

UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS Y ADMINISTRATIVAS
ESCUELA DE AUDITORÍA



PLANIFICACIÓN DE CONTINGENCIAS TRIBUTARIAS
DERIVADAS DE LAS REORGANIZACIONES DE
SOCIEDADES ANONIMAS

Tesis para optar al Título de Contador Público Auditor y al Grado de
Licenciado en Sistemas de Información Financiera y
Control de Gestión

Tesista: Marcela Jorquera Arce

Profesor Guía: Enrique Cid Corral

Valparaíso, Diciembre 2005

INDICE

RESUMEN	1
I. ANTECEDENTES GENERALES	2
MARCO TEORICO	
II. SOCIEDADES ANONIMAS	
2.1 Aspectos relevantes de las sociedades anónimas	
2.1.1 Apectos Legales.....	3
2.1.2 Aspectos tributarios.....	14
2.2 Conceptos economicos – financieros fundamentales	
2.2.1 Patrimonio.....	16
2.2.2 Capital.....	17
2.2.3 Relación entre el patrimonio neto y el capital social.....	18
III. REORGANIZACIONES DE SOCIEDADES ANONIMAS	
3.1 Introducción.....	19
3.2 Objetivos	
3.2.1 Reestructuración Funcional.....	20
3.2.2 Reestructuración Estratégica.....	20
3.2.3 Reestructuración Tributaria.....	20
3.3 Fusión de Sociedades Anónimas	
3.3.1 Formas de fusión	21
3.3.2 La integración o reunión de los patrimonios.....	22
3.3.3 Valor que se asigna a cada sociedad.....	22
3.3.4 Incorporación de los accionistas a la sociedad resultante.....	23
3.3.5 Otras formas de refundición patrimonial distinto de la fusión.....	24
3.4 División de sociedades anónimas	
3.4.1 Tipos de división.....	26
3.4.2 La escisión del patrimonio.....	27
3.5 Transformación de sociedades	
3.5.1 Condiciones fundamentales.....	29
3.5.2 Efectos legales de la transformación.....	30
IV. EFECTOS TRIBUTARIOS EN LAS REORGANIZACIONES	

4.1 Efectos tributarios ante la fusión de sociedades anónimas	
4.1.1 Efectos frente al Código Tributario.....	31
4.1.2 Efectos frente a la Ley de Impuesto a la Renta	33
4.1.3 Efectos ante la Ley de Impuesto al Valor Agregado.....	43
4.2 Efectos tributarios ante la división de sociedades anónimas	
4.2.1 Efectos frente al Código Tributario.....	45
4.2.2 Efectos frente a la Ley de la Renta.....	47
4.2.3 Efectos ante la Ley del Impuesto al Valor Agregado.....	53
4.3 Efectos tributarios ante la transformación de sociedades	
4.3.1 Efectos frente al Código Tributario.....	54
4.3.2 Efectos frente a la Ley de la Renta.....	55
4.3.3 Efectos ante la Ley del Impuesto al Valor Agregado.....	58
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	59
OBJETIVOS DE LA INVESTIGACION	60
METODOLOGIA	61
RESULTADOS Y DISCUSION	
V. CONTINGENCIAS TRIBUTARIAS.	
5.1 Contingencias tributarias en la fusión de sociedades anónimas	
5.1.1 Ley de Impuesto a la Renta.....	65
5.1.2 Ley del Impuesto al Valor Agregado.....	74
5.2 Contingencias en la división de sociedades anónimas	
5.2.1 Ley de Impuesto a la Renta.....	76
5.2.2 Ley del Impuesto al Valor Agregado.....	78
5.3 Contingencias producidas en la transformación de sociedades	
5.3.1 Ley de Impuesto a la Renta.....	79
VI. PLANIFICACION DE CONTINGENCIAS TRIBUTARIAS	
6.1 Planificación de la fusión de sociedades anónimas	83
6.2 Planificación de la División de sociedades anónimas.....	88
6.3 Planificación de la transformación de sociedades.....	89
DISCUSIÓN Y ANALISIS DE LOS RESULTADOS OBTENIDOS.....	89
BIBLIOGRAFÍA.....	91
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	93
ANEXOS: Entrevista dirigida a expertos en tributación.....	96
CONCLUSION	97

RESUMEN

A lo largo de la vida de las sociedades anónimas van sucediendo una serie de hechos que ponen en riesgo económico a dichas entidades, producido por la alta competencia, los continuos cambios en el entorno y las exigencias del mercado. Ello ha obligado a las empresas a readecuar sus estructuras de tal forma que les permita subsistir en el tiempo y enfrentarse a las nuevas condiciones de la economía global, estas reorganizaciones consisten en la fusión, división y transformación. Dichas modificaciones empresariales conllevan a una serie de obligaciones administrativas y efectos impositivos para la organización en cuestión.

Las citadas obligaciones y efectos se encuentran asociados a contingencias tributarias provocadas por la posible objeción del Servicio de Impuestos Internos ante las reestructuraciones de sociedades. En la presente investigación se pretende contribuir al conocimiento de dichos riesgos mediante el estudio del derecho tributario chileno, de casos reales y entrevistas a expertos, y, luego mediante la sistematización de la información recopilada determinar dichas contingencias provocadas por la evaluación del órgano fiscalizador y su posterior discusión, lo que nos permitiría proponer una adecuada planificación de las reorganizaciones para minimizar los riesgos tributarios.

Se espera elaborar cuadros explicativos con las contingencias tributarias provenientes de la reorganización de sociedades anónimas. Además, la elaboración de propuestas de planeamiento tributario de la fusión, división y transformación de sociedades anónimas, con la finalidad evitar o minimizar las posibles contingencias tributarias derivadas de la acción fiscalizadora del SII ante las reorganizaciones de sociedades anónimas.

MARCO TEÓRICO

I. ANTECEDENTES GENERALES

A medida que transcurre el tiempo, la humanidad produce aceleradamente nuevos conocimientos en nuevos productos. Por eso ninguna empresa puede mantener su posición competitiva actual, si continúa operando con los conocimientos que tiene hoy, ya que el entorno económico en que se desarrollan actualmente los negocios mercantiles es sumamente competitivo y como tal está en continua evolución, por lo que para que subsistan con éxito surge la necesidad de irlos adecuando a las circunstancias cambiantes derivadas de esa evolución, a través de reorganizaciones y reestructuraciones constantes.

Este ordenamiento que realizan las sociedades anónimas pueden ser de dos tipos: de carácter interno, aquí no hay una modificación jurídica o patrimonial de la organización, y ordenamiento externo, en donde se producen efectos en el ámbito patrimonial y en la personalidad jurídica, todo ello siempre buscando perfeccionar los procesos de las mismas o implementar nuevas ideas, ofreciendo nuevos o mejores productos o servicios a los clientes, reduciendo costos y una administración que se ve reflejada ofreciendo mayores rendimientos y un menor riesgo para los inversionistas.

Es por eso que en la actualidad en Chile el fenómeno de las reorganizaciones de sociedades anónimas se hace cada vez más vigente y necesario, y por tanto más común que antes.

El ordenamiento externo de las sociedades anónimas puede realizarse mediante una fusión, división o transformación de las mismas, indudablemente que dichas reorganizaciones conllevan a una serie de efectos impositivos y obligaciones administrativas, ante la tributación chilena.

II. SOCIEDADES ANONIMAS

Se hace necesario analizar previamente los conceptos jurídicos, tributarios y financieros de la Sociedades Anónimas, debido a que es uno de los temas abordados en la presente investigación. Ya que servirán de apoyo para el estudio de la reorganización de sociedades.

2.1 Aspectos relevantes de las sociedades anónimas

Debido a que la sociedad anónima es un tema complicado y extenso de precisar, se proporcionará una descripción pormenorizada desde una perspectiva legal y tributaria, dado que servirá de apoyo para cumplir con el objetivo general de este trabajo.

2.1.1 Aspectos legales

En el presente título se mencionará el marco legal que regula las sociedades anónimas, proporcionando una definición del tema en cuestión, mediante el estudio de la normativa regulatoria de dichas entidades.

El marco legal que regula las sociedades anónimas queda determinado por la Ley 18.046 (de Sociedades Anónimas) y el Reglamento de Sociedades Anónimas, contenido en el D.S. 587 publicado en el Diario Oficial de fecha 13 de noviembre de 1982.

A. Concepto y Características.

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 solo por sus respectivos aportes y administrada por un directorio integrado por miembros esencialmente revocables”

Además, en el artículo 1° inciso segundo menciona que la sociedad anónima “es siempre mercantil, aun cuando se forme para la realización de negocios de carácter civil”.

De las definiciones transcritas se pueden obtener las siguientes características de las Sociedades Anónimas:

- Personalidad jurídica, lo que implica que se deben aplicar las normas generales que regulan a éstas.
- Sus accionistas aportan dinero o bienes estimados en dinero.
- Se trata de una sociedad de capital, ya que en la definición se hace referencia a un fondo común, es por eso que se considera más relevante éste que las personas que lo entregan.
- Persigue un fin lucrativo.
- Los socios no responden de las obligaciones sociales, ya que su responsabilidad es solo en el cumplimiento de sus respectivos aportes.
- Es el patrimonio el que responde por el cumplimiento de sus deudas sociales.
- El legislador ha establecido un sistema rígido de administración, ya que esta se encuentra radicada en un órgano coligado formado por personas que pueden ser removidas de sus cargos.

B. Tipos de sociedades anónimas.

El artículo 2 de la Ley 18.046 distingue dos clases de sociedades anónimas, las abiertas y las cerradas, esta distinción se repite en el artículo 1 del Reglamento de Sociedades Anónimas.

a) Sociedades anónimas abiertas.

El artículo 2° de la Ley de sociedades anónimas alude a tres tipos de sociedades:

- Aquellas que tienen 500 o más accionistas;
- Aquellas en las que, al menos, el 10% de su capital 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 se inscriban en el Registro de Valores voluntariamente o en cumplimiento de una disposición legal.

Todos estos tipos son sociedades anónimas y deben inscribirse en el Registro de Valores dentro de los sesenta días siguientes a la fecha en que hayan reunido los requisitos que las tipifican como anónimas "abiertas".

Las sociedades "cerradas" pueden, voluntariamente, inscribirse como "abiertas". En este caso el plazo se cuenta desde la fecha de la junta que adoptó tal decisión.

La sociedad abierta permanece bajo el control de la Superintendencia de Valores y Seguros mientras la inscripción ante el Registro referido no sea cancelada.

La cancelación de la inscripción debe ser solicitada por la sociedad, acreditando que durante los seis meses anteriores a la solicitud, no ha reunido ninguno de los requisitos tipificantes mencionados. En cuanto a las anónimas cerradas que voluntariamente se inscribieron como "abierta", pueden volver a su condición anterior, por acuerdo de la junta en tal sentido. El acuerdo debe ser reducido a escritura pública.

b) Sociedades Anónimas Cerradas

Son las anónimas no comprendidas en ninguno de los tres casos anteriores enunciados y que en la práctica comercial moderna corresponde a la gran mayoría de las sociedades anónimas que se constituyen en Chile.

La clasificación tiene por finalidad discriminar entre las anónimas que quedan sujetas a un régimen de fiscalización permanente a cargo de una autoridad estatal y las que quedan fuera de tal control.

Las anónimas abiertas quedan sujetas a la vigilancia y control permanentes de la Superintendencia de Valores y Seguros, autoridad que tiene a su cargo la fiscalización de las sociedades e instituciones que operan en el mercado de valores.

C. Constitución y prueba de una sociedad anónima abierta.

"La sociedad anónima se forma, existe y prueba por escritura pública inscrita y publicada, en los términos del artículo 5. El cumplimiento oportuno de la inscripción y publicación producirá efectos retroactivos a la fecha de la escritura"(1)

Se mantiene, de este modo, el régimen general de constitución de las sociedades comerciales previsto en el Código de Comercio. En la práctica, el Servicio de Impuestos Internos solicita además para poder otorgar el número de Rol Único Tributario, el nombramiento del Gerente General o del representante legal de la sociedad, nombramiento que se realiza en la primera Sesión de Directorio de la sociedad.

La sociedad se prueba con la correspondiente escritura pública de constitución, no admitiéndose prueba de ninguna especie contra el tenor de las escrituras otorgadas, ni aún para justificar la existencia de pactos no expresados en ellas, según la regla del artículo 3° inciso tercero.

D. Contenido Mínimo de la Escritura de Constitución.

Según el artículo 4° de la ley de sociedades anónimas, la escritura de constitución deberá consignar:

- El nombre, profesión y domicilio de los accionistas que concurren 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 de la sociedad, 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;
- 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 las 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 en su calidad de tales, o entre éstos y la sociedad o sus administradores.

E. Modificación al Contrato de Sociedad.

La modificación a alguna de las cláusulas de los estatutos sociales, como asimismo la disolución o transformación de la sociedad, requieren de la aprobación de la Junta Extraordinaria de Accionistas, la que deberá llevarse a cabo en presencia de un Notario Público. El acta de esta Junta Extraordinaria de Accionistas debe reducirse a escritura pública y publicarse e inscribirse en conformidad a las normas de artículo 5 de la Ley 18.046.

F. Extracto de la Escritura de Constitución o de sus Modificaciones.

Se deberá inscribir en el Registro de Comercio correspondiente al domicilio de la sociedad y publicarse por una sola vez en el Diario Oficial, un extracto de la escritura de constitución.

La inscripción y publicación se deben efectuar dentro del plazo de sesenta días contado desde la fecha de la escritura social.

El extracto de la escritura de constitución debe contener las enunciaciones mencionadas en los cinco primeros números de artículo 4 de la Ley de sociedades anónimas y, además, la referencia al monto del capital suscrito y pagado y plazo para integrarlo, en su caso.

El artículo 6°A de la Ley 18.046 señala que aquella sociedad anónima que no conste por escritura pública, ni instrumento reducido a escritura pública, ni de instrumento

protocolizado es nula de pleno derecho. No obstante, continúa señalando el artículo 6ºA, que si existe de hecho, dará lugar a una comunidad.

G. El Nombre de la Sociedad.

El nombre de la sociedad deberá incluir las palabras "Sociedad Anónima" o la abreviatura "S.A."(2).

Si el nombre de una sociedad fuera idéntico o semejante al de otra ya existente, esta última tendrá derecho a demandar su modificación en juicio sumario.

H. El Objeto Social.

El artículo 9º de la ley 18.046, que prescribe que la sociedad podrá tener por objeto u objetos cualquier actividad lucrativa que no sea contraria a la ley, a la moral, al orden público o la seguridad del estado.

En la ley chilena el objeto social hace referencia a la "actividad" de la sociedad y no a la categoría de actos enunciados como posibles de realización.

I. Del Capital social, De las Acciones y de los Accionistas.

De estas materias trata el Título III de la Ley 18.046.

- **El Capital.** El capital de una sociedad es un elemento "necesario" para que exista tal sociedad siendo este el resultado de lo que los socios "ponen en común", según la expresión de los artículos 2.053 y 2.055 del Código Civil. Es el "fondo común" a que alude el artículo 1º.

Desde un punto de vista contable, el capital es un "pasivo no exigible", porque es lo que la sociedad adeuda a sus socios, y en el caso de la anónima, a sus accionistas.

El capital debe ser fijado de manera precisa en los estatutos, según la regla del artículo 10 de la ley 18.046, y sólo podrá ser aumentado o disminuido por la reforma de los mismos. Con todo cabe tener presente que la Ley 18.046, no señala un capital mínimo para poder constituir una sociedad anónima, sea esta abierta o cerrada.

Conviene señalar que en esta materia se alude comúnmente a capital "autorizado" o "nominal", capital "suscrito" y capital "pagado" o "integrado", haciendo referencia a conceptos distintos que deben ser precisados puntualmente.

Capital "autorizado" o "nominal" es el que establece el contrato social, en el acto constitutivo y sus reformas.

Capital "suscrito" es el que ha colocado la sociedad entre los accionistas, o aquel que los accionistas se han comprometido a integrar.

Finalmente, Capital "pagado" o "integrado" es el que efectivamente los accionistas han "pagado" a la sociedad, es decir aquel que ha ingresado efectivamente a la sociedad, sea en dinero o en bienes.

El capital social de la anónima es "variable" anualmente, conforme lo dispone el artículo 10 de la ley en su segundo inciso, cuando dice que "el capital y el valor de las acciones se entenderán modificados de pleno derecho cada vez que la junta ordinaria apruebe el balance del ejercicio". La revalorización se hace en función de la aplicación del Índice de Precios al Consumidor.

- **Acciones.** El capital de la sociedad anónima se divide en acciones de igual valor, según el artículo 11 de la ley. Pero seguidamente la norma dice que si el capital estuviere dividido en acciones de distintas series, las acciones de la misma serie deben tener igual valor.

Lo que ocurre es que las acciones pueden ser de distinta clase (ordinarias, preferidas, sin voto o con voto limitado, conforme a las reglas de los artículos 20 y 21), con valor nominal o sin él. Dentro de cada clase, las acciones deben conferir iguales derechos a sus tenedores.

El capital de la sociedad es uno de los elementos que debe contener la escritura de constitución, según lo vimos anteriormente. El capital de esta sociedad se divide en acciones y las acciones se "representan" en "títulos". Los socios limitan su responsabilidad a la integración del capital suscrito, que es el que se comprometen a aportar.

El artículo 11 de la ley 18.046 prescribe que el capital social deberá quedar totalmente suscrito y pagado en un plazo no superior a tres años. Si ello no

ocurriere al vencimiento de ese plazo, el capital social quedará reducido al monto efectivamente suscrito y pagado.

El aumento o la disminución del capital de la anónima implica una modificación del contrato social. Esta es la regla que adopta el artículo 10 de la ley 18.046. De modo que requiere de una decisión de la junta extraordinaria de accionistas, de reducción a escritura pública de la junta extraordinaria de accionistas, de reducción a escritura pública del acta, extracto, inscripción en el Registro y publicación.

No obstante ello, 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 en la junta Ordinaria de accionistas. El artículo 10 de la ley 18.046 establece que el balance debe expresar el nuevo capital y el valor de las acciones resultante de la distribución de la revalorización del capital propio.

Para ello, el directorio, al someter el balance del ejercicio a la consideración de la junta, deberá previamente distribuir en forma proporcional la revalorización del capital pagado, las de utilidades retenidas y otras cuentas representativas del patrimonio. El capital de la sociedad puede ser aumentado por la emisión de nuevas acciones y su suscripción por personas interesadas. Pero también puede obedecer a otras causas, como la capitalización de utilidades o de reservas.

La disminución del capital de la sociedad implica una reforma del acto constitutivo, salvo que resulte como consecuencia de pérdidas registradas en el balance anual.

El artículo 28 establece que todo acuerdo de reducción del capital debe ser adoptado por la mayoría calificada y publicado especialmente, no pudiéndose proceder al reparto o devolución del capital sin dejar transcurrir el plazo de treinta días desde la publicación.

- **Nominatividad de las Acciones.** El hecho de que las acciones sean nominativas, quiere decir que existe una identificación de los accionistas, lo que si bien resulta un inconveniente para ciertos inversores, constituye un freno al blanqueo de dinero proveniente de actividades ilícitas y un eficaz medio de control impositivo.

- **Integración de las Acciones.** La integración de las acciones es el pago se debe hacer en la forma que estipule el estatuto social, ya que son los socios los que determinan la forma en que se integrarán las acciones suscritas. La única limitación legal es la prohibición de la creación de acciones de industria y de organización, que prescribe el artículo 13.

La ley 18.046 establece en su artículo 15 que las acciones se pueden pagar en dinero o en bienes y que en caso de silencio del estatuto se presume que debe ser en dinero. En el caso de que los aportes no sean en dinero, se requiere el acuerdo unánime de los accionistas en el sentido de valorizar el aporte, en caso de que no exista acuerdo, se requiere la estimación por peritos.

- **Representación de las Acciones.** Las acciones pueden ser cartulares, es decir, representadas en títulos, o escrituras o sea representadas en cuentas. La ley 18.046 prevé en el inciso 3° del artículo 12 que en las sociedades abiertas la Superintendencia podrá autorizarlas para establecer sistemas que sustituyan la obligación de emitir títulos o que simplifiquen en casos calificados la forma de efectuar las transferencias de acciones, siempre que dichos sistemas resguarden debidamente los derechos de los accionistas.

Cuando las acciones son cartulares, esto es representadas en títulos o documentos, estos deben contener las enunciaciones previstas en el artículo 19 del Reglamento.

J. Clases de Acciones.

Las acciones pueden ser de diversas clases. La ley 18.046 señala acciones ordinarias y las preferidas patrimonialmente; las acciones con voto y las sin voto o de voto limitado; de pago y de capitalización, liberadas y no liberadas; con valor nominal y sin valor nominal. Además, las acciones pueden ser en moneda nacional o extranjera.

- **Acciones Preferidas.** Las preferencias patrimoniales pueden consistir:
 - En una prioridad en la distribución de dividendos;
 - En una prioridad en el pago del resultado final de la liquidación

La ley 18.046 prohíbe estipular preferencias que consistan en el otorgamiento de dividendos que no provengan de utilidades del ejercicio o de utilidades retenidas y de sus respectivas revalorizaciones.

Las preferencias deben constar en los estatutos y se debe hacer referencia a ellas en los títulos de las acciones. Los estatutos podrán contemplar series de acciones preferentes sin derecho a voto o con derecho a voto limitado.

- **Acciones de Pago.** Son las acciones que se emiten para nuevas suscripciones, tendientes a aumentar el capital de la sociedad anónima. Respecto de las acciones de pago, dispone el artículo 26 de la ley que ellas se ofrecerán al precio que determine libremente la junta de accionistas; y que el mayor valor que se obtenga en su colocación por sobre el valor nominal si lo tuvieren, deberá destinarse a ser capitalizado y no podrá ser distribuido como dividendo entre los accionistas. Si por el contrario se produjere un menor valor, éste se deberá registrar como pérdida en los resultados sociales.

El artículo 30 del Reglamento determina que cuando una sociedad efectúe una oferta preferente de suscripción de acciones de pago, debe poner a disposición de los accionistas que tengan derecho a ella, certificados firmados por el gerente que dejen constancia de esta circunstancia.

- **Acciones de Capitalización.** Son acciones que no requieren integración y que la sociedad emite para capitalizar utilidades o reservas, que la junta de accionistas ha aprobado y destinado a ese fin.

Acciones Liberadas y No Liberadas. Son acciones liberadas aquellas que están totalmente integradas, sea porque responden a la capitalización de utilidades o de reservas. Se alude a ellas en el artículo 80 de la ley 18.046. Por el contrario, no liberadas, son aquellas que deben ser previamente integradas o pagadas.

- **Acciones con Valor Nominal y Sin Valor Nominal.** En el Reglamento se prevé que las acciones pueden o no tener valor nominal (3). Esta última regla establece que en las sociedades cuyas acciones no tengan valor nominal, el mayor o menor valor que se obtenga de la colocación de acciones de pago por sobre o bajo el

valor que resulte de dividir el capital social por el total de acciones, afectará directamente al patrimonio social.

K. Transferencia de las Acciones.

Las acciones son la representación del capital que el accionista tiene en la sociedad anónima. De modo que representan su derecho económico y político dentro de la sociedad. Por ello, en principio, la regla debe ser la libre transferencia de las acciones. Esta es la regla que la ley chilena consagra para las anónimas abiertas, en el artículo 14, primer inciso.

El artículo 12 de la ley dispone que la transferencia se debe hacer de conformidad con las reglas que fije el Reglamento. De manera que de acuerdo con estas dos reglas legales, es en las anónimas cerradas donde pueden establecerse limitaciones al principio de libre transferencia de las acciones. Y ello como consecuencia de la particular naturaleza, casi familiar, de estas sociedades.

La transferencia de las acciones, siendo un título valor nominativo en la legislación chilena, debiera requerir solamente su inscripción en el Registro de Accionistas de la sociedad. Sin embargo, el Reglamento la ha regulado como una cesión de derecho formal. El único requisito es que la transferencia se ajuste a las formalidades mínimas que prescriba el Reglamento. En tal sentido el artículo 15 de este último cuerpo legal dispone que toda cesión de acciones se podrá celebrar por escritura pública o privada y que, en este último caso, debe ser firmada ante notario público o corredor de bolsa.

La constitución de gravámenes y de derechos reales distintos al del dominio sobre acciones, no le serán oponibles a la emisora, a menos que se le hubiere notificado por notario, el cual deberá inscribir el derecho o gravamen en el Registro de Accionistas, según establece el artículo 23 de la ley.

La adquisición de acciones de una sociedad implica la aceptación de los estatutos sociales, de los acuerdos adoptados en las juntas de accionistas, y la de pagar las cuotas insolutas en el caso que las acciones adquiridas no estén pagadas en su totalidad (4).

2.1.2 Aspectos tributarios.

Luego de haber estudiado los aspectos legales más relevantes de las sociedades anónimas, se hace necesario indagar en la tributación de éstas. Es señalar que para el objetivo de la investigación sólo se hace necesario estudiar la tributación de la organización en sí, y no la de sus accionistas.

Además, es importante hacer alusión que la tributación de las sociedades anónimas se encuentra establecida, al igual que para las demás formas de organización social en el Código Tributario, en la Ley de Impuesto a la Renta, y en la Ley del Impuesto al valor agregado. Sin embargo, se estudiará solo la Ley de Impuesto a la Renta, debido a que en dicha Ley se encuentran las diferencias más significativas con relación a la tributación de otro tipo de organizaciones sociales.

La ley en comento indica que, salvo disposición en contrario de la presente ley, toda persona domiciliada o residente en Chile, pagará impuestos sobre sus rentas de cualquier origen, sea que la fuente de entradas esté situada dentro del país o fuera de él, y las personas no residentes en Chile estarán sujetas a impuesto sobre sus rentas cuya fuente esté dentro del país (5).

Se entenderá que las acciones de sociedades anónimas constituidas en el país están situadas en Chile.

La sociedad se encuentra, en primer término afecta al Impuesto de Primera Categoría, de acuerdo a las normas establecidas en los artículos 29 al 33 de la Ley de Impuesto a la Renta, sobre la base percibida o devengada.

Además, se encontrarán afectas con el Impuesto Único establecido en el artículo 21, inciso tercero de la Ley de Impuesto a la Renta. La base de dichos Impuestos corresponde a los gastos rechazados determinados de acuerdo al artículo 33 N°1, que representen desembolsos de dinero o retiro de especies con las excepciones establecidas en la misma Ley (Impuesto de Primera Categoría y el Impuesto Territorial pagados, entre otros), y en otras normas legales, tales como las donaciones con fines culturales, con fines educacionales, etcétera.

Una de las modificaciones mas recientes del citado artículo, es la incorporada en el inciso 1° por la Ley N° 19.398 de 4 de agosto de 1995, dice relación como retiro presunto afecto al Impuesto Único en comento, el beneficio que represente el uso o goce a cualquier título o sin título alguno, que no sea necesario para producir la renta de la sociedad, efectuado por el accionista o sus familiares, de los bienes del activo de la sociedad, presumiendo que el valor mínimo del beneficio será de 10% del valor tributario del bien al término del ejercicio, o el monto de la depreciación anual mientras ésta sea aplicable cuando represente una cantidad mayor, y tratándose de bienes raíces será del 11% del avalúo fiscal, pudiéndose rebajar esta presunción de retiro, las sumas efectivamente pagadas que correspondan al período de uso o goce del bien, constituyendo retiro en estos casos, sólo la diferencia. También se estableció como en nuevo hecho gravado con este tributo único, los prestamos que efectúen las sociedades anónimas cerradas, no sometidas a las normas de fiscalización establecidas para las sociedades anónimas abiertas, que efectúen a sus accionistas personas naturales.

A mayor abundamiento de lo anterior, mediante Ley N° 19.578, publicada en el diario oficial de fecha 29 de Julio de 1998, se aumentó la presunción de retiro de utilidades por el uso o goce no necesario para producir la renta, de los vehículos automóviles, station wagons y similares, de propiedad de la empresa, efectuado por los dueños de éstas, o por sus familiares, desde un 10% a un 20% de valor neto del vehículo.

Las partidas afectas al Impuesto único del artículo 21 que se encuentran incluidas en la renta Líquida Imponible de Primera Categoría, (sea que se hayan agregado en forma extracontable, incluso cuando no hayan sido registradas como gasto en la contabilidad de la empresa), deben deducirse (desagregarse) para la determinación de la Base Imponible del impuesto en comento.

Se aplicará también dicho impuesto, sobre los gastos rechazados mencionados en el artículo 21, incurridos por una sociedad de personas en la cual la sociedad anónima sea socia, en proporción a aquella parte que le corresponda de acuerdo a su participación en las utilidades de dicha sociedad de personas.

Además, este impuesto no tiene créditos asociados, esa es la razón por la cual las partidas que forman su base imponible deben desagregarse de la Renta líquida Imponible de Primera Categoría, salvo cuando sea necesario que se otorgue dicho crédito para conservar la calidad de único del tributo establecido en el inciso 3° del artículo 21, situación que se da en los siguientes casos:

- Cuando los gastos afectos a Impuesto único provienen de otras empresas, donde la sociedad anónima sea socia, y que haya pagado por estas partidas, el Impuesto de Primera Categoría en la mencionada sociedad de personas.
- Cuando se trate de gastos rechazados del inciso 1° del Artículo 21 de la Ley de Impuesto a la Renta, incurridos en la propia sociedad anónima, que hayan sido provisionados en ejercicios anteriores y que en dicha oportunidad se hayan afectado con el tributo de categoría.
- Cuando se trate de gastos rechazados incurridos por la propia empresa y ésta se encuentre en situación de pérdida tributaria, procede que se otorgue el crédito por Impuesto de Primera Categoría en forma anticipada, dejando negativo el Fondo de Utilidades Tributables, el citado gasto rechazado.

2.1 Conceptos económicos - financieros fundamentales.

2.2.1 Patrimonio.

El patrimonio se encuentra definido como una universalidad jurídica, constituida por todos los derechos y obligaciones apreciables en dinero que tienen por titular una misma persona. (6)

De lo anteriormente expuesto, podemos decir que el patrimonio de las sociedades, tenemos entonces, que el patrimonio de éstas es igual a la suma de todos sus bienes y derechos menos sus deudas u obligaciones con terceros.

Dicho patrimonio se presenta en el balance general de entidad. En dicho balance se presentan en el debe (lado izquierdo) todos los derechos sociales de la empresa bajo la denominación de activos (circulante, fijo, otros activos), y al haber (lado izquierdo) todas las obligaciones con sus proveedores, acreedores sociales (pasivo exigible) y con sus socios (pasivo no exigible o patrimonio)

En el mencionado balance, se debe cumplir, el principio de la partida doble, es decir, la suma de todos sus activos debe ser igual a la suma de todos sus pasivos. Esto se justifica, porque en el caso del balance social los activos están comprometidos con terceros y con sus propios socios.

Es importante señalar, que el patrimonio total de la sociedad, pertenece a la misma. Los accionistas no tienen ningún derecho sobre dicho patrimonio.

Entonces, podemos afirmar que el patrimonio, entonces corresponde a la suma de todos los activos de la sociedad menos sus obligaciones con terceros (pasivos exigibles). El mencionado patrimonio puede ser positivo o negativo, y los accionistas pueden ejercer sus derechos principalmente al percibir dividendos correspondientes a utilidades reflejadas en el balance.

El patrimonio también se reconoce bajo la denominación de Activo Neto, y su ecuación se presenta a continuación:

$$\text{Patrimonio} = \text{Activo Total} - \text{Pasivo Exigible}$$

2.2.2 Capital.

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 capital de los bienes aportados o prometidos a la sociedad, y que figura como primera partida de su pasivo.(7)

Es decir, el capital es el conjunto de los bienes aportados por los accionistas al momento de la constitución de la sociedad anónima. Cabe señalar que dichos aportes pueden ser reales o prometidos. Además dicho capital puede ser aumentado por nuevos aportes o sucesivas capitalizaciones.

Cuando se constituye la sociedad, capital social es igual al patrimonio neto y a los activos, debido a que no existen deudas con terceros.

2.2.3 Relación entre el patrimonio neto y el capital social.

Como se señaló en la letra B, el patrimonio neto con el capital social son lo mismo al momento de la constitución de la sociedad. Antes de determinar esta relación debemos distinguir la diferencia entre un patrimonio tributario y un patrimonio financiero.

El patrimonio tributario se encuentra definido, en el artículo 41 de la Ley de Impuesto a la renta, que lo denomina también capital propio. Se define como la diferencia entre el activo y el pasivo exigible, pero descontando previamente todos aquellos valores intangibles, nominales, transitorios y de orden, no considerados tributariamente por no representar inversiones efectivas, como las estimaciones de derechos de llaves, depreciaciones, marcas y patentes, etcétera.

En relación con el patrimonio financiero, la Superintendencia de Valores y Seguros entiende que el capital propio de la sociedad se encuentra integrado por todas las cuentas de patrimonio neto, que debe ser corregido, ello para dejar reflejado el citado patrimonio a su valor actual.,

Como se dijo anteriormente, el capital social y el patrimonio neto, al momento de constituirse la sociedad son equivalentes, debido a que corresponden al total del activo inicial. Pero por necesidades legales, para la protección de los derechos de los accionistas y de los terceros acreedores de la sociedad, el capital debe mantenerse como una cifra determinada. Los aumentos que el patrimonio neto experimente durante la dinámica de las actividades propias del negocio y por las revalorizaciones, deben mantenerse como cuentas separadas de capital.

Por tanto, tenemos que el total del patrimonio neto, corresponde al capital más los aumentos que experimente por las utilidades producidas u obtenidas, o es equivalente al capital menos las pérdidas financieras, según sea la situación financiera de la empresa.

III. REORGANIZACIONES DE SOCIEDADES ANÓNIMAS

3.1 Introducción

A lo largo de la vida de las sociedades anónimas, éstas van sorteando una serie de dificultades producto de conflictos de poderes, cambios en la economía nacional o internacional que hacen necesario que la entidad readecue su estructura de manera de hacerla más operativa frente a las nuevas realidades. Lo que obliga a dicha entidad a readecuarse en función de las oportunidades que les ofrece el medio en el cual interactúa, situación que se deriva en la introducción de cambios al contrato social.

La reorganización de sociedades, comprende el conjunto de planes que derivan en la modificación del contrato social con la intención de alcanzar un objetivo deseado (8). Por tanto las reestructuraciones de sociedades requiere una adecuada planificación de la misma, esto, para maximizar las ventajas que el medio financiero, legal y tributario ofrece.

Las reestructuraciones de sociedades pueden tomar diversas formas en sus diversos procesos dinámicos. Los procesos de reorganización pueden ser: la fusión, división y transformación de sociedades.

Cualquiera sea la naturaleza del cambio, cuando se trata de una sociedad anónima, éste debe ser aprobado en una junta extraordinaria de accionistas citada para este efecto y celebrada ante notario, con la característica especial que la aprobación de cualquiera de estos acuerdos da derecho a los accionistas que no estén conformes, a su retiro por disidencia de la sociedad, previa recepción del pago del valor de sus acciones

3.2 Objetivos.

La modificación societaria se lleva a cabo, con diferentes fines, los que variarán de acuerdo a las ventajas que se deseen maximizar, esto es, ventajas en el medio financiero, legal o tributario. Es importante indicar que los hechos mas recurrentes que llevan a la reorganización societaria son:

3.2.1 Reestructuración Funcional.

Este tipo de reestructuración se lleva a cabo con el fin de separar o agrupar actividades con la intención de alcanzar un objetivo común. De lo anteriormente expuesto se piensa que las actividades de igual naturaleza no deben ser entremezcladas con otras para alcanzar el objetivo funcional. En consecuencia, la citada reestructuración busca el fortalecimiento y consolidación de un negocio o rubro específico, con la intención de dar claridad a la gestión administrativa.

3.2.2 Reestructuración estratégica.

Este tipo de reorganización social, persigue un fin a largo plazo. Estos fines pueden ser para lograr objetivos intermedios o funcionales. También se puede decir que este tipo de organización societaria, se lleva a cabo, con fines globales, esto es, con la intención de aprovechar una oportunidad de manera integral.

3.2.3 Reestructuración tributaria.

Este tipo de reorganización persigue un fin puntual, que es consecuencia de la planificación tributaria. Los administradores de empresas buscan utilizar todas las formulas legales que contiene la legislación nacional y las disposiciones extranjeras, para minimizar el pago de impuestos.

Dicha reestructuración suele ser la más compleja, debido a que cuando se realiza dicha planificación se debe tener en cuenta que no se están infringiendo normas nacionales, ni internacionales.

3.3 Fusión de sociedades anónimas.

El Art. 99 Inciso 1° de la Ley 18.046 define la fusión como “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”.

También se define como un caso especial de disolución de sociedades mediante la cual una sociedad se extingue por la transmisión total de su patrimonio a otra sociedad

preexistente o que se constituye, con las aportaciones de los patrimonios de dos o más sociedades que en ella se fusionan.

Por lo tanto, la fusión implica el traspaso de bienes, derechos y obligaciones de una o varias empresas, a otra que asume tales bienes, derechos y obligaciones, desapareciendo las primeras para dar lugar al nacimiento o fortalecimiento de otra empresa.

3.3.1 Formas de fusión.

En la ley de Sociedades anónimas se reconocen dos formas de fusión: la fusión por creación y la fusión por incorporación.

Al Art. 99 inciso 2° establece “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”.

Al Art. 99 inciso 3° establece “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”.

Por lo tanto, la fusión por creación, consiste en la disolución de dos o más sociedades que unifican o refunden sus patrimonios y accionistas, convirtiendo entonces una nueva sociedad, es decir, la entidad naciente sucede a las liquidadas en todos sus derechos y obligaciones.

La fusión por incorporación consiste en la disolución de una o más sociedades, que unifican y refunden sus patrimonios en una sociedad que subsiste. Por tanto, la sociedad preexistente incorpora a su estructura societaria los patrimonios y accionistas de las sociedades extinguidas, sucediéndolas a título universal en todos sus derechos y obligaciones.

3.3.2 La integración o reunión de los patrimonios.

El Art. 99 inciso 1° de la Ley 18.046 dispone que en la fusión se produce la incorporación de la totalidad de los patrimonios y accionistas de los entes fusionados en la sociedad resultante de la fusión.

La integración de los patrimonios de la sociedad se efectúa a través de la transmisión o más bien de la reunión a título universal de los patrimonios en la sociedad resultante de la fusión.

Esta transmisión o reunión es a título universal por la naturaleza de la fusión, que involucra a dos o más sociedades con sus respectivos patrimonios íntegros. En otras palabras, los patrimonios al tratarse de universalidades jurídicas, solo se pueden integrar en una sola sociedad a través de la fusión, si la transmisión se efectúa como un universo, como un todo, vale decir, incluyendo cada uno de sus elementos activos y pasivos, derechos y obligaciones. Por tanto no se acepta la transmisión de cada uno de los elementos en forma separada, dado que dicha forma de reorganización afecta los patrimonios sociales que constituyen universalidades jurídicas.

Además, es importante señalar que la sociedad resultante sucede a las sociedades absorbidas, a título universal en todos los derechos y obligaciones que tenía con terceros. Así lo dispone el artículo 99 inciso 1° de la Ley de sociedades anónimas., al prescribir que la sociedad resultante sucede en todos sus derechos y obligaciones a las sociedades fusionadas.

3.3.3 Valor que se asigna a cada sociedad.

El valor que se le asigne a cada una de las sociedades en el proceso de fusión es de gran relevancia, debido a que la concesión de dicho valor determinará la relación de canje de acciones que debe corresponder a cada uno de los cuerpos sociales.

Por regla general los propios accionistas acuerdan el valor que se va a asignar a cada una de las sociedades o patrimonios, tomando distintos criterios, los que pueden ser económicos, financieros, comerciales, u otros que sean considerados de importancia. Ya que, la fusión se desarrolla gracias a un proceso de negociación entre los respectivos

grupos de accionistas, que finaliza con un acuerdo el que se reflejan los intereses y expectativas de cada uno de dichos grupos.

La valoración de dichas sociedades se puede llevar a cabo tomando en consideración el valor contable (patrimonio neto), valor económico de las sociedades (valor comercial de activos y pasivos, ó valor presente de los flujos de caja) y valor transacción bursátil de las acciones.

Se piensa que en las sociedades anónimas abiertas, el procedimiento de valoración de transacción bursátil de la acción, es él mas justo, ya que evitaría distorsiones que puedan favorecer a los accionistas de la empresa en perjuicio de otra.

Sin embargo, generalmente los acuerdos a que lleguen los accionistas dependen de uno o más de estos parámetros o de otras circunstancias, que reflejen los intereses y las expectativas de los respectivos grupos involucrados.

3.3.4 Incorporación de los accionistas en la sociedad resultante.

Son los propios accionistas los que deciden provocar esta integración asociativa. Esta voluntad es el antecedente directo y la causa de la integración de los patrimonios y accionistas en una sola entidad.

La integración de los cuerpos sociales en la fusión, se lleva a cabo mediante la emisión de nuevas acciones en la sociedad resultante, las que serán canjeadas por las acciones que los accionistas de la sociedad fusionada tenían en la respectiva sociedad disuelta.

En el instante que los accionistas determinan el valor de las sociedades, se produce por regla general una modificación de los patrimonios personales (aumento o disminución). Debido a que su participación en la nueva sociedad puede ser menor o mayor que en la sociedad fusionada. Dicho aumento o disminución del activo neto del accionista no se origina por la fusión propiamente tal, sino, por el acuerdo previo de los accionistas en donde se acuerda el valor asignado.

3.3.5 Otras formas de refundición patrimonial distintos de la fusión.

En la realidad existen otras formas de refundición de los patrimonios distintos de la fusión, lo que produce que la concentración patrimonial y sus efectos tributarios sean diferentes. La principal característica de estas otras formas de integración patrimonial es que son los órganos administrativos (directorio) los que convienen concentrar los patrimonios.

Las agrupaciones empresariales que analizaremos en este punto, se pueden consumir de alguna de las siguientes formas:

A. *Venta de la totalidad de activos y pasivos de una sociedad a otra.*

Acá existe una transferencia en bloque de todos los activos y pasivos de una sociedad a otra, por medio de una venta.

Por otro lado, podemos decir que es competencia de la junta extraordinaria de accionistas la enajenación del activo fijo y pasivo de la sociedad o del total de su activo. (9).

Los órganos administradores de la sociedad adquirente son los que deben resolver dicha adquisición.

B. *Aporte de todos los activos y pasivos a otra compañía.*

En este caso también existe una transferencia en bloque de todos los activos y pasivos de una sociedad a otra, pero esta se realiza con motivo de aporte o modificación de una sociedad a otra.

Cabe señalar, que en este y en el caso mencionado anteriormente, la sociedad transfiere el dominio de los respectivos patrimonios, a cambio de una contraprestación, la que puede ser en dinero o en derechos de la sociedad adquirente de los activos y pasivos.

Es importante señalar que en esta forma de transferencia del dominio del patrimonio neto de una sociedad, no se produce fusión debido a que la enajenante recibe acciones pero continúa con su personalidad jurídica, es decir cambia sus activos y pasivos por otros activos (acciones de la adquirente).

C. *Venta de la totalidad de acciones.*

En este caso los accionistas de la sociedad son los que transfieren la totalidad de las acciones a otra sociedad anónima recibiendo a cambio un precio, lo que produce también una integración total de los patrimonios en la sociedad adquirente de las acciones.

D. *Aporte de la totalidad de acciones a una sociedad.*

Aquí también existe una integración patrimonial, por el aporte de la totalidad de las acciones, realizada por los accionistas de la sociedad emisora de las acciones, a otra sociedad que se constituye o que aumenta su capital.

En la transferencia de las acciones no existe una transferencia del patrimonio de la sociedad, sino, que existe una enajenación de la totalidad de las acciones de una entidad.

En estos dos casos se produce la disolución de la sociedad emisora de las acciones que se enajenan, según lo dispone el artículo 103 N°2 de la Ley 18.046.

Es importante aclarar, que en estas concentraciones empresariales, no se produce fusión, ya que no hay una manifestación de la voluntad de los cuerpos sociales (accionistas) de integrarse en una sola entidad, sino que existe una concentración patrimonial ya sea por enajenación de los patrimonios o por la enajenación de la totalidad de las acciones a una misma compañía.

3.4 División de sociedades anónimas.

Se puede definir la división de la sociedad anónima como un acto jurídico unilateral, corporativo y de carácter complejo, acordado por junta de accionistas, y que consiste en la escisión o disgregación del patrimonio de la sociedad, en dos o más partes

patrimoniales, las que como un cuerpo son distribuidas a una o más sociedades nuevas que se constituyen por la voluntad de la junta que acordó la división (10).

También se puede definir la división de una sociedad anónima como la distribución de su patrimonio entre sí y una o más sociedades anónimas que se constituyen al efecto, correspondiéndoles a los accionistas de la sociedad dividida, la misma proporción en el capital de cada una de las nuevas sociedades que aquella que poseían en la sociedad que se divide (11).

Entonces en la división, se produce un fenómeno opuesto al de la fusión, es decir, el patrimonio de la sociedad se fracciona en dos o más partes.

Con anterioridad se señaló que la división es un acto unilateral y corporativo, es decir, la decisión de dividir la sociedad es adoptada en forma soberana por la junta de accionistas, con las formalidades prescritas por la ley. Además, se le llamó un acto complejo, esto debido a que la junta de accionistas debe determinar entre otras cosas la escisión del patrimonio, su distribución a una o más sociedades como un todo y en un solo acto, la disminución del capital o la disolución de la sociedad según sea el caso, la creación de una o más sociedades y la aprobación de sus estatutos, la incorporación de los accionistas en las sociedades asignatarias del patrimonio, el canje de acciones, etcétera.

3.4.1 Tipos de división.

Existen dos tipos de división, que son a las que nos referiremos en el presente punto. Los dos tipos de división son, la división parcial y la división total. Cabe mencionar que existen otras formas de división, pero solo se tratarán las dos mencionadas anteriormente, debido a que se consideran las más importantes para llevar a cabo la presente investigación.

La división parcial es la distribución del patrimonio entre sí y una o más sociedades que se crean, es decir, se caracteriza por dejar subsistente la sociedad que se divide. Entonces, se separa solo una fracción del patrimonio social en una o más partes

independientes, constituyéndose con el o los patrimonios separados una o más sociedades nuevas.

En la división total en cambio, la sociedad que se divide se extingue, debido a que la totalidad de su activo neto, se fracciona en dos o más partes, con los cuales se constituyen dos o más sociedades nuevas.

3.4.2 La escisión del patrimonio.

Se ha reiterado, que la principal característica de la división se encuentra en la fragmentación o división del patrimonio social. Recordemos, entonces que el patrimonio se encuentra constituido por el universo de derechos y obligaciones de la sociedad. Entonces, en la división se fraccionan los activos y pasivos, que se distribuyen en la forma que los propios accionistas hayan determinado.

Entonces, el patrimonio neto (capital y reservas) es asignado a la o las nuevas sociedades como consecuencia necesaria de la división de los activos y pasivos sociales, ya que se trata de cuentas valóricas, esto es, que expresan el valor numérico, de los activos menos pasivos sociales.

La norma general es que la junta de accionistas, es soberana para determinar, de que forma se va a distribuir el patrimonio social, sin más limitaciones que la propia situación financiera de la compañía. Es decir, la junta de accionistas tiene la total autonomía para asignar derechos y obligaciones entre las sociedades en la forma que se estime más aconsejable a los intereses corporativos.

Es importante señalar, que sea cual fuere la escisión del patrimonio, debe ir necesariamente acompañada de la disminución del capital social, de tal forma que la asignación del patrimonio vaya debidamente respaldada por la asignación de esta cuenta a la sociedad nueva.

Corroborando lo señalado precedentemente, se hará mención al artículo 95 de la Ley de sociedades anónimas en su numerando 1º, que prescribe que la junta extraordinaria de accionistas que acuerde la división de la sociedad, deberá aprobar: a) la

disminución del capital social, y b) la distribución del patrimonio entre la sociedad que se divide y la dividida.

Cabe señalar que la naturaleza jurídica de la división del patrimonio tiene dos consecuencias importantes.

La primera de estas consecuencias, es que en la división no existe una venta, es decir, no hay un título traslativo de dominio de los bienes asignados a la sociedad que se constituye.

Una segunda consecuencia se deriva de lo señalado anteriormente, se refiere a que al no existir enajenación de activos y pasivos de la sociedad que se divide, ellos conservan la naturaleza y situación jurídica en la sociedad que se crea, es decir, conservan la fecha y el valor de adquisición de los bienes, el régimen de depreciación de los activos fijos, etcétera. En cuanto a las deudas, la obligación no se extingue en la nueva entidad.

3.5 Transformación de sociedades.

La legislación define a la transformación de sociedades como el cambio de especie o tipo social de una sociedad, efectuada por reforma de sus estatutos subsistiendo su personalidad jurídica (12). Por lo tanto se puede decir, que la transformación de una sociedad provoca cambios en la misma pero sin extinguirla.

Se reconocen tres formas de transformación: transformación de otros tipos o especies de sociedades en sociedades anónimas; transformación en sociedades anónimas especiales, y transformación de sociedades anónimas a otro tipo de sociedad.

La transformación es el cambio de estructura que experimenta, una sociedad al pasar de una estructura legal a otra, lo que obliga a la modificación de sus estatutos para adaptarla al nuevo régimen social.

Por tanto, en la transformación no hay disolución, ya que la sociedad se conserva, no obstante cambiar su forma. Tampoco hay sucesión universal de patrimonios como

sucede en la fusión, porque el patrimonio sigue sujeto a la misma persona jurídica. Y por último, tampoco hay novación, con relación a las obligaciones sociales, porque la sociedad como sujeto obligado se mantiene.

3.5.1 Condiciones fundamentales.

Para encontrarnos en presencia de una transformación debemos encontrarnos en presencia del cumplimiento las siguientes condiciones.

A. La sociedad que se transforma debe ser una sociedad legalmente constituida.

Los patrimonios o empresas que no se organizan como sociedades legalmente constituidas no pueden ser objetos de transformación si quieren organizarse o constituirse como sociedades regulares.

Lo anterior, se fundamenta en que la transformación consiste en el paso de un estado jurídico a otro, pero dentro de la misma categoría de sociedades.

Por lo tanto, si un empresario individual desea modificar su organización empresarial para formar una sociedad, debe constituir una sociedad enteramente nueva, la que nace a la vida del derecho junto con el acuerdo de constitución que ha llegado con otra u otras personas, momento en el cual aporta su empresa individual a la nueva entidad.

B. Estatuto social.

El estatuto o conjunto de normas que se aplican a una determinada entidad jurídica son las que nos permiten clasificar las distintas especies de sociedades. Así, por ejemplo existen normas relativas a la responsabilidad de los socios, régimen de administración, sobre formación y división del capital, participaciones sociales, etcétera, que en su conjunto permiten distinguir un tipo social de otro.

El estatuto se debe modificar, para estar en presencia de una transformación, en otras palabras cambiar la sociedad de anónima a de personas ó viceversa. Para

materializar aquello, el sujeto de derecho deberá adecuarse mediante la reforma de sus estatutos o contrato social, a la nueva forma de organización jurídica. Lo anterior va a causar que la misma entidad quede sujeta en el futuro a las nuevas formas que van a regir sus relaciones jurídicas.

Entonces, la transformación requiere que la sociedad cambie de tal manera su organización interna, que pase a estar regulada por otras normas jurídicas aplicables a otro tipo social. Por consiguiente, la modificación del estatuto o contrato no debe ser un simple cambio, como por ejemplo, un cambio de objeto, un cambio de domicilio, etcétera, para que se produzca una real transformación. Aunque estas modificaciones eventualmente pueden realizarse conjuntamente con la transformación de la sociedad.

3.5.2 Efectos legales de la transformación.

Cuando se transforma una sociedad de personas en una sociedad anónima, se modifica la estructura legal de la sociedad. Esta estructura se modifica en términos; primero, del nombre de la sociedad; segundo, forma de administrar los negocios sociales, porque de una administración por todos los socios se pasa a una administración por un directorio y la existencia de una junta de accionistas; tercero, se modifica la conformación y división del capital, pues este ahora se divide en acciones de igual valor y desaparecen los derechos sociales; cuarto, la responsabilidad de los socios puede variar; quinto, también cambian las normas sobre distribución de utilidades, antes retiros particulares de los socios y ahora a distribución de dividendos correspondientes a utilidades líquidas provenientes de balances aprobados por junta de accionistas, etcétera. En este aspecto, es necesario señalar, que en la transformación de sociedades anónimas a sociedades de personas, se producirán los mismos efectos en el estatuto, pero con efectos contrarios a los señalados anteriormente.

En cuanto, a los derechos sociales, los socios no pierden la propiedad de dichos derechos, así lo estipula la Ley “la conservación de los derechos sociales se materializa mediante el cambio de las acciones o del interés social por las anteriores participaciones sociales”(13). Es decir, en la escritura de transformación debe establecerse la emisión o el

retiro de las acciones según sea el caso, y la distribución en la forma acordada por los socios.

Obsérvese que los accionistas o socios tienen derecho a que se les asignen las nuevas participaciones sociales en proporción a sus haberes en el patrimonio social.

IV. EFECTOS TRIBUTARIOS EN LAS REORGANIZACIONES

4.1 Efectos tributarios ante la fusión de sociedades anónimas.

La fusión de sociedades anónimas trae una serie de obligaciones administrativas tributarias y de efectos impositivos para la organización en cuestión. En el presente título se tratarán dichos efectos y obligaciones considerando la fusión por absorción y la fusión por creación en forma conjunta, y solo si existe alguna diferencia en los efectos tributarios entre una y otra, se analizarán en forma separada.

Además, se analizarán los aspectos tributarios provenientes de otras formas de integración de los patrimonios distintos de la fusión, que se producen ya sea por la compra o aporte del total de activos y pasivos de otra sociedad, o por la compra o aporte de la totalidad de las acciones de una sociedad anónima.

Por último, es importante señalar que respecto de las otras formas de refundición del patrimonio, se mencionarán sólo cuando estas presenten efectos en las normas tributarias en estudio.

4.1.1 Efectos frente al Código Tributario.

A. Para las sociedades fusionadas.

Se debe tener presente que la fusión desde el punto de vista económico, no produce un término de giro propiamente tal, debido a que el cese de actividades se

produce respecto de la sociedad que se extingue o disuelve, pero las empresas siguen con sus actividades.

El artículo 69 del código tributario establece al respecto, la obligación de dar aviso de término de giro al Servicio, acompañado de su balance final y la obligación de pagar los impuestos adeudados hasta el momento del respectivo balance. Sin embargo este mismo artículo en su inciso segundo, establece que no será necesario dar aviso de término de giro, cuando la sociedad que se crea o subsiste se hace responsable solidariamente de los impuestos adeudados (esto mediante escritura social).

Hay que tener presente que el artículo 70 del código tributario establece que no se autorizará ninguna disolución de sociedad sin un certificado del Servicio, en el que conste que la sociedad se encuentra al día en el pago de sus impuestos.

B. Para la sociedad fusionante

En la fusión por creación, la sociedad que se crea deberá dar aviso de inicio de actividades, mediante una declaración jurada, dentro de los dos meses siguientes a aquel en que comiencen sus actividades, señalado esto en el artículo 68 del Código Tributario.

En la fusión por absorción, la sociedad que subsiste, en virtud de lo establecido en la resolución 55 del 30 de Septiembre de 2003 del SII, deberá dar aviso dentro de los 15 días hábiles siguientes a la fecha en que la fusión se efectúe, la que en este caso correspondería a la fecha de escritura pública a la que se reduce el acta de la junta que aprueba la absorción de la sociedad y en la cual se modifican los estatutos sociales.

C. Para la sociedad aportante o enajenante de los activos.

El Código Tributario en el artículo 64 inciso 2° establece lo siguiente: “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 valor en los casos en que sea notoriamente inferior a los corrientes en plaza o de los que

normalmente se cubren en convenciones de similar naturaleza, considerando las circunstancias en que se realiza la operación(14).

Sin embargo, establece en el inciso 4° del artículo 64, que no procederá la tasación, “cuando se trate del aporte total o parcial, de activos de cualquier clase, corporales o incorporeales, que resulte de otros procesos de reorganización de grupos empresariales, que obedezcan a una legítima razón de negocios, en que subsista la empresa aportante”

De lo anteriormente expuesto se desprende que el Servicio de Impuestos Internos se encuentra facultado para tasar el total de los aportes o enajenaciones de activos y pasivos, sin embargo, esta facultad se encuentra limitada cuando el contribuyente pruebe que dicha operación provenga de una reorganización que obedezca a una legítima razón de negocios.

D. Para la sociedad emisora de las acciones enajenadas.

La sociedad que resulta disuelta producto de la enajenación del 100% de sus acciones, deberá cumplir con lo establecido en el artículo 69, es decir, presentar una declaración de término de giro y la obligación de pagar los impuestos adeudados hasta el momento del respectivo balance. No será necesario dar aviso de término de giro, cuando la sociedad que se crea o subsiste, mediante escritura social, se haga solidariamente responsable de los impuestos adeudados.

4.1.2. Efectos frente a la Ley Impuesto a la Renta.

A. Para las sociedades fusionadas.

a) Situación de las Utilidades pendientes de reparto.

La actual normativa legal establece que el régimen de tributación de las Empresas es aplicar un Impuesto de Primera Categoría para la sociedad, aplicando la tasa sobre la Base Imponible, determinada en conformidad a la Ley. Respecto de sus accionistas se

aplica el Impuesto Global Complementario o Adicional, según corresponda, por las utilidades que a cualquier título la Sociedad Anónima le distribuya.

Al respecto el artículo 14 A n°1 letra c) señala que los Impuestos Personales, quedarán suspendidos en los casos de reinversión de utilidades, mientras no sean distribuidas. Dicha norma se hace extensiva también para la fusión de sociedades.

En conclusión, el fondo de utilidades tributables de la sociedad en cuestión se incorporará a la sociedad resultante, quedando afectas a los impuestos personales, cuando dichas utilidades sean distribuidas. El crédito utilizado en los impuestos antes señalados, corresponderá al del Impuesto de primera categoría que haya afectado a las mencionadas rentas.

b) Situación de las pérdidas tributarias.

En el caso que existan pérdidas tributarias, éstas no podrán ser aprovechadas por la sociedad que resulte producto de la fusión, debido a que los accionistas no tienen ningún derecho sobre las pérdidas tributarias, sino que ellas corresponden solo a la sociedad que las ha generado.

Esto se encuentra contemplado en la ley de la renta en su artículo 31 n° 3 que reconoce como gasto deducible de la renta bruta, las pérdidas sufridas por el negocio o empresa durante el año comercial y en ejercicios anteriores. En la fusión, como desaparece la empresa que generó dichas pérdidas, este mecanismo se extingue, ya que de generarse utilidades, éstas no podrán absorberse con las citadas pérdidas.

c) Situación de la disolución de la sociedad en relación con el artículo 38 bis.

El citado artículo establece que las rentas o utilidades provenientes de empresas que cesan sus actividades, se afectarán con un Impuesto Único de 35%, el cual comprende los tributos que por esas rentas afectarían tanto a la Empresa como a los accionistas.

No obstante el Servicio de Impuestos Internos ha establecido que esta norma no tiene aplicación en el caso de la fusión, debido a que “las empresas nuevas o subsistentes son continuadoras del giro o de las actividades de las empresas que desaparecen, y por tanto las utilidades acumuladas o retenidas en esta última permanecen o siguen reinvertidas en las nuevas sociedades”(15).

d) Situación de los Pagos Provisionales Mensuales (PPM) y otros Créditos.

Otro asunto importante a resolver es la situación de los saldos de Pagos Provisionales Mensuales y otros créditos.

El artículo 84 y siguientes, establece que los PPM son anticipos de Impuestos que deben enterar en arcas fiscales los contribuyentes obligados a presentar declaraciones anuales de primera y/o segunda categoría, a cuenta de los impuestos que les corresponda pagar.

El artículo 96 establece que cuando la suma de los impuestos anuales resulte superior al monto de los PPM, la diferencia deberá reajustarse de acuerdo al artículo 72 y pagarse en una sola cuota al momento de presentar la declaración anual. El caso contrario se encuentra establecido en el artículo 97, que expresa que el saldo que resultare a favor del contribuyente, le será devuelto por el Servicio de Tesorerías.

Ahora, el Servicio de Impuestos Internos mediante diferentes oficios ha sostenido que “si el titular de un crédito intransferible o intransmisible (como son según la doctrina del Servicio los remanentes de PPM y Créditos por gastos de 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”(16)

Además el Servicio de Impuestos Internos en sus últimos oficios señala “que no es posible que los créditos que tienen el carácter de personalísimos, como ocurre con el crédito por gastos de capacitación, sean aprovechados por personas distintas de quien los generó, y en consecuencia, en el caso de la fusión de sociedades, si la sociedad que

originó el crédito se disuelve, no podrá la sociedad absorbente o que se constituye por la fusión, hacerlo valer pues se extinguió inevitablemente con la disolución de aquella”(17).

En consecuencia, los PPM y demás créditos sólo pueden ser recuperados cuando la propia sociedad que se disuelve solicite la devolución conforme a lo establecido en el artículo 97 inciso 4°, ó que dichos créditos al tener el carácter de intransmisible e intransferible se pierdan producto cuando no se realice el término de giro correspondiente.

B. Para la sociedad fusionante.

a) Existencia o no de un incremento patrimonial.

El artículo 2 define como renta todo incremento de Patrimonio, lo que podría interpretar que este aumento de patrimonio constituye renta para la empresa subsistente.

En la fusión por creación no se produciría esto debido a que la sociedad que se crea se constituye con los patrimonios refundidos.

En la fusión por incorporación, sin embargo, se produce un incremento patrimonial en la sociedad absorbente.

Es importante señalar que “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”(18).

Por lo tanto, de lo señalado anteriormente se desprende que la fusión por su propia naturaleza, es una simple suma o complementación de los patrimonios, y no una compra o aporte de los mismos, lo que implica por ende que no constituye renta.

b) Efecto respecto de los activos y pasivos fusionados.

Debido a que no existe título traslativo de dominio de los bienes del activo de la sociedad fusionada a la fusionante, la condición jurídica de dichos bienes debe

mantenerse en la sociedad resultante, ya que de no aceptarse esta realidad se estaría desconociendo, la propia naturaleza jurídica de la fusión.

Sin embargo, el Servicio tiene un punto de vista distinto, al respecto señaló “en el caso de fusión por creación la adquisición por la nueva sociedad de las acciones poseídas por las sociedades que se fusionan, se verifica por la escritura de constitución de la nueva sociedad, que a su vez, debe dar cuenta de la correspondiente fusión y que constituirá el título traslativo de dominio”(19).

Por lo tanto de lo señalado anteriormente se deduce que debe entenderse por fecha de adquisición de los bienes, la fecha de la escritura de la fusión de sociedades.

c) Situación de las rentas de la sociedad fusionada que son absorbidas por pérdidas de la sociedad absorbente.

El artículo 31 N°3 en su inciso 1° establece “podrán asimismo, deducirse las pérdidas de ejercicios anteriores, siempre que concurren los requisitos del inciso precedente. Para estos efectos, las pérdidas del ejercicio deberán imputarse a 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 retiradas no fueran suficientes para absorberlas, la diferencia deberá imputarse al ejercicio inmediatamente siguiente y así sucesivamente. En el caso que las pérdidas absorban total o parcialmente las utilidades no retiradas o 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, y se le aplicarán las normas de reajustabilidad, imputación o devolución que señalen los artículos 93 al 97 de la presente ley”

d) Acciones en Tesorería

En el caso de fusión por incorporación, si la sociedad absorbida es accionista de la sociedad absorbente, esta última debe adquirir las acciones, ya que esta es la única forma de realizar la fusión entre ambas sociedades.

Cuando dichas acciones en tesorería son enajenadas, el mayor valor no constituye renta según lo dispuesto en el artículo 17 N° 5, pero solo mientras no sea distribuido. El Servicio ha establecido que cuando el citado sobreprecio se distribuya, pasa a constituir renta tributable tanto para la empresa como para el contribuyente.

El Servicio de Impuestos Internos, se ha pronunciado respecto de cuando las citadas acciones no se hayan enajenado, caso en el cual se producirá un goodwill producto de la disminución de patrimonio.

e) Costo tributario de los activos y pasivos de la sociedad fusionada.

El costo y el valor tributario de los activos y pasivos de las sociedades fusionadas, que debe ser considerado en la entidad resultante de la fusión generalmente son el que corresponde al valor contabilizado de tales activos y pasivos, según los registros financieros de la o las sociedades que se disuelven.

Ahora bien, se debe tener en consideración que existen valores que no son aceptados tributariamente.

La circular 68 del 28 de noviembre de 1996 del Servicio de Impuestos Internos, establece que tanto en el caso de división como en el de fusión, la sociedad que se crea o la que subsiste deberá mantener registrado el valor tributario que tenían los bienes en la Empresa o la sociedad dividida o aportante, a fin de acreditar el cumplimiento de todas las normas pertinentes contenidas en la ley de la renta (como son: depreciación, corrección monetaria, etc.)

El oficio N° 267 de 17 de Enero de 1994 del Servicio de Impuestos Internos, establece que los valores tributarios son los únicos validos para la aplicación de las normas tributarias y determinación de normas impositivas que afecten a la empresa absorbente.

f) Situación de los gastos por indemnización de años de servicio (IAS).

El Servicio de Impuestos Internos a través de los Oficios N°s. 684, de 18.03.99 y 2.999, de 28.07.99, compatibilizó desde el punto de vista tributario la norma contenida en el inciso segundo del artículo 4° del Código del Trabajo con lo dispuesto en el N° 13 del artículo 17 de la Ley de la Renta. En donde el Código del Trabajo señala en su artículo 4° “Las modificaciones totales o parciales relativas al dominio, posesión o mera tenencia de la empresa no alterarán los derechos y obligaciones de los trabajadores emanados de sus contratos individuales o de los instrumentos colectivos de trabajo, que mantendrán su vigencia y continuidad con el o los nuevos empleadores.”

Por su parte, el N° 13 del artículo 17 de la Ley de la Renta dispone: “No constituye renta, la asignación familiar, los beneficios previsionales y la indemnización por desahucio y la de retiro hasta un máximo de un mes de remuneración por cada año de servicio o fracción superior a seis meses”.

En consecuencia, se deduce de lo señalado anteriormente, que las IAS, podrán ser deducidos como gasto tributario en su totalidad en la fusionante, incluyendo, la parte de la indemnización que corresponda al período servido por el trabajador a su antiguo empleador, cuando estas no hayan sido provisionadas en la sociedad fusionada.

C. Para la sociedad aportante o enajenante de los activos.

El precio de transferencia o aporte de los activos y pasivos enajenados por la sociedad, puede ser fijado en forma global o para cada uno de los bienes. La sociedad que vende o aporta sus activos y pasivos, cambia su composición del patrimonio, pero recibe a cambio dinero, otros activos, acciones de otras compañías.

El precio recibido por la enajenación, constituirá un ingreso bruto del ejercicio, conforme a lo dispuesto por el artículo 29. Además, constituirá un costo tributario, el valor libro de dichos bienes. De lo anteriormente expuesto, se puede generar una renta o un gasto tributario, de acuerdo al artículo 19 serán devengados en el mismo ejercicio que se produjo la venta o el aporte.

Ahora bien, si la sociedad que vende todos sus activos y pasivos se disuelve, se deberán aplicar las normas del artículo 38 bis, que señala el pago de los impuestos pendientes equivalentes a un 35% de las rentas, dentro de las cuales se considerarán también las provenientes de la enajenación en cuestión.

D. Para la sociedad adquirente de todos los activos y pasivos.

a. Resultados tributarios.

Como principio general, no se produce resultado tributario en ninguno de los dos casos (adquisición por compra o por aumento de capital). Ya que en la adquisición por la compra, como se había señalado anteriormente, sólo se produce un cambio en la estructura de sus activos, y, en cuanto a la adquisición como aporte de capital, se incorporan dichos bienes a sus activos y pasivos aumentando en forma equivalente su capital.

b. Valor tributario de los bienes adquiridos.

El costo según el artículo 30, está dado por el valor o precio de adquisición, según la respectiva factura, contrato o convención, y optativamente el valor del flete y seguros hasta las bodegas del adquirente. Por tanto, el costo tributario de los activos y pasivos, corresponde al valor que se pagó o aumento el capital, según corresponda, y, no el valor libro que dichos bienes tenían en la contabilidad.

Ahora bien, en cuanto al valor que se pagó con respecto al valor contable tributario del patrimonio incorporado según la contabilidad de la empresa adquirida, se podría producir una diferencia, la que puede ser a favor o en contra de la sociedad adquirente.

Si la diferencia se produjera a favor de la sociedad adquirente, es decir, se pagó menos que el valor del patrimonio contable adquirido. En tal caso, se podrá registrar la citada diferencia, devaluando los activos no monetarios de la sociedad ó manteniéndola como un pasivo intangible.

En caso contrario, si dicha diferencia se hallara en contra de la sociedad adquirente, se puede revaluar los activos no monetarios de la sociedad incorporada o mantener una cuenta de activo intangible o como derecho de llaves.

Lo anteriormente señalado se produce financieramente, sin embargo tributariamente, según lo dispuesto en los artículos 29, 30 y 31, los gastos tributarios corresponden a los ingresos que generen los respectivos activos incorporados. En cuanto a la utilidad que se genera, no podrá ser incorporada, ya que estas deben estar efectivamente realizadas.

En conclusión, tanto la sociedad adquirente de los activos y pasivos como la sociedad que recibe como aporte de capital, no podrá reconocer un gasto o una utilidad tributaria por dicha compra o aporte.

E. Para la sociedad adquirente de la totalidad de las acciones de otra compañía.

a. Resultado tributario.

La sociedad sólo está cambiando la posición de sus activos, es decir, está adquiriendo activos y pasivos a cambio de otros activos, o los está adquiriendo mediante un aumento de capital, en el caso que las acciones se reciban como aporte.

Por lo anteriormente expuesto, se deduce que para la sociedad adquirente de la totalidad de las acciones no se produce resultado tributario alguno.

b. Costo tributario de los activos.

El costo tributario que corresponde aplicar en este caso es la contenida en el artículo 30 de la Ley de la Renta, que corresponde al precio pagado por las acciones.

Al respecto el Servicio de Impuestos Internos ha señalado al respecto lo siguiente cuando la propiedad del 100% de las acciones de una sociedad anónima se reúnen en una sola mano, que 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 precisamente el de adquisición de las respectivas acciones, distribuyéndose proporcionalmente el precio de adquisición de la totalidad de las acciones, entre todos los activos no monetarios traspasados o adquiridos producto de la fusión, entendiéndose por estos últimos para dichos efectos aquellos que de alguna manera se autoprotegen del proceso inflacionario o por su naturaleza se impide que la desvalorización monetaria ocasione menoscabo en su valor real, con excepción de aquellos que se encuentran protegidos de la inflación por existir cláusula de reajustabilidad establecidas por Ley o pactadas en forma contractual”(20)

Por lo tanto la diferencia que se produce, se distribuye entre los activos no monetarios adquiridos o registrarse como una cuenta especial de activo o pasivo intangible. En este sentido se aplica el mismo tratamiento explicado en el 4.2.

c. Utilidades pendientes de reparto de la sociedad que se disuelve.

El artículo 14 A, N°1 letra c), establece que se suspende el pago de los impuestos personales que afectan a los empresarios individuales, sociedades de personas y contribuyentes de artículo 58 N° 1, en el caso de que las utilidades de la respectiva empresa sean reinvertidas en otras empresas, en las condiciones previstas por la Ley. Además señala que tal disposición se aplicará también en el caso de fusión de sociedades entendiéndose esta última como la reunión total de los derechos o acciones de una sociedad en manos de una misma persona.

Por lo tanto, las utilidades tributables de la sociedad disuelta se entienden reinvertidas en la sociedad adquirente de las acciones, trasladándose el FUT a esta última. Dichas utilidades conservan la antigüedad y créditos vinculados a ellas.

Ahora, si la sociedad que absorbe las utilidades tiene pérdidas, el impuesto pagado por las utilidades de la sociedad absorbida puede ser recuperado como pago provisional en lo términos establecidos en el artículo 31 N°3, inciso segundo.

d. Pérdidas tributarias de la sociedad que se disuelve.

Como ya se ha señalado anteriormente, las pérdidas sufridas por la sociedad fusionada sólo pueden ser utilizadas por la sociedad que las ha generado, por lo que no se podrán traspasar a la sociedad adquirente de las acciones.

4.1.3. Efectos ante la Ley de Impuesto al Valor Agregado.(IVA)

A. Para las sociedades fusionadas.

a) Existencia o no del hecho gravado venta en la fusión.

El artículo 8° letra b) señala que aplicará el Impuesto a las ventas y servicios a “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”.

Por su parte la circular 124 del 7 de octubre de 1975 del SII, indicó que no se verifica en la fusión de sociedades el hecho gravado citado anteriormente, por que “los aportes que hacen los socios no consisten en bienes corporales muebles, sino en los derechos que ha ellos les corresponden en las sociedades que se fusionan”.

Por lo tanto, la fusión de sociedades no constituye hecho gravado en la ley del IVA, respecto de la sociedad creada o subsistente.

b) Créditos fiscales.

Regulado por el artículo 23 y siguientes, en los cuales se señala que dicho crédito se deberá utilizar para la deducción de los débitos fiscales producidos por las ventas y servicios afectos. Dicha diferencia es el impuesto que obligará al contribuyente a pagar cada mes.

El artículo 26, resuelve que cuando se produzca una diferencia a favor del contribuyente, se acumulará a los créditos que tengan su periodo tributario inmediatamente siguiente y así sucesivamente para ser imputado a los débitos fiscales de los periodos posteriores.

En la fusión de sociedades, el crédito fiscal acumulado en la sociedad fusionada se extingue, debido a que nos encontramos en presencia de un crédito que tiene carácter de personalísimo.

Respecto, de los remanentes de crédito fiscal existente para la sociedad que se disuelve al momento de perfeccionarse la fusión, podrá ser imputado contra el Impuesto de Primera Categoría que se adeudare por el último ejercicio. Si existieran todavía excedentes de crédito fiscal, se entiende que estos quedan a disposición del fisco, ya que no constituye un derecho de carácter patrimonial, sino solo es un mecanismo de determinación de impuestos.

B. Para la sociedad aportante o enajenante de los activos.

Se devenga el IVA en los casos del artículo 8 letra b), que asimila a ventas los aportes a otras 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, y, artículo 8 letra f), en el caso de la venta de un establecimiento de comercio y, en general cualquier otra universalidad que comprenda bienes corporales muebles de su giro.

La base imponible según el artículo 16 letra d), la constituye el valor de los bienes corporales muebles comprendidos en la venta.

Además los aportes de establecimientos de comercio no estarían gravados con IVA, salvo que se devengue el hecho gravado especial previsto en la letra k) del artículo 8, esto es, cuando se trate de un aporte y otras transferencias, retiros y ventas de establecimientos de comercio y otras universalidades que comprendan o recaigan sobre bienes corporales inmuebles del giro de una empresa constructora.

Entonces, se debe tener presente que si parte de la totalidad de los activos que se venden, están compuestos de bienes corporales muebles o inmuebles que no forman parte del activo realizable de la sociedad enajenante, y se ha tenido el derecho a crédito fiscal por la adquisición, esa transferencia podría estar afecta a IVA si se realiza dentro de los 12 meses siguientes al de su adquisición para el caso de bienes inmuebles, y dentro de los 4 años siguientes al de su adquisición para los bienes muebles, esto según lo dispuesto en el artículo 8 letra m de la ley del IVA.

4.2. Efectos tributarios ante la división de sociedades anónimas

Se debe recordar que la división de sociedades consiste en la distribución del patrimonio de la sociedad entre sí y una o más sociedades anónimas que se constituyen. Esta división puede ser en forma parcial cuando subsiste la sociedad que se divide, y en forma total cuando la sociedad que se divide se liquida.

Al igual que en la fusión, la división de trae una serie de obligaciones administrativas tributarias y de efectos impositivos para la sociedad. En el presente título se tratarán dichos efectos y obligaciones considerando la división parcial y total en forma conjunta, salvo que dichos efectos sean distintos entre una y otra forma de división.

4.2.1 Efectos frente al Código Tributario.

A. Para la sociedad que se divide.

a) Término de giro.

En esta situación se analizarán de forma distinta la división parcial y la división total. En la división parcial no se produce término de giro, dado que dicha sociedad continúa con sus actividades normales, por lo tanto no deberá presentar una declaración de acuerdo a lo estipulado en el artículo 69. Sin embargo, en la división parcial, la sociedad dividida deberá dar aviso de la modificación realizada dentro de los 15 días hábiles siguientes a la fecha de la división, esto según lo establece el Servicio de Impuestos Internos en la resolución 55 del 30 de Septiembre del 2003.

En la división total, como la sociedad que se divide resulta extinguida, se aplicarán a ella todas las normas relativas al término de giro, presentando los balances finales y el pago de impuesto que corresponde, según lo establecido en el artículo 69.

Además el artículo 70, establece que no se autorizará ninguna disolución de sociedad sin un certificado del Servicio, en el cual conste que la sociedad se encuentra al día en el pago de sus tributos. Por tanto la citada norma también se aplicaría en la división total.

b) Disminución de capital.

La disminución de capital, se produce sólo en la división parcial, y disminuye en la parte del capital de la o las nuevas acciones que se crean.

Al respecto el artículo 69 inciso final señala “no podrá efectuarse disminución de capital en las sociedades sin autorización previa del Servicio”.

Por tanto, en la división parcial, la sociedad que se divide debería informar al Servicio de Impuestos Internos de la reforma del estatuto social por la disminución de capital, de la división de la sociedad, y eventualmente solicitar la autorización de la disminución de capital.

B. Para la sociedad que se constituye.

“Las personas que inicien negocios o labores susceptibles de producir rentas gravadas en la primera y segunda categoría a que se refieren los números 1°, letras a) y b), 3°, 4° y 5° de los artículos 20, 42 N°2 y 48 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”(21).

De lo anteriormente señalado, se desprende que la o las sociedades que se constituyen, deberán presentar una declaración jurada de iniciación de actividades y a dichas sociedades se les deberá asignar un nuevo Rut.

4.2.2. Efectos frente a la Ley de Impuesto a la Renta.

A. Para la sociedad que se divide

a) Situación de las utilidades tributables registradas en el FUT.

Antes de hacer el análisis de dichas utilidades, se hará alusión a lo dispuesto por la legislación tributaria respecto del tema en discusión, que señala lo siguiente “Las rentas que retiren para invertir las en otras 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 retiradas de la sociedad que recibe la inversión o distribuidas 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 esta 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”(22).

En la división, no existe un retiro de utilidades por parte de los accionistas, porque las utilidades se mantienen tanto en la sociedad que se divide, como en las sociedades que se constituyen.

De lo señalado anteriormente se concluye que dichas utilidades no se afectarán con los impuestos personales.

b) Distribución de las utilidades tributables.

En junta de accionistas, se determina la distribución de los activos y pasivos entre las empresas nacientes y la subsistente, y además la forma en que se efectúa la asignación de las cuentas de patrimonio neto, es decir, el capital y/o las reservas.

En materia tributaria la distribución acordada en junta de accionistas, se debe considerar y cumplir lo dispuesto en el artículo 14 A N°1 letra c), que establece que en

las divisiones se considerará que las rentas acumuladas se asignan en proporción al patrimonio neto. Considerando como patrimonio neto, el total de activos menos los pasivos exigibles.

En cuanto a cual FUT es el que se distribuye en las sociedades intervinientes, en el caso de la división parcial se deberán distribuir las utilidades provenientes del ejercicio inmediatamente anterior al de la división. Y en la división total se deberá distribuir el existente a la fecha de la división.

c) Aplicación del artículo 38 bis.

“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 3º, c), o en el inciso segundo del artículo 14 bis, según corresponda, incluyendo las del ejercicio”(23).

“Dichos contribuyentes tributarán por esas rentas o cantidades con un 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 3º del artículo 54. No se aplicará este impuesto a la parte de las rentas o cantidades que correspondan 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”(24).

Establecida la base imponible y la tasa en el caso de término de giro, queda señalar que sucede en la división total o la división parcial de sociedades anónimas respecto de esto.

En el caso de la división total, la empresa que se extingue debería dar aviso de término de giro, pagando el Impuesto Único del 35% según lo previsto en el mencionado artículo, sin embargo, al hacer referencia a lo dispuesto en el artículo 14 A N°1 letra c), no se aplicaría dicha disposición debido a que dichas utilidades serían reinvertidas en las sociedades que se crean.

d) Situación de las pérdidas acumuladas.

El artículo 31 N°3 establece que se podrán deducir las pérdidas sufridas por el negocio o empresa durante el año comercial y las pérdidas de ejercicios anteriores para la determinación de la renta líquida imponible.

Este beneficio se encuentra establecido para el negocio o empresa que produce las pérdidas, por lo tanto sólo puede ser ejercido por la sociedad que las genere, no obstante que estas hayan sido absorbidas por el capital y/o reservas de acuerdo a la división.

El artículo 14 A N° 1 letra c), establece que las rentas acumuladas se asignarán en relación con el patrimonio neto respectivo, por tanto dispone indirectamente que lo que asigna a la nueva sociedad es el patrimonio neto, es decir, el total de los activos menos el pasivo exigible, sin considerar las pérdidas acumuladas. Oficio 4310 del 20.12.1990.

B. Para la sociedad que se constituye.

Las nuevas sociedades que se constituyen tienen la particularidad que nacen con patrimonio (activos y pasivos) y con rentas que tienen ya una historia económica y tributaria, esto debido a que se produce con ocasión de la división de una empresa. Dichos patrimonios y rentas continúan produciendo efectos, pero son contribuyentes distintos de la sociedad que se divide.

a) Patrimonio neto asignado.

En la división de sociedades anónimas, a las sociedades creadas se les asigna parte del capital social y eventualmente otras reservas sociales de la sociedad que se divide, por ejemplo fondo revalorización de capital propio. En consecuencia dicho capital y sus reservas mantienen su naturaleza y condición jurídica en la nueva entidad sin modificaciones.

b) Utilidades acumuladas asignadas.

Las utilidades se encuentran reinvertidas en las nuevas sociedades de acuerdo a lo señalado precedentemente. A las empresas nacientes se les puede asignar la utilidad según balance a la fecha de división de la sociedad y también la utilidad registrada en el fondo de utilidades tributables.

La utilidad según balance dice relación con los derechos patrimoniales de los accionistas. En la división parcial se cree que la utilidad que se debe asignar es la que ha pagado impuesto en la sociedad dividida, esto basado en que la empresa creada sólo es responsable por las obligaciones tributarias que a ella le correspondan desde la fecha de la división hacia el futuro. Por tanto, determinará su base imponible del impuesto de primera categoría de acuerdo a los movimientos generados desde su creación hasta el 31 de diciembre del año de la división. Respecto de la sociedad que se divide le corresponderá pagar impuesto por todo el ejercicio en que se produce la división.

Acerca de la división total, como la sociedad que se divide se liquida, se le aplican otras normas para efectos de pagar y determinar el impuesto correspondiente, las que fueron analizadas anteriormente.

Ahora respecto de la utilidad registrada en el fondo de utilidades tributables, se puede decir que corresponde a las obligaciones tributarias pendientes de pago de los accionistas. Dichas utilidades se asignarán de acuerdo a cómo se ha distribuido el patrimonio neto, pero sólo las que se hayan generado en ejercicios anteriores a la existencia de la nueva entidad. Un fenómeno similar sucede respecto de los dividendos recibidos por una sociedad, pues dichas utilidades generadas en otra entidad pasan a la nueva, incorporándose al fondo de utilidades tributables aunque ellas se hayan generado en ejercicios anteriores a la existencia de la misma sociedad receptora de los dividendos.

Finalmente, se estudiará la situación que se produce respecto de las utilidades de la sociedad madre asignada a la nueva entidad, cuando las citadas utilidades son absorbidas por las pérdidas generadas por la sociedad que se crea. Es importante mencionar al respecto lo establecido por la Ley, que dispone lo siguiente “En el caso que las pérdidas absorban total o parcialmente las utilidades no retiradas o 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, y se le aplicarán las normas de reajustabilidad, imputación o devolución que señalan los artículos 93 a 97 de la presente ley”(25). Se cree que dicho mecanismo también es utilizable en el caso de la división, debido a que las utilidades no distribuidas son trasladadas de una sociedad a otra sin perder su condición jurídica, por tanto la sociedad que se crea tiene la posibilidad de recuperar como PPM el impuesto pagado sobre estas utilidades absorbidas por sus propias pérdidas.

c) Pérdidas acumuladas de la sociedad que se divide.

Anteriormente se señaló que en relación con las pérdidas tributarias acumuladas, no se podrán distribuir en las nuevas sociedades. De esto se deriva que dichas pérdidas sólo podrán ser utilizadas por la entidad que las generó. Como se puede apreciar la situación de las pérdidas tributarias tiene un tratamiento distinto de las rentas.

d) Situación de los activos asignados.

En este punto es importante tener conocimiento, si dichos bienes y derechos asignados conservan su naturaleza jurídica y el mismo tratamiento tributario.

Al respecto el Servicio de Impuestos Internos se ha pronunciado en reiteradas ocasiones y ha mencionado que los activos mantendrán su fecha y valor de adquisición en la sociedad que se constituye. Mediante el oficio 3468 del 20 de noviembre del 2002 se instruyó que “la fecha de adquisición de las acciones que forman parte del activo de una sociedad anónima que se divide, y que se asignan a la sociedad anónima que se crea con motivo de la división, es aquella correspondiente a la data de adquisición por parte de la sociedad anónima que se divide”.

e) Depreciaciones.

Afirmando lo señalado precedentemente, los bienes físicos del activo inmovilizado sujetos en la sociedad dividida a un régimen de depreciación, mantendrán el mecanismo y su vida útil, pues no modifican su condición jurídica en la nueva sociedad.

f) Valor o costo tributario de los bienes de la sociedad que se divide a considerar en la nueva sociedad.

En atención a la naturaleza jurídica de la fusión, se piensa que los valores tributarios de activos y pasivos exigibles asignados en la sociedad creada, deben ser registrados al valor que se encontraba en la sociedad madre, ya que se trata de una simple separación patrimonial y adjudicación de derechos.

Finalmente, se debe tener presente que si financieramente se registraran los activos y pasivos a un valor distinto al que se encontraban en la sociedad madre, se produciría una pérdida o ganancia, valor que para efectos tributarios no se consideraría haciendo los ajuste pertinentes. Además, cabe señalar en la división no se producen resultados para ninguna de las sociedades en estudio.

g) Gastos tributarios ocasionados por indemnizaciones laborales.

Se debe recordar que las indemnizaciones por años de servicios se encuentran reguladas por el artículo 13 y 31 de la Ley de Impuesto a la Renta y 178 del Código del Trabajo. Según lo dispuesto en los artículos señalados anteriormente para el trabajador dicha indemnización constituye un ingreso no renta, y para la sociedad constituyen gastos tributarios siempre y cuando cumplan se encuentren adeudadas o pagadas, y se cumplan con los demás requisitos establecidos en la citada Ley.

Lo importante es aclarar si la o las entidades creadas producto de la división, que recibe parte de los trabajadores de la sociedad madre, puede o no deducir como gasto tributario las indemnizaciones provenientes del término de contrato laboral, pagadas o provisionadas, considerando el tiempo laboral por estos trabajadores para la sociedad madre.

Según lo dispuesto por el artículo 4 N° 2 del Código del Trabajo que establece que las modificaciones totales o parciales relativas al dominio, posesión o mera tenencia de la empresa no alterarán los derechos y obligaciones de los deberes de los

trabajadores emanados de su contrato individual o de los instrumentos colectivos de trabajo, que mantendrán su vigencia y continuidad con el o los nuevos empleadores.

Con relación al tema en cuestión se piensa, que al dividirse la sociedad, las nuevas empresas que se constituyen son entidades que tienen una individualidad legal determinada distinta de la individualidad de la empresa que se divide. Por consiguiente, en las sociedades nuevas no se podría reconocer como gasto tributario, la indemnización por años de servicio por los años prestados en la sociedad que se divide cuando ella los haya provisionado, sino solo los años laborados para la nueva entidad.

4.2.3. Efectos ante la ley del Impuesto al Valor Agregado (IVA)

A. Para la sociedad que se divide.

a) Hecho gravado de venta.

En la sociedad que se divide, no existe transferencia de dominio mientras las sociedades resultantes de la división comprendan en su conjunto el patrimonio y las actividades de la primitiva, por consiguiente no se produce el hecho gravado venta.

b) Crédito fiscal.

El crédito fiscal es un mecanismo establecido para determinar el impuesto al valor agregado, que se encuentra regulado por el artículo 23 y siguientes, por cuanto se encuentra establecido para un contribuyente determinado, y por consiguiente no puede ser asignado a la nueva sociedad, ya que es una persona jurídica distinta.

Entonces, el remanente de crédito solo podrá ser utilizado por la sociedad que se divide, deduciéndolo de sus propios débitos fiscales que se produzcan por sus ventas o servicios afectos.

En el caso de la división total, esté crédito no podrá ser recuperado por las nuevas sociedades. Sin embargo la Ley establece “En los casos de término de giro, el saldo de crédito que hubiere quedado en favor del contribuyente podrá ser imputado por éste al

impuesto del presente Título que se causare con motivo de la venta o liquidación del establecimiento o de los bienes corporales muebles o inmuebles que lo componen. Si aún quedare un remanente a su favor, sólo podrá imputarlo al pago del impuesto a la renta de primera categoría que adeudare por el último ejercicio”. Lo que deriva que dicho crédito solo podrá ser recuperado por la sociedad liquidada.

4.3. Efectos tributarios ante la transformación de sociedades

La transformación de sociedades consiste en el cambio social de la entidad. Este cambio trae una serie de consecuencias tributarias en el ámbito societario y al nivel de sus inversionistas. En el presente título se tratarán dichas consecuencias en forma conjunta tanto para la transformación de sociedades anónimas a sociedades de personas, como para la transformación de sociedades anónimas en sociedad de personas, sólo si existieren diferencias entre ambas se hará mención a ello.

4.3.1 Efectos frente al Código Tributario

A. Para la sociedad que se transforma.

En la transformación no existe disolución de la sociedad que se transforma, debido a que subsiste el mismo sujeto jurídico, por tanto, no se aplican a dicha sociedad las obligaciones establecidas en el artículo 69, ya que es el mismo contribuyente que sigue con sus actividades normales.

Sin embargo, deberá cumplir con lo instruido por el Servicio de Impuestos Internos en la resolución exenta N° 55 del 30 de Septiembre de 2003, que señala que los contribuyentes deberán poner en conocimiento de la Oficina del Servicio que corresponda la modificación de dicha Sociedad dentro de los dentro de los 15 días hábiles siguientes a la fecha en que se efectúe la transformación.

Además, toda la documentación y antecedentes relativos a la contabilidad y al cumplimiento de obligaciones tributarias de la anterior especie social deberán ser reemplazados para adecuarlos al nuevo tipo social.

4.3.2. Efectos frente a la Ley de la Renta.

A. Para la sociedad que se transforma.

a) Rentas acumuladas.

En esta forma de reestructuración el sujeto de derecho se mantiene, y por ello el sujeto no sufre ninguna modificación cualitativa. Esto implica que el fondo de utilidades tributables así como las rentas no tributables señaladas en el artículo 17, se mantienen con la misma situación tributaria en la sociedad modificada. Si existieren excesos de retiros en una sociedad de personas que se transforma en anónima, tal como se señala más adelante la Sociedad Anónima deberá hacerse cargo de los impuestos por dicho concepto.

b) Pérdidas tributarias.

Las pérdidas existentes al momento de la reorganización societaria en cuestión podrán ser imputadas a las utilidades o ser acumuladas por pérdidas producidas en el mismo ejercicio en que se produce la transformación y a la de los siguientes, ya que se trata de la misma entidad que generó dicha situación patrimonial.

c) Pagos Provisionales Mensuales (PPM) .

Los PPM existentes hasta la fecha de la transformación podrán seguir siendo utilizados por la sociedad transformada, para ser imputados al Impuesto a la Renta a declarar en el año tributario siguiente, de acuerdo a lo señalado en los artículos 93 y 94, según corresponda.

d) Activos y pasivos sociales.

Los activos y pasivos mantienen su naturaleza jurídica, debido a que en la transformación no hay sucesión en las relaciones jurídicas. Luego, todos los bienes y

derechos siguen con su mismo tratamiento tributario, es decir, conservan la fecha y costo de adquisición, vida útil, etcétera.

e) Capital propio tributario.

La norma a tener en consideración con respecto al tema en discusión, es la referida al artículo 41 N°1, que establece que en el caso de sociedades de personas formará parte del capital propio tributario los valores del empresario o socio que hayan estado incorporados en el giro de la empresa. Por lo tanto, dicha norma no es aplicable a las sociedades anónimas.

De lo que se deriva que la única diferencia entre el capital propio tributario de una sociedad de personas y una sociedad anónima, es respecto de lo señalado en el artículo antes mencionado. Por consiguiente, desde la fecha de la transformación de la sociedad de personas en sociedad anónima, estos valores deberán ser ajustados como parte del capital propio tributario de la sociedad anónima.

f) Gastos rechazados.

Estos gastos se encuentran regulados por el artículo 33 N°1 y el artículo 21. En el primero, se establecen las partidas que no se aceptan como gastos tributarios para la determinación de la renta líquida imponible. En el segundo se establece a quienes serán cargados dichos gastos, en el caso de la sociedad de personas dichos gastos se cargarán a los socios de la empresa, y en la sociedad anónima serán de cargo de la entidad.

De lo anteriormente expuesto se desprende que en las sociedades de personas dichos gastos se entienden retirados por los socios y por lo tanto se agregan a la base imponible del Impuesto Global Complementario o Adicional según corresponda, con derecho al crédito por el Impuesto de Primera Categoría que hubiera afectado a dichas cantidades en la sociedad.

Luego, si la citada sociedad de personas se transforma en anónima, los mencionados gastos rechazados pagados o adeudados hasta la fecha de la

transformación así como los retiros en exceso, serán de cargo de la sociedad y quedarán afectos al Impuesto Único establecido en el artículo 21.

g) Cambio de régimen tributario.

En algunos casos la transformación puede producir un cambio en el régimen tributario de la sociedad, por lo tanto se analizarán los dos casos en que se produzca un cambio de régimen tributario sustancial. Entre estos cambios de régimen encontramos el de régimen de renta presunta a renta efectiva, y el caso de sociedades de profesionales.

- En primer lugar estudiaremos, el cambio de régimen de renta presunta a renta efectiva. Existen algunas sociedades de personas a las cuales se les permite declarar impuestos según renta presunta y/o llevar una contabilidad simplificada, según lo establecido en los artículos 34 bis y 20 N°1 letra b). En cambio las sociedades anónimas, siempre deberán llevar balance general y determinar sus rentas efectivas según contabilidad completa.

Por lo anteriormente señalado, podemos mencionar, que cuando se produzca una transformación de sociedad de personas sujeto al régimen de renta presunta en una sociedad anónima, cambia de inmediato la forma de tributación de la sociedad reestructurada.

El Código Tributario se pronuncia sobre esto y establece que “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”(26). De lo señalado anteriormente, se puede decir que se deben establecer las rentas afectas a un régimen tributario desde el 1° de enero hasta la fecha de la transformación, y desde aquí hasta el 31 de diciembre establecer las rentas de acuerdo con el otro régimen aplicable.

- Ahora se analizará lo que sucede con la transformación de sociedades de profesionales. Las sociedades de profesionales, siempre que se constituyan como

sociedades de personas y que su objeto sea únicamente la prestación de sus servicios profesionales, se encuentran gravados como contribuyentes de segunda categoría, por lo que estarían afectos al Impuesto Global Complementario o Adicional según corresponda. Ahora bien, si dicha sociedad se transforma en sociedad anónima, por ese solo hecho quedará afecta al régimen de tributación de la primera categoría.

Se debe señalar, en cuanto a la determinación y declaración de las rentas que correspondan a cada uno de dichos regímenes. Los socios de la sociedad de profesionales hasta la fecha de la transformación perciben rentas de segunda categoría que deberán declarar en abril del año siguiente, y desde esa fecha en adelante la sociedad anónima queda sujeta a las normas de primera categoría y los accionistas al sistema de dividendos.

4.3.3 Efectos ante la Ley del Impuesto al Valor Agregado.(IVA)

Con respecto al remanente de crédito fiscal establecido en la ley del IVA existente a la fecha de la transformación podrá seguir siendo utilizado por la sociedad transformada. Dicha posibilidad también se mantiene incluso si la sociedad cambia de nombre o cambia de giro, pues la entidad jurídica que generó los créditos sigue siendo la misma.

PROBLEMA

Todo sistema tributario tiene por objeto recaudar recursos desde el sector público al sector privado. En particular para lograr dicho fin la autoridad realiza una serie de evaluaciones a las diferentes operaciones comerciales, civiles y laborales con efectos tributarios. En ese ámbito, es de normal ocurrencia que las organizaciones se reestructuren,. Dicho ordenamiento puede ser interno o externo. En el caso de un ordenamiento externo, el Servicio de Impuestos Internos debe tomar conocimiento de los mismos, facultado por el artículo 69 del código tributario, al ejercer dicha facultad es factible que se realicen revisiones detalladas de la empresa que se organiza, y por tanto se eleva el riesgo de detectar contingencias tributarias.

El inversionista por su parte, hace una evaluación anticipada, cuantitativa y comparativa de los elementos y alternativas que se tienen al alcance para controlar la ocurrencia, oportunidad y monto de las obligaciones tributarias futuras, la que puede implementarse basándose en la búsqueda de la mejor organización societaria posible con el objeto de minimizar la carga tributaria, denominada comúnmente como Planificación Tributaria. Las Sociedades Anónimas con el objeto de buscar la mejor organización tributaria, desarrollan diversos tipos de reorganizaciones, las que pueden tomar diferentes formas en sus procesos dinámicos, como son la Fusión, Transformación y División, acordadas por juntas de accionistas.

Como consecuencia de reestructuraciones de sociedades se generan movimientos patrimoniales, extinción o nacimiento de empresas jurídicas, de obligaciones tributarias o administrativas. Estas pueden llevar a una evaluación del Servicio de Impuestos Internos, con una serie de contingencias tributarias para la sociedad, de las que se derivan: pérdida de créditos o activos tributarios, nacimiento de obligaciones y posible tasación respecto de los aportes.

El presente proyecto de tesis, tiene como finalidad contribuir al conocimiento actual de las contingencias tributarias que se generan como consecuencia de las reorganizaciones sociales, además, proponer una adecuada planificación de estas reestructuraciones, con el fin de disminuir una serie de costos tributarios ante una intervención del Servicio de Impuestos Internos.

OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL

Contribuir al conocimiento de la planificación de las contingencias tributarias que se producen cuando las sociedades anónimas se reestructuran.

OBJETIVOS ESPECIFICOS

1. Definir y explicar lo que es una contingencia tributaria, mediante el estudio de la literatura y entrevista a expertos.
2. Identificar las contingencias Tributarias producto de Reorganizaciones Sociales, a través de revisión de Oficios del Servicio de Impuestos Internos en el periodo 2000-2005.
3. Proponer mecanismos de planeamiento tributario de las diversas formas que puede tomar una organización, a través de entrevistas a expertos y estudios de casos reales, para minimizar las contingencias tributarias producidas por una reorganización.

METODOLOGÍA

El presente estudio es de tipo exploratorio – descriptivo y se desarrollará en las siguientes etapas:

Etapas 1 : Recopilación de información

- Revisar bibliografía de textos especializados sobre sociedades anónimas y reorganizaciones o reestructuraciones de estas, a través de la compilación de precedentes y noticias encontrados en libros y revistas relacionados con la temática en estudio.
- Revisar bibliografía del sistema tributario chileno y la planificación tributaria de éste, mediante la recopilación de antecedentes encontrados en libros y revistas.
- Revisar la normativa legal vigente que rige a las Sociedades Anónimas y su tributación, por medio del estudio de las siguientes leyes: Ley de la Renta, Ley del Impuesto al Valor Agregado, y Código tributario.
- Revisar Circulares (desde el año 1975 en adelante) y Oficios (desde el año 2000 en adelante) del Servicio de Impuestos Internos relacionados con el tema en discusión.
- Revisar de páginas Web que traten la temática en estudio y además la página Web de la Superintendencia de Valores y Seguros (S.V.S).
- Revisar de la página del SII para obtener información relevante de la temática en estudio como estadísticas, índices, procesos de tasación y casos.

Etapas 2: Sistematización de la información recopilada y determinación de los casos en estudio.

- Confeccionar cuadros comparativos de los antecedentes recopilados, tomando la información relevante y clasificarla según su importancia para el objetivo de la investigación. Entendiendo como información relevante la más actualizada (1995-2005) y fiable (de fuente fidedigna).
- Selección de casos en estudio, tomando en consideración las siguientes características:

- Sociedades Anónimas
- Que han llevado a cabo un proceso de reorganización.
- Que hayan consultado al SII criterios a utilizar en un proceso determinado reorganización.
- Que producto de esta consulta se haya generado contingencias tributarias.
- Periodo 2000-2005.

Etapa 3: Determinación de las Contingencias Tributarias derivadas de la revisión del SII.

- Mediante la importancia de la información entregada por las etapas anteriores, definir una contingencia tributaria y evaluar casos de reestructuraciones de sociedades anónimas que puedan traer consigo una determinada objeción del Servicio de Impuestos Internos y clasificar cada una de estas en las distintas instituciones.

Etapa 4: Planificación Tributaria de las reorganizaciones Sociales:

- A través de las contingencias tributarias evaluadas en la etapa anterior, proponer estructuras de Planificación Tributaria para cada una de las posibles objeciones impuestas por el SII ante la valoración de la Reorganización social.
- A través de una entrevista a expertos se logrará obtener un óptimo planeamiento tributario para las contingencias provenientes de las reorganizaciones sociales (anexo1).
- Discutir con el profesor guía la Planificación realizada a las reestructuraciones con el propósito de evitar contingencias tributarias impuestas por el SII y obtener conclusiones específicas que permitan dar cumplimiento a los objetivos propuestos.

Etapa 5: Análisis de la información recopilada y redacción del informe final de los casos seleccionados.

- Interpretar la información recopilada.
- Redacción del informe de tesis de acuerdo a apuntes complementarios para su confección.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

A través de la Investigación realizada, por medio de una búsqueda exhaustiva de información, su análisis, inferencia de ella, además, de la entrevistas con profesionales conocedores de la materia, se ha llegado a concretar en gran medida con los objetivos planteados para esta Tesis.

La investigación contaba con un gran objetivo general, el cual a través de sus objetivos específicos sin duda ha llegado a materializarse, los siguientes resultados obtenidos en respuesta a los fines puntuales planteados, comienzan con la definición y conocimiento de las contingencias tributarias, para posteriormente llevar a cabo la planificación de las mismas.

V. Contingencias Tributarias

El Boletín técnico N°6 del colegio de contadores de Chile precisa una contingencia como “una condición, situación o conjunto de circunstancias existentes que involucra incertidumbre sobre una posible ganancia o pérdida para una empresa, que se concretará más adelante cuando uno o más hechos futuros se produzcan o dejen de producirse. La resolución de la incertidumbre puede confirmar la creación de un activo o la reducción de un pasivo, o la pérdida parcial o total de un activo o la creación de una obligación”.

Al circunscribir lo planteado por el Colegio de Contadores de Chile en el ámbito de la legislación tributaria, se puede señalar que cuando se define un conjunto de circunstancias existentes, estas pueden estar establecidas en la normativa legal vigente o en algún pronunciamiento del Servicio de Impuestos Internos, o no estar estipuladas en ninguno de los anteriores a pesar que la situación en cuestión exista. En la última situación planteada el contribuyente puede aplicar un criterio distinto al que el órgano fiscalizador opine en caso de una eventual revisión.

Con lo expuesto anteriormente podemos señalar que las contingencias tributarias son efectos impositivos y obligaciones tributarias existentes (con o sin pronunciamiento

del órgano fiscalizador y leyes tributarias) con las que se puede ver afectado el contribuyente en sus activos netos, producidas por diferencias de criterios utilizados entre la sociedad y el Servicio de Impuestos Internos, o, por un incorrecto procedimiento aplicado en determinada situación.

En conclusión las contingencias tributarias se pueden producir por las siguientes situaciones:

- a) Aplicación incorrecta de lo establecido en la legislación tributaria y en pronunciamientos del Servicio de Impuestos Internos. Por ejemplo se emita una factura de servicio exento, cuando este en realidad debió ser gravado con IVA.
- b) Aplicación de un criterio por el contribuyente ante determinada situación en que el órgano fiscalizador no se haya pronunciado o no exista normativa que la regule, y que en una eventual revisión, el Servicio de Impuestos Internos opine diferente.
- c) Y por ultimo, situación tributaria que debe cumplir el contribuyente por normativa o pronunciamiento, y afecte obligatoriamente sus activos netos.

Antes de enumerar las mencionadas contingencias, se debe señalar que toda reorganización se sustenta en bases sólidas de información provenientes de la contabilidad, haciéndose necesario entonces acreditar los activos y pasivos que se encuentran registrados en el balance de la Sociedad al momento de la reestructuración. Esto nos permitirá evaluar las posibles contingencias a las que se vea enfrentada la sociedad al realizar un proceso de reorganización, por lo tanto la principal contingencia siempre estará asociada a la sustentación de todos los activos y pasivos de la o las sociedades en proceso de reorganización.

5.1 Contingencias Tributarias en la Fusión de Sociedades Anónimas.

5.1.1 Ley de Impuesto a la Renta (DL 824).

En el presente punto se tratarán las probables situaciones impositivas que sufren las sociedades cuando se fusionan frente al Decreto Ley 824. Cabe señalar, que en este punto se señalarán las contingencias en forma general.

A. Pérdida Depreciación acelerada.

Con el objeto de incentivar la ejecución de nuevas inversiones en bienes del activo fijo y/o incentivar la llegada de capitales extranjeros al país, el legislador ha establecido una franquicia tributaria, que se encuentra señalada en el artículo 31 inciso 3° N° 5 de la Ley de la Renta, y se trata de un sistema opcional de depreciación para los bienes del activo fijo denominado depreciación acelerada, que consiste en fijar a los bienes físicos del activo inmovilizado adquiridos nuevos o internados, una vida útil equivalente a un tercio de la fijada por el Servicio de Impuestos Internos, lo que se traduce en el corto plazo en un menor pago de impuesto corporativo.

Ahora bien, en cuanto a la franquicia en cuestión, sería importante aclarar si los bienes del activo inmovilizado que provengan de la sociedad disuelta se pueden seguir depreciando aceleradamente. Ya que puede ser de vital importancia para la liquidez de la nueva sociedad, y dependerá de la significancia que tenga el gasto por depreciación en la declaración del anual de impuestos. Ya que de ser así, y si no se puede seguir utilizando el régimen de depreciación acelerada, la Sociedad reconocería un monto significativamente menor por concepto de depreciación, lo que implicaría necesariamente un mayor pago de impuesto y por tanto una menor liquidez en el corto plazo para la sociedad continuadora o naciente.

En relación a lo anteriormente señalado, el Servicio de Impuestos Internos ha mencionado lo siguiente: “La fusión consiste en la reunión de dos o más sociedades y de sus respectivos patrimonios. Como consecuencia de ello, los bienes que conforman el patrimonio de la o las sociedades absorbidas o fusionadas pasan a integrar el patrimonio de la sociedad resultante de la fusión. Para determinar si este hecho permite que los

bienes adquiridos nuevos por las sociedades disueltas mantengan dicho carácter luego de la fusión, cabe aclarar si el concepto de “adquirente” se refiere a la persona titular de tales bienes o al patrimonio donde éstos se radican. La norma del N° 5 del artículo 31° de la Ley de la Renta, se refiere a los bienes adquiridos nuevos por un contribuyente. Siguiendo las reglas generales, para establecer el beneficio de la depreciación acelerada la ley atiende a la persona dueña de los bienes como sujeto de derecho y de impuesto y, por tanto, el referido beneficio no atiende o no sigue al patrimonio al cual se integraron dichos bienes”(27).

Teniendo presente lo señalado anteriormente, a pesar que la norma se refiere a la sucesión en “todos los derechos y obligaciones”, ésta debe entenderse restringida a aquellos derechos adquiridos y obligaciones que pueden ser ejercidos (o cumplidas) por otras personas. De esta manera, la facultad de depreciar aceleradamente bienes físicos del activo inmovilizado no integra la sucesión, porque sólo puede ejercerla quién adquirió nuevos o internó los referidos bienes y no quién los recibió de esa persona.

En conclusión, los bienes del activo inmovilizado no se podrán seguir depreciando aceleradamente ante una fusión, por tanto la Sociedad subsistente o naciente, tal como se menciono anteriormente se expondrá al pago de un mayor Impuesto de Primera Categoría, y por ende un activo inferior lo que se traduce en el corto plazo en una Contingencia.

B. Acciones que posee la sociedad absorbida.

El mayor valor obtenido en la enajenación de acciones que no cumplen con los requisitos establecidos en el artículo 18 ter para la tributación con el mencionado artículo , se puede gravar con dos regimenes de tributación, los que pueden ser: Tributación normal (se afecta con Impuesto de Primera Categoría e Impuesto Global Complementario) o Tributación con Impuesto de Primera Categoría en carácter de único (Art. 17 N° 8 letra a, y en la sociedad se incluirá en mayor valor en el fondo de utilidades no tributables). Se deberá aplicar régimen normal cuando se considere que la enajenación es un acto habitual, la enajenación se realice entre sociedades relacionadas o cuando dichas acciones se enajenen antes de un año desde la fecha de su adquisición. Por ende, se aplicará el otro régimen cuando no se cumplan las condiciones anteriormente señaladas.

Por lo tanto, la fecha de adquisición de las acciones va a ser un factor primordial a determinar en caso de enajenación de las mismas. En este contexto, en caso de fusión de sociedades, es importante saber con que fecha se verifican las acciones que posee(n) la(s) sociedades absorbidas, esto por que ante una eventual enajenación de acciones antes de que transcurra un año de la fusión, es necesario saber con que régimen de tributación de afectará el mayor valor obtenido.

Al respecto el Servicio de Impuestos Internos ha señalado en el oficio 4118 del 17 de noviembre de 1994 lo siguiente: “En el caso de fusión por creación, la adquisición por la nueva sociedad de las acciones poseídas por las sociedades que se fusionan, se verifica por la escritura de constitución de la nueva sociedad, que, a su vez, debe dar cuenta de la correspondiente fusión y que constituiría el título traslativo de dominio”.

Por lo anteriormente señalado, podemos concluir que en este caso existe una contingencia en caso de la venta de acciones que antes poseía la sociedad absorbida, dado que si la enajenación se produce antes de transcurrido un año deberá afectarse con régimen de tributación normal, según lo señalado precedentemente.

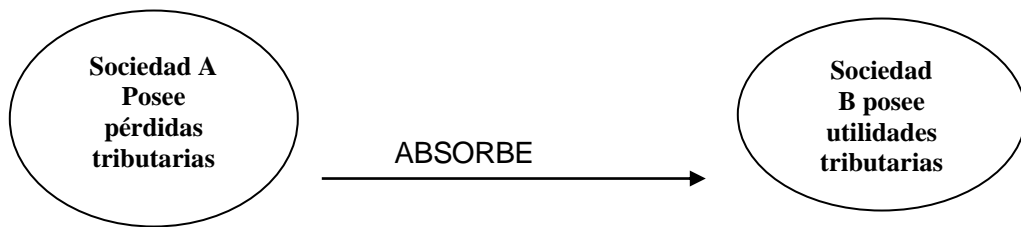
Sin embargo, al respecto cabe señalar que esta contingencia se produce para los accionistas, ya que la sociedad en las dos formas de tributación señaladas con anterioridad deberá pagar Impuesto de Primera Categoría por el mayor valor obtenido en la enajenación de acciones.

C. Respetto de las Pérdidas Tributarias.

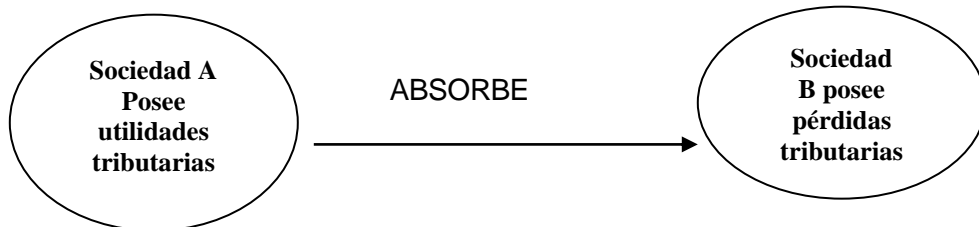
El artículo 31 N°3, señala que las pérdidas tributarias podrán ser imputadas a utilidades no retiradas o distribuidas, las cuales de ser insuficientes para cubrirlas en su totalidad, se permitirá que se imputen debidamente reajustadas contra utilidades que se generen en ejercicios futuros. En el caso que las pérdidas tributarias absorban total o parcialmente las utilidades no distribuidas o retiradas de la empresa que hayan pagado el Impuesto de primera categoría, se podrá solicitar la devolución de este impuesto pagado, según la proporción absorbida por las pérdidas tributarias. Así se generará un flujo para la sociedad que origina pérdidas y posee utilidades pendientes de reparto que hayan pagado impuesto

Ahora bien, al efectuarse una fusión en que la sociedad que desaparece tenga pérdidas tributarias acumuladas, dichas pérdidas no pueden utilizarse en la sociedad subsistente o en la que se crea. Esto queda establecido en el mismo artículo 31 N°3, la que acepta como gasto deducible de la renta bruta, las pérdidas sufridas por el negocio o empresa. En la fusión se crea una nueva sociedad, por lo que este mecanismo también se extingue, ya que no existirá el contribuyente que genere rentas para poder absorber dichas pérdidas, esto sin embargo no sucede con las pérdidas que posee la sociedad absorbente, ya que dichas pérdidas sí podrán ser absorbidas, debido a que seguirá existiendo la sociedad que las produjo y por lo tanto en un futuro podrá generar utilidades para absorber dichas pérdidas. Esto queda explicado en los siguientes esquemas:

CASO 1



CASO 2



CASO 3



En el primer caso la sociedad absorbida posee utilidades tributarias que se absorberán con las pérdidas tributarias que posee la absorbente. Y si las utilidades absorbidas pagaron Impuesto de primera categoría se podrá solicitar la devolución de los impuestos correspondientes a las utilidades que fueron absorbidas por las pérdidas tributarias.

En el caso 2, las utilidades que posee la absorbente no podrán ser absorbidas por las pérdidas que posee la absorbida, esto por la limitación que tiene el artículo anteriormente señalado, al expresar que las utilidades producidas podrán ser deducidas por las pérdidas sufridas por el negocio o empresa, y debido a que la sociedad que desaparece poseía las pérdidas, estas desaparecen con ella.

En el último caso señalado las sociedades fusionadas no podrán hacer la sumatoria de sus resultados tributarios negativos acumulados hasta la fecha de la fusión, así solo subsistirá la pérdida que posea la sociedad que subsiste.

La razón por la cual no se pueden imputar las pérdidas tributarias a las utilidades de la absorbente, en este sentido el SII ha manifestado mediante la circular 109 del 17 de agosto de 1977 que este beneficio solo podrá ser utilizado por la sociedad que las generó.

Sin lugar a dudas, la principal contingencia que se produce respecto de las pérdidas tributarias, consiste en que si la(s) sociedad(es) que desaparecen poseían un resultado negativo acumulado importante, el mencionado resultado no se podrá utilizar en la sociedad que se crea o subsiste.

Además, de lo señalado con anterioridad, cuando se pueden utilizar las pérdidas en cuestión (Caso 1), también existe una contingencia asociada a condiciones impuestas por la Ley 19.738 denominada de combate contra la evasión y elusión de impuestos, que limitan la aplicación de la imputación de las pérdidas tributarias de impuestos señalada y esquematizada en el caso numero 1. La citada Ley insertó un nuevo inciso final al artículo en discusión, y señala lo siguiente:

“Con todo las sociedades con pérdidas que en el ejercicio hubieren sufrido cambio en la propiedad de los derechos sociales, acciones o del derecho a participación en sus utilidades, no podrán deducir las pérdidas generadas antes del cambio de propiedad de los ingresos percibidos o devengados con posterioridad a dicho cambio. Ello siempre que, además, con motivo del cambio señalado 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 bien al momento del cambio indicado en primer término, no cuente con bienes de capital u otros activos propios de su giro una magnitud que permita el desarrollo de su actividad o de un valor proporcional al de su adquisición de los derechos o acciones, o pase a obtener solamente ingresos por participación, sea como socio o accionista, en otras sociedades o por reinversión de utilidades. Para estos efectos, se entenderá que se produce cambio de la propiedad en el ejercicio cuando los nuevos socios o accionistas adquieran o terminen de adquirir, directa o indirectamente, a través de sociedades relacionadas, a lo menos el 50% de los derechos sociales, acciones o participaciones. Lo dispuesto en este inciso no se aplicará cuando el cambio de propiedad se efectuó entre empresas relacionadas, en los términos que establece el artículo 100 de la ley 18.045”.

El mencionado artículo señala que no es posible realizar la deducción en comento cuando la empresa ha sufrido deterioro patrimonial y efectúa la absorción de éste, haya experimentado un cambio de propiedad de sus derechos sociales, acciones o del derecho a participación en las utilidades, y se materializa en las siguientes situaciones:

- Que en los doce meses anteriores o posteriores al cambio en la propiedad, la sociedad haya cambiado de giro o ampliado el original por uno distinto, salvo que mantenga su giro principal. Tiene relación con el lapso que el legislador exige se respete antes de realizar la deducción, es decir, esperar doce meses a contar del cambio de propiedad para realizar la imputación de la pérdida.
- Que al momento del cambio señalado, 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 o acciones. Es decir, impide realizar la rebaja cuando la empresa que recibe las utilidades no cuenta con activos que evidencien que es una entidad con movimiento o que tiene un potencial generador de resultados. Con esto se evita la compra de empresas “de papel”.

- Que pase a obtener solamente ingresos por participaciones, ya sea como socio o accionista, en otras sociedades o por reinversión de utilidades. Esta relacionado con permitir que las empresas de inversiones o llamadas Holding se presten artificialmente para realizar dichas transacciones. No obstante, esta permitido entre sociedades relacionadas.

Una última condición que se encuentra señalada y se considera importante señalar, es el concepto de cambio de propiedad, ya que inhibe a los contribuyentes a rebajar dichas pérdidas, la principal consideración es saber con que actuación o en que situación se produce el mencionado hecho. Sin embargo el mismo legislador lo aclara y menciona que se consideran cambio de propiedad cuando directa o indirectamente se adquiera a lo menos el 50% de los derechos sociales, acciones o participaciones en las utilidades en la empresa.

En conclusión, la principal contingencia asociada a las pérdidas tributarias consiste en no poder utilizarlas cuando la(s) sociedad(es) que las generó desaparecen. Una segunda contingencia se encuentra asociada a las condiciones impuestas por la ley contra la evasión y elusión de impuestos, ya que si el Servicio de Impuestos Internos estima que no se cumplieron las mencionadas condiciones, puede cuestionar la utilización de las mismas.

D. Créditos originados a favor del contribuyente.

Existen una serie de créditos a favor del contribuyente que pueden ser utilizados para rebajar el Impuesto de Primera categoría, y en algunos casos se puede solicitar la devolución de estos (como es el caso de los Pagos Provisionales Mensuales y créditos por gastos de capacitación). Por lo tanto, en la fusión de sociedades sería importante determinar la situación de los mencionados créditos respecto de la(s) sociedad(es) absorbida(s).

Al respecto, el Servicio de Impuestos Internos, ha señalado en reiteradas ocasiones que los créditos originados a favor del contribuyente, sólo pueden ser utilizados por los titulares de ellos, esto en virtud del carácter personal y especialísimo de dichos beneficios.

Así, el Servicio de Impuestos Internos se ha manifestado con variados oficios respecto del tema y ha sostenido que “si el titular de un crédito intransferible o intransmisible (como son según la doctrina del Servicio los remanentes de Pagos Provisionales Mensuales y Créditos por gastos de 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” (16).

Con las condiciones señaladas anteriormente, y teniendo presente que la disolución de la sociedad anónima deriva en la pérdida de su personalidad jurídica, 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 este hecho. Por ende, acá encontramos una contingencia importante respecto de la(s) sociedad(es) que desaparece(n).

E. Good Will y Badwill tributario.

Como se mencionó con anterioridad, en la fusión de sociedades se reconocen dos formas de refundición patrimonial, como lo son la fusión por creación o incorporación. Esta última se origina por obtener el resto de las acciones o derechos sociales de una sociedad en donde se tenía participación (es decir, fusión con una relacionada) o al adquirir el total de los activos y pasivos de una sociedad.

La diferencia entre el valor pagado por la inversión y el valor tributario de los activos y pasivos de la sociedad absorbida puede generar un Goodwill o un Badwill. Se genera un **goodwill** cuando el referido capital propio tributario es inferior al costo de adquisición de acciones o derechos y se produce un **badwill** cuando el capital propio tributario es mayor que el costo de las acciones o derechos.

En el caso de producirse un Goodwill o Badwill Tributario, el Servicio de Impuestos Internos ha dispuesto que la mencionada diferencia deberá distribuirse proporcionalmente entre los activos no monetarios que provienen de la empresa absorbida.

Ahora bien, el Servicio de Impuestos Internos ha definido los activos no monetarios mediante sus oficios N°1843 del 26 de Junio de 1996 y N°885 del 24 de Abril de 1997, como aquellos que por su naturaleza se impide que la desvalorización monetaria ocasione menoscabo en su valor real. Pero existen activos no monetarios a los que no se puede distribuir goodwill como es el caso de los PPM, cuentas por cobrar, remanente de crédito fiscal, entre otros.

La inexistencia de dichos activos no monetarios obliga a reconocer una cuenta complementaria de activo (en el caso de generarse goodwill), la que debe ser amortizada en seis periodos.

Ahora bien, respecto del Badwill Tributario el Servicio de Impuestos Internos no se ha pronunciado sobre la forma en que se reflejará la mencionada diferencia, por lo que se deduce que se puede diferir la utilidad en una cuenta de pasivo y amortizar, o reconocer la utilidad totalmente en el ejercicio.

Efectos en la determinación de los impuestos anuales:

Si se produce un goodwill, se pagará menos impuestos por el reconocimiento de la amortización, y en el caso del badwill va a depender si la utilidad se difiere o se reconoce en el mismo ejercicio en que se produce.

En este caso la contingencia se producirá si el Servicio señalara algo distinto respecto del tratamiento del badwill. También el valor de la inversión podría disminuir considerablemente en su valor tributario.

F. Excesos de retiros:

La fusión de sociedades se puede llevar a cabo entre distintas sociedades ya sean anónimas o no anónimas, si bien el propósito de la presente tesis tiene como objetivo principal las sociedades anónimas, no se debe desconocer que en el caso de la fusión de sociedades, se pueden dar distintos escenarios, como es el caso de una fusión entre una sociedad anónima y una sociedad de personas, y subsiste la anónima. Cuando se produce esta situación puede suceder que la sociedad de personas posea excesos de

retiros, caso en el que no existe pronunciamiento alguno respecto del Servicio de Impuestos Internos y menos existe una normativa al respecto.

En el caso señalado anteriormente se tienen dos posibilidades para solucionar dicho problema, el primero es que la sociedad se haga cargo de los impuestos pagando el 35% de dichos excesos, como sucede en la transformación de sociedades anónimas, ó debido a que la sociedad que traía el exceso de retiros desaparece, estos también desaparecen. Es en esta última situación donde se origina una contingencia, ya que en determinado momento el servicio puede revisar a la sociedad que subsiste y obligar al contribuyente a hacerse cargo de los impuestos personales de la sociedad absorbida.

5.1.2 Ley de Impuesto al Valor Agregado.

Es importante señalar también las posibles situaciones tributarias que se podrían producir cuando dos o más sociedades se fusionan frente al Decreto Ley 824.

A. Crédito Fiscal.

Este crédito fiscal, consiste en el sistema establecido por el legislador para gravar con impuesto sólo al valor agregado de cada etapa de comercialización del bien respectivo, y es el equivalente al IVA recargado en las facturas que acrediten sus adquisiciones o la utilización de servicios que se destinen a operaciones gravadas con IVA, y que se guarden relación con la actividad del contribuyente.

Así, el impuesto a pagar se determina el deducir de los debitos fiscales producidos por las ventas y servicios afectos, los créditos correspondientes al IVA recargado en las adquisiciones del mismo periodo. Sin embargo, si los mencionados debitos fiscales son inferiores a los créditos fiscales, este remanente podrá ser acumulado para el mes siguiente.

Respecto de las sociedades fusionadas, un tema interesante a dilucidar es que sucede con los créditos mencionados con anterioridad que se encuentran acumulados en ellas al momento de la fusión.

Ahora bien, el artículo 28 establece que dicho remanente podrá ser imputado al Impuesto que se cause con motivo de la venta o liquidación del establecimiento o de los bienes corporales muebles o inmuebles, si todavía queda crédito podrá ser imputado contra el Impuesto de Primera Categoría en el último ejercicio (28).

En lo referente al crédito fiscal, el Servicio de Impuestos Internos ha señalado “los créditos originados a favor de los contribuyentes, sólo pueden ser utilizados por los titulares que generaron dicho crédito , al tratarse de un beneficio tributario especialísimo y de carácter personal y 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 (28).

Con lo anteriormente señalado, podemos concluir que una contingencia importante respecto de los remanentes de créditos fiscales, es que dichos créditos no podrán ser utilizados por la sociedad absorbente, por tanto se estaría perdiendo un activo importante respecto de la sociedad absorbida.

B. Crédito artículo 27 bis.

El crédito del 27 bis es un mecanismo excepcional establecido a favor de los Contribuyentes del IVA y de los Exportadores, y consiste en la recuperación del remanente de crédito fiscal cuyo origen se encuentre en la adquisición de bienes corporales muebles e inmuebles destinados a formar parte del activo fijo, además, servicios destinados a formar parte de los bienes del activo fijo y bienes muebles importados, según contrato de arrendamiento con o sin opción de compra, destinados a formar parte del activo fijo. Esta recuperación se puede solicitar a la Tesorería general de la República siempre y cuando dicho remanente se encuentre acumulado por un periodo igual o superior a seis meses.

Al igual que los créditos por gastos de capacitación y PPM, esté crédito es de carácter personalísimo, por lo tanto, la fusionada no podrá transferir a la fusionante la opción de imputar dicho remanente a determinados impuestos o derechos.

Ahora bien, en cuanto a la posibilidad de la fusionada de ejercer el derecho de devolución del remanente de crédito fiscal, el SII manifestó lo siguiente: “si la empresa fusionada y, por lo tanto, disuelta y con cesación en su giro, ha percibido el reembolso de los remanentes de que se trata el referido artículo 27° bis, su sucesor legal, esto es, la sociedad fusionante, deberá de proceder a su restitución, en tanto continuadora en los pasivos del ente fusionado. Si el crédito o derecho personal en comento se encontraba insoluto al momento de la fusión, obviamente, se extinguirá, en tanto que su percepción está condicionada a la persistencia en el giro afecto de su titular”(29).

Establecido si el crédito en comento se ha percibido, a la disolución o termino de giro de la sociedad fusionada debe procederse a su devolución, y por el contrario, si dicho crédito se encuentra insoluto, se extingue, en tanto su exigibilidad y el derecho a conservar lo pagado está condicionado a la no cesación en el giro del contribuyente que ha adquirido el activo fijo en cuestión. Así, existe una potencial contingencia, en torno a que las devoluciones que la fusionada ha percibido por parte del Servicio de Impuestos Internos, la sociedad fusionante, deberá rembolsar dichos montos. Por tanto, los créditos en comento se perderán.

5.2 Contingencias tributarias producidas en la División de Sociedades Anónimas

5.2.1 Ley de la Renta:

A. Pérdidas Tributarias.

Como se señaló anteriormente las pérdidas tributarias acumuladas y debidamente actualizadas se podrán deducir como gasto del ejercicio. Entonces, corresponde analizar la posibilidad de traspasar dichas pérdidas que posee la sociedad que se divide, a la o las sociedades que se crean.

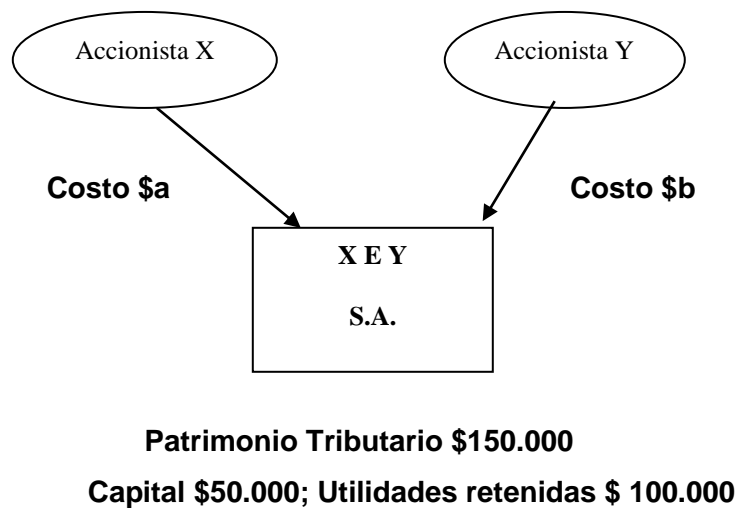
Este beneficio se encuentra establecido para el negocio o empresa que produce las pérdidas, por lo tanto sólo puede ser ejercido por la sociedad que las genere, no obstante que estas hayan sido absorbidas por el capital y/o reservas de acuerdo a la división.

Así, de acuerdo a lo señalado, podemos concluir que la principal contingencia en la división de sociedades, es el no poder utilizar las pérdidas tributarias acumuladas en las sociedades que se crean. Además, se debe tener en consideración las condiciones o restricciones establecidas en relación con la utilización de las pérdidas tributarias (ley 19.738 contra la evasión y elusión de impuesto, mencionadas y analizadas con anterioridad).

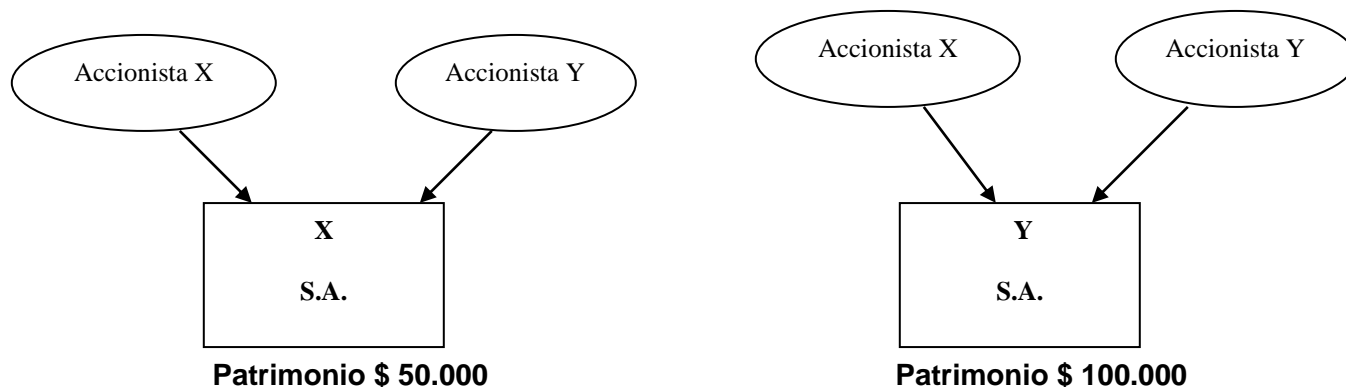
B. Costo de la Inversión:

A pesar de no ser un objetivo de la presente tesis el demostrar las contingencias para los accionistas de la sociedad dividida, se considera importante y significativo mencionar el principal riesgo tributario que adquiere el accionista al aprobar la división de una sociedad en donde tiene participación.

El costo tributario de la inversión para los accionistas de la sociedad dividida, será un factor importante que deben tener en consideración los mismos al momento de enajenar dichas acciones. Esto se explica con el siguiente ejemplo:



Luego se divide la sociedad en la sociedad X S.A. e Y S.A.



Entonces, en este caso, cual va a ser el costo de la inversión ante una eventual enajenación de acciones de una de las dos sociedades?. Lo mas lógico sería utilizar el criterio de asignación en forma proporcional al capital, y quedaría de la siguiente forma:

X S.A.: $50000/50000$, por tanto el costo sería el 100% sobre el patrimonio de dicha S.A.

Y S.A.: $100000/0$, por lo tanto en este caso no existiría costo de la inversión.

Es importante mencionar, que en la legislación chilena, cuando los accionistas enajenan acciones, estos serán gravados por el mayor valor obtenido en dicha enajenación. Entonces, la contingencia se producirá cuando los accionistas de Y S.A. vendan sus acciones ya que no tendrán un costo de la inversión y su mayor valor y por lo tanto, base Imponible para el pago del impuesto, será el precio de venta de dichas acciones.

Al respecto cabe señalar que en mencionado caso, no existe pronunciamiento alguno del Servicio de Impuestos Internos.

5.2.2 Impuesto al Valor Agregado.

A. Situación de Artículo 27 bis.

Como se menciono con anterioridad, el citado artículo establece la recuperación excepcional del remanente de crédito fiscal cuyo origen se encuentre en adquisiciones

destinadas a formar parte del activo fijo del contribuyente, en la medida que se mantenga durante por lo menos seis meses consecutivos.

Dicho beneficio se establece para los contribuyentes gravados con el impuesto al valor agregado y los exportadores. El mencionado remanente se podrá recuperar imputando dicho remanente corregido, a cualquier clase de impuestos fiscales, incluso de retención y a los derechos, tasas y demás gravámenes que se perciban por intermedio de aduanas u optar por que dicho remanente les sea reembolsado por la Tesorería General de la República.

Lo que corresponde analizar acá es si la sociedad dividida puede traspasar a la naciente el derecho a solicitar la devolución del remanente a que hace referencia el artículo 27 bis, antes comentado. En cuyo caso cabe señalar que existe un inconveniente de orden administrativo para que la sociedad que se crea pueda solicitar la devolución del citado crédito, dado que las facturas se encuentran a favor de otro comprador.

5.3 Contingencias Tributarias producidas en la Transformación de Sociedades Anónimas.

5.3.1 Contingencias producidas en la Ley de Impuesto a la Renta:

A. Excesos de Retiros:

Se debe mencionar que en las sociedades de personas, los socios personas naturales, y los contribuyentes del artículo 58 N° 1 afectos a Impuesto Adicional, tributan solo por los retiros o remesas hasta completar el FUT, o bien quedan exentos de impuesto si es que existen utilidades no tributables en el FUNT. La tributación de los excesos de retiros por sobre estas cantidades queda suspendida para ejercicios futuros cuando se produzcan nuevas utilidades tributables.

Es por ello que el Art. 14, N° 1, letra b de la Ley de Impuesto a la Renta establece que en el caso de transformación de sociedad de personas en anónima, esta última deberá pagar el impuesto del Art. 21 inciso 3° en el o los ejercicios en que se produzcan utilidades tributables, por los retiros en exceso que existan al momento de la transformación. Añade la misma norma que igual tributación se aplicará en caso que la

sociedad se transforme en sociedad en comandita por acciones, por la participación que le corresponda a los accionistas.

Con expuesto anteriormente, podemos mencionar que la principal contingencia en caso de una transformación de sociedades, se produce cuando se transforma una sociedad de personas en una sociedad anónima, y esta posee excesos de retiros. Ya que la sociedad de personas deberá determinar el FUT y el FUNT a la fecha de la transformación, a los cuales deberá aplicar el remanente de excesos de retiros provenientes del ejercicio inmediatamente anterior y los retiros efectuados en el periodo de la transformación, ambos valores actualizados. De estas imputaciones resultarán los excesos de retiros, que serán de cargo de la sociedad anónima que se crea (30).

Así, la sociedad ahora transformada en sociedad anónima deberá hacerse responsable de los excesos de retiros, al momento de la transformación, pagando un 35% de impuesto del Art. 21 por los mencionados excesos de retiros.

B. Franquicia Artículo 18 Ter de la Ley de la Renta

Como ya se mencionó, aunque el objetivo principal de la presente tesis consiste en la determinación de las contingencias para la sociedad, sería importante mencionar la principal implicancia tributaria para el accionista o socio al aprobar la transformación de una sociedad en donde tiene participación.

El artículo 18 ter de la Ley de la Renta establece que no se gravará ni se declarará el mayor valor obtenido en la enajenación de acciones emitidas por sociedades anónimas abiertas con presencia bursátil, siempre que se cumpla con determinados requisitos, que atiende tanto a la forma de adquisición de las acciones como a su posterior enajenación.

Dicho artículo señala que la adquisición de las acciones debió realizarse por alguno de los siguientes medios:

- En una bolsa de valores del país, o
- En un proceso de oferta pública de adquisición de acciones regida por el título XXV de la Ley N° 18.045, o

- En una colocación de acciones de primera emisión, con motivo de la constitución de la Sociedad Anónima, o
- En una colocación de acciones de primera emisión, originada en un aumento de capital posterior a la constitución de la sociedad, o
- Con ocasión del canje de bonos convertibles en acciones.

Además establece que deben cumplirse con dos requisitos al momento de la enajenación:

- que su enajenación se produzca en una bolsa de valores del país o del extranjero, en este último caso, autorizada por la Superintendencia de Valores y Seguros, o bien en un proceso de oferta pública de adquisición de acciones, regido por el título XXV de la Ley N° 18.045; y
- Que al momento de la enajenación la acción tenga presencia bursátil, entendiéndose dicha presencia en los términos establecidos en el N° 1 del artículo 13° del decreto ley N°1.328, de 1976.

Entonces, cuando se realiza una transformación de sociedad limitada a sociedad anónima, será importante dilucidar si se podrá utilizar el beneficio señalado con anterioridad. Es decir, cual será la tributación del mayor valor, si en una fecha posterior a la transformación se realiza una enajenación de acciones por parte de alguno de los accionistas.

Al respecto cabe señalar que el Servicio de Impuestos Internos se ha pronunciado y ha señalado lo siguiente: “en la situación planteada no concurrirían los requisitos establecidos por el artículo 18 ter, citado, para acceder a la exención tributaria que establece; específicamente, no se cumpliría con la necesidad de que las acciones sean adquiridas en una colocación de acciones de primera emisión, con motivo de la constitución de la sociedad”(31).

Por lo anterior, una contingencia importante para el accionista es que no podrá utilizar el beneficio mencionado la franquicia establecida en el artículo 18 ter de la Ley de la Renta.

VI. PLANIFICACIÓN DE CONTINGENCIAS TRIBUTARIAS

Planificar para el inversionista significa coordinar distintas actividades de tal forma de maximizar su rentabilidad, lo cual significa velar por el cumplimiento de los objetivos propuestos y optimizar costos. Por otro lado, el inversionista al evaluar la inversión, lo hace en función de la rentabilidad futura y de las probabilidades de éxito, lo que constituye un riesgo para el inversionista, por tal motivo éste va a fijar un costo alternativo que permita minimizar el riesgo de la inversión.

En el caso del pago de impuestos, no se puede tratar como una inversión, esto por que con el pago de impuesto se está efectuando un desembolso del cual no se espera ningún retorno, es decir constituye un gasto, ya que es una obligación que no se puede dejar de cumplir. Es por eso que el inversionista no tiene la posibilidad de optimizar el pago de impuestos, sino la alternativa es disminuir la carga tributaria aprovechando franquicias tributarias existentes.

Así, han mencionado algunos autores que la planificación tributaria es un estudio cualitativo y cuantitativo de los elementos y franquicias tributarias existentes a favor del contribuyente, con el objeto de minimizar la carga impositiva del mismo.

Ahora en las reorganizaciones de sociedades, la carga impositiva con la que se puede afectar la sociedad cuando se reestructura (significando un costo importante para la sociedad), debe necesariamente ser analizada y cuantificada. Lo anterior, por las contingencias tributarias a las que se puede exponer el o los contribuyentes en sus procesos de reorganizaciones.

Es por eso, que frente a una reorganización se deberán analizar necesariamente las implicancias tributarias frente a las diferentes figuras que puede tomar las organizaciones, todo ello para lograr una óptima utilización de las franquicias tributarias existentes, así como también la eficiencia en el pago de impuestos.

Ahora bien, de acuerdo a la investigación realizada en el presente ítem se abordarán las contingencias que se podrán planificar con el fin de que la reorganización sea lo más eficiente en cuanto a la tributación. Sin embargo, existen contingencias que no

se abordará la planificación, ya que no son posibles de planificar, o que de ser así se estaría en presencia de evasión o elusión de impuestos. Entendiéndose por *evasión tributaria* la figura jurídica consistente en el impago voluntario de tributos establecidos por la ley, y por *elusión de impuestos* el no pago de determinados impuestos que se han establecido, amparándose en subterfugios o resquicios legales, no previstos por el legislador al momento de redactar la ley. Diferenciándose la elusión de la evasión, el no ser técnicamente un delito ni otro tipo de infracción jurídica, ya que el uso de argucias y tecnicismos legales le confieren completa legitimidad para efectos jurídicos, sin embargo, en el caso de la evasión es un acto completamente ilegítimo.

6.1 Planificación de la fusión de sociedades anónimas

6.1.1 Continuidad de utilización del régimen de depreciación acelerada.

Como se mencionó anteriormente, la continuidad de la utilización del régimen de depreciación acelerada puede ser de gran importancia para la sociedad resultante de la fusión, ya que en el corto plazo puede significar una mayor o menor liquidez. Es por esto que si el gasto por depreciación reconocido por la sociedad es un gasto significativo para la sociedad resultante, necesariamente antes de realizar la fusión se deberá planificar detenidamente la forma que tomará la fusión, y todos sus efectos impositivos.

De esta forma, si la continuidad del régimen de depreciación acelerada es el punto más importante a conservar luego de la fusión, la forma de seguir utilizando la mencionada franquicia, consistirá en realizar una fusión por absorción, en que la sociedad que absorbe tiene la cantidad mayor de activos depreciados aceleradamente.

6.1.2 Tributación del mayor valor obtenido en la enajenación de acciones

En este caso, es importante buscar la manera de hacer eficiente el pago de impuestos en el mayor valor obtenido en la enajenación de acciones antes de un año de realizada la fusión, que se obtuvieron en la fusión de sociedades. Para esto, se deberá tener en consideración la situación de las utilidades de la Sociedad resultante de la fusión, la que puede ser:

- Que dicha sociedad posea y genere gran cantidad de utilidades tributables, por lo que al accionista le beneficiará que siga generando utilidades con derecho a crédito (o sea, tributación del mayor valor con régimen general), debido a que será difícil que a lo largo del tiempo las utilidades retiradas por el mismo se imputen a las utilidades no tributables, por tanto es más conveniente que siga utilizando utilidades con crédito.
- Que dicha Sociedad no posea utilidades tributables, caso que al accionista le será conveniente la tributación del mayor valor con impuesto de primera categoría en carácter de único, ya que dichas utilidades se incluirán en las utilidades no tributables, por lo que el contribuyente en cuestión no pagará impuesto por las utilidades retiradas.

En el primer caso señalado, no será necesario planificar el mencionado mayor valor. Y en el segundo caso se pueden planificar de dos formas el mencionado impuesto. Estas son: 1) Que la enajenación de dichas acciones se realice con posterioridad a la fecha de un año desde la escritura de fusión, ó 2) que se realice una fusión por absorción en donde la sociedad continuadora legal será la titular de las acciones. Esta forma de minimizar el pago de impuestos, se privilegiará los intereses de los accionistas.

6.1.3 Utilización de las Pérdidas Tributarias acumuladas de la sociedad absorbida.

Habitualmente cuando se realiza una fusión por absorción de sociedades se opta por conservar la sociedad de mayor envergadura, lo que tiene como principal objetivo aprovechar el reconocimiento o prestigio que posee el nombre o la marca que la sociedad absorbente goza dentro del mercado.

Sin embargo, puede suceder que la sociedad de menor envergadura posea pérdidas tributarias acumuladas, y si esta es absorbida, dichos resultados tributarios acumulados no podrán ser utilizados por la sociedad que resulte de dicha fusión.

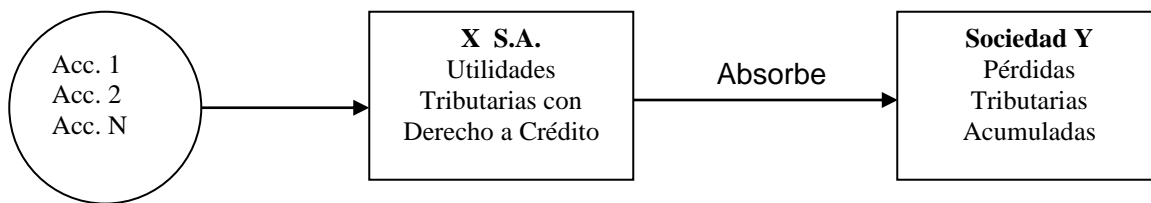
El objetivo principal al planificar adecuadamente esta fusión es poder utilizar las pérdidas acumuladas en cuestión, entonces, en dicho caso se propondría que la sociedad menor o la que posee las pérdidas tributarias absorba a la mayor o que posee utilidades tributarias, y una vez que se ha materializado la fusión, se procede a reemplazar el

nombre de la sociedad resultante por el que tenía la sociedad absorbida, de esta forma se conservará el prestigio de la sociedad y utilizará el beneficio establecido en el artículo 31 de la Ley de Impuesto a la Renta, además si la sociedad absorbida posee utilidades que pagaron impuestos, se podrá solicitar la devolución de los mismos por la proporción de las pérdidas que absorbieron las utilidades absorbidas, lo que significará necesariamente un mayor flujo para la sociedad resultante de la fusión.

No obstante, se debe tener en consideración en la propuesta señalada anteriormente las condiciones impuestas por la ley 19.738, comentada con anterioridad.

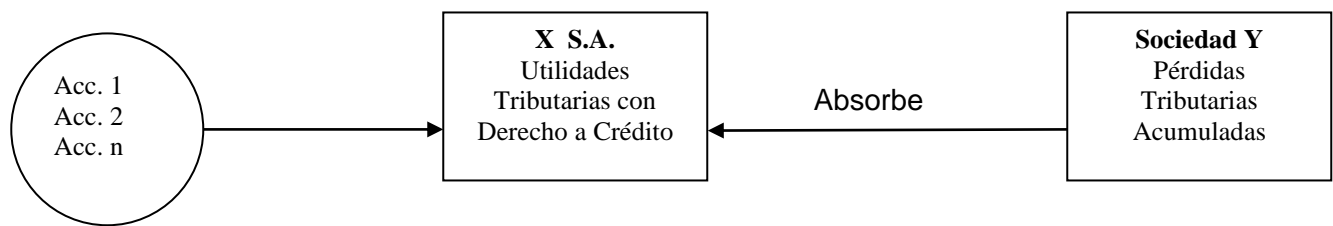
A pesar de que el objetivo de la tesis no es determinar las contingencias en torno a los accionistas, es importante señalar que la utilización de dichas pérdidas tiene necesariamente una incidencia en los impuestos personales de los accionistas. Esto se explica de la siguiente manera.

Caso 1



En este caso la sociedad X absorbe a la Sociedad Y, por lo tanto las pérdidas tributarias que posee la sociedad absorbida no pueden ser utilizadas, por lo que la nueva sociedad X ya fusionada deberá pagar mayor impuesto de primera categoría. Sin embargo, los accionistas de la sociedad pagarán sus impuestos personales sobre las utilidades que posee la sociedad, con derecho a crédito (ese crédito rebaja los impuestos personales).

Caso 2



En esta situación, se utilizó lo sugerido en este mismo punto sobre la utilización de las pérdidas tributarias acumuladas, lo que implica necesariamente que disminuirá el crédito por Impuesto de Primera Categoría. Ahora, ¿que sucede en este caso con los impuestos que debe pagar el accionista?. Respuesta: se verán afectados, debido a que como las utilidades tributarias fueron absorbidas por las pérdidas, el saldo acumulado de dichas rentas con crédito disminuirá o desaparecerá, por lo tanto cuando se distribuyan utilidades el accionista deberá pagar los impuestos personales, pero con un menor crédito o simplemente sin crédito (o sea, pagará mas impuestos personales, ya que dicho crédito como se dijo anteriormente rebaja los impuestos).

En conclusión, al planificar la utilización de las pérdidas tributarias acumuladas se deberá tener en consideración la conveniencia de la utilización de dichos créditos para los accionistas.

En este caso, es importante buscar la manera de hacer eficiente el pago de impuestos en el mayor valor obtenido en la enajenación de acciones, que se obtuvieron en la fusión de sociedades.

Como se señaló precedentemente, este mayor valor se puede afectar con uno o con dos impuestos, entonces lo óptimo será que se afecte con un solo impuesto. La forma de tributar con un solo impuesto es no vender las acciones que posee la sociedad subsistente o la sociedad nueva, antes de un año de transcurrida la fusión de ambas sociedades.

6.1.4 Utilización de los créditos originados a favor del contribuyente.

Como los créditos de la Sociedad disuelta no podrán ser transferidos a la Sociedad resultante de la fusión, la única forma de utilizar dichos créditos, será contra los impuestos pendientes de pago a la fecha de la disolución de la sociedad.

Respecto de los Pagos Provisionales Mensuales cabe mencionar que si existiere un monto que quedo pendiente de utilizar luego del pago de todos los impuestos de la Sociedad, el mencionado monto no debiera ser significativo ni relevante, ya que el mencionado crédito se determina mensualmente bajo una tasa calculada sobre la base de los impuestos pagados por el año anterior, esto según lo dispuesto en los artículos 84 en adelante, por tanto, los resultados que se generan entre un año y otro no debieran diferir en montos significativos, a menos nos encontremos con un caso excepcional en donde los resultados entre un año y otro existan resultados tributarios totalmente diferentes. Si la diferencia de resultados se traduce en que en el año que se ocupa como base para determinar la tasa se reflejó una utilidad tributaria, y en el año siguiente (año en que se realizará la fusión) la sociedad está reflejando pérdida, en este caso según lo mencionado en el artículo 90 de la Ley de Impuesto a la Renta, se podrán suspender los pagos provisionales correspondientes a los ingresos brutos correspondientes a los ingresos brutos del trimestre siguiente a aquel en que la pérdida se produjo. Además, se debe tener en consideración que el mismo artículo obliga al contribuyente que suspende los pagos provisionales mensuales a mantener un estado de pérdidas y ganancias acumuladas a disposición del Servicio de impuestos Internos.

Respecto de créditos como el Sence, la única forma de no perder ese activo, si la sociedad tiene la certeza de que en un determinado año se realizará una fusión en que la misma desaparecerá jurídicamente es simplemente no realizar una inversión en capacitación, sino hasta el posterior cambio de figura jurídica.

6.1.5 Bad Will Tributario y Excesos de Retiros:

En los mencionados casos, no se podrá planificar la contingencia originada, debido a que estas situaciones se encontrarán siempre en contingencia, hasta que el

órgano fiscalizador no determine lo contrario, en una eventual situación de revisión o en algún pronunciamiento al respecto.

No obstante, de acuerdo a lo indagado en la investigación, si el Servicio de Impuestos Internos determinara el pago de un mayor impuesto, multas, intereses y reajustes, el contribuyente podrá apelar a tal decisión, ya que si el criterio utilizado para la tributación del mencionado concepto es igual que el utilizado por la mayoría de los contribuyentes, se puede apelar a que es una práctica común entre los contribuyentes, y no existe un pronunciamiento del órgano fiscalizador al respecto. Además, en términos comunes, se habla de apelar a la buena fé del Contribuyente.

6.1.6 Remanentes de Crédito Fiscal

El principal objetivo de planificar la fusión frente a los créditos fiscales originados por la sociedad absorbida, es utilizar los mencionados remanentes en la nueva sociedad o sociedad absorbente.

La forma de utilizar dichos remanentes en términos prácticos es que antes de llevar a cabo la fusión se realice una enajenación de existencias o prestación de servicios gravadas con IVA (dependiendo del giro de la sociedad absorbida) a la sociedad continuadora. De esta forma, la sociedad absorbida podrá utilizar el remanente de crédito imputándolo contra los débitos generados en la venta o prestación de servicios señalada con anterioridad. Además, la sociedad absorbente quedará con la totalidad de los créditos originados a través de la compra o prestación de servicios.

Con la operación mencionada con anterioridad la fusión no significará la pérdida de los activos que representa el crédito en la sociedad absorbida.

6.2 Planificación de la División de Sociedades Anónimas.

6.2.1 Utilización de pérdidas tributarias.

Respecto de las mencionadas pérdidas tributarias, para buscar la óptima utilización en las sociedades que se crean o mantienen, la sociedad dividida deberá

persistir con el giro o actividad que en el futuro generará la mayor cantidad de utilidades tributarias. De esta forma, se permitirá que la sociedad dividida no pague impuestos por las rentas obtenidas, las que se irán absorbiendo a lo largo del tiempo.

Entonces, una variable importante a dilucidar antes de realizar una división es la proyección a través del tiempo de las utilidades tributables de las sociedades resultantes de la división.

6.3 Planificación de la Transformación de Sociedades.

Como se mencionó con anterioridad, en la transformación de sociedades, existen dos contingencias importantes. La primera afecta directamente a la sociedad, es la que se debiera pagar un impuesto a nivel de la sociedad por los excesos de retiros de la misma. Sin embargo, de acuerdo a lo indagado, esta no es posible de eliminar con una adecuada planificación, esto debido a la rígida estructura de una transformación. Con respecto, a la franquicia establecida en el artículo 18 ter, tampoco se podrá planificar, esto de acuerdo al pronunciamiento del Servicio de Impuestos Internos.

DISCUSIÓN Y ANALISIS DE LOS RESULTADOS OBTENIDOS

Para determinar las contingencias tributarias producidas por las reorganizaciones sociales, primero se analizaron estas instituciones desde el punto de vista financiero y jurídico. Así, para de esta forma conocer y visualizar más claramente los efectos tributarios que se producen a causa de la fusión, división y transformación de sociedades.

Luego, de lo mencionado anteriormente, se finalizó la investigación mediante el estudio de los oficios correspondientes al periodo 1995-2005, además de entrevistas a expertos en tributación y discusión con el profesor guía. Todo lo anterior, para determinar las contingencias que se pueden producir en las distintas formas de reorganizaciones sociales. Así, como primera prioridad se buscó definir una contingencia tributaria, al finalizar el estudio de la misma, se puede decir que al respecto no existe definición formal alguna, no obstante, luego de la investigación se define como un riesgo en que el contribuyente se vería afectado en sus activos netos, ante una eventual fiscalización del Servicio de Impuestos Internos.

Al determinar las mencionadas se puede concluir, que a nivel organizacional existen contingencias tributarias importantes en cada una de las instituciones en estudio, no obstante, las mencionadas contingencias no se producen con el cumplimiento del Código tributario.

Del mismo modo, existen contingencias que se encuentran contenidas entre los efectos tributarios de las reorganizaciones de sociedades. Y, las otras contingencias o riesgos que se producen por no existir normativa, comentario u opinión del órgano fiscalizador al respecto, en este caso el Servicio de Impuestos Internos.

Con respecto al estudio de Oficios realizado, se puede concluir que los periodos cubiertos por la investigación no han cubierto la totalidad de las probables contingencias producidas, por lo que se decidió, incorporar algunos oficios de periodos fuera de lo estipulado en la metodología.

Ahora bien, con respecto a la propuesta de planeamiento de las contingencias mencionadas con anterioridad, se puede decir, que en algunos casos son perfectamente planificables. No obstante, existen otras contingencias que no deben ser planeadas, ya que al existir la posibilidad de este planeamiento, nos enfrentaríamos a una evasión o elusión tributaria, lo que a la larga produciría una mayor contingencia en torno a una eventual revisión del Servicio de Impuestos Internos.

Además, de acuerdo a la investigación realizada, también se puede concluir, que en términos de planeamiento de una reorganización se deberán evaluar y cuantificar todos los elementos desde un punto de vista no solo tributario, para poder determinar y cuantificar la conveniencia del planeamiento, por lo que se deduce que no hay una formula para realizar la mejor forma de reestructurarse, ya que todos los casos serán diferentes.

BIBLIOGRAFÍA

- 1- Puelma, A. 1998. Sociedades. Segunda edición. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. Tomo II.
- 2- Massone, P. 1979. Principios de Derecho tributario. Segunda edición. Valparaíso. Chile. Edeval. 415.
- 3- Hernández, R. 2000. Fusión, Transformación y División de Sociedades Anónimas, Efectos tributarios. Primera edición. Editorial Congreso. 293
- 4- Vergara, C. 1997. Reorganización de Sociedades Anónimas, implicancias Legales, Tributarias y Contables. Memoria para optar al Título de Contador Auditor, licenciado en Auditoría. Valparaíso. Universidad de Valparaíso. 145.
- 5- Andías, J. 2001. Planificación Tributaria. Tesis para optar a MBA Magíster en Gestión Empresarial. Valparaíso. Universidad Técnica Federico Santa María. 156.
- 6- Garrido, D. 2004. La Fusión de Sociedades Anónimas como Instrumento para la Revalorización Tributaria de la Empresa. Tesis para optar al título de Contador Público Auditor Licenciado en Sistemas de Información Financiera y Control de Gestión. Universidad de Valparaíso. 167.
- 7- Chile. Ministerio de Hacienda. 1974. Decreto Ley 824: Impuesto a la Renta. Diario oficial. 31/12/1974. 287.
- 8- Chile. Ministerio de Hacienda. 1974. Decreto Ley 830: Código Tributario. Diario oficial. 31/12/1974. 552.
- 9- Chile. Ministerio de Hacienda. 1976. Decreto Ley 830: Impuesto al valor Agregado. Diario oficial. 03/12/1976. 65.

- 10- Chile. Ministerio de Hacienda.1981. Ley 18.046: Ley sobre Sociedades Anónimas. Diario oficial. 21/10/1981. 61.
- 11- Chile. Ministerio de Hacienda.1982. Decreto Supremo 587: Reglamento de Sociedades Anónimas. Diario oficial. 13/11/1982.165.
- 12- <http://www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/adminis/2000-2005>. (Mayo- Junio/2005).
- 13- <http://www.sii.cl/documentos/circulares/1975-2005>. (Mayo - Junio/2005).
- 14- <http://www.keystones.cl/planYauditoria.htm> (Marzo/2005)
- 15- http://www.sii.cl/portales/inversionistas/sistema_tributario/sistema_tributario_chileno.pps (Abril/2005).

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) Chile. Ministerio de Hacienda.1981. Ley 18.046: Ley sobre Sociedades Anónimas. Diario oficial. 21/10/1981. Artículo 3 inciso 1°.
- (2) Chile. Ministerio de Hacienda.1981. Ley 18.046: Ley sobre Sociedades Anónimas. Diario Oficial. 21/10/1981. Artículo 8 inciso 1°.
- (3) Chile. Ministerio de Hacienda.1981. Ley 18.046: Ley sobre Sociedades Anónimas. Diario Oficial. 21/10/1981. Artículo 6° inciso 2°.
- (4) Chile. Ministerio de Hacienda.1981. Ley 18.046: Ley sobre Sociedades Anónimas. Diario Oficial. 21/10/1981. Artículo 22.
- (5) Chile. Ministerio de Hacienda.1974. Decreto Ley 824: Impuesto a la Renta. Diario Oficial. 31/12/1974. Artículo 3° inciso 1°.
- (6) Hernández Ricardo. “Fusión, Transformación y División de Sociedades Anónimas”, 2000. Pagina 28.
- (7) Hernández Ricardo. “Fusión, Transformación y División de Sociedades Anónimas”, 2000. Página 30.
- (8) Vergara, C.1997. Reorganización de Sociedades Anónimas, implicancias Legales, Tributarias y Contables. Memoria para optar al Título de Contador Auditor, licenciado en Auditoría. Valparaíso. Universidad de Valparaíso. Pagina 22.
- (9) Chile. Ministerio de Hacienda.1981. Ley 18.046: Ley sobre Sociedades Anónimas. Diario oficial. 21/10/1981. Artículo 57 bis N°4.
- (10) Hernández Ricardo. “Fusión, Transformación y División de Sociedades Anónimas”, 2000. Página 114.

- (11) Chile. Ministerio de Hacienda.1981. Ley 18.046: Ley sobre Sociedades Anónimas. Diario Oficial. 21/10/1981.Artículo 94.
- (12) Chile. Ministerio de Hacienda.1981. Ley 18.046: Ley sobre Sociedades Anónimas. Diario Oficial. 21/10/1981.Artículo 96.
- (13) Chile. Ministerio de Hacienda.1981. Ley 18.046: Ley sobre Sociedades Anónimas. Diario Oficial. 21/10/1981.Artículo 100.
- (14) Chile. Ministerio de Hacienda.1974. Decreto Ley 830: Código Tributario. Diario Oficial. 31/12/1974. Artículo 64 inciso 2°
- (15) Oficio 3690 de 9 de septiembre de 2000 del Servicio de Impuestos Internos.
- (16) Oficio 2632 de 31 de Octubre de 2001 del Servicio de Impuestos Internos.
- (17) Oficio N° 1.202, de 28 de Abril 2005 del Servicio de Impuestos Internos
- (18) Chile. Ministerio de Hacienda.1981. Ley 18.046: Ley sobre Sociedades Anónimas. Diario oficial. 21/10/1981. Artículo 99.
- (19) Oficio 4118 de 17 de noviembre de 1994, Servicio de Impuestos Internoc.
- (20) Oficio 1483 de 8 julio de 1997 del Servicio de Impuestos Internos
- (21) Chile. Ministerio de Hacienda.1974. Decreto Ley 830: Código Tributario. Diario oficial. 31/12/1974. Artículo 68.
- (22) Chile. Ministerio de Hacienda.1974. Decreto Ley 824: Impuesto a la Renta. Diario oficial. 31/12/1974. Artículo 14 A n° 1 letra c).
- (23) Chile. Ministerio de Hacienda.1974. Decreto Ley 824: Impuesto a la Renta. Diario oficial. 31/12/1974. Artículo 38 bis inciso 1°.

- (24) Chile. Ministerio de Hacienda.1974. Decreto Ley 824: Impuesto a la Renta. Diario oficial. 31/12/1974. Artículo 38 bis inciso 2°.
- (25) Chile. Ministerio de Hacienda.1974. Decreto Ley 824: Impuesto a la Renta. Diario oficial. 31/12/1974. Artículo 31 N°3 inciso 2°.
- (26) Chile. Ministerio de Hacienda.1974. Decreto Ley 830: Código Tributario. Diario oficial. 31/12/1974. Artículo 69 inciso 3°.
- (27) Oficio 6348 del 12 de Diciembre del 2003, Servicio de Impuestos Internos.
- (28) Oficio 4.852, del 19 de Diciembre de 2000, Servicio de Impuestos Internos.
- (29) Oficio 3188 del 14 de Agosto del 2000, Servicio de Impuestos Internos.
- (30) Circular 40 de 2 de agosto de 1992, Servicio de Impuestos Internos.
- (31) Oficio 3426 del 26 de Julio de 2006, Servicio de Impuestos Internos.

ANEXOS

ANEXO 1: ENTREVISTA DIRIGIDA A EXPERTOS EN TRIBUTACIÓN.

1.- ¿Son las reorganizaciones sociales una preocupación permanente para el Servicio de Impuestos Internos en su función fiscalizadora?

Respuesta:

2.- ¿Cuales son las hipótesis mas manejadas por los fiscalizadores del Servicio en el evento de objetar los efectos tributarios en una reorganización societaria?

Respuesta:

3.- ¿Que probabilidades tiene el contribuyente al defender su posición en estas materias, ya sea tanto en la RAF como en el reclamo?

Respuesta:

4.- En términos generales ¿que debidos resguardos deben tomar las sociedades para minimizar el riesgo de contingencias tributarias en un proceso de reorganización?

Respuesta:

CONCLUSION

Al concluir la tesis, se ha pretendido llegar a conocer los riesgos tributarios a los que se enfrentan las sociedades cuando deciden reestructurarse.

Al establecer los objetivos propuestos al comienzo de esta investigación, se pretendió cumplir con el objetivo general de esta tesis que correspondía a contribuir al conocimiento de la planificación de las contingencias tributarias que se producen cuando las sociedades anónimas se reestructuran.

Ciertamente los resultados obtenidos lograron satisfacer al objetivo propuesto, proporcionando una herramienta básica de conocimiento sobre la temática planteada desde un inicio, poniendo a disposición a través de este escrito toda la información recopilada por distintos medios, a través del logro de la redacción final del planeamiento tributario de las sociedades ante una reorganización.

Al concluir este trabajo se tiene la convicción que se traspasa un material recopilado de gran importancia y utilidad, cuyo beneficio esta orientado para aquellas Sociedades Anónimas que deciden realizar una reestructuración externa, estableciendo así los riesgos tributarios a los que se enfrenta la sociedad al realizar una reorganización y proponiendo para cada uno de estos riesgos un planeamiento que permita la mejor forma para llevar a cabo los cambios en la sociedad.

Finalmente se concluye señalando que tal investigación fue desarrollada debido a que la reorganización de Sociedades Anónimas, es una formula que las empresas tanto chilenas como extranjeras van realizando cada vez con mayor frecuencia, para obtener mejores beneficios a través del tiempo. Y por tanto es de vital importancia conocer las incidencias tributarias ante tal situación, y como enfrentarse a las mismas.