

ASPECTOS TRIBUTARIOS DE LA REORGANIZACIÓN DE EMPRESAS. FUSIÓN DE SOCIEDADES

Arnaldo Gorziglia Balbi
Profesor de Derecho Tributario

1. Aspectos Generales

La fusión de sociedades venía realizándose desde antiguo en nuestro país, a pesar de la casi inexistente normativa legal aplicable. El código Tributario del año 1959 anterior al actual, ya la contemplaba eximiendo de la obligación de dar aviso de término de giro en los casos de fusión, siempre que la sociedad creada o absorbente se responsabilizara de los tributos de la o de las que desaparecían.

En la actualidad la Ley 18.046 en su artículo 99 contempló expresamente respecto a las sociedades anónimas la figura jurídica de la fusión.

La fusión se define en la citada Ley como “la reunión de dos o más sociedades en una sola, que la sucede en todos sus derechos y obligaciones, y a la cual se incorporan la totalidad del patrimonio y accionistas del ente fusionado”. En la fusión, según la forma jurídica en que ella se realiza se pueden distinguir las siguientes formas:

- a) **Fusión por creación:** En la cual el activo y pasivo de dos o más sociedades que se disuelven, se aportan a una nueva sociedad que se constituye.
- b) **Fusión por incorporación o fusión perfecta:** En la cual una o más sociedades que se disuelven, se incorporan a

otra sociedad ya existente por adquisición de todos los activos y pasivos de la o de las que son absorbidas.

- c) **Fusión por reunirse todos los derechos o acciones en una sola mano:** Una sociedad existente absorbe a una o más sociedades mediante la adquisición de la totalidad de las acciones o derechos, disolviéndose la o las sociedades por ministerio de nuestra ley común. *Esta forma es conocida también como una forma de fusión por incorporación.*

La distinción efectuada y de todos conocida se menciona sólo porque es útil para analizar algunas particularidades en los efectos tributarios, en especial cuando se trata de la absorción por reunirse en una sola mano las acciones o derechos.

1.1 Los efectos tributarios de la figura jurídica de fusión es aplicable a todo tipo de sociedades.

Otro aspecto que interesa aclarar es que la figura jurídica de la fusión es aplicable no sólo a las sociedades anónimas sino también a las sociedades de personas y a toda clase de sociedades. Esta aclaración que pareciera innecesaria no lo es tanto si se considera que en el pasado existieron ciertas dudas sobre la materia.

Este criterio ha sido confirmado por el propio Servicio de Impuestos Internos, señalando entre otros dictámenes en Oficio N° 2.389 de 13 de Octubre de 1997 que el término “fusión de sociedades” empleado en el artículo 14 letra A N° 1, letra c) de la Ley de la Renta y artículo 69 del Código Tributario, no se encuentra restringido sólo a las sociedades anónimas, ya que de su texto expreso se puede apreciar claramente su aplicación a todo tipo de sociedades.

En efecto, el vocablo utilizado es el genérico de “sociedades”, y al incluir como una forma de fusión la reunión del total de los derechos o acciones de una sociedad en manos de una misma persona, resulta claro que el término “derechos” está referido a las sociedades de personas.

1.2 El problema que subsiste es si la absorción por la reunión de todos los derechos o acciones en una sola mano debe calificar o no como fusión para efectos tributarios.

Lo anterior por cuanto como se verá más adelante el Servicio de Impuestos Internos en un dictamen del año 1998, considera que en este tipo de reorganización de empresas cabe cumplir con la obligación de presentar término de giro.

2. Principales efectos tributarios de las fusiones antes mencionadas.

2.1 Exención a la obligación de solicitar término de giro.

El artículo 69 del Código Tributario señala en su segundo inciso que no es necesario dar aviso de término de giro en los casos de aporte de todo el activo y pasivo o fusión de sociedades, cuando la sociedad que se crea o subsista se haga responsable de todos los impuestos que se adeudaren por la sociedad aportante o fusionada en la *correspondiente escritura de aporte o fusión*. Agrega la norma que no obstante las empresas que se disuelven o desaparecen deberán efectuar un balance de término de giro a la fecha de su extinción, y las sociedades que se crean o subsistan pagar los impuestos correspondiente de la Ley de la Renta dentro del plazo de los dos meses siguientes al término de las actividades.

De lo expuesto se desprende que deben concurrir los siguientes requisitos:

- a) Tratarse de una fusión, sea que consista en fusión por creación, por incorporación u otro tipo de fusión, incluyendo, a mi juicio, la absorción por reunirse en una sola mano los derechos o acciones.

Cabe hacer presente que esta última situación en que la fusión se produce por adquisición de la totalidad de las acciones o derechos por una misma empresa, fue discutida por el Servicio de Impuestos Internos

recientemente, como ocurre con el oficio 701 de 7 de abril de 1998.

En el caso que nos ocupa el Servicio de Impuestos Internos considera que lo caracterizaría la fusión es que ocurre un traspaso del patrimonio, pero también de los socios o accionistas de las sociedades absorbidas, lo que no ocurre en el caso que se analiza. Por tanto, el oficio concluye que procede presentar término de giro de las sociedades que desaparecen, aun cuando se haya establecido cláusula de responsabilidad en la correspondiente escritura.

Este criterio es equivocado, a mi juicio, ya que el artículo 69 habla genéricamente de fusión de sociedades, y en el caso analizado se está en presencia de una fusión por absorción, ya que al reunirse en una empresa todos los derechos o acciones, esto es en un 100% por ministerio de la Ley, la totalidad del activo y pasivo de la sociedad disuelta se incorpora a la sociedad subsistente.

La conclusión citada se ve apoyada por el artículo 14 de la Ley de Impuesto a la Renta, el que al referirse al efecto suspensivo de la tributación en caso de reinversión de utilidades, incluye dentro del término fusión la reunión total de derechos o acciones de una sociedad en manos de una sola persona.

Cabe advertir que en dictámenes anteriores al ya citado de 1998, el Servicio había sostenido la tesis contraria, que es la que consideramos acertada. Al efecto cabe citar el oficio 191 de 18 de Enero de 1995 y la circular N° 17 del mismo año, en que se aceptaba la posibilidad que el adquirente de la totalidad de derechos o acciones se hiciera responsable de los tributos de la sociedad que desaparece.

b) Que la sociedad que se crea o subsiste se haga responsable de todos los impuestos que se adeudaren por la o las sociedades aportantes o fusionadas en la correspondiente escritura de aporte o fusión.

La redacción del artículo 69 a mi juicio no impide que se considere la figura de la absorción por la reunión del 100% de los derechos o acciones, ya que tratándose de derechos la escritura es obligatoria, y tratándose de

acciones ello es perfectamente posible cumplir con el requerimiento.

c) Las sociedades que desaparecen deben presentar balance de término de giro, que debe comprender el período que inicia el 1° de Enero del año de la fusión y la fecha de esta última.

La empresa subsistente debe pagar los impuestos adeudados dentro del plazo de dos meses contados desde la fecha de la fusión. Naturalmente que para efectuar el pago de los impuestos a la renta que afectan a la o a las sociedades absorbidas, se pueden aplicar los PPM pendientes de imputación que cada una de ellas tenga disponibles.

d) Finalmente, se deben cumplir una serie de formalidades administrativas que no es del caso analizar aquí, como son: entrega de los RUT de las sociedades que desaparecen; documentos timbrados sin uso para su destrucción, etc. etc. (Véase al efecto circular 12 de 10 de Mayo de 1995).

2.2 Imposibilidad de aprovechar por las absorbentes los créditos tributarios de las sociedades absorbidas

Por la circunstancia que los créditos de carácter tributario son personalísimos del contribuyente y no transferibles, como ocurre entre otros con el crédito por concepto de PPM, Remanente de Crédito Fiscal de IVA, créditos por gastos de capacitación, créditos por donaciones sujetos a leyes especiales, etc., no pueden ser aprovechados en beneficio de la sociedad absorbente.

El criterio señalado ha sido sostenido invariablemente por el Servicio de Impuestos Internos, y uno de los oficios más recientes N° 2.632 de 31 de Octubre de 1997, ha señalado que los créditos intransferibles, como son los PPM y créditos de gastos de capacitación, al desaparecer la persona jurídica beneficiaria también se extinguen los citados créditos, toda vez que la existencia del sujeto activo es un elemento esencial de cualquier obligación personalísima.

Lo señalado no es obstáculo por permitirlo así la expresa disposición del artículo 97 de la Ley de la Renta que se apliquen los PPM para el pago de los propios impuestos a la renta del contribuyente absorbido, como también ocurre con el IVA.

Incluso si hay remanente de PPM que como se sabe debiera devolverse en el mes siguiente al que se realizó la declaración, en esta situación no se produce la devolución automática, sino que tratándose de contribuyentes que cesan en su actividad, como ocurre en una fusión, debe solicitarse su devolución conforme a lo establecido en el inciso 4° del artículo 97 de la Ley de la Renta. (Véase oficio N° 329 del Servicio de Impuestos Internos de fecha 10 de Febrero de 1997).

En relación a los créditos de IVA los remanentes sólo pueden aplicarse a los débitos de IVA y el exceso sólo puede imputarse al impuesto de primera categoría. No existe devolución.

Por lo anterior, en los casos de fusión es conveniente limpiar los créditos IVA, por último realizando ventas de los activos realizables en forma previa a la fusión a las empresas que serán las absorbentes.

2.3 No se pueden traspasar las pérdidas en los casos de fusión.

Las pérdidas tributarias que se hayan generado en la o las sociedades absorbidas, no pueden traspasarse a la sociedad subsistente, ya que el mecanismo que establece el artículo 31 N° 3 de la Ley de la Renta sólo permite deducir las pérdidas al contribuyente que las originó, el cual sólo las puede descontar de sus utilidades. En esta forma, las pérdidas de las sociedades que desaparecen se extinguen y quedan sin aprovechamiento, por lo que si se desea aprovecharlas será necesario que la sociedad absorbente sea la que originó la pérdida.

Esta situación es común a todo tipo de fusión.

2.4 Valor, para los efectos de la Ley de la Renta, de los bienes que se traspasan con motivo de la fusión.

a) En este caso, tanto si se trata de una fusión por incorporación o de una fusión por creación, las sociedades o sociedad que desaparecen son sucedidas en todos sus derechos y obligaciones por la sociedad que se constituye o la preexistente y aun cuando legalmente el aporte constituye una enajenación no existe una contraprestación, ya que no recibe a cambio acciones o derechos de la absorbente, puesto que desaparecen, sino que los accionistas o socios pasan a serlo de la absorbente, de lo que resulta que queda al margen de experimentar un incremento patrimonial.

En la situación señalada no procede aplicar la facultad de tasar contemplada en el artículo 64 del Código Tributario, según lo reconoce la circular N° 68 de 28 de Noviembre de 1996.

Sin embargo, la sociedad creada o subsistente debe mantener registrado el valor tributario que tenían los bienes en la empresa o sociedad aportante que ha desaparecido, a objeto de acreditar para todos los efectos tributarios su costo y los elementos que inciden en el mismo, como depreciaciones y corrección monetaria, a objeto de determinar la utilidad tributaria en el momento de su enajenación a terceros.

También se ha aclarado que en estos casos de fusión no existen inconvenientes en que la sociedad absorbida aporte todos sus activos y pasivos a la sociedad absorbente a su valor tributario, y luego de materializada para los solos efectos financieros (no tributarios) se contabilicen los activos y pasivos a su valor financiero (oficio N° 267 de 17 de Enero de 1994).

Del mismo modo, el aporte puede hacerse a valores financieros siempre que se mantenga el control del valor tributario, según lo explicado en relación a la circular N° 68 ya citada.

b) Valor en que se traspasan los bienes de una sociedad disuelta por reunirse todas las acciones o derechos sociales en una sola persona jurídica.

En esta situación, el valor que corresponde registrar en la contabilidad de la sociedad absorbente o receptora los activos y pasivos de la sociedad que se disuelve, es el

valor de adquisición de las acciones o derechos, distribuyéndose proporcionalmente el precio de adquisición de la totalidad de las acciones o derechos de la sociedad disuelta, entre todos los activos no monetarios de la empresa.

Lo anterior es independientemente del valor contable que tengan los activos o pasivos. El Servicio de Impuestos Internos junto con confirmar esta tesis, en oficio 4355 de 19.11.85 ha señalado que en estos casos cabe aplicar la facultad de tasar que tiene el Servicio de Impuestos Internos conforme al artículo 64 del Código Tributario.

Los activos no monetarios son los que se autoprotegen de la inflación, los monetarios son lo contrario, salvo los *monetarios reajustables*.

En el oficio N° 885 de 24 de Abril de 1997 ha aclarado que la diferencia que se produce al comparar el valor de las acciones de la sociedad absorbida con el valor de los bienes transferidos, debe formar parte de los activos no monetarios recibidos por la sociedad receptora, quedando sujeta dicha diferencia al tratamiento tributario que afecta al respectivo activo no monetario al que accede o se incorpora, excepto respecto de los activos "cuentas por cobrar" y PPM, cuyas diferencias no los pueden afectar si en el primero no se indican cláusulas de reajustabilidad que garanticen su valor real, y respecto de los PPM su reajuste no puede exceder lo ordenado por la ley.

Lo señalado es especialmente válido en los aportes de los derechos o acciones, pero también en los casos de compra de los mismos.

En oficios anteriores, como el 4.591 de 30.11.93, el Servicio de Impuestos Internos en un caso similar había señalado que si el valor de adquisición de acciones era superior al valor de libros, esa diferencia no constituía costo porque se trataría de una revalorización al margen de la ley.

2.5 Mantención de la reinversión de utilidades.

Como se sabe, la Ley de Impuesto a la Renta en su artículo 14, A N° 1 letra c), señala que en los casos de

fusión de sociedades, entendiéndose dentro de ésta la reunión del total de los derechos o acciones de una sociedad en manos de una misma persona, las rentas acumuladas en la sociedad primitiva (FUT) y que se traspasan a la o a las sociedades que continúan, se mantienen reinvertidas en estas últimas, y por consiguiente no se presumen retiradas con motivo de la fusión, por lo que no son gravables hasta que se produzca el retiro real y efectivo.

Dicho de otra manera, la Ley entiende que estas utilidades se entienden reinvertidas en las nuevas sociedades producto de la fusión, y no procederá gravarlas con Impuesto Global Complementario o Adicional hasta que se produzca el retiro efectivo.

Si la sociedad que desaparece es una sociedad de personas con utilidades producto de una reinversión por artículo 14, mantienen tal carácter en la absorbente.

2.6 Fecha de adquisición de las acciones en caso de fusión de sociedades.

Dado que tanto en la fusión por creación como en la por incorporación, desaparecen las sociedades que traspasan sus activos, y la absorbente genera un aumento de capital, se ha establecido que la fecha de adquisición de las acciones es la de la escritura de fusión. El mismo criterio cabe aplicar en relación a los derechos de sociedades de personas.

La misma conclusión cabe en los casos de disolución de sociedades por reunirse las acciones o derechos en una sola mano.

Del mismo modo el reconocimiento que la sociedad que permanece debe efectuar a los accionistas o socios de las sociedades que desaparecen; producto del aumento de capital consiguiente, importan una emisión de acciones o reconocimiento de derechos cuya fecha de adquisición es la de la fusión.

2.7 Preparación de los estados financieros para cada una de las sociedades objeto de la fusión y del estado financiero de la sociedad fusionada.

La preparación del estado financiero fusionado debe ser efectuada en términos sencillos, uniendo línea a línea las distintas cuentas de activo, pasivo y patrimonio; se deben depurar las inversiones relacionadas, en caso de existir, contra patrimonio.

La forma de realizar el estado financiero fusionado será diferente, según la fusión se ha efectuado por incorporación o creación que importe un incremento patrimonial de la sociedad absorbente, al que se efectuará si la fusión se realiza mediante el expediente de la adquisición del 100% de las acciones o de los derechos en que el patrimonio de la sociedad absorbente no se ve afectado (es decir cambia dinero por bienes).

2.8 Tratamiento del menor valor existente entre el precio de adquisición de las acciones de una S.A. y el valor de libros de los activos y pasivos de una sociedad que es absorbida.

La citada pérdida no es deducible, ya que no se encuentra realizada, es decir, no constituye una pérdida en el concepto del artículo 31 N° 3, por no encontrarse realizada. Asimismo, como la Ley no grava las utilidades mientras no se realizan, tampoco se permite deducir pérdidas no realizadas. El resultado tributario se generará cuando se enajenen los bienes recibidos productos de la fusión.

2.9 Los efectos tributarios comentados también son válidos en el caso de que una agencia de una sociedad anónima extranjera absorba a una sociedad constituida en Chile por la adquisición de la totalidad de las acciones o derechos (oficio N° 2.389, de 13.10.97).

3. Situación en relación al IVA

3.1 La transferencia de dominio de bienes corporales muebles del giro de una sociedad que es absorbida por otra no constituye hecho gravado con IVA.

La sociedad absorbente es continuadora y sucesora de la absorbida, y en la escritura de fusión o en la Junta Extraordinaria reducida a escritura pública en que se materializa la fusión, se ha dejado constancia de la transferencia de todo el activo y pasivo. Entre los activos se encuentran los bienes del activo realizable, destinados al giro de la sociedad que desaparece, los que no se encuentran afectos a IVA si un traspaso se ha verificado por vía de la fusión, por encontrarse fuera del hecho gravado (Circular 124 de 1975 - Oficio 1.637 de 27 de Julio de 1997).

3.2 Situación del IVA en caso del aporte de las acciones o derechos que generan la fusión.

En este caso también cabe aplicar la misma conclusión, es decir, si se aportan las acciones o derechos en un 100% a otra sociedad, se produce la disolución de la sociedad y la subsistente se hace dueña de todos los activos, entre ellos los bienes del activo realizable, quedando fuera del hecho gravado porque la enajenación recayó en bienes incorporeales, lo que escapa al hecho gravado con IVA.

A igual conclusión debe llegarse en la enajenación de las acciones o derechos. Sin embargo el Servicio de Impuestos Internos en un oficio, N° 191/95 de 18 de Enero de 1995, ha señalado que como consecuencia de la disolución se generaría la enajenación de una universalidad jurídica que estaría dentro del hecho gravado. Interpretación, a mi juicio, equivocada, ya que esta situación no difiere del aporte ni de las demás situaciones contempladas en la circular 124.

4. Fusión de dos sociedades extranjeras en el exterior que generan la fusión de sus respectivas agencias.

Si dos sociedades extranjeras se fusionan en el exterior, al carecer las agencias en Chile de una personalidad jurídica distinta a las sociedades extranjeras, la fusión en el exterior por la cual la sociedad absorbida se disuelve y se incorpora su patrimonio en la absorbente, acarrea en Chile la disolución de la agencia respectiva y su incorporación a la agencia de la

sociedad absorbente, que es la que mantiene su personalidad jurídica y cuyo patrimonio se ha aumentado producto de la fusión.