera emisión.

A continuación se presentara a modo de ejemplo una simulación de un informe pericial, con el objetivo de esclarecer el mecanismo a seguir para este tipo de requisito establecido por la ley.

A S.A. - B S.A.
ESTADO DE SITUACIÓN
Al 31 DE DICIEMBRE DE XXXX

ACTIVOS	A S.A. \$	B S.A. \$	Total Fucionado \$
ACTIVO CIRCULANTE			
Caja	-	21.990	21.990
Efectivo en Bancos	98.893	-	98.893
Valores negociables	29.859.834	-	29.859.834
TOTAL ACTIVO CIRCULANTE	29.958.727	21.990	29.980.716
OTROS ACTIVOS			
Acciones en " GAMA." S.A. Mayor Valor Inversion GAMA	1.700.863.355	2.645.806.828	4.346.670.182 0
TOTAL OTROS ACTIVOS	1.700.863.355	2.645.806.828	4.346.670.182
TOTAL ACTIVOS	1.730.822.081	2.645.828.817	4.376.650.898
PASIVOS	A S.A. \$	B S.A. \$	Total Fucionado \$
PASIVO CIRCULANTE			
Cuentas por pagar EERR	1.378.721.500	-	1.378.721.500
TOTAL PASIVO CIRCULANTE	1.378.721.500	-	1.378.721.500
PATRIMONIO			
Capital Social Pagado	30.300.000	21.989.557	52.289.557
Reserva para Rev. Capital Propio	303.000		303.000
Resultado Acumulado	(437.268)		(437.268)
Otras Reservas	115.249.592	2.623.839.261	2.739.088.853
Resultado del ejercicio	206.685.258		206.685.258
TOTAL PATRIMONIO	352.100.582	2.645.828.817	2.997.929.399
TOTAL PASIVOS Y PATRIMONIO	1.730.822.081	2.645.828.817	4.376.650.898

Tal como lo exige la ley en su Artículo 99°, se presentan los balances auditados, con la finalidad de expresar el valor contable de cada una de las sociedades intervinientes en el proceso de fusión, para posteriormente proceder a efectuar por parte del directorio de la sociedad absorbente, la determinación del canje accionario.

Determinación de la proposición de canje de acciones

I) A S.A.

	\$
Patrimonio financiero al 31/12/xxxx	352.100.582
Cantidad de acciones	60.000
Valor libro de la acción	5.868,343

II) B S.A. (Filial)

	\$
Patrimonio financiero al 31/12/xxxx	2.645.828.817

Accionistas de Filial:	%	Nº Acciones
XXXXXX S.A.	99,90%	999
Persona Natural 1	0,10%	1
	<u>100,00%</u>	<u>1000</u>

III) Cantidad de acciones Teóricas a emitir

	\$	Nº Total Acc.	% Participación	Nº Acc por participación
<u>Patrimonio financiero al 30/06/2005 B S.A.</u>	<u>2.645.828.817</u>	450.865	99,90%	450.414
Valor Libro acciones A S.A.	5.868,343		0,10%	<u>451</u>
				<u>450.865</u>

De lo expuesto anteriormente, se desprende que el respectivo canje de acciones se realizó en base a la proporción que representa el patrimonio aportado por la sociedad fusionada sobre el valor libro de la acción de la respectiva sociedad absorbente, para así determinar el nuevo número de acciones a destruir a sus accionistas en el nuevo patrimonio fusionado.

Ahora bien, atendiendo al tema de interés de nuestro trabajo de investigación, el referido canje accionario no genera efectos impositivos, siempre y cuando la sociedad absorbente lleve un registro control de los valores tributarios de los respectivos activos traspasos, con el fin de cumplir

a cabalidad con las normas establecidas en la ley de Impuesto a la Renta concernientes a la Depreciación, Corrección Monetaria, entre otros.

El Servicio de Impuestos Internos, ha señalado que independientemente de los criterios utilizados para la valorización de las sociedades, ya se trate de criterios contables, tributarios, económicos u otros, no corresponderá emitir pronunciamiento ni tasar los valores asignados, según el Artículo 64° del Código Tributario, asignados a las diferentes entidades participantes en la fusión ni tampoco respecto de la proporción fijada para el canje de acciones.⁶³

Sin embargo, el Servicio mediante el Oficio en comento, establece que si bien el canje de acciones producido en un proceso de fusión de sociedades, no es sino un acto material de sustitución de títulos, el costo tributario de las acciones recibidas en canje se mantiene inalterable, correspondiendo éste al costo de las acciones sustituidas.

Para concluir, se desprende que los accionistas para efectos de realizar este acto jurídico societario de carácter complejo, denominado fusión de sociedades, previamente se fija un valor a las distintas entidades participantes para efectos de establecer la relación o proporción de canje de acciones que corresponderá a los accionistas en el patrimonio total fusionado de la sociedad absorbente.

Tal sentido se debe, a que la fusión de sociedades se realiza sobre una base inminentemente económica, más que meramente financiera. Por lo anterior, la relación de canje que determina la participación de los accionistas de la sociedad absorbida en la sociedad absorbente, es el reflejo de la relación existente entre las valorizaciones económicas de las sociedades respectivas, más que entre sus patrimonios contables.

⁶³ Oficio N° 407 de 2008. Servicio de Impuestos Internos.

2. Limitaciones a la Planificación Tributaria.

Como ya hemos dicho anteriormente, los tributos afectan los resultados y así también la posición financiera de una compañía, por este motivo éstos deben ser administrados apropiadamente con la finalidad de maximizar los beneficios empresariales.

Es aquí donde surge la Planificación Tributaria, la cual consiste en la utilización de un conjunto de medidas en una organización con el propósito de maximizar sus flujos a través de la optimización de la carga tributaria, cabe destacar que estas medidas deben ser dentro de un contexto lícito, es decir, dentro de las alternativas que la propia ley dispone, por ello no se puede desconocer que dentro de esta libertad se deben respetar algunas reglas básicas.

Para algunos autores, la Planificación Tributaria, supone “un análisis interdisciplinario, puesto que la búsqueda de la vía tributaria menos onerosa, para desarrollar las actividades empresariales, es complejísima (no sólo por lo cambiante de la legislación tributaria, sino por las distintas variables involucradas). No basta tener conocimientos sobre distintas disciplinas, sino que, además, es necesaria una cuota de ingenio por parte de quienes llevan a cabo este proceso”.⁶⁴

Si bien La Planificación Tributaria es una herramienta de gestión la cual busca solucionar problemas que afecten el valor de una empresa y además permite la evaluación y cuantificación del impacto de las decisiones en materia tributaria para empresas y personas, cuando se planifica se hace necesario considerar cuatro factores que constituyen los límites a la Planificación Tributaria, los que se exponen a continuación:

⁶⁴ Vergara, Hernández, Samuel. “Planificación Tributaria: Conceptos, teoría y factores a considerar”. Editorial Magrill Limitada. Santiago de Chile. Año 2000.

a) La legítima razón de negocios:

El Artículo 64° del Código Tributario establece que el Servicio de Impuestos Internos no podrá tasar los valores asignados en una operación de reestructuración, siempre que el proceso obedezca a “Una legítima razón de negocios”. El conflicto se produce en la interpretación de esta expresión, ya que ésta resulta ambigua y subjetiva pues lo que para algunos es razón o motivo de negocios, para otros no lo es.

A este respecto, el organismo fiscalizador ha expresado a través de la diversos pronunciamientos que, “En todo caso, debe tenerse presente, que se entenderá que existe reorganización para los efectos de los dispuesto en dicha norma, Artículo 64° del Código Tributario, cuando exista una legítima razón de negocios que la justifique y no una forma de evitar el pago de impuestos, como puede ser el aporte a una sociedad existente que registra una pérdida tributaria y los bienes respectivos fuesen vendidos por ésta última dentro del período de revisión a un mayor valor absorbido por dicha pérdida”.⁶⁵

El Servicio de Impuestos Internos ha Interpretando este concepto señalando que se entiende por legítima razón de negocios, cuando el espíritu que promueve la transacción no busca por sí misma eludir el pago del tributo.

b) Tasación y valor de mercado.

El Artículo 17° de la Ley Impuesto a la Renta Y el Artículo 64° del Código Tributario, expresan el derecho que tiene el Servicio de Impuestos Internos de tasar una operación cuando no se ajusta a los valores de mercado, esto es cuando el valor que se asignó a la transacción es notoriamente superior o inferior.

⁶⁵ Circular N° 45 del año 2001. Servicio de Impuestos Internos.

Por ejemplo si se enajena un inmueble a un valor superior que el de mercado, el mayor valor, en determinadas oportunidades, se encuentra liberado de tributo. Con esta norma se pretende impedir que a través de un aumento artificial del precio en una posterior enajenación se desgrave la transacción al no existir base imponible.

c) Precio de Transferencia

El Artículo 38 de la Ley Impuesto a la Renta establece una norma similar a la tasación pero que guarda relación con los precios cobrados entre las partes relacionadas o en la que haya intereses económicos. Estas operaciones son denominadas “Internacionales” puesto que se realizan entre Chile y el exterior o viceversa.

Es un Artículo antiguo pero de aplicación reciente, cobrando vital importancia a raíz de la apertura comercial de Chile y de su incorporación a la OCDE. (Chile es uno de los países observados), la cual tiene ciertos parámetros, donde uno de ellos es en materia tributaria, al cual siguen los países, dentro de estos está el precio de transferencia teniendo como espíritu “que efectuada las transacciones a precio de mercado ninguno de los países puede haberse afectado”, (que un país grande no coloque precios muy superior o inferior) precio internacional de mercado.

Si bien en Chile no aplica, siendo que en otros países si, estamos en proceso de convergencia.

d) Planificación al impuesto de las Herencias.

La ley de Herencia establece la pena corporal para los asesores y profesionales que intervengan en la elaboración de mecanismos que tengan por finalidad evitar el pago de este impuesto.

Si bien, en los párrafos precedentes se enunciaron los principales límites a la planificación, éstos no son restrictivos, en el sentido que cada asesor tributario podrá optar sobre el nivel de riesgo con que opera en el proceso de fusión o de otras reorganizaciones empresariales.

Ahora bien, desde un punto de vista estrictamente jurídico-tributario, los tópicos o límites de la planificación tributaria más importantes, lo constituyen sin duda la “Facultad de Tasación” y “La Legítima Razón de Negocios”, ya que en ausencia de ésta última, se estaría vulnerando el espíritu que promueve toda reorganización empresarial, por ello se entendería que con la transacción se busca eludir el pago de ciertos tributos, razón por la cual el Servicio de Impuestos Internos puede ejercer su facultad de tasar la base imponible de determinadas transacciones que no se ajustan a las corrientes, en operaciones de similar naturaleza.

La facultad establecida en el Artículo 64° del Código Tributario, Decreto Ley 830, representa una limitación a la planificación tributaria, por este motivo creo que es pertinente analizar el mencionado artículo a fin de establecer ciertos parámetros que sirvan de base para formarse una opinión respecto al riesgo que posee dicha limitación en un proceso de reestructuración de sociedades.

Para tener un entendimiento acabado del tema, es preciso enunciar el tenor de la ley establecida en el Artículo 64°, como sigue a continuación:

Artículo 64°.- “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 no cumpliera las exigencias que se le formulen, o al cumplir con ellas no subsanare las deficiencias comprobadas o que en definitiva se comprueben”

Asimismo, el Servicio podrá proceder a la tasación de la base imponible de los impuestos, en los casos del inciso 2° del Artículo 21 y del Artículo 22.

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.

“No se aplicará lo dispuesto en este artículo, 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”.

“Tampoco se aplicará lo dispuesto en este artículo, cuando se trate del aporte, total o parcial, de activos de cualquier clase, corporales o incorporales, que resulte de otros procesos de reorganización de grupos empresariales, que obedezcan a una legítima razón de negocios, en que subsista la empresa aportante, sea ésta, individual, societaria, o contribuyente del N° 1 del Artículo 58 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, que impliquen un aumento de capital en una sociedad preexistente o la constitución de una nueva sociedad y que no originen flujos efectivos de dinero para el aportante, siempre que los aportes se efectúen y registren al valor contable o tributario en que los activos estaban registrados en la aportante. Dichos valores deberán asignarse en la respectiva junta de accionistas, o escritura pública de constitución o modificación de la sociedad tratándose de sociedades de personas”.⁶⁶

En igual forma, en todos aquellos casos en que proceda aplicar impuestos cuya determinación se basa en el precio o valor de bienes raíces, el Servicio de Impuestos Internos podrá tasar dicho precio o valor, si el fijado en el respectivo acto o contrato fuere notoriamente inferior al valor comercial de los inmuebles de

⁶⁶ Ley N° 19.705 del año 2000, mediante su artículo 17° introdujo dos nuevos incisos al artículo 64° del Código Tributario, estableciendo a través de ellos los casos en los cuales las normas relativas a la Facultad de Tasación no tendrán aplicación.

características y ubicación similares, en la localidad respectiva, y girar de inmediato y sin otro trámite previo el impuesto correspondiente. De la tasación y giro sólo podrá reclamarse simultáneamente dentro del plazo de 60 días contado desde la fecha de la notificación de este último”.

De la definición legal anterior establecida en el Artículo 64°, se desprenden los siguientes aspectos relevantes a considerar:

- ✓ La referida facultad que posee el Servicio de Impuestos Internos de Tasar la base imponible que sirve de cálculo para determinar los impuestos adeudados, cuando los precios o valor asignado al objeto de la enajenación sea notoriamente inferior a lo corrientes en plaza o a los que normalmente se cobren en operaciones de similar naturaleza. Lo anterior se desprende del inciso segundo del referido artículo 64°.
- ✓ En el artículo en comento se establece la negación de dicha facultad que posee el Servicio de Impuestos Internos, en los casos de División o **Fusión de Sociedades**, ya sea Perfecta o Imperfecta, sin embargo establece una condicionante, que tiene relación a que la sociedad que se crea o la sociedad subsistente deberá mantener registrados los activos y pasivos a valores tributarios, con el fin de cumplir con las exigencias que establece la Ley de la Renta en cuanto a las normas de Depreciación, corrección monetaria y control de los costos tributarios de los derechos sociales o acciones respectivamente.⁶⁷ Lo anterior se desprende del inciso cuarto del Artículo 64°.
- ✓ Cuando se trate del aporte, total o parcial, de activos de cualquier clase, corporales o incorporales, que resulte de otros procesos de reorganización de grupos empresariales, que obedezcan a una legítima razón de negocios, en que subsista la empresa aportante, sea ésta, individual, societaria, o contribuyente del N° 1 del Artículo 58 de la Ley sobre Impuesto a la Renta,

⁶⁷ Dicha condicionante mantiene el criterio establecido por el organismo fiscalizador mediante la Circular 68° del 1996, con el fin de uniformar criterios concernientes al fenómeno de reestructuración.

que impliquen un aumento de capital en una sociedad preexistente o la constitución de una nueva sociedad y que no originen flujos efectivos de dinero para el aportante, siempre que los aportes se efectúen y registren al valor contable o tributario en que los activos estaban registrados en la aportante. Dichos valores deberán asignarse en la respectiva junta de accionistas, o escritura pública de constitución o modificación de la sociedad tratándose de sociedades de personas.

De lo expuesto anteriormente, y considerando las modificaciones introducidas por la referida Circular N° 45, se da a entender que no aplicara la tasación de operaciones que tengan como objetivo la reestructuración de sociedades en los siguientes casos de fusión siempre y cuando ocurran con motivo de :

- ✓ Aporte, total o Parcial de activos, siempre que Obedezcan a una Legítima Razón de Negocios.
- ✓ Que implique un aumento de capital en una sociedad preexistente o la constitución de una nueva sociedad para tal efecto.
- ✓ Que no origine flujos de dinero para el aportante.
- ✓ Siempre que los Aportes se registren al valor tributario en que los activos estaban registrados la sociedad aportante.

Para concluir lo expresado en los párrafos precedentes, señalar que las modificaciones introducidas al Artículo 64° tienen como finalidad atender el dinamismo con el que se mueven los negocios en la actualidad y comprender la necesidad imperante de fusionar empresas con el objeto de ser competitivos en mercados económicamente desarrollados a través de alianzas estratégicas

Expresar también que con esto el Servicio de Impuestos Internos está cumpliendo otro rol en nuestra economía, esto es, de operar como un órgano fiscal que interpreta las normas tributarias y no así como un ente fiscalizador que en ocasiones suprimía operaciones de esta índole, restringiendo a los contribuyentes y

entrajando operaciones de este tipo basados en interpretaciones de normas legales extemporáneas que no analizaban el fondo económico de las reorganizaciones societarias.

ANEXO II.

1. Caso Práctico Fusión Imperfecta

Laboratorios CAB S.A. es una prestigiosa empresa de giro farmacéutico de capitales chilenos. La compañía tiene línea de productos bien posicionados en el mercado local e incluso en países de Sudamérica, entre ellos Brasil y Argentina. Después de realizar un estudio de mercado, los propietarios de la compañía han resuelto expandir el área de negocio y abarcar nuevos mercados, por lo que presupuestan adquirir un pequeño laboratorio farmacéutico denominado Laboratorio NVF.

Ahora bien, este laboratorio posee sólo activos realizables (Existencias) y Cuentas por Cobrar, puesto que el Activo Inmovilizado con el que realiza sus operaciones están activados en Inversiones NVF S.A. la que al mismo tiempo posee el 99% de las acciones del laboratorio.

El directorio de Laboratorios CAB S.A. tiene que adquirir el negocio completo, esto es el inmueble, las maquinarias, las existencias y las cuentas por cobrar. Para estos efectos tiene dos opciones, la primera es comprar bienes específicos y la segunda sería mediante la compra de las empresas, esto es, las acciones de la sociedad de inversión y del laboratorio.

Para evaluar cual es la alternativa más conveniente se debe analizar los antecedentes financieros y tributarios de las respectivas sociedades que se pretenden adquirir.

	Laboratorios NVF S.A. Valor	Laboratorios NVF S.A. Valor	Inversiones NVF S.A. Valor	Inversiones NVF S.A. Valor
Cuentas Contables	<u>Contable</u>	<u>Tributario</u>	<u>Contable</u>	<u>Tributario</u>
	M\$	M\$	M\$	M\$
Disponible	2.000.000	2.000.000	4.000.000	4.000.000
Existencias	12.000.000	12.000.000		
Cuentas por Cobrar	8.000.000	8.000.000		
Activo Fijo			18.000.000 *	12.000.000 *
Inversión en Acciones			21.780.000	15.000.000
Patrimonio	22.000.000	22.000.000	43.780.000	31.000.000

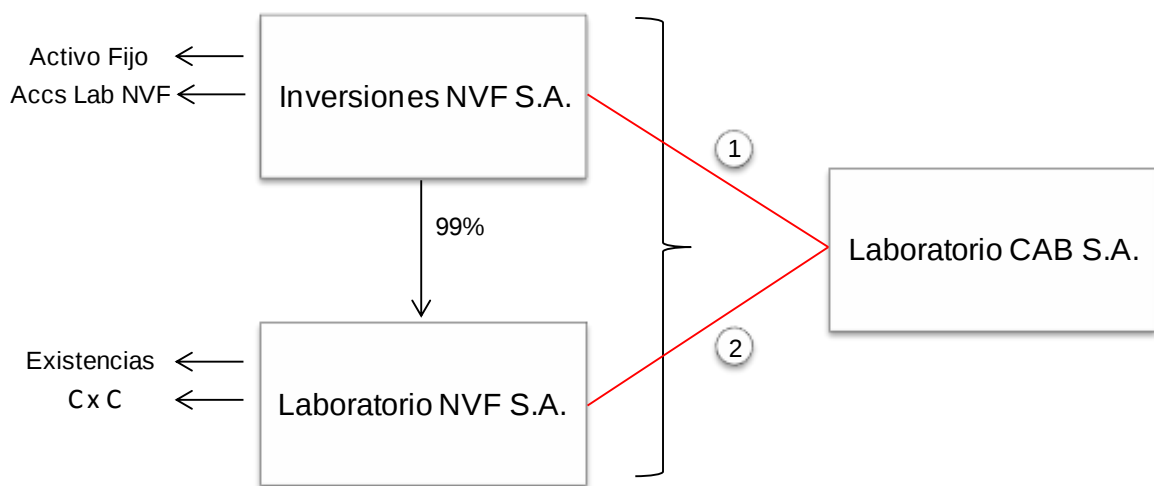
* El valor del terreno es de M\$ 2.000.000

El directorio de CAB S.A. ha especulado con dos alternativas de adquisición, siendo en cualquiera de ellas el precio máximo a pagar de M\$ 60.000.000.-, valor que fue estimado conforme a una tasación independiente, la cual formaba parte del estudio de mercado realizado con anterioridad. Las alternativas planteadas por la administración son las siguientes:

- a) Pagar los M\$ 60.000.000.- por las acciones de Inversiones NVF S.A., con lo cual se adquirirían indirectamente todos los bienes y derechos del Holding.
- b) Pagar los M\$ 60.000.000.- por activos específicos, asignando los siguientes valores:
 - ✓ Caja M\$ 6.000.000.-
 - ✓ Existencias M\$ 13.200.000.- (a valor de mercado).
 - ✓ Cuentas por Cobrar M\$ 8.000.000.-
 - ✓ Terrenos M\$ 10.000.000.-
 - ✓ Maquinarias M\$ 15.000.000.-
 - ✓ Intangibles por concepto de contratos con clientes

M\$ 7.800.000.-

En base a los antecedentes expuestos anteriormente, es necesario evaluar cual alternativa sería de mayor conveniencia desde la perspectiva tributaria, indicando sus ventajas y desventajas. Además de plantear alguna que minimice los costos por Impuestos o permitan aprovechar un mayor gasto tributario por la inversión realizada.



• Análisis de la Primera Alternativa planteada por el Directorio de CAB S.A.

Comprar la Sociedad Inversiones NVF S.A.

	<u>M\$</u>	
Precio de Compra	60.000.000.-	
Costo Tributario	<u>(31.000.000).-</u>	→ Patrimonio Tributario
Goodwill Latente	29.000.000.-	

_____ / _____

a.-	<u>Banco</u>	M\$ 60.000.000.-
-----	--------------	------------------

- 1 .- La presente operación no tiene efectos por concepto de Impuesto al Valor Agregado, según lo dispuesto en Artículo 8° letra b) del Decreto Ley N° 825 y mediante Circular N° 124 del año 1975.
- 2 .- Riesgo de Tasación de la Base Imponible de la operación bajo, por tratarse de una operación realizada sobre valores tributarios.
- 3 .- Sin embargo lo anterior, con la alternativa planteada por el Directorio de la Sociedad CAB S.A. se estaría inmovilizando la inversión de M\$ 60.000.00.- la cual quedaría registrada en la contabilidad de Laboratorios CAB S.A. como Inversión Permanente, con esto no se estaría aprovechando las franquicias tributarias que se pueden obtener producto de una fusión de sociedades.

- Análisis de la Segunda Alternativa planteada por el Directorios de CAB S.A.

Compra de Activos Específicos.

	<u>Precio</u>	<u>IVA</u>	<u>Total</u>
	M\$	M\$	M\$
Caja	6.000.000		6.000.000
Existencias	11.092.437	2.107.563	13.200.000
Cuentas por Cobrar	8.000.000		8.000.000
Terrenos	10.000.000		10.000.000
Maquinarias	12.605.042	2.394.958	15.000.000
Intangibles	7.800.000		7.800.000
TOTAL OPERACIÓN	55.497.479	4.502.521	60.000.000

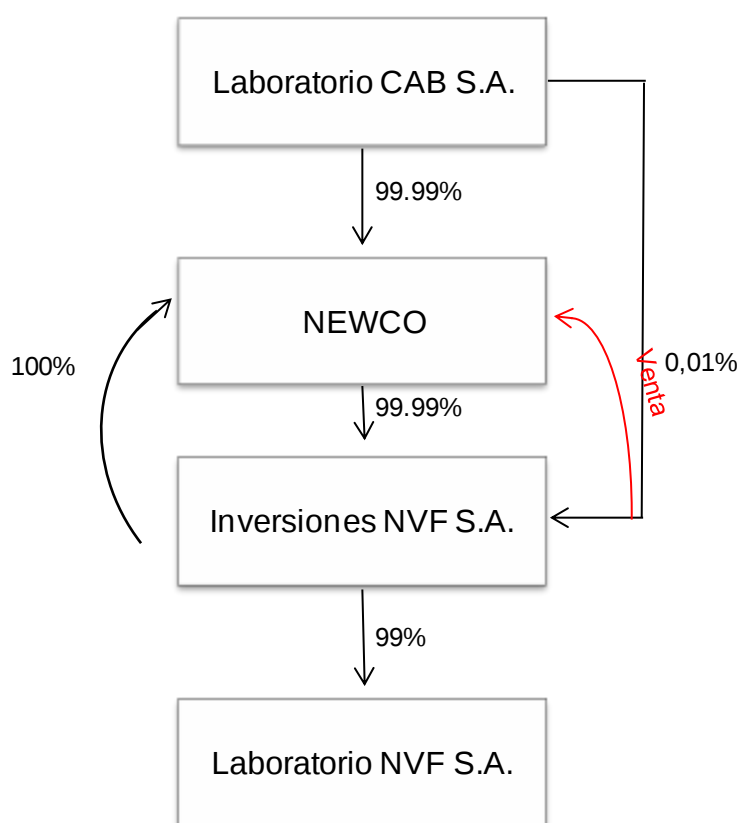
↓
Costo
Tributario

Consecuencias de la Operación:

- 1 .-Esta alternativa planteada por El Directorio de CAB S.A. tiene el inconveniente que las existencias y las maquinarias se gravarían con Impuesto al Valor Agregado (IVA), razón por la cual la operación tendría un costo financiero temporal de M\$ 4.502.521.- el que impacta directamente en los flujos de caja de la Sociedad.
- 2 .-Riesgo de Tasación de la Base Imponible de la operación bajo, por tratarse de una operación realizada sobre valores tributarios.
- 3 .-Planificación Tributaria escueta, ya que no se han aprovechado factores o variables tributarias que permitan un eficiente desarrollo de la adquisición de las empresas.

Teniendo en consideración los antecedentes y consecuencias de las alternativas planteadas por el Directorio de CAB S.A. las que fueron descritas con anterioridad, sugerimos a la administración de la empresa farmacéutica realizar la siguiente reestructuración societaria con el fin de planificar de mejor manera la optimización de la carga tributaria que afectaría la operación que pretenden llevar a cabo, esto es la radicación de los patrimonios de las empresas del grupo NVF S.A., la que se plantea a continuación, en dos etapas a seguir.

Primera Etapa:



Los pasos necesarios para originar esta nueva estructura societaria son los siguientes:

1. Crear una Sociedad NEWCO, a la cual se aportaron directamente activos de la sociedad CAB S.A.
2. Acto seguido la nueva sociedad creada (NEWCO), adquiere la participación mayoritaria en la sociedad Inversiones NVF S.A., haciéndose con esto dueño de forma indirecta de los activos y pasivos de Laboratorio NVF S.A.
3. El 0,01% restante (interés minoritario) lo adquiere Laboratorios CAB S.A., con el objeto de aglomerar ambas sociedades dentro del mismo grupo Holding, y de esta forma poder llevar a cabo una reestructuración con un bajo riesgo de disidencia por parte de accionistas.
4. Acto posterior, la Sociedad Laboratorios CAB S.A. enajena el 0,01% correspondiente a su participación societaria a NEWCO, produciéndose en efecto una Fusión Imperfecta; esto es la reunión del 100% de las acciones en manos de un accionista, que tiene como consecuencia la disolución de la sociedad anónima por el sólo ministerio de la ley, según lo establecido en el artículo 103° N° 2 de la Ley 18.046, con el objeto de lograr un aprovechamiento del Goodwill latente que se producía en la alternativa número uno planteada por el Directorio de CAB S.A., las que fueron analizadas en detalle anteriormente. A continuación se presentan las consecuencias tributarias a raíz de materializar la alternativa planteada.

**Contabilización de la Compra de Inversiones NVF S.A. por parte de la
Sociedad NEWCO.**

_____/_____

<u>Acciones en Inversiones NVF S.A.</u>	M\$ 60.000.000.-
a.- <u>Banco</u>	M\$ 60.000.000.-

Por Adquirir la totalidad de las acciones de la Sociedad Inversiones NVF, NEWCO deberá reconocer el valor tributario de la inversión inicial en Inversiones NVF, compararlos con el patrimonio tributario a la fecha de producirse la fusión Imperfecta e intercambiarlos por todos los activos y pasivos de la sociedad absorbida para tal efecto.

Lo expuesto en el párrafo precedente se explica como sigue:

Capital Propio Tributario de la Sociedad Absorbida (Inversiones NVF).

_____/_____

<u>Activo Fijo</u>	M\$ 12.000.000.-*
<u>Acciones en Laboratorio NVF S.A.</u>	M\$ 15.000.000.-
<u>Disponible</u>	M\$ 4.000.000.-
a.- <u>Patrimonio</u>	M\$ 31.000.000.-

* Dentro de este Ítems se encuentran los Terrenos por un valor tributario de M\$ 2.000.000.-

El patrimonio de la Sociedad está compuesto por Activo Inmovilizado, Inversión en Empresa Relacionada, ambos activos no monetarios y Disponible. Se debe tener en consideración que todas estas partidas se encuentran a valores tributarios.

Eliminar la Inversión Contra el Patrimonio recibido

_____/_____

<u>Patrimonio</u>	M\$ 31.000.000.-
<u>GOODWILL</u>	M\$ 29.000.000.-
a.- <u>Inversión en Inversiones NVE</u>	M\$ 60.000.000.-

La diferencia producida por el diferencial de precio de la inversión y el patrimonio tributario de ésta, es de M\$ 29.000.000 por lo que se debe evaluar y determinar qué camino seguir. En este caso se materializó un goodwill, el que va a generar beneficios económicos futuros tanto a nivel financiero como tributario, sin embargo nuestro tema de interés tiene relación con los efectos tributarios, por lo que acotaremos el análisis sólo a reflejar estos efectos.

Para distribuir este diferencial se utilizará el criterio adoptado para tales efectos por el Servicio de Impuestos Internos mediante reiterados oficios, siendo uno ellos el Oficio N° 2567 del año 2000 y Oficio N° 1849 del año 2001, en el que se señalan los criterios que se enunciarán a continuación:

- ✓ El Goodwill positivo, entiéndase por éste al activo tributario que generara beneficios económicos futuros, debe ser distribuido entre todos los activos No monetarios de la sociedad que se absorbe, y por lo tanto ese Goodwill o diferencial de precio seguirá el tratamiento del activo al cual fue asignado.

- ✓ En caso de No existir activos No monetarios, el referido Goodwill podrá ser amortizado hasta en un plazo de seis años, con el objeto de no cargar a resultado en el período que se produce, ya que la ley de la Renta reconoce las pérdidas como gasto tributario en la oportunidad en que éstas se realizan con ocasión de la enajenación de los bienes u otras causas.⁶⁸

Por lo señalado en el párrafo precedente y considerando que la sociedad tiene en sus registros extracontables (Tributario) activos No monetarios procede a utilizar el criterio establecido por el Servicio de Impuestos Internos, esto es, distribuyendo el diferencial de precio o Goodwill entre todos los activos no monetarios de la sociedad absorbida, recibidos a través de este cambio de la estructura de activos de la compañía.

Distribución de Goodwill.

Activos no Monetarios.	Monto en M\$	Distribución %	Goodwill M\$	Nuevo Costo Act M\$
Terreno	2.000.000	7,4%	2.146.000	4.146.000
Activo Fijo	10.000.000	37,1%	10.759.000	20.759.000
Acciones	15.000.000	55,5%	16.095.000	31.095.000
TOTAL	27.000.000	100,0%	29.000.000	56.000.000

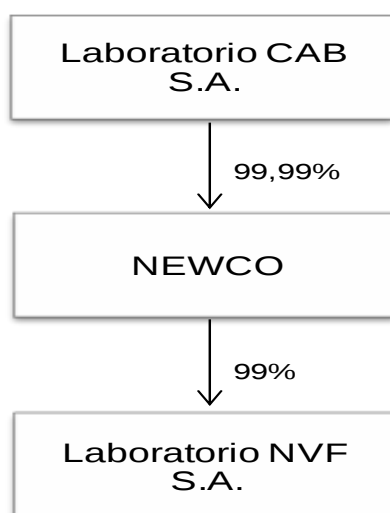
Deducción Base Imponible Sin Goodwill M\$	Deducción Base Imponible Con Goodwill M\$	Diferencia M\$	Tasa de Impuesto Aplicable	Ahorro de Impuestos M\$
2.000.000	4.146.000	2.146.000	17%	364.820
10.000.000	20.759.000	10.759.000	17%	1.829.030
15.000.000	31.095.000	16.095.000	17%	2.736.150
TOTAL	27.000.000	29.000.000	17%	4.930.000

⁶⁸ Oficio N° 3625 del año 1995. Servicio de Impuestos Internos.

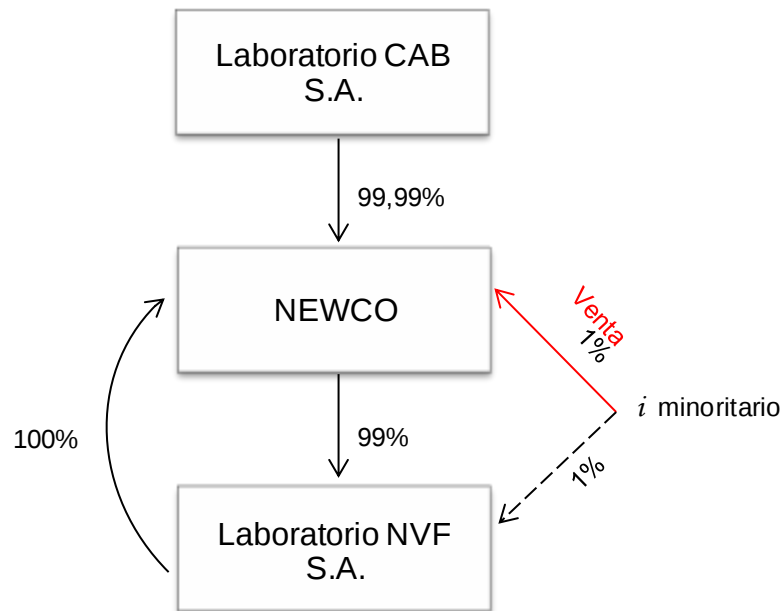
Con la distribución del Godwill, se aumento el costo de los activos no monetarios traspasados desde la sociedad absorbida, con esto se produce una mayor rebaja a la base imponible, y por ende un ahorro de impuesto por un monto ascendente a M\$ 4.930.000.-

Además de lo expresado anteriormente, se aumento el costo tributario de la Inversión en Laboratorios NVF, en un monto ascendente a M\$ 16.095.000.-

Con los ajustes realizados anteriormente, considerando a inversiones NVF fusionada o absorbida, la nueva estructura societaria queda de la siguiente manera.



Segunda Etapa:



Para llevar a cabo esta segunda etapa del proceso de reestructuración se deben seguir los siguientes pasos:

1. Sociedad NEWCO deberá adquirir mediante una escritura pública de compraventa de acciones, la participación correspondiente al 1% de interés minoritario.
2. Se pone hincapié sobre el punto anterior, en cuanto que la adquisición se realice mediante la referida escritura pública con el objeto de evitar que la sociedad Laboratorio NVF S.A. realice los trámites formales del término de giro, ya que estos son engorrosos y quitan dinamismo a la operación. Lo relativo a este punto fue profundizado en el capítulo II de la presente tesis.
3. Una vez realizada la compra del porcentaje perteneciente al interés minoritario, y por el solo ministerio de la ley, establecido en el Artículo 103° N° 2 de la Ley 18.046 sobre Sociedades Anónimas, la sociedad

Laboratorio NVF S.A. procederá a disolverse por haberse reunido el 100% de las acciones en manos de un solo accionista.

4. Teniendo en consideración la puesta en marcha de la primera etapa; esto es, con el nuevo costo de la inversión en empresas relacionadas que se determinó con posterioridad a la distribución del Goodwill, el cual se vio aumentado en una cifra considerable (M\$ 31.095.000).-
5. De lo anterior, concluimos que es pertinente realizar nuevamente este proceso de fusión para tener un mejor aprovechamiento de los beneficios fiscales, teniendo en consideración que deben Obedecer a una Legítima Razón de Negocios que la Justifique y no la evasión del pago de impuestos.

A continuación se ilustrarán los principales aspectos derivados de la implementación de esta segunda etapa de reestructuración, que tiene como finalidad agrupar los activos concernientes al rubro farmacéutico bajo la estructura de la Sociedad CAB S.A.

**Contabilización de la Compra de Laboratorios NVF S.A. por parte de la
Sociedad NEWCO.**

_____/_____

Acciones en Inversiones NVF S.A.

M\$ 31.095.000.-*

a.- Banco

M\$ 31.095.000.-

* El monto corresponde al nuevo costo de las Acciones de Laboratorio NVF S.A. producto de la distribución del Goodwill que se materializó en la primera etapa.

Por Adquirir la totalidad de las acciones de la Sociedad Laboratorios NVF S.A., NEWCO deberá reconocer el valor tributario de la inversión inicial en Laboratorios S.A. traspasada indirectamente mediante la fusión con la sociedad Inversiones NVF S.A, compararlos con el patrimonio tributario a la fecha de producirse la fusión Imperfecta e intercambiarlos por todos los activos y pasivos de la absorbida para tal efecto.

Lo expuesto en el párrafo precedente se explica como sigue:

Capital Propio Tributario de la Sociedad Absorbida (Inversiones NVF).

/	
<u>Existencias</u>	M\$ 12.000.000.-
<u>Cuentas por Cobrar Reajustables</u>	M\$ 8.000.000.-
<u>Disponible</u>	M\$ 2.000.000.-
a.- <u>Patrimonio</u>	M\$ 22.000.000.-

El patrimonio de la Sociedad está compuesto por Activo Realizable, Cuentas por Cobrar, ambos activos no monetarios, ya que las cuentas por cobrar se encuentran reajustadas según las cláusulas de reajustabilidad establecida en el respectivo contrato de venta de activo realizable, y Disponible.⁶⁹

Se debe tener en consideración que todas estas partidas se encuentran a valores tributarios.

⁶⁹ Oficio 3119 del año 2006. Servicio de Impuestos Internos.

Eliminar la Inversión Contra el Patrimonio recibido

_____/_____

Patrimonio M\$ 22.000.000.-

GOODWILL M\$ 9.095.000.-

a.- Inversión en Laboratorios NVF M\$ 31.095.000.-

La diferencia producida por el diferencial de precio de la inversión y el patrimonio tributario de ésta, por lo que se debe evaluar y determinar qué camino seguir. En este caso se materializó un goodwill, el que va a generar beneficios económicos futuros tanto a nivel financiero como tributario, sin embargo nuestro tema de interés tiene relación con los efectos tributarios, por lo que acotaremos el tema solo a reflejar estos efectos.

Para distribuir este diferencial se utilizará el criterio adoptado para tales efectos por el Servicio de Impuestos Internos mediante reiterados oficios, siendo uno ellos el Oficio N° 2567 del año 2000, Oficio 3850 del año 2001 y Oficio N° 1849 del año 2001, en el que se señalan los criterios que se enunciarán a continuación:

- ✓ El Goodwill positivo, entiéndase por éste al activo tributario que generará beneficios económicos futuros, debe ser distribuido entre todos los activos no monetarios de la sociedad que se absorbe, y por lo tanto ese Goodwill o diferencial de precio seguirá el tratamiento del activo al cual fue asignado.
- ✓ En caso de No existir activos No monetarios, el referido Goodwill podrá ser amortizado hasta en un plazo de seis años, con el objeto de no cargar a resultado en el período que se produce, ya que la ley de la Renta reconoce las pérdidas como gasto tributario en la oportunidad en

que éstas se realizan con ocasión de la enajenación de los bienes u otras causas.⁷⁰

Por lo señalado en el párrafo precedente y considerando que la sociedad tiene en sus registros extracontables (Tributario) activos no monetarios procede a utilizar el criterio establecido por el Servicio de Impuestos Internos, esto es, distribuyendo el diferencial de precio o Goodwill entre todos los activos no monetarios de la sociedad absorbida, recibidos a través de este cambio de la estructura de activos de la compañía.

Distribución de Goodwill.

Activos no Monetarios.	<u>Monto en</u> M\$	<u>Distribución</u> %	<u>Goodwill</u> M\$	<u>Nuevo Costo Act</u> M\$
Existencias	12.000.000	60,0%	5.457.000	17.457.000
Cuentas por Cobrar	8.000.000	40,0%	3.638.000	11.638.000
TOTAL	20.000.000	100,0%	9.095.000	29.095.000

	Deducción Base Imponible Sin Goodwill	Deducción Base Imponible Con Goodwill	Diferencia	Ahorro de Impuestos
	M\$	M\$	M\$	M\$
	12.000.000	17.457.000	5.457.000	927.690
	-	3.638.000	3.638.000	618.460
TOTAL	12.000.000	21.095.000	9.095.000	1.546.150

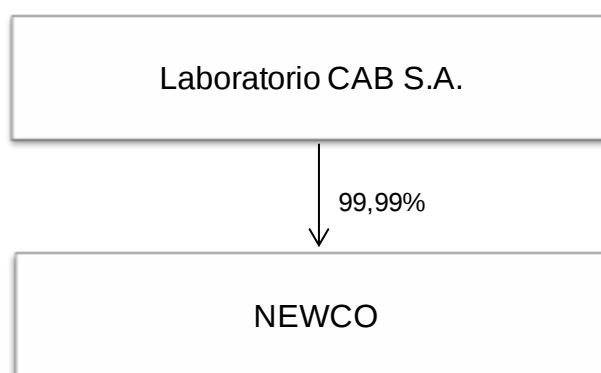
⁷⁰ Oficio N° 3625 del año 1995. Servicio de Impuestos Internos.

Para obtener un mayor aprovechamiento de este beneficio llamado Goodwill, se ha decidido establecer cláusulas de reajustabilidad para las Cuentas por Cobrar, con el objeto de tener una mayor cantidad de activos no monetarios entre los cuales distribuir el referido diferencial de precio. Las distintas interpretaciones del Servicio de Impuestos Internos mediante oficios han autorizado este criterio de distribución y por ende se ha transformado en una herramienta fundamental para desarrollar una buena planificación tributaria.

Para concluir, cabe señalar que mediante las alternativas planteadas en el presente anexo, se agruparon todos los activos concernientes al grupo Holding que se pretendía adquirir en la estructura societaria de CAB S.A. optimizando los flujos operacionales mediante la disminución de la carga impositiva por un monto ascendente a M\$ 3.740.000.- de manera tal que se logre un equilibrio entre el cumplimiento legal y el rendimiento financiero.

A lo anterior se suma, el aumento del costo de los activos traspasados producto de la segunda etapa de este proyecto, entiéndase por tal al caso de reorganización del Grupo Farmacéutico CAB S.A.

Por consiguiente la nueva estructura societaria se presenta como sigue:



2. Caso Práctico de Fusión Perfecta por Aporte de Activos y Pasivos, y posterior Canje de Acciones.

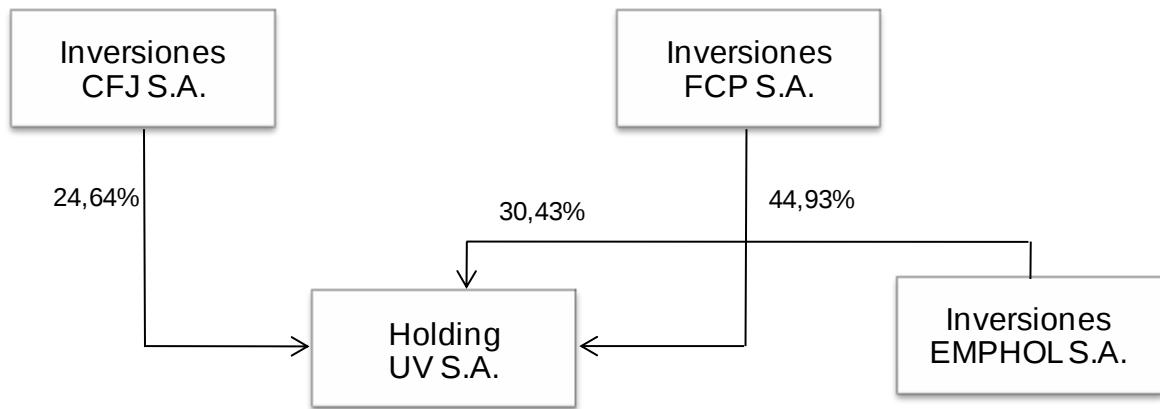
Las sociedades anónimas, CVL S.A., CFJ S.A., EMPHOL S.A., FCP S.A., son prestigiosas sociedades de inversiones de capitales chilenos, que poseen cada una de éstas diversificada participación accionaria en la sociedad anónima U.V. S.A. después de un estudio de mercado, los directorios de éstas han decidido fusionar sus empresas, con el objeto de unificar sus activos en una sociedad holding, la que tendrá la participación mayoritaria de “U.V. S.A.”.

Al respecto, y luego largas conversaciones, el Directorio de las sociedades participantes del proceso de fusión a acordado emitir una determinado número de acciones “X” para de esta manera, cada una de las sociedades mantenga su porcentaje de participación en “U.V. S.A.”.

La reagrupación de activos se realizará mediante la fusión perfecta por aporte de activos de CFJ S.A., EMPHOL S.A., FCP S.A. a su valor financiero, para lo cual la Sociedad CVL S.A. sucesora legal de los activos y pasivos aportados, efectuará un aumento de capital, emitiendo acciones, las que serán calculadas en base a los patrimonios financieros de cada una de las sociedades partícipes del proceso.

No obstante, cabe señalar que como la fusión se realizará a valores financieros, los que no producirán efectos tributario alguno, la sociedad absorbente, en este caso CVL S.A. deberá mantener un adecuado control de los valores tributarios, con el fin de cumplir con las normas tributarias de Corrección Monetaria, Depreciación y Mayor Valor, en caso que las respectivas acciones se enajenaren en un período posterior.

Actual Estructura Societaria



Por lo descrito anteriormente, y en base a la información proporcionada por el Directorio de las sociedades partícipes del proceso de fusión, en donde expresan que la distribución de las acciones canjeadas debe ser realizada de manera tal que permita mantener la misma relación porcentual de participación en Holding U.V. S.A., que aquella existente antes del proceso de fusión.

Ahora bien, una vez analizada la situación planteada por el Directorio, se procederá a realizar los informes periciales que exige la ley, Artículo N°99 Ley 18.046 sobre sociedades anónimas, y la respectiva distribución de las acciones derivadas del canje que se propone al Directorio de las distintas sociedades para que sea analizado.

Propuesta Balance Fusionado.

CVL S.A. - CFJ S.A. - EMPHOL S.A. - FCP S.A.
ESTADO DE SITUACIÓN
AL 30 DE JUNIO DE 2008

ACTIVOS	CVL S.A. \$	CFJ S.A. \$	Emphol S.A. \$	FCP S.A. \$	Total Fusionado \$
ACTIVO CIRCULANTE					
Caja	-	43.979	174.617	30.295	248.891
Efectivo en Bancos	197.785	-	-	-	197.785
Valores negociables	59.719.668	-	-	-	59.719.668
TOTAL ACTIVO CIRCULANTE	59.917.453	43.979	174.617	30.295	60.166.344
OTROS ACTIVOS					
Acciones " U.V." S.A.	3.401.726.709	5.291.613.655	10.583.235.874	6.804.245.910	26.080.822.148
Mayor Valor Inversion U.V.				(56.240.192)	(56.240.192)
TOTAL OTROS ACTIVOS	3.401.726.709	5.291.613.655	10.583.235.874	6.748.005.718	26.024.581.956
TOTAL ACTIVOS	3.461.644.162	5.291.657.634	10.583.410.491	6.748.036.013	26.084.748.300
PASIVOS					
PASIVO CIRCULANTE					
Cuentas por pagar EERR	2.757.442.999	-	-	-	2.757.442.999
TOTAL PASIVO CIRCULANTE	2.757.442.999	-	-	-	2.757.442.999
PATRIMONIO					
Capital Social Pagado	60.600.000	43.979.113	174.617.059	30.295.113	309.491.285
Reserva para Rev. Capital Propio	606.000				606.000
Resultado Acumulado	(874.536)				(874.536)
Otras Reservas	230.499.184	5.247.678.521	10.408.793.432	6.717.740.900	22.604.712.037
Resultado del ejercicio	413.370.515				413.370.515
TOTAL PATRIMONIO	704.201.163	5.291.657.634	10.583.410.491	6.748.036.013	23.327.305.301
TOTAL PASIVOS Y PATRIMONIO	3.461.644.162	5.291.657.634	10.583.410.491	6.748.036.013	26.084.748.300

Tal como se muestra en la propuesta de balance fusionado, el aporte de los activos y pasivos deberán contabilizarse a valores financieros registrados en los respectivos balances de las sociedades partícipes de esta proceso, sin embargo, la sociedad absorbente deberá mantener el control de los valores tributarios de activos y pasivos, conforme a los dispuesto en el inciso cuarto del Artículo N° 64 del Código Tributario, ya que de esta manera el Servicio de Impuestos Internos se verá imposibilitado de ejercer su Facultad de Tasación, por lo que en la fusión que se pretende llevar a cabo, el riesgo sería mínimo.

Al respecto, el Servicio de Impuestos Internos, mediante Circular N° 45 del año 2001, impartió instrucciones sobre el inciso cuarto, el Artículo 64° antes mencionado, en el cual dispone que para los efectos de su aplicación por fusión se entiende las figuras jurídicas indicadas en el Artículo N° 99 de la Ley N° 18.046 antes descrito.

Por otra parte, expone que la facultad de tasación no tendrá lugar en el caso de la fusión propuesta anteriormente, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- i. Que la nueva sociedad que nazca producto de la fusión por creación o la que subsista con motivo de la fusión por incorporación, los activos y pasivos que se les traspasen los mantenga registrados al valor tributario que tenían éstos en la sociedad que desaparece o subsiste producto de la figura jurídica antes descrita, o
- ii. Producto de la fusión, las sociedades que se fusionan pueden traspasar los activos y pasivos a las nuevas sociedades que nacen o subsisten, al valor por el cual éstos figuran contabilizados en sus registros contables (valor financiero) pero dicha norma legal impone como condición indispensable para que no sea aplicable la tasación, que las sociedades que reciben dichos activos y pasivos en sus registros contables deben mantener

registrado en forma separada su valor tributario de las referidas partidas, con el fin que éstas puedan dar cumplimiento a sus obligaciones tributarias respecto de dicho valor, como por ejemplo, para los fines de su revalorización conforme a las normas del artículo 41° de la Ley de la Renta; determinación del mayor valor que se pueda obtener en el caso de su enajenación a terceros o por cualquier otra causa.⁷¹

Propuesta Canje Accionario.

I) CVL S.A.

	\$
Patrimonio financiero al 30/06/2008	704.201.163
Cantidad de acciones	120.000
Valor libro de la acción	5.868,343

II) CFJ S.A. (Filial)

	\$
Patrimonio financiero al 30/06/2008	5.291.657.634

Accionistas de Filial:	%	N° Acciones
CFJ NEWCO S.A.	99,90%	999
CAB	0,10%	1
	100,00%	1000

III) Cantidad de acciones Teoricas a emitir

	\$	N° Total Acc.	% Participación	N° Acc por participación
Patrimonio financiero al 30/06/2008 CFJ S.A.	5.291.657.634	901.729	99,90%	900.827
Valor Libro acciones CVL S.A.	5.868,343		0,10%	902
				901.729

IV) Cantidad de acciones reales a ser canjeadas

Cantidad de acciones a CFJ NEWCO S.A. 99,9%	938.473
Cantidad de acciones CAB 0,1%	902
Total	939.375
Cantidad Teorica	901.729
Diferencia en acciones	37.646

⁷¹ Circular N° 45 del año 2001. Servicio de Impuestos Internos.

I) CVL S.A.

	\$
Patrimonio financiero al 30/06/2008	704.201.163
Cantidad de acciones	120.000
Valor libro de la acción	5.868,343

II) FCP S.A.(Filial)

	\$
Patrimonio financiero al 30/06/2008	10.583.410.491

Accionistas de Filial:	%	N° Acciones
FCP NEWCO S.A.	99,90%	999
GCK	0,10%	1
	100,00%	1000

III) Cantidad de acciones a emitir

	\$	N° Total Acc.	% Participación	N° Acc por participación
Patrimonio financiero al 30/06/2008 FCP S.A.	10.583.410.491	1.803.475	99,90%	1.801.672
Valor Libro acciones CVL S.A.	5.868,343		0,10%	1.803
				<u>1.803.475</u>

IV) Cantidad de acciones reales a ser canjeadas

Cantidad de acciones a FCP NEWCO S.A. 99,9%	1.744.115
Cantidad de acciones GCK 0,1%	1803
Total	1.745.918
Cantidad Teorica	1.803.475
Diferencia en acciones	-57.557

I) CVL S.A.

	\$
Patrimonio financiero al 30/06/2008	704.201.163
Cantidad de acciones	120.000
Valor libro de la acción	5.868,343

II) Inversiones EMPHOL S.A. (Filial)

	\$
Patrimonio financiero al 30/06/2008	6.748.036.013

Accionistas de Filial:	%	N° Acciones
Inversiones EMPHOL NEWCO S.A.	99,90%	999
RCR	0,10%	1
	100,00%	1000

III) Cantidad de acciones a emitir

	\$	N° Total Acc.	% Participación	N° Acc por participación
Patrimonio financiero al 30/06/2008 EMPHOL S.A.	6.748.036.013	1.149.905	99,90%	1.148.755
Valor Libro acciones CVL S.A.	5.868,343		0,10%	1.150
				<u>1.149.905</u>

IV) Cantidad de acciones reales a ser canjeadas

Cantidad de acciones a EMPHOL NEWCO S.A. 99,9%	1.168.666
Cantidad de acciones RCR 0,1%	1.150
Total	1.169.816
Cantidad Teorica	1.149.905
Diferencia en acciones	19.911

De lo expuesto anteriormente, se desprende que el respectivo canje de acciones se realiza en base a la proporción que representa el patrimonio aportado por la sociedad fusionada sobre el valor libro de la acción de la respectiva sociedad absorbente, para así determinar el nuevo número de acciones a destruir a sus accionistas en el nuevo patrimonio fusionado.

Ahora bien, atendiendo al tema de interés de nuestro trabajo de investigación, el referido canje accionario no genera efectos impositivos, siempre y cuando la sociedad absorbente lleve un registro control de los valores tributarios de los respectivos activos traspasos, con el fin de cumplir a cabalidad con las normas establecidas en la ley de Impuesto a la Renta concernientes a la Depreciación, Corrección Monetaria, entre otros.

El Servicio de Impuestos Internos, ha señalado que independientemente de los criterios utilizados para la valorización de las sociedades, ya se trate de criterios contables, tributarios, económicos u otros, no corresponderá emitir pronunciamiento ni tasar los valores asignados, según el Artículo 64° del Código Tributario, asignados a las diferentes entidades participantes en la fusión ni tampoco respecto de la proporción fijada para el canje de acciones.⁷²

Sin embargo, el Servicio mediante el Oficio en comento, establece que si bien el canje de acciones producido en un proceso de fusión de sociedades, no es sino un acto material de sustitución de títulos, el costo tributario de las acciones recibidas en canje se mantiene inalterable, correspondiendo éste al costo de las acciones sustituidas.

Para concluir, se desprende que los accionistas para efectos de realizar este acto jurídico societario de carácter complejo, denominado fusión de sociedades, previamente se fija un valor a las distintas entidades participantes para efectos de establecer la relación o proporción de canje de

⁷² Oficio N° 407 de 2008. Servicio de Impuestos Internos.

acciones que corresponderá a los accionistas en el patrimonio total fusionado de la sociedad absorbente.

Para finalizar, y considerando que el Directorio de cada una de las sociedades partícipes del proceso de fusión de sociedades, antes descrito, pretendían conservar el porcentaje de participación que cada una de éstas poseía en el Holding U.V. S.A. la situación final del referido canje se esquematiza a continuación.

Accionistas finales de Minvest S.A.	Acciones original	Cantidad Teórica Acciones a Emitir	Diferencial en Acciones	Cantidad Real de Acciones canjeadas	Acciones Totales	% Part.	EMPHOL	CFJ	FCP
CFJ S.A.	40.000				40.000	1,006%		1,006%	
Sociedad de Inversiones FCP S.A.	40.000				40.000	1,006%			1,006%
Inversiones EMPHOL S.A.	40.000				40.000	1,006%	1,006%		
CFJ NEWCO S.A.		900.827	37.646	938.473	938.473	23,609%		23,61%	
FCP NEWCO S.A.		1.801.672	(57.557)	1.744.115	1.744.115	43,876%			43,876%
Inversiones EMPHOL NEWCO S.A.		1.148.755	19.911	1.168.666	1.168.666	29,400%	29,40%		
CAB (FCJ S.A.)		902		902	902	0,023%		0,02%	
GCK (FCP S.A.)		1.803		1.803	1.803	0,045%			0,045%
RCR (EMPHOL S.A.)		1.150		1.150	1.150	0,029%	0,03%		
PARTICIPACION DESPUES DE FUSION	120.000,0	3.855.109,0	0,0	3.855.109,0	3.975.109,0	100,00%	30,435%	24,638%	44,928%
PARTICIPACIÓN ANTES DE FUSION							30,435%	24,638%	44,928%
DIFERENCIA							0,00%	0,00%	0,00%

En conclusión, de lo anteriormente expuesto, se desprende que para llegar a lograr el objetivo propuesto por el Directorio de las distintas empresas partícipes de la fusión, se ha propuesto la emisión de 3.855.109 acciones a fin de mantener el porcentaje de participación que cada una de éstas poseía en la sociedad Holding U.V. S.A. Por otra parte el capital social fusionado ascendería a \$309.491.285.-

3. Caso Práctico de Reorganización Societaria que Obedezca a una Legítima Razón de Negocios, según lo establecido en el Artículo 64° inciso quinto del Código Tributario.

La sociedad Holding XX Ltda. Tiene por giro la Inversión en otras sociedades, como así también la extracción de riquezas del mar, por lo cual posee el 99,99% de los derechos sociales de las sociedades Navieras Ltda. De giro, Transporte Marítimo, e Inversores NN, de giro Sociedad de Inversión.

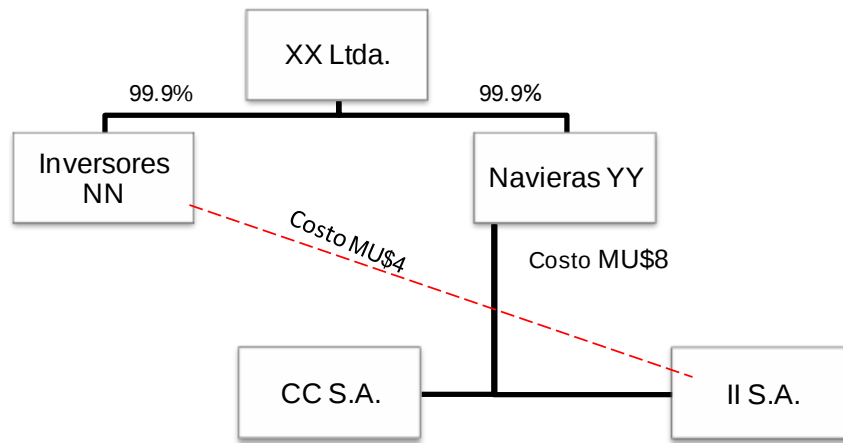
A su vez, la empresa Naviera YY Ltda. Es dueña de un paquete accionario en las sociedades anónimas abiertas denominadas CC S.A. e II S.A. las que fueron adquiridas como consecuencia de una oferta pública de acciones, con el propósito de fomentar la inversión en el grupo y poseer activos ante una eventual falta de capital de trabajo. El costo Tributario de los respectivos títulos accionarios asciende a la suma de MU\$ 8 (Ocho Millones de Dólares).

Por su parte, la sociedad de Inversión Inversores NN Ltda. Registra en su activo acciones de la empresa II S.A. adquiridas en bolsa a un valor de MU\$ 4(Cuatro Millones de Dólares).

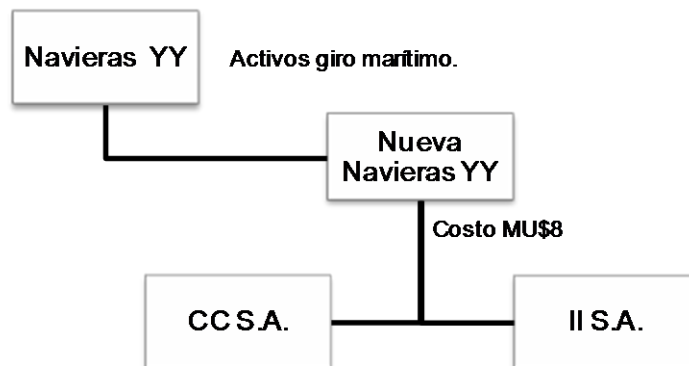
Cabe recordar que ambas sociedades pertenecen al mismo conglomerado empresarial, y de acuerdo a lo expresado, ellas tienen giros totalmente distintos y por ende focos de negocios centrados en actividades distintas.

Producto de un realizado por el Directorio de la empresa Holding, se ha llegado a la conclusión que la forma en que se encuentran organizados esos negocios no genera el nivel de eficiencia que se requiere para producir toda la rentabilidad que estima es capaz de producir cada área de negocios razón por la cual se pretende implementar un proceso de reorganización interna destinado a concentrar los negocios según su naturaleza, para generar mayores y reales sinergias entre las áreas de actividad.

Actual Estructura Societaria.



Nueva Estructura Planificada

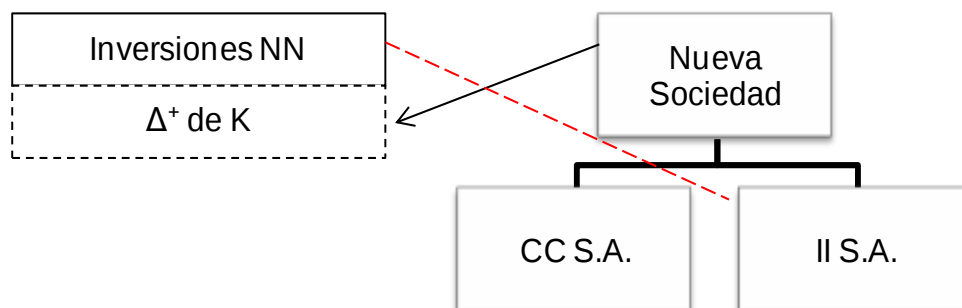


Atendiendo que Navieras YY Ltda., es una sociedad operativa dedicada al negocio del transporte marítimo y, por otra parte, Inversores NN Ltda. Es una sociedad de inversiones referida a negocios distintos del marítimo, se ha estimado conveniente radicar en Inversores NN Ltda. Todos los bienes del activo de Navieras YY Ltda. Que no formen parte del negocio marítimo.

Por lo expuesto en la presente estructura propuesta se puede apreciar, que la sociedad Navieras YY Ltda. Procederá a radicar sus activos por medio de una división, entre la sociedad escidente, la que conservará el giro marítimo y la nueva sociedad creada para tal efecto, en la cual se radicarán los activos concernientes a Inversiones en otras sociedades, entre las que se encuentran las acciones en CC S.A. e II S.A. las que se registrarían a los valores tributarios que dichas inversiones tenían en la sociedad madre.

Acto seguido dentro del proceso de reestructuración societaria, Inversores NN Ltda. Realizará un aumento de capital, el que será enterado por las acciones de la nueva sociedad Navieras, mediante el acuerdo de fusión del 100% de los derechos sociales de ésta, teniendo como consecuencia la absorción según lo dispuesto en el Artículo 99° inciso Tercero de la Ley 18.046.

Las referidas operaciones harían variar la estructura societaria de la siguiente manera:

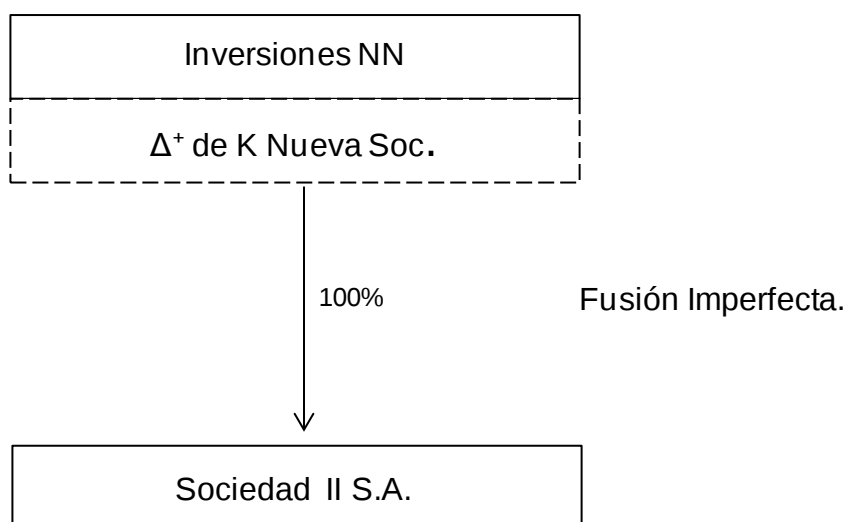


Riesgos:

Facultad de Tasación, riesgo muy bajo ya que la reestructuración que se presenta es una de las establecidas en el inciso cuarto del mencionado artículo 64° del Código tributario, ya que el proceso reorganizativo que se llevar a cabo cumple con el requisito de Obedecer a una Legítima razón de Negocios, establecida en el inciso quinto del artículo antes descrito.

Ahora bien, esto no quita la responsabilidad a la sociedad de registrar los activos al valor tributario que tenían registrados en la sociedad que desaparece producto de esta fusión perfecta por absorción, por lo que deberá llevar un control tributario extracontable con el fin de cumplir con las exigencias de la ley de la Renta en cuanto a las normas relativas a la Corrección monetaria y Depreciación, entre otros.

Nueva Estructura Transcurrido el Proceso de Fusión



Junto con cumplir las exigencias descritas en el párrafo precedente, y concurridos todos los pasos administrativos que llevaron a cabo para hacer exitoso este proceso, se presenta una nueva oportunidad de utilizar las franquicias tributarias.

Lo anterior, se debe a que la Sociedad Inversores NN Ltda., producto de la División y posterior absorción por parte de la sociedad creada por efecto de la división, se hará propietario del 100% de las acciones de la Sociedad II S.A.- produciéndose de esta forma una Fusión Imperfecta.

Para concluir, cabe destacar que la planificación tributaria expuesta en este segundo caso, produjo lo que se denomina “STEP UP” los costos, lo que tiene por finalidad aumentar los costos tributarios de los activos No Monetarios (están dados solo por Activos en Inversiones Relacionadas) para así ante una eventual enajenación posterior, se de reconocimiento a una pérdida tributaria por tal operación.