

FUSIONES INVERSAS FRENTE A LA REFORMA TRIBUTARIA DEL AÑO 2014

Antonio Faúndez Ugalde

Profesor de Tributación P. Universidad Católica de Valparaíso
Doctor en Derecho
Magíster en Gestión Tributaria
Abogado
antonio.faundez@pucv.cl



Resumen: Este artículo presenta un estudio de los efectos en la tributación que derivan de los procesos de fusiones inversas de sociedades, estableciendo los efectos frente a la reforma tributaria y, en especial, en lo que dice relación con los ajustes del capital producto de la adquisición de derechos o acciones de su propia emisión.

Palabras claves: fusión inversa; atribución; recalificación; ajustes capital.

1.- INTRODUCCIÓN

Uno de los procesos de reorganización empresarial más complejos es la fusión de sociedades, cuyo principal efecto jurídico es reunir dos o más empresas o sociedades en una sola, en la cual se incorporará la totalidad del patrimonio de las empresas absorbidas.

Si bien la institución de la fusión se encuentra regulada en la Ley N° 18.046, del año 1981, texto que contiene la Ley sobre sociedades anónimas, su regulación también se

extiende a todo tipo de sociedades. El autor Álvaro Puelma¹ indica que dados los términos generales que empleó el legislador en el artículo 99 de la Ley N° 18.046, que trata de la fusión, resulta procedente que dichos preceptos sean también aplicables a toda clase de sociedades.

En el ámbito de la tributación, la fusión encuentra su regulación en el artículo 69 del Código Tributario, disposición que se refiere al término de giro de los contribuyentes. En tal caso, la fusión de sociedades produce la absorción de dos o más sociedades, las que se encuentran obligadas a declarar y pagar los impuestos correspondientes frente al término de giro. Sin embargo, el panorama se dificulta en el caso en que la absorción sea de una sociedad dueña de derechos o acciones en la sociedad absorbente. Esto implica que la sociedad absorbente adquiere derechos o acciones de su propia emisión cuyo tratamiento jurídico será analizado en la primera parte de este artículo, para dejar, al final, los alcances tributarios.

La circunstancia de que una sociedad A proceda a absorber a su socio (persona jurídica) implica que ingresará a su patrimonio un activo denominado “inversión en sociedad A”, reuniéndose en un mismo patrimonio la calidad de socio-sociedad, situación irregular que lleva necesariamente a ajustar el capital por confusión jurídica. Esto es, el sujeto acreedor (socio) titular de derechos o acciones se confunde con el sujeto pasivo (la sociedad), extinguiéndose la deuda. Sin embargo, el legislador tributario no ha sido claro en establecer los efectos tributarios que derivan de este tipo de operaciones, problemática que será estudiada en esta investigación.

2.- ALCANCES SOBRE FUSIÓN INVERSA

2.1 Concepto de fusión

La Ley N° 18.046, de 1981, que contiene la Ley sobre sociedades anónimas, señala en el artículo 99 lo siguiente:

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

¹ PUELMA A., Álvaro. Sociedades. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, T. I, p. 201.

El Servicio de Impuestos Internos (en adelante SII) ha coincidido con la doctrina en cuanto a que la institución de la fusión aplica a todo tipo de sociedades, especialmente porque tanto el artículo 69 del Código Tributario como el artículo 14 de la Ley sobre Impuesto la Renta, se refieren a la expresión fusión sin limitarla a un tipo de sociedad determinada².

2.2 Tipos de fusiones

Desde un punto de vista formal se reconocen dos clases de fusiones: (i) fusiones propias o por ley, y (ii) fusiones impropias o por compra. El artículo 99 de la Ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas, distingue dos formas de fusiones propias: (i) fusión por creación, y (ii) fusión por incorporación.

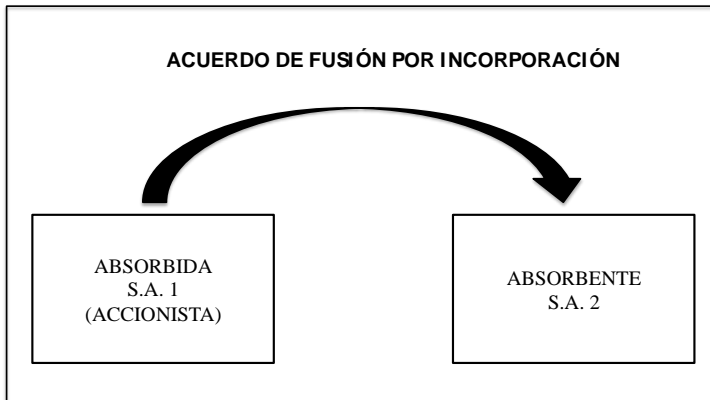
En la fusión por creación, el activo y el pasivo de dos o más sociedades que se disuelven, se aportan a una nueva sociedad que se constituye. En este caso, por un lado, se requiere la extinción de todas las sociedades que intervienen en la fusión y, por otro, la creación de una o más sociedades en las cuales se incorporará la totalidad de los patrimonios y accionistas o socios de las sociedades que desaparecen.

La fusión por incorporación se produce cuando una o más sociedades que desaparecen, son absorbidas por una sociedad ya existente, la que adquiere todos sus activos y pasivos. En este caso, se requiere la subsistencia de una de las sociedades que participa en la fusión, quien mantiene su personalidad jurídica y a la cual se incorporará la totalidad de los patrimonios y accionistas o socios de las sociedades que desaparecen.

Finalmente, la fusión impropia consiste en la reunión en una sola persona del cien por ciento de los derechos o acciones de una sociedad, produciéndose la disolución de esta última por el solo ministerio de la ley.

En lo que dice relación con la fusión inversa, como se indicó en la introducción, la sociedad absorbente adquiere derechos o acciones de su propia emisión, lo que podría tener lugar en una fusión por incorporación, en donde dos sociedades acuerdan absorber a la sociedad que tiene participación en la absorbente, como se aprecia en el siguiente cuadro:

² Véase: SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. Oficio N° 2389 del 13 de octubre de 1997. [en línea] <<http://www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/adminis/1997/renta/nov01.htm>> [consulta: julio 2016]



Fuente: elaboración propia

Si bien estimo que la fusión inversa puede tener lugar en todo tipo de sociedades, existe una regulación especial en la Ley sobre Sociedades Anónimas, como se pasará a explicar en el siguiente acápite.

2.3 Regulación especial de la fusión inversa en sociedades anónimas

El artículo 27 de la Ley sobre Sociedades Anónimas indica que sólo podrán adquirir y poseer acciones de su propia emisión cuando la adquisición: “2) Resulte de la fusión con otra sociedad, que sea accionista de la sociedad absorbente”. Esto es propio de una fusión por incorporación en los términos indicados anteriormente.

El inciso tercero del mismo artículo es claro en señalar que *“Las acciones adquiridas de acuerdo con lo dispuesto en los números 1) y 2) del presente artículo, deberán enajenarse en una bolsa de valores dentro del plazo máximo de un año a contar de su adquisición y si así no se hiciera, el capital quedará disminuido de pleno derecho”*, sin perjuicio de la oferta preferente a los accionistas a que se refiere el artículo 25. Por lo tanto, los requisitos establecidos son propios de una sociedad anónima, las cuales difícilmente pueden alcanzar a otro tipo de sociedad como las de responsabilidad limitada. Esta normativa sí puede tener aplicación para las sociedades por acción de acuerdo con lo señalado en el artículo 438 del Código de Comercio que indica lo siguiente: *“La sociedad podrá adquirir y poseer acciones de su propia emisión, salvo en cuanto esté prohibido por el estatuto social”*.

El artículo 27 A de la Ley sobre Sociedades Anónimas, establece un estatuto especial para las sociedades anónimas que transan en bolsa, indicando lo siguiente: *“Las sociedades anónimas cuyas acciones tengan transacción bursátil podrán adquirir y poseer acciones de su propia emisión, bajo las siguientes condiciones copulativas:*

a) Que sea acordado por junta extraordinaria de accionistas por las dos terceras partes de las acciones emitidas con derecho a voto;

b) La adquisición sólo podrá hacerse hasta por el monto de las utilidades retenidas, y

c) Si la sociedad tuviere series de acciones, la oferta de adquisición deberá hacerse en proporción al número de acciones de cada serie, que tenga transacción bursátil”.

Se puede apreciar que es un artículo que tiene un alcance exclusivo para las sociedades anónimas abiertas, lo que, además, viene a definir los efectos tributarios establecidos en el artículo 21 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, como veremos más adelante.

3.- EFECTOS TRIBUTARIOS EN LA FUSIÓN INVERSA

Los efectos que se indicarán a continuación están vinculados con la reforma tributaria del año 2014, con vigencia a partir del 1° de enero de 2017, esto es, bajo los regímenes del artículo 14 Letra A (renta atribuida) y artículo 14 Letra B (imputación parcial de créditos).

3.1.- Efectos por término de giro de la sociedad absorbida

Los efectos por término de giro de la sociedad absorbida derivan del artículo 69 del Código Tributario, el que no tuvo modificación con relación a las fusiones en general. Por lo tanto, la o las sociedades que desaparecen están obligadas a realizar término de giro y determinar la renta líquida imponible (en adelante “RLI”) para declarar y pagar el impuesto de primera categoría, dentro de los plazos que señala el mismo artículo.

La disposición anterior impone entonces la obligación de determinar la renta líquida imponible desde el 1° de enero del año de la fusión hasta la fecha de la materialización de la misma, esto es, hasta la fecha de la escritura pública, y proceder a pagar el impuesto de primera categoría aplicando para tal efecto las disposiciones del artículo 29 al 33 de la Ley sobre Impuesto a la Renta.

Aquí se debe considerar que si la sociedad que subsiste o que se crea es la que se hace responsable del pago de los impuestos, eso no significa que la o las sociedades que desaparecen se excluyen de realizar el trámite de término de giro. En otras palabras, cuando se establece la cláusula de responsabilidad a que hace referencia el artículo 69 del Código Tributario, eso solamente excluye a que la o las sociedades que desaparecen no realicen el “aviso” al SII, pero están obligadas a determinar la renta

líquida imponible y la sociedad que subsiste o que se crea pagará, por ella o ellas, el impuesto de primera categoría.

En el evento de que la renta líquida determinada a la fecha de la fusión sea negativa, ésta no podrá ser traspasada a la sociedad absorbente atendido a que dicha pérdida se constituye en un gasto de conformidad con lo establecido en el artículo 31 N° 3 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, el que solamente puede ser utilizado por la empresa que lo generó por exigencia del inciso primero de la misma disposición legal.

En contra del impuesto de primera categoría la ley reconoce la procedencia de deducir los créditos que establece la ley: (i) aquellos cuyos excedentes no dan derecho a devolución ni a imputación en los ejercicios siguientes; (ii) aquellos cuyos excedentes dan derecho a imputación en los ejercicios siguientes, pero no a devolución, y (iii) aquellos cuyos excedentes dan derecho a devolución.

Dentro del primer grupo se encuentra: el impuesto territorial sobre bienes raíces (inciso segundo de la letra a) del N° 1 del artículo 20 de la LIR); los créditos por compras del activo fijo (artículo 33 bis); créditos por rentas de fondos mutuos por cuotas adquiridas antes del 20 de abril de 2001 (artículo 18 del Decreto Ley N° 1.328 de 1976³); créditos por donaciones destinadas a fines culturales (artículo 8° de la Ley N° 18.985); créditos por donaciones destinadas a fines educacionales (artículo 3° de la Ley N° 19.247); créditos por donaciones deportivas (Ley N° 19.712); créditos por donaciones sociales (Ley N° 19.885), y créditos por rentas de zonas francas (Decreto con Fuerza de Ley N° 341).

En el segundo grupo se encuentran las siguientes deducciones: créditos por bienes del activo inmovilizado provenientes de inversiones de los años tributarios 1999 al 2002; crédito por impuesto de primera categoría de contribuyentes del 14 bis de la LIR⁴ (artículo 1° transitorio de la Ley N° 18.775); crédito por donaciones destinadas a las universidades e institutos profesionales (artículo 69 de la Ley N° 18.681, modificado por el artículo 2° de la Ley N° 18.775); créditos por inversiones en Arica y Parinacota (Ley N° 19.420); créditos por inversiones según Ley Austral N° 19.606; créditos por impuestos pagados, retenidos o adeudados en el extranjero (artículos 41A, 41B y 41C de la LIR), y créditos por investigación y desarrollo (Ley N° 20.241).

³ Ley derogada por la Ley N° 20.712, publicada con fecha 7 de enero de 2014.

⁴ Cabe precisar que la Ley N° 20.780, deja subsistente el artículo 14 bis hasta el 31 de diciembre de 2016.

Los créditos que comprenden el tercer grupo son principalmente los pagos provisionales mensuales (PPM) tradicionales y los especiales, como por ejemplo, los créditos por gastos de capacitación, entre otros.

Lo primero que cabe destacar es que los créditos anteriores proceden en contra del impuesto de primera categoría determinado a la fecha de la fusión y en el caso de los que se tenga derecho a devolución se podrá solicitar en el mismo formulario 22 en el que se determine la renta líquida imponible. Sin embargo, la discusión se presenta con los remanentes de crédito contra el impuesto de primera categoría respecto de los cuales no se pueda solicitar devolución. Al respecto, se han elaborado distintas posiciones doctrinarias que intentan explicar la naturaleza jurídica de estos remanentes. Las corrientes se dividen principalmente en dos: (i) aquellos que califican dichas deducciones como un derecho personalísimo, que solamente pueden ser utilizadas por quien los generó y, consecuentemente, no pueden incorporarse a las sociedades que nacen o subsisten producto de una fusión, y (ii) los que plantean la figura de que constituirían un derecho patrimonial, lo que significa clasificarlas como un bien incorporal, que como tal, pueden ser traspasadas a la sociedad que se crea o que subsiste, quien adquiere un derecho para imputar o solicitar su devolución, respectivamente. Estas dos corrientes enfrentan su análisis dentro de la teoría propia de los derechos subjetivos.

La primera posición es sustentada por el Servicio de Impuestos Internos, quien indica que los créditos originados a favor de los contribuyentes, como ocurre, por ejemplo, con los remanentes de pagos provisionales y crédito por gastos de capacitación, sólo pueden ser utilizados por los titulares de ellos, en virtud del carácter personal y especialísimo de dichos beneficios. Agrega que si el titular de un crédito intransferible e intransmisible 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. Concluye el órgano fiscalizador que, teniendo presente que la disolución de una 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 ese hecho⁵.

Por otro lado, dentro de la segunda corriente se encuentra el autor Ricardo Hernández⁶, quien señala que las juntas de accionistas podrían acordar que los saldos de PPM y

⁵ SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. Oficio N° 2632 del 31 de octubre de 1997. [en línea] <<http://home.sii.cl/sacn/oficios/JA2267.pdf>> [consulta: julio 2016].

⁶ HERNÁNDEZ A., Ricardo. Fusión, transformación y división de sociedades anónimas, efectos tributarios. Santiago, Editorial La Ley, 2000, pp. 155-158. En el mismo sentido: URENDA B.,

otros créditos existentes en la sociedad fusionada al momento de su disolución, se incorporen a la sociedad resultante, por tratarse de un crédito de naturaleza patrimonial, el que se encontraría dentro de los activos disponibles de la sociedad. Señala el mismo autor que los PPM constituirían verdaderos préstamos del contribuyente a favor del Fisco, establecidos obligatoriamente por la ley. Indica que respecto de dichos saldos de PPM existentes en la sociedad a la fecha de la disolución, no se presentan las características de una relación de orden público o de una relación personalísima, por cuanto se trataría de un crédito cuya fuente se encuentra en un préstamo efectuado por el contribuyente a favor del Fisco. Puelma⁷ indica que los PPM sí pueden ser objeto de traspaso, considerando lo prescrito en el inciso primero del artículo 99 de la Ley N° 18.046, que establece una sucesión universal de todo el patrimonio de las sociedades absorbidas, incluso los derechos y obligaciones de carácter tributario, ya que la ley no distingue.

Disidente de las dos corrientes anteriores, mi posición se sustenta en la aplicación restrictiva que merecen las normas tributarias, considerando el grado de especialidad que implica la materia. Lo anterior significa que en algunos efectos propios de la tributación de una sociedad, no tendrían aplicación ciertas concepciones elaboradas en el seno del derecho común, como es el caso de los derechos personalísimos o de los derechos patrimoniales; lo que implica que dichos efectos tributarios deben necesariamente ser abordados desde la óptica de los principios propios del derecho tributario sustantivo. Tal es el caso de las deducciones al impuesto de primera categoría que la ley tributaria reconoce a los contribuyentes, cuyos efectos, frente a un proceso de fusión de sociedades, deben ser interpretados a la luz de la ley tributaria⁸.

3.2.- Efectos frente a los nuevos registros tributarios del artículo 14 Letra A y B

Los nuevos regímenes de tributación que estableció la Ley N° 20.780 en el artículo 14 letra A y B⁹, también generaron incidencia en la fusión de sociedades, especialmente

Nicolás. División y fusión de sociedades, efectos tributarios. Santiago, Editorial La Ley, 2004, pp. 163-166.

⁷ Véase PUELMA A., Álvaro. Sociedades. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, T. I, p. 212.

⁸ Para un mayor análisis de esta postura véase: FAÚNDEZ U., Antonio, Reorganización empresarial, derecho tributario y tributación interna, Santiago, Legal Publishing, 2013, segunda edición.

⁹ El artículo 14 letra A establece el nuevo régimen de tributación de renta atribuida al cual se someten los contribuyentes del impuesto primera categoría, que cumplan con los requisitos que señala la misma ley, con imputación total de dicho impuesto en los impuestos finales global complementario o impuesto adicional. Por su parte, se puede someter a tributación del artículo

en lo que dice relación con el régimen de tributación que deberá asumir la nueva sociedad que se crea o la sociedad que subsiste, cuyos efectos se desprenden de la letra D del mismo artículo.

En efecto, en el régimen de renta atribuida del artículo 14 Letra A, la tributación con los impuestos finales se produce, por regla general, en el mismo ejercicio comercial en que las rentas han sido percibidas o devengadas por la empresa, o le han sido atribuidas a ésta, con independencia del momento que efectivamente dichas rentas sean retiradas, remesadas o distribuidas a los propietarios, comuneros, socios o accionistas. En cambio, en el régimen de imputación parcial de créditos del artículo 14 Letra B, como regla general, la tributación con los impuestos finales se producirá en el momento en que las rentas percibidas o devengadas por la empresa, sean retiradas, remesadas o distribuidas a los propietarios, comuneros, socios o accionistas de la misma.

Lo anterior trae como consecuencia que dichos regímenes de tributación no pueden convivir y requiere ser armonizados frente a los procesos de reorganización empresarial, particularmente en los casos en que la o las sociedades que desaparecen son absorbidas por una sociedad que asumirá un régimen distinto al que ellas tenían.

3.2.1 Caso de fusión inversa por incorporación

Para determinar los efectos que se producen en los registros de la Letra A y B del artículo 14, debemos distinguir el régimen al cual estaba sometido la o las sociedades absorbidas.

3.2.2. La sociedad continuadora tributa en el Régimen de la Letra A del artículo 14 de la LIR

Si la sociedad absorbida tributaba en el artículo 14 Letra A, como el artículo 69 del Código Tributario no fue modificado, la sociedad que desaparece deberá proceder a realizar término de giro, determinando la renta líquida imponible, gravada con el impuesto de primera categoría. Con relación a las cantidades anotadas en sus registros de Rentas atribuidas propias (en adelante “registro RAP”), en el registro sobre Diferencias entre la depreciación normal y acelerada (en adelante “registro FUF o DDAN”), en el registro de Rentas exentas e ingresos no constitutivos de rentas (en adelante “registro REX”) y en el registro de Saldo acumulado de créditos (en adelante

14 letra B cualquier contribuyente que desee optar, a través del cual tributará con los impuestos finales en el momento del retiro de utilidades, con obligación de restituir el 35% del crédito por impuesto de primera categoría.

“registro SAC”), se traspanan a los registros de la continuadora, sin necesidad de recalificarlos. Se puede representar en el siguiente cuadro:

REGISTRO 14 A (absorbida)		REGISTRO 14 A (continuadora)
RAP	→	RAP
DDAN	→	DDAN
REX	→	REX
SAC	→	SAC

Si la sociedad absorbida tributaba en el artículo 14 Letra B, la renta líquida imponible determinada por el término de giro se gravará con el impuesto de primera categoría. En el caso de las utilidades pendientes de tributación con los impuestos finales, se deberá aplicar el N° 2 del artículo 38 bis sobre las cantidades que dicho artículo precisa, gravándose con el 35%.

La base imponible se determinará a la fecha en que se materialice la fusión, deduciendo del capital propio tributario (en adelante “CPT”) el saldo del registro REX y el capital efectivamente aportado:

(+) **CPT** (se agregan los retiros en exceso determinados 31.12.2014)

(-) **REX** (incluye las cantidades del Fondo de utilidades no tributables al 31.12.2016)

(-) **CAPITAL** (se incluye el Fondo de utilidades reinvertidas)

(=) **RESULTADO**

El **resultado** se incrementa con el 100% del crédito por impuesto de primera categoría (en adelante “IDPC”) y con el crédito total disponible de los artículo 41 A y 41 C de la LIR, todos los cuales deben estar registrados en el SAC.

Finalmente, al **resultado** incrementado se gravará con tasa del 35% con derecho a los créditos registrados en el SAC. El impuesto pagado se debe registrar en el SAC de la nueva sociedad que nace de la fusión y deberá ser pagado dentro del plazo de dos meses que indica el artículo 69 del Código Tributario.

Con relación al impuesto del 35% que grava el referido **resultado** tributario, surge un efecto interesante: primero, la ley ordena que dicho impuesto del 35% sea anotado en el registro SAC, lo que implica que no asumirá el carácter de impuesto único, desnaturalizando, en consecuencia, la esencia del artículo 38 bis. En efecto, las cantidades que se registran en el SAC corresponden a aquellos créditos que se imputarán contra los impuestos finales; siendo así, lo que nos dice entonces el legislador es que el citado **resultado** tributario quedará pendiente de tributación con

los impuestos finales. Como segundo punto, si el **resultado** queda pendiente de tributación, la pregunta es ¿en qué registro del artículo 14 Letra A lo procedo a anotar? Claramente, dicho resultado pendiente de tributación con los impuestos finales no es compatible con ninguno de los registros indicados en la Letra A del artículo 14, lo que sin duda generará graves problemas de control tanto para el contribuyente como para la autoridad fiscalizadora, lo que afecta la seguridad jurídica que debe primar en los actos de la administración tributaria. Lamentablemente esta situación no ha sido regulada ni por el legislador ni tampoco por las instrucciones del Servicio de Impuestos Internos.

Los demás registros se recalifican de la siguiente forma:

REGISTRO 14 B (absorbida)	REGISTRO 14 A (continuadora)
RAI × 35% (Art. 38 bis N°2)	
DDAN	DDAN
REX	REX
SAC	SAC (sin restitución)

3.2.3 La sociedad continuadora tributa en el Régimen de la Letra B del artículo 14 de la LIR

Si la sociedad absorbida tributaba en el régimen del artículo 14 Letra A, cabe lo ya señalado respecto a determinar la renta líquida imponible de primera categoría por el término de giro de acuerdo con el artículo 69 del Código Tributario. En cuanto a las cantidades anotadas en los registros de la sociedad 14 Letra A, debe proceder a recalificarlos. El saldo del registro RAP y REX del artículo 14 Letra A pasan al REX del artículo 14 de la Letra B. El saldo del registro FUF del artículo 14 Letra A pasa al registro FUF del artículo 14 Letra B. Y el SAC sigue la misma suerte.

La recalificación de los registros quedará de la siguiente forma:

REGISTRO 14 A (absorbida)	REGISTRO 14 B (continuadora)
RAP	RAI (+) CPT (-) REX (-) CAPITAL (aumentos y disminuciones) VALOR A REGISTRAR EN RAI
DDAN	DDAN
REX	INR REX
SAC	SAC (calificados sin obligación de restitución)

Si la sociedad absorbida tributaba en el régimen del artículo 14 Letra B, se mantienen los Registros RAI, FUF, REX y SAC, y no aplica el artículo 38 bis N° 2 de la LIR. Por lo tanto, no procede recalificar los registros.

3.3.- Efectos tributarios frente a los ajustes del capital

3.3.1 Con relación a la fusión inversa en sociedades anónimas

Como se analizó en el punto 2.3. anterior, el artículo 27 de la Ley sobre Sociedades Anónimas indica que sólo podrán adquirir y poseer acciones de su propia emisión cuando la adquisición: “2) *Resulte de la fusión con otra sociedad, que sea accionista de la sociedad absorbente*”, lo que sería propio de una fusión por incorporación. Ahora bien, estas acciones deberán enajenarse en una bolsa de valores dentro del plazo máximo de un año a contar de su adquisición y si así no se hiciere, el capital quedará disminuido de pleno derecho.

En cambio, el artículo 27 A de la Ley sobre Sociedades Anónimas, establece un estatuto especial para las sociedades anónimas que transan en bolsa.

Esta distinción es clave para comprender los efectos que derivan del artículo 21 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, el que establece lo siguiente en el literal iii del inciso primero: “*deberán declarar y pagar conforme a los artículos 65, número 1, y 69 de esta ley, un impuesto único de 40%, que no tendrá el carácter de impuesto de categoría, el que se aplicará sobre: ... iii. Las cantidades que las sociedades anónimas destinen a la adquisición de acciones de su propia emisión, de conformidad a lo previsto en el artículo 27 A de la ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas, cuando no las hayan enajenado dentro del plazo que establece el artículo 27 C de la misma ley*”.

Aquí se desprenden dos puntos importantes:

Primero, que la aplicación del gravamen del 40% queda limitado a las cantidades que tengan el destino indicado en el artículo 27 A de la Ley sobre Sociedades Anónimas, esto es, para adquirir acciones de su propia emisión que se transan en bolsa. Luego, establece dicho artículo que tiene aplicación si se cumplen 3 requisitos copulativos: a) Que sea acordado por junta extraordinaria de accionistas por las dos terceras partes de las acciones emitidas con derecho a voto; b) La adquisición sólo podrá hacerse hasta por el monto de las utilidades retenidas, y c) Si la sociedad tuviere series de acciones, la oferta de adquisición deberá hacerse en proporción al número de acciones de cada serie, que tenga transacción bursátil. Esto permite concluir que el artículo 21 inciso primero literal iii no procede en los casos de fusión inversa, atendido a que la

adquisición de las acciones a que se refiere el artículo 27 A no contempla dicha posibilidad.

Segundo, el literal iii del artículo 21 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, exige expresamente que se debe presentar la situación de que el contribuyente **destine cantidades para la adquisición de acciones de su propia emisión**, es decir, el contribuyente debe generar un **desembolso**, que seguramente ocurrirá entregándole dinero a su accionista por el precio de compra de sus acciones, lo que cobra relevancia frente a los retiros indirectos que regula el citado artículo 21. Sin embargo, el mencionado **desembolso**, no se presentará en una fusión inversa, atendido a que la adquisición de las acciones de su propia emisión no se produce “destinando cantidades o por la compra de ellas, sino que se produce como consecuencia de un proceso de reorganización empresarial (una fusión), y en tal sentido, no procede aplicar el mencionado artículo 21.

También surge la interrogante con relación a establecer los efectos tributarios respecto de aquellas sociedades que no cumplen con los citados requisitos de la Ley de Sociedades Anónimas. Un ejemplo claro sería la fusión inversa de dos sociedades de responsabilidad limitada. En este caso, necesariamente debería operar un efecto jurídico de confusión, ajustándose el capital y por lo tanto disminuido, lo que se puede apreciar en el siguiente caso:

En el siguiente balance se podrá apreciar que la Sociedad de Responsabilidad Limitada 1 (SRL 1), tiene participación en una Sociedad de Responsabilidad Limitada 2 (SRL 2), cuya operación se constituye en una cuenta de activo:

BALANCE SRL1 (Antes de Fusión)

Al 31 de julio de 2017

CUENTAS	\$	CUENTAS	\$
Activos		Pasivos	-
Inversión SRL 2	1.000.000	Patrimonio neto	
		Capital (aportado Socio 1)	500.000
		Capital (aportado Socio 2)	500.000
Total Activos	1.000.000	Pasivo + Patrimonio Neto	1.000.000

Situación de los socios:

Aporte SOCIO 1 = \$500.000

Aporte SOCIO 2 = \$500.000

BALANCE SRL2 (Antes de Fusión)
Al 31 de julio de 2017

CUENTAS	\$	CUENTAS	\$
Activos		Pasivos	-
Banco	3.000.000		
		Patrimonio neto	
		Capital (aportado SRL1)	1.000.000
		Capital (aportado Socio 3)	1.000.000
		Capital (aportado Socio 4)	1.000.000
Total Activos	3.000.000	Pasivo + Patrimonio Neto	3.000.000

Situación de los socios:

Aporte SRL 1 = \$1.000.000

Aporte SOCIO 3 = \$1.000.000

Aporte SOCIO 4 = \$1.000.000

Las dos sociedades acuerdan fusionarse por incorporación, indicando en la escritura correspondiente que la Sociedad de Responsabilidad Limitada 1 (SRL 1) sea absorbida por la Sociedad de Responsabilidad Limitada 2 (SRL 2), quedando el balance de fusión de la siguiente forma:

BALANCE SRL2 (Fusionado con SRL1)
Al 31 de julio de 2017

CUENTAS	\$	CUENTAS	\$
Activos		Pasivos	-
Banco	3.000.000		
Inversión en SRL2	1.000.000		
		Patrimonio neto	
		Capital (aportado SRL 1)	1.000.000
		Capital (aportado Socio 3)	1.000.000
		Capital (aportado Socio 4)	1.000.000
		Capital (aportado Socio 1)	500.000
		Capital (aportado Socio 2)	500.000
Total Activos	3.000.000	Pasivo + Patrimonio Neto	3.000.000

Situación de los socios:

~~Aporte SRL 1 = \$1.000.000~~ (se disuelve por fusión)

Aporte SOCIO 3 = \$1.000.000

Aporte SOCIO 4 = \$1.000.000

Aporte SOCIO 1 = \$500.000

Aporte SOCIO 2 = \$500.000

Como consecuencia de la confusión jurídica entre acreedor (socio SRL 1) y el deudor (SRL 2), se extingue la deuda entre la cuenta “Inversión en Sociedad de responsabilidad Ltda. 2” con “Capital (aportado SRL 1)”. Sin embargo llegaron a la absorbente las cuenta “Capital (aportado Socio 1)” y “Capital (aportado Socio 2)”. Dicha primera cuenta necesariamente debe ajustarse atendido a que ya no existe el socio SRL 1 porque fue absorbido por SRL 2. Sin embargo, cabe recordar que en un proceso de fusión quienes son los socios de las sociedades las que materializan el acuerdo, por lo tanto, serán los socios de SRL 1 quienes son los que concurren que el Capital aportado y son ellos los que quedarán como nuevos socios de dicho aumento de capital.

4.- CONCLUSIONES

El análisis de cada uno de los tópicos anteriores ha permitido arribar a las siguientes conclusiones:

- i. Que la sociedad que desaparece producto de la fusión inversa deberá hacer término de giro, determinando a dicha fecha la renta líquida imponible y pagar el impuesto de primera categoría dentro del plazo de dos meses siguientes a la fusión. Esta conclusión tiene como sustento en que el artículo 69 del Código Tributario no tuvo modificaciones en esta exigencia.
- ii. Los efectos tributarios de las cantidades ingresadas en los registros de las Letras A y B del artículo 14, se debe precisar si procede o no la recalificación de ellos, lo que surgirá en la medida que dichos registros sean distintos entre la sociedad absorbente y las que desaparecen. Así, en el caso en que una sociedad sometida al régimen del artículo 14 Letra A absorbe a una sociedad que tributa bajo el régimen de la Letra B del mismo artículo, genera el efecto

de proceder a determinar un resultado tributario a partir del capital propio tributario, el que se gravará con tasa del 35% establecida en el artículo 38 bis; sin embargo, dicho tributo no tendrá el carácter de único atendido a que el legislador ordena que sea anotado en el registro SAC de la sociedad absorbente. Esto último también permite concluir que dicho resultado tributario quedará pendiente de tributación con los impuestos finales, generando el inconveniente de que no se podrá incluir en ninguno de los registros de la sociedad absorbente que tributa en la Letra A del artículo 14, con graves problemas de control de los mismos.

- iii. En los casos de fusión inversa no tiene aplicación el literal iii del inciso primero del artículo 21 de la Ley sobre Impuesto a la Renta atendido a que no existe un desembolso por parte de la sociedad absorbente, requisito que es de la esencia del citado artículo 21.
- iv. En el caso de las sociedades que no cumplan con las condiciones de tributación del artículo 21 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, como consecuencia de la confusión jurídica que se genera en el patrimonio de la sociedad absorbente, se debe ajustar el capital, no generando ningún efecto tributario con relación al nuevo aporte de capital.

5.- BIBLIOGRAFÍA

FAÚNDEZ U., Antonio. Reorganización empresarial, derecho tributario y tributación interna. Santiago, Legal Publishing, 2013.

HERNÁNDEZ A., Ricardo. Fusión, transformación y división de sociedades anónimas, efectos tributarios. Santiago, Editorial La Ley, 2000.

PUELMA A., Álvaro. Sociedades. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003.

SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. Oficio N° 2389 del 13 de octubre de 1997. [en línea] <<http://www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/adminis/1997/renta/nov01.htm>> [consulta: julio 2016]

SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. Oficio N° 2632 del 31 de octubre de 1997. [en línea] <<http://home.sii.cl/sacn/oficios/JA2267.pdf>> [consulta: julio 2016].

URENDA B., Nicolás. División y fusión de sociedades, efectos tributarios. Santiago, Editorial La Ley, 2004.