

ABSORCIONES Y FUSIONES

(Gentileza para Rincondelvago.com de:

www.finanzasparanofinancieros.com.co)

I.- CONCEPTOS BASICOS

1.- ABSORCIONES: Es la negociaci3n entre dos empresas, una de las cuales desaparece. La otra subsiste conservando el nombre, su estructura administrativa, aumentando su capital y acrecent3ndose bas3ndose en financiaci3n externa o con recursos propios. Dependiendo de los t3rminos de la negociaci3n, puede pagarse en acciones o en dinero a los due1os de la empresa adquirida.

2.- FUSION: En este caso, una tercera empresa surge como fruto de la negociaci3n y desaparici3n de las otras dos; esta nueva empresa asume los derechos y las obligaciones de las empresas que se disuelven (sin liquidarse) y las cuales formaran un patrimonio unitario. As3, al unir sus fuerzas podr3n perseguir objetivos que por si solas no podr3n lograr con la misma eficacia. Se pueden pagar las empresas fusionadas con acciones de la nueva entidad.

En t3rminos muy generales, la operaci3n consiste en una sumatoria de activos y pasivos. En determinadas situaciones constituye la gran alternativa para resolver debilidades graves de una empresa aprovechando las fortalezas de la otra y viceversa. Por ejemplo, una compa1a puede tener el “Know how” pero no el mercado, la otra, tener 3ste y no aquel. Si se llega a un acuerdo de fusi3n, la nueva tendr3 ambas fortalezas y podr3 operar con las ventajas as3 obtenidas.

Estructurar la negociaci3n en s3, es muy dif3cil; se requiere de un planteamiento, su an3lisis y la toma de decisiones al nivel de juntas directivas, pues al desaparecer una empresa, probablemente pierdan su cargo un grupo de ejecutivos, mandos medios y quiz3 alg3n personal de base, quienes se puedan convertir en los grandes enemigos de la operaci3n aunque en el fondo, sea muy ben3fica.

Prever esta reacci3n, por lo dem3s bastante entendible desde el punto de vista humano, es fundamental como punto inicial de las discusiones a fin de explorar alternativas de soluci3n para as3 convertir a los inicialmente afectados (en caso de que lo merezcan) en aliados del proyecto y de esta forma conseguir su aporte, el cual puede representar un activo muy valioso en la negociaci3n, as3 no est3 cuantificado en el balance.

II.- SITUACIONES EN LAS CUALES SE RECOMIENDA UNA FUSION O ABSORCION.

• PARA LOGRAR ECONOMIAS OPERATIVAS.

Puede ser el caso de dos compa1as con capacidad de planta ociosa, lo que quiere decir, que est3n incurriendo en gastos de tipo fijo (arrendamientos, mantenimientos, vigilancia, etc.)

Para un nivel de producci3n inferior a su potencial. La situaci3n puede darse con una sola de las compa1as o con ambas. En este caso el estudio se orientar3 a calcular las econom3as que se puedan alcanzar utilizando la planta de una de ellas a su m3xima capacidad para continuar analizando la situaci3n, si el beneficio que se pueda lograr amerita una decisi3n de tanta envergadura.

• ADQUISICION DE PERSONAL CAPACITADO.

Tanto se ha escrito en administración sobre el valor del recurso humano que contrasta ampliamente con lo subvalorizado que se encuentra en el medio empresarial, fenómeno fácilmente observable y completamente ignorado por la contabilidad. Una reflexión serena, demuestra como la inmensa mayoría de los casos las empresas valen por las personas que las integran. Para otros el análisis es inverso: ¿cuántos años lleva trabajando en la compañía?... Calculan el valor de la indemnización y de inmediato lo convierten en un pasivo.

Los grandes negociantes saben sacar ventajas de esta situación y a veces encuentran en la gente, la razón fundamental para estudiar una posible absorción, o complementando e integrando los recursos humanos, una fusión.

• DIVERSIFICACIÓN.

Cuando una empresa esta muy concentrada en una determinada línea de productos, aspecto que se por si la vuelve débil, puede fortalecerse a través de una fusión. Esa diversificación puede enfocarse a distintas formas, a saber:

VERTICAL: Consiste en la fusión con otra compañía que produzca una materia prima o productos complementarios, acercándose al consumidor final o proveedor, logrando mayor potencialidad en la empresa y mayor competitividad, asegurando así, la existencia y rentabilidad de las empresas fusionadas. Tiene la desventaja de aumentar el ciclo de caja.

HORIZONTAL: Compañías del mismo tipo de producto o servicio buscando beneficios comunes o fortaleciéndose en aspectos complementarios (distribución de productos, economías de escala, etc.) Obteniendo así, mayores logros comerciales, técnicos, mayor cuota de mercado y menor costo de producción, haciendo la empresa más competitiva y rentable. Es muy recomendable en el caso de empresas que tengan productos con demanda estacionaria pero con ciclos complementarios.

Así, se es posible desde el punto de vista práctico, se estabiliza la producción y se reparte proporcionalmente durante el año, ocupando el personal en forma uniforme y utilizando mejor la capacidad de planta.

CONGLOMERADO: Para firmas de negocios no relacionados; puede tratarse de extensión de productos, de negocios complementarios, de extensión geográfica y de mercado.

4.-CRECIMIENTO: Puede darse el caso de una compañía que no tenga una infraestructura importante para hacer investigación de desarrollo, laboratorio, patente, patentes, “Know how”, personal capacitado, etc. Activo muy valiosos y cuyo desarrollo toma mucho tiempo. En circunstancias de este tipo puede ser más rápido y económico un crecimiento vía absorción, comprando una compañía en crisis que supere las falencias de la firma absorbente o que sirva de puente para hacerlo.

5.- FISCALES: Ocasionalmente una compañía con suficiente capacidad financiera puede adquirir otra que tenga perdidas acumuladas para amortizar, con lo cual la compra resulta subsidiada por el estado.

6.- NEGOCIABILIDAD DE LA ACCION: Eventualmente, puede ser una razón suficiente para que una compañía que no encuentre fácilmente un comprador, adquiera otra cuyas acciones se vendan en bolsa. Se puede negociar pagándole a los dueños con acciones a fin de que estos las enajenen en el mercado, facilitándoles así su realización. Son negocios muy fáciles para los grupos económicos.

7.- FINANCIACION: Es un factor que puede ser dominante para una compañía con muchos excedentes de efectivo. Comprando otra empresa ilíquida, pero rentable puede equilibrar las finanzas comparativas a fin de hacer una empresa rentable y razonablemente ilíquida.

El estudio debe hacer énfasis en los flujos de fondos individuales y el flujo combinado, trayéndolos a valor presente neto para calcular el beneficio de la negociación.

8.- OTRAS: En la medida que puedan ofrecer ventajas para generar valor como la ampliación de una cobertura geográfica; complementación de una red de distribución; acceso a fuentes de financiación; diversificación de servicios; mejor utilización de un equipo administrativo; asegurar el abastecimiento de una materia prima, etc.

9.- CONSIDERACIONES GENERALES.

Si bien las fusiones implican un profundo estudio financiero, es imperioso y determinante una gran complementación de tipo administrativo para que se obtengan beneficios reales. Exige la elaboración de un plan de evolución programada que abarque sus implicaciones, las posibilidades de expansión y los estudios de factibilidad; además, se requiere una visión clara del ente integrado analizado como empresa individual con los cambios fundamentales que se presentan y los riesgos que se corren. Para las actividades que se deben cumplir se debe establecer un orden de prioridades con una secuencia debidamente analizada y estructurada mediante un plan de generación de valor.

Se recomienda la constitución de un equipo interdisciplinario que abarque todos los niveles y se concentre a liderar el plan de integración, especialmente en lo tocante a las culturas que se unen para generar una nueva, cuyo resultado debe ser una alta dosis de sinergia. Debe insistirse en la comunicación permanente a todos los afectados observando un trato justo con las personas.

Especial atención debe prestarse a lo relacionado con el personal en la parte humana en lo cual tiene que ver mucho lo pertinente al aspecto económico a nivel individual como consecuencia del régimen salarial y prestacional de las entidades involucradas en el proceso y lo tocante a las convenciones colectivas firmadas con los sindicatos en el caso de que existan.

QUE DICE LA LEY N.º 18.046, SOBRE SOCIEDADES ANONIMAS.

EL ART. 94.º define a la división de una sociedad anónima en la distribución de su patrimonio entre una o más sociedades anónimas que se constituyan al efecto, correspondiéndole 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.

Los siguientes artículos se aplican:

Art. 95.º la división debe acordarse en junta general extraordinaria de accionistas en la que deberán aprobarse las siguientes materias:

- La disminución del capital social y la distribución del patrimonio de la sociedad entre esta y nueva o nuevas sociedad que se crean;
- La aprobación de los estatutos de la o de las nuevas sociedades a constituirse, los que podrán ser diferentes a los de la sociedad que se divide, en todas aquellas materias que se indiquen en la convocatoria. Esta aprobación incorpora de pleno derecho a todos los accionistas de la sociedad dividida en la que la o las nuevas sociedades que se formen.

ART. 96.º. La transformación es el cambio de especie o de tipo social de una sociedad, efectuado por reforma de sus estatutos, subsistiendo su personalidad jurídica.

ART: 97.º. En la transformación de otros tipos o especies de sociedades anónimas, solo deberá cumplirse con las formalidades señaladas en el Art. 5.º de esta Ley y si se tratare de transformaciones en

sociedades anónimas especiales, con las que especialmente se hubiere consignado para éstas.

Si la transformación fuere de sociedad anónima a otro tipo o especie de sociedad, deberá cumplirse con las formalidades propias de ambos tipos sociales.

ART. 98°. La transformación de sociedades en comandita o colectiva en sociedades anónimas, no libera a los socios gestores o colectivos de la sociedad transformada de su responsabilidad por las deudas sociales contraídas con anterioridad a la transformación de la sociedad, salvo respecto de los acreedores que hayan consentido expresamente en ella.

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

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

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

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

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

ART: 100°. Ningún accionista, a menos que consienta en ello, podrá perder su calidad de tal con motivo de un canje de acciones, fusión, incorporación, transformación o división de una sociedad anónima.

FUSION DE SOCIEDADES

1.- Concepto

De conformidad a lo dispuesto por el artículo 99 de la Ley N° 18.046, sobre sociedades anónimas, la fusión de sociedades consiste en la reunión de dos o más sociedades en una sola, que las sucede en todos sus derechos y obligaciones y a la cual se incorporan la totalidad del patrimonio y accionistas de los entes fusionados.

2.- Clases de fusiones

De acuerdo con la referida norma legal, existen dos clases de fusiones:

a) Fusión por creación: Es cuando el activo y pasivo de dos o más sociedades que se disuelven, se aportan a una nueva sociedad que se constituye, y

b) Fusión por incorporación: Es cuando una o mas sociedades que se disuelven, son absorbidas por una sociedad ya existente, la que adquiere todos sus activos y pasivos. Es lo mismo que una absorción de sociedades.

En otras palabras lo anterior se puede resumir de la siguiente manera:

Fusi3n por incorporaci3n:

Aporte de activos y pasivos a otra empresa ya existente.

Absorci3n se produce por la adquisici3n de totalidad de acciones o derechos por otra sociedad, disolvi3ndose la sociedad absorbida.

Fusi3n por creaci3n:

Activo y pasivo de dos o m3s sociedades que se disuelven se aportan a una nueva sociedad que se crea.

En tales casos, no procede la liquidaci3n de las sociedades fusionadas o absorbidas.

Cuando se aprueben en junta general los balances auditados y los informes periciales que procedieren de las sociedades objeto de la fusi3n y los estatutos de la sociedad creada o de la absorbente, en su caso, el directorio de 3sta deber3 distribuir directamente las nuevas acciones entre los accionistas de aqu3llas, en la proporci3n correspondiente.

3.- Efectos tributarios que produce la fusi3n

a) No existe obligaci3n de dar aviso de t3rmino de giro en los casos que se indican

La norma general contenida en el art3culo 69, inciso primero del C3digo Tributario establece que toda persona natural o jur3dica que por t3rmino de su giro comercial o industrial, o de sus actividades, deje de estar afecta a impuesto, debe dar aviso por escrito al Servicio, acompa3ar su balance final y pagar el impuesto correspondiente, dentro del plazo de los dos meses siguientes al t3rmino de giro o de sus actividades.

Igual obligaci3n de dar aviso de t3rmino de giro, procede en el caso de conversi3n de empresas individuales en sociedades de cualquier naturaleza, y cuando las sociedades aportan a otra u otras todo su activo y pasivo o se fusionan.

No obstante lo anterior, el art3culo 69, inciso segundo del C3digo Tributario, contempla una disposici3n de excepci3n a la obligaci3n de dar aviso de t3rmino de giro, la que se reproduce a continuaci3n: “Sin embargo, no ser3 necesario dar aviso de t3rmino de giro en los casos de empresas individuales que se conviertan en sociedades de cualquier naturaleza, cuando la sociedad que se crea se haga responsable solidariamente en la respectiva escritura social de todos los impuestos que se adeudaren por la empresa individual, relativos al giro o actividad respectiva, ni tampoco, en los casos de aporte de todo el activo y pasivo o fusi3n 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 fusi3n. No obstante, las empresas que se disuelven o desaparecen deber3n efectuar un balance de t3rmino de giro a la fecha de su extinci3n y las sociedades que se crean o subsistan, pagar los impuestos correspondientes de la Ley de la Renta, dentro del plazo se3alado en el inciso primero, y los dem3s impuestos dentro de los plazos legales, sin perjuicio de la responsabilidad por otros impuestos que pudieran adeudarse”

Por lo tanto, las sociedades que se fusionan en la medida que den cumplimiento a lo dispuesto por la norma legal anteriormente indicada, se liberan de la obligaci3n de dar un aviso efectivo de t3rmino de giro.

b) Traspaso de cr3ditos

De acuerdo a la definici3n de fusi3n de sociedad se produce un cambio de contribuyente o mejor dicho

nace un nuevo ente jurídico, sin que subsista el mismo, y por lo tanto, la empresa que desaparece no puede traspasar a la nueva sociedad o a la que subsista ningún tipo de crédito, ya que éstos en su carácter de créditos personales sólo deben ser utilizados por las sociedades que los generan, entre los cuales se pueden mencionar entre otros, los PPM, créditos por donaciones, créditos por gastos de capacitación, crédito fiscal IVA, etc.

c) Disminución de capital

Si alguna de las sociedades que desaparece disminuye su capital en forma previa al trámite del proceso de la fusión, de tal circunstancia debe solicitarse autorización al SII, conforme a lo dispuesto por el inciso final del artículo 69 del Código Tributario.

d) Mantenimiento de la reinversión de utilidades

La Ley de Impuesto a la Renta, en su artículo 14, Párrafo A, N° 1, letra c) señala que: en el caso 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 y que se traspasan a las nuevas sociedades o a las que subsistan se mantienen reinvertidas en éstas últimas, y por lo tanto, no se consideran retiro gravable hasta cuando no sean efectivamente retiradas. En otras palabras, dicha norma legal establece que tales rentas se entenderán que se reinvierten en las nuevas sociedades creadas por la fusión o en las subsistentes y, por lo tanto, no se gravarán con el impuesto Global Complementario o Adicional, mientras no sean retiradas de la sociedad que recibe la inversión o distribuidas por ésta.

e) Valor en que deben contabilizarse los bienes que se traspasan a las sociedades subsistentes en el caso de fusión de sociedades

La contabilización de los activos y pasivos de la sociedad absorbida se puede realizar a los valores financieros que tenían en la sociedad absorbida, siempre y cuando en la contabilidad de la sociedad absorbente se lleve un adecuado control de los valores tributarios de dichas partidas o rubros, ya que tales montos o valores son los únicos válidos para la aplicación de las normas tributarias y determinación de las obligaciones impositivas que afectan a la empresa absorbente.

f) No se pueden traspasar pérdidas en los casos de fusión de sociedades

En los casos que existan pérdidas tributarias reflejadas en los estados contables de la sociedad absorbida, éstas no podrán ser reconocidas por la empresa absorbente, toda vez que el mecanismo de recuperación de dichas pérdidas está concebido en la ley únicamente en favor de quien las generó.

g) Fecha de adquisición de las acciones en el caso de fusión de sociedades

El artículo 99 de la Ley Nro. 18.046, sobre Sociedades Anónimas, 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. Dicho artículo distingue dos situaciones en que se produce la fusión de dos o más compañías: la fusión por creación y la fusión por incorporación. Así, existirá una fusión por creación, cuando el activo y pasivo de dos o más sociedades que se disuelven se aportan a una nueva sociedad que se constituye y 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.

De esta manera, tanto en el caso de fusión por creación como en el de fusión por incorporación, existen personas jurídicas que terminan su existencia legal, dando lugar a una nueva sociedad que se constituye, o bien, siendo absorbidas por una sociedad ya existente.

Ahora bien, es necesario determinar la fecha en que se produce la tradición de las acciones poseídas por la o las sociedades absorbidas a la nueva sociedad que se crea o a la sociedad absorbente, toda vez que este es el modo por el cual dichas sociedades adquirirán el dominio de las acciones en cuestión.

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. Dicha escritura debe inscribirse y publicarse en los términos del artículo 52 de la Ley sobre Sociedades Anónimas, toda vez que de acuerdo con el artículo tercero de la misma ley, sólo en ese momento tiene existencia legal y por ende capacidad de adquirir.

Con respecto al caso de la fusión por incorporación, es necesario tener presente que al absorberse por una sociedad ya existente una o más sociedades que se disuelven, se producirá una modificación en el capital de la sociedad absorbente, razón por la que es necesario que la escritura de fusión que provoque la modificación de capital se inscriba y publique en los términos ya señalados.

Ahora bien, la Ley de Sociedades Anónimas señala que publicación e inscripción son requisitos para la existencia de la sociedad, pero nada dice en cuanto a la fecha de inicio de la existencia de la sociedad en los casos que se cumplan las solemnidades indicadas precedentemente.

En consecuencia, acreditadas las solemnidades de inscripción y publicación señaladas, debe entenderse que la fecha de adquisición por la sociedad que se crea o por la sociedad absorbente de las acciones de las que era propietaria la sociedad absorbida, corresponde a la fecha de la escritura de fusión de las sociedades.

4.- Trámite a efectuar ante el SII

a) Autorizaciones y comunicación al Sii

La fusión de sociedades implica la modificación del contrato social del ente jurídico respectivo, y de acuerdo a lo establecido por el inciso final del artículo 68 del Código Tributario tal circunstancia debe ser informada al Sii, ya que esta última disposición señala que los contribuyentes deberán poner en conocimiento de la Oficina del Servicio que corresponda las modificaciones importantes de los datos y antecedentes contenidos en el formulario de Declaración de Inicio de Actividades, comunicación que debe darse dentro de los quince días hábiles siguientes de haber ocurrido los hechos modificatorios, conforme a lo establecido en la Resolución Ex. Nro 5.791 del Sii, publicada en el D.O. 27.11.97.

b) No hay obligación de dictar Resolución por parte del Sii cuando tome conocimiento de la fusión

Quando los contribuyentes comuniquen al Sii la fusión de sociedades, este organismo solamente toma conocimiento de ello, sin estar obligado a dictar una Resolución de tal circunstancia, debido a que dicha exigencia fue derogada o eliminada mediante la dictación de la Resolución Ex. Nro 395, del Sii, de fecha 23.01.95, salvo que impliquen disminuciones de capital, lo que debe ser autorizado por los Jefes de Departamentos de Resoluciones:

a) Modificación de contrato social,

b) Transformación de sociedades,

Conversión de empresa individual en sociedad de cualquier naturaleza,

d) Aporte de todo el Activo y Pasivo a otra sociedad,

e) Absorción de sociedades, y

f) Fusión de sociedades.

La citada resolución rige desde su publicación en el Diario Oficial, esto es, a contar del 28.01.95.

• **Antecedentes que debe presentar el contribuyente**

Formulario 3239, sólo se debe llenar con opción Fusión de Sociedades con una 'x',, además de indicar el RUT y razón social de las sociedades que se fusionan y de la que resulta de la fusión. Se debe acompañar el formulario 4415 , RUT - Inicio de Actividades, para la Sociedad que se crea.

Escritura pública autorizada ante Notario, publicada en el Diario Oficial e inscrita en el Registro de Comercio, insertada en ella la cláusula de responsabilidad a la nueva sociedad responde por las obligaciones tributarlas de las que se fusionaron indicada en el Art. 69 del Código Tributario, sino existiese esta cláusula las sociedades fusionadas deben presentar Término de Giro.

Las sociedades que desaparecen deben presentar balance de Término de Giro por el período comprendido entre el 1° de Enero del año de la fusión y la fecha de ésta. La Nueva Empresa debe pagar los impuestos adeudados dentro del plazo de dos meses de la fecha de la fusión.

La (s) sociedad (es) que desaparece (n) debe (n) entregar los documentos timbrados sin uso en la Unidad del Servicio que corresponda, dentro del plazo que se le indica en el Form. 3239, para su destrucción.

d) Procedimiento

Contribuyente presenta en la Sección de RUT e inicio de Actividad los formularios 3239, 4415 y escrituras.

Los antecedentes y los formularios serán recibidos y revisados someramente en una primera instancia administrativa, a fin de verificar que estén completos. De ser así, el legajo se pasará a fiscalización, instancia que procesará el caso.

Las firmas que desaparecen devuelven las cédulas RUT.

Fiscalización procede a asignarle RUT a la nueva sociedad.

Coloca en Observaciones de la nueva sociedad:

FUSION DE RUT..... sujetos a revisión. Deberán entregar documentos timbrados sin uso de dichas sociedades para destruir.

Coloca en Observaciones de los RUT que desaparecen lo siguiente:

FUSIONADA EN RUT.....

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

SE TOMO CONOCIMIENTO, excedentes de documentos timbrados, destruir en

plazo de 30 días.

Registra en la base de datos de los RUT de las sociedades que desaparecen el mismo

bloqueo que para Término de giro

Procede a girar los impuestos correspondientes a las sociedades que desaparecen.

e) Sanciones por no comunicar las modificaciones

De acuerdo a lo dispuesto por la Resolución señalada en la letra a) precedente, y Circular Nro 17, de fecha 10.05.95 complementada por Circular Nro 14, de fecha 13.03.96, del Sii, el no dar aviso oportuno de una modificación a la identificación y caracterización de los contribuyentes, será sancionado con la multa señalada en el artículo 97 Nro 1 del Código Tributario. Sin embargo, el no pedir autorización para disminuir el capital se sancionará con la multa establecida en el artículo 109 del texto legal antes mencionado.

f) Formalidades legales, administrativas y contables a cumplir en la fusión

1) Si entes fusionados son dos o más sociedades de personas:

1.1 Se requiere una sola escritura a la cual concurren la totalidad de los socios de entes fusionados, en la cual se apruebe la fusión y los nuevos estatutos de la sociedad absorbente o que se crea.

1.2 El extracto debe inscribirse y publicarse en el plazo fatal de 60 días.

2) Si entes fusionados son dos o más sociedades anónimas:

2.1 Todas las sociedades deben celebrar Juntas Extraordinarias de Accionistas, en las que se apruebe la fusión, los estatutos de la sociedad absorbente o que se crea, los balances auditados y los informes periciales que procedan. La mayoría para adoptar los acuerdos es de los dos tercios de las acciones emitidas con derecho a voto.

2.2 Los extractos de las escrituras públicas a que se reduzcan las actas respectivas deben inscribirse y publicarse en el plazo de 60 días fatales desde la fecha de cada escritura.

2.3 Si la fusión es por incorporación, la materialización de la fusión puede ser la misma Junta de la sociedad absorbente o una escritura independiente que también debe inscribirse y publicarse.

2.4 Si la fusión es por concentrarse en manos de la absorbente la totalidad de las acciones de la absorbida no hay necesidad de Junta Extraordinaria.

En este caso, el Directorio de la sociedad disuelta debe dar cuenta de la disolución mediante escritura pública dentro de plazo de 30 días de ocurrida la fusión, la que deberá inscribirse y publicarse dentro de 60 días de la fecha de la escritura.

3) Cumplimiento de formalidades

3.1 Balance de Término de Giro

3.2 Pago de los impuestos dentro de los 2 meses siguientes a la fusión

3.3 Responsabilidad de la absorbente

4) Perdidas tributarios

4.1 Deducción sólo por el contribuyente que las genera, en el caso de la fusión por la sociedad absorbida.

5) Crédito fiscal en fusiones

5.1 El Sii no acepta el traspaso de créditos fiscales en caso de fusiones, por no tratarse de la misma persona jurídica.

6) Utilización de pérdidas tributarias

6.1 Las pérdidas tributarias sólo pueden ser utilizadas por el contribuyente que las genere y no en beneficio de personas jurídicamente distintas a él, por lo tanto, en el caso de fusión no corresponde el traspaso de dichos detrimentos patrimoniales.

7) Efectos de fusión en accionistas o socios

7.1 Accionistas o socios de antiguas sociedades pasan de pleno derecho a serlo de la nueva sociedad o de la sociedad absorbente.

8) Tratamiento contable

8.1 Corresponde a la formación de una sociedad cuyos aportes se originan desde dos o más sociedades previamente constituidas y en funcionamiento.

8.2 El tratamiento contable de esta operación es similar a la transformación de una sociedad, con la diferencia de que los libros que se cierran (balances de aportes) corresponden a dos o más sociedades.

8.3 En resumen, se debe cumplir con los mismos aspectos contables relativos a una transformación efectuando un cierre de libros y la posterior apertura de una nueva Sociedad.

9) Etapas de la fusión de sociedades

9.1 Deben prepararse estados financieros para cada una de las sociedades que participarán en la fusión, de acuerdo a principios de contabilidad generalmente aceptados.

9.2 Luego se deben unir línea a línea las cuentas de activo, pasivo y patrimonio.

- Después, se deben identificar aquellos saldos que reflejen operaciones entre las sociedades. (Lo que es una cuenta por cobrar en una sociedad, es una cuenta por pagar para la otra)

- Si existen inversiones relacionadas se deben depurar contra el patrimonio de la sociedad emisora que está participando en la fusión.

- Una vez efectuado las reclasificaciones y depuraciones quedarán los estados financieros fusionados, bajo dos posibilidades:

Fusión por efecto de adquirir el 100% de las acciones en cuyo caso en el balance

fusionado no se ve afectado el patrimonio de la sociedad absorbente.

Fusión por incorporación de activos y pasivos en cuyo caso el patrimonio de la sociedad absorbente se incrementa.

5.- Jurisprudencia administrativa

a) Las pérdidas de arrastre no pueden traspasarse en el caso de fusión de sociedades

El derecho a deducir las pérdidas experimentadas en cierto ejercicio comercial está concebido en beneficio del mismo contribuyente que sufrió el mencionado detrimento patrimonial y no en beneficio de personas jurídicamente distintas a él. Por tanto, en el caso de fusión, integración o absorción de empresas, en que la empresa fusionada, integrada o absorbida por otra ha sufrido pérdidas, éstas no pueden ser imputadas a los resultados de la empresa subsistente. (Circ. N° 109, de 17.08.77 del Sii)

b) Posibilidad de fusionar una sociedad anónima con una filial

Doy respuesta a su presentación de fecha 11 de enero del presente año, por medio de la cual, en su calidad de Gerente General de la sociedad, X S.A., consulta a esta Superintendencia acerca de la viabilidad legal de un proyecto de fusión de esa sociedad con su filial, Z Limitada, con las particularidades que en su nota se indican.

Al respecto cumplo manifestar a Uds. lo siguiente:

Si esa sociedad, junto con acordar la referida fusión, aprueba una disminución de capital por un monto equivalente al número de acciones que posee la filial en ella, no le es aplicable lo dispuesto en los incisos 3 y 4 del artículo 27 de la ley N° 18.046, por cuanto ha evitado de este modo la adquisición de acciones de su propia emisión, logrando así el objetivo que persigue la ley.

En efecto, la disposición citada establece un mecanismo equitativo de enajenación de acciones de la propia emisión, el cual no tendrá cabida en la especie, toda vez que con una aprobación simultánea de la fusión y disminución de capital se impide la adquisición de estas acciones por la sociedad emisora.

En consecuencia, si la sociedad de su gerencia cumple con todas las disposiciones legales propias de la fusión, disminución de capital y posterior aumento de éste, el Superintendente infrascrito no ve inconveniente en que se proceda de la manera planteada en su presentación. (Of. N° 1.746, de 22.03.82, de la Superintendencia de Valores y Seguros)

c) No procede el traspaso de pérdidas en el caso de fusión de sociedades

Mediante Circular N° 109, de 17 de Agosto de 1977, el Sii ha dictaminado expresamente que la rebaja por concepto de pérdidas de arrastre que establece el artículo 31 nro 3 de la Ley de la Renta, ha sido concebido como un derecho o un beneficio a favor del mismo contribuyente que ha sufrido el detrimento patrimonial y no en beneficio de personas jurídicamente distintas a él, como sería en los casos de fusión, integración o absorción de empresas respecto de la empresa subsistente. (Of. N° 1.270, de 26.04.82 del Sii)

d) Fusión: acciones de la propia emisión y disminución de capital

En atención a su presentación de 7 de septiembre de 1982 en la que solicita un pronunciamiento legal acerca de la fusión que se realizará entre XX S.A., y ZZ S.A., el Superintendente infrascrito manifiesta a

Ud. lo siguiente:

1. La duda que se plantean las sociedades ocurrentes, dice relación con la posesión de acciones de propia emisión que resultarán a con motivo de la fusión y la obligación de enajenarlas dentro del plazo de un año como lo establece la ley; a contar de su adquisición y si así no se hiciere, el capital quedará disminuido de pleno derecho, sin perjuicio de la oferta preferente a los titulares de acciones, conforme al artículo 25 de la ley N° 18.046.

2. Se señala que las acciones de propia emisión que resultarán de la fusión, no corresponden a su capital efectivo, ni han sido adquiridas de terceros, por lo que a su entender se producirá una distorsión en la posesión de acciones que le corresponderá a cada accionista y, en atención a ello, ver la posibilidad de no considerar en el capital de la sociedad fusionada, el valor que no presentan estas acciones de propia emisión y de este modo, se fijará el capital de la sociedad absorbente con activos reales netos, cumpliéndose de inmediato con la norma subsidiaria establecida por la ley -inciso penúltimo del artículo 27- no siendo necesaria la posterior enajenación de acciones de propia emisión porque el capital social se verá reflejado de inmediato en su monto real.

3. En opinión de esta Entidad Fiscalizadora no hay inconveniente para proceder en la forma que solicitan las sociedades ocurrentes, toda vez que en el aviso de citación a junta de accionistas, para aprobar la fusión de ambas sociedades, se ha incluido como materia la disminución del capital social como efecto de dicha fusión con la finalidad de evitarse tener que quedar con acciones de propia emisión.

Por otra parte, tanto del punto de vista legal como contable, no se ve inconveniente alguno para fusionar dichas empresas en la forma que se ha descrito por las ocurrentes. (Of. N° 6.327, de 05.11.82 de la Superintendencia de Valores y Seguros)

e) Recuperación del IVA en el caso de fusión de sociedades

Con relación a su presentación del antecedente por medio del cual solicita a esta Secretaría de Estado que las obligaciones que actualmente tiene la empresa denominada XXX S.A. provenientes de su incorporación al régimen de devolución anticipada de IVA para los exportadores a que se refiere el Artículo Nro 6 del Decreto Nro 348, de 1975, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, sean transferidas a la sociedad que usted dirige, ello en virtud de la fusión por incorporación que fueron objeto ambas entidades, cumpla con informar lo siguiente:

1) Por resolución de este Ministerio, Nro 11 de fecha 24 de enero de 1990, se

incorporó a la entidad denominada XXX S.A. al sistema de recuperación

anticipado de IVA, establecido en el Artículo Nro 36 del Decreto Ley Nro 825,

de 1974 y en el Artículo Nro 6 del Decreto NL348 de 1975 antes referido.

2) De la documentación acompañada a su solicitud, se desprende que entre la empresa YYY S.A. y XXX S.A. se ha producido una fusión por incorporación, por haber sido absorbida una sociedad disuelta, por una ya existente, la que adquiere todos sus activos y pasivos, según la definición que señala el inciso Nro 3 del Artículo Nro 99 de la Ley de Sociedades Anónimas.

3) En consecuencia de lo anterior, la empresa denominada YYY S.A. resultante de la fusión antes descrita, y como sucesora de XXX S.A., podrá ejercer los derechos que a esta última le correspondían por haber sido acogida al sistema de recuperación del Impuesto al Valor Agregado, con las modalidades indicadas en el Nro 1 del presente oficio, debiendo además acreditar el cumplimiento de las exportaciones de los

productos, en los plazos y montos a que se refiere la Resolución Nro 11 de 24 de enero de 1990.

4) Por último informo a usted que la calidad jurídica de sucesora en el régimen de devolución anticipada de IVA, deberá acreditarse ante el Servicio de Tesorería. (Of. nro 8.078, de 23.12.91)

f) Fusión de sociedades - Sociedad absorbente - Contabilización de activos y pasivos recibidos de sociedad absorbida - Control de valores tributarios de dichas partidas o rubros - Pérdidas tributarias en estados contables de sociedad absorbida u otras partidas que constituyan créditos Recuperación de pérdidas o créditos por sociedad absorbente - Improcedencia

En el caso de fusión de sociedades, en que la sociedad absorbida aporta a su valor tributario todos sus activos y pasivos a la sociedad absorbente y, una vez materializada la fusión, la empresa absorbente - para el solo efecto financiero - contabiliza los activos y pasivos recibidos a los valores financieros que tenían en la sociedad absorbida, la Dirección Nacional del Servicio de Impuestos Internos ha dictaminado que no ve inconveniente para que la contabilización de los activos y pasivos de la sociedad absorbida se realice en la forma señalada, siempre y cuando en la contabilidad de la sociedad absorbente se lleve un adecuado control de los valores tributarios de dichas partidas o rubros, ya que tales montos o valores son los únicos válidos para la aplicación de las normas tributarias y determinación de las obligaciones impositivas que afectan a la empresa absorbente.

Ahora bien, en la eventualidad que existan pérdidas tributarias reflejadas en los estados contables de la sociedad absorbida u otras partidas que constituyan créditos, éstas no podrán ser reconocidas por la empresa absorbente, toda vez que el mecanismo de recuperación de dichas pérdidas o créditos está concebido en la ley únicamente en favor de quien las genera (Of. Nro 267, de 17.01.94 del Sii)

• Situación tributaria del menor valor existente entre el precio de adquisición de las acciones de una S.A. y el valor libro de los activos y pasivos de una sociedad que es absorbida por su matriz

Así como la Ley de la Renta no grava las utilidades mientras éstas no se realizan, tampoco dicho cuerpo legal permite descontar las pérdidas eventuales mientras éstas no se generen. En efecto, el texto legal en referencia, a manera de ejemplo, no grava la plusvalía que un bien pueda tener en un período determinado, como consecuencia del aumento de su valor o rentabilidad de la empresa emisora de una acción, de igual forma tampoco acepta deducir la pérdida nominal que pueda tener el bien cuando disminuye su valor por situaciones de diversa índole.

Lo anterior, obedece a que tratándose de un activo, la situación de pérdida o utilidad, sólo se puede determinar al liquidarse el bien o al quedar este sin valor económico en forma definitiva, por lo que, en principio, mientras no se enajene el bien, éste debe seguir figurando en el activo de la empresa.

En consecuencia, por las razones anotadas, y conforme a pronunciamientos similares emitidos sobre la materia en consulta, se señala que la diferencia en cuestión debe formar parte de los activos no monetarios recibidos por la empresa matriz producto de la fusión o absorción de su filial, no siendo procedente darle a la citada diferencia los dos últimos tratamientos tributarios que indica en su escrito, ya que las pérdidas tributarias sólo se reconocen como gasto en la oportunidad en que éstas se realizan con ocasión de la enajenación de los bienes u otras causas. (Of. Nro 3.625, de 05.12.95 del Sii)

h) Valoración para los efectos de la Ley sobre Impuesto a la Renta de los traspasos de bienes originados en las fusiones

En virtud de lo dispuesto en el artículo 64 del Código Tributario el Servicio puede tasar el precio o valor asignado al objeto de la enajenación de una especie mueble corporal o incorporea que sirva de base o sea uno de los elementos para determinar un impuesto, cuando dicho precio o valor fuere notoriamente inferior a los

corrientes en plaza o de los que normalmente se cobren en convenciones de similar naturaleza considerando las circunstancias en que se realiza la operaci3n.

Sobre la materia, se ha consultado al Sii en cuanto al criterio que se aplica respecto del traspaso, total o parcial, de activos de cualquier clase que resulten de los procesos de reorganizaci3n de empresas.

En relaci3n con la citada consulta, se imparten las siguientes instrucciones:

Fusi3n de sociedades por creaci3n o por incorporaci3n.- Seg3n la definici3n que al respecto hace la Ley sobre Sociedades An3nimas, N° 18.046, y que el Sii ha hecho extensiva a las normas de car3cter tributario, existe fusi3n por creaci3n cuando el activo y pasivo de dos o m3s sociedades, de cualquier clase, que se disuelven se aporta a una nueva sociedad que se constituye, y fusi3n por incorporaci3n, cuando una o m3s sociedades que se disuelven son absorbidas por una sociedad ya existente, la que adquiere todos sus activos y pasivos.

En las dos situaciones se3aladas precedentemente las sociedades aportantes desaparecen, sucedi3ndola en todos sus derechos y obligaciones la sociedad que se constituye o la preexistente, y, a3n cuando legalmente existe enajenaci3n de los bienes aportados, el aporte que efect3a la absorbida no tiene una contraprestaci3n pues no recibe a cambio acciones o derechos de la sociedad absorbente, puesto que desaparece como persona jur3dica, de donde resulta que queda al margen de poder experimentar un incremento patrimonial. Por lo tanto, no procede aplicar en este caso el art3culo 64 del C3digo Tributario.

Dado que tanto en la situaci3n referida en este caso, como en la de la divisi3n no se producen efectos tributarios respecto de la Ley sobre Impuesto a la Renta con motivo de la divisi3n o fusi3n, la nueva sociedad o la subsistente deber3 mantener registrado el valor tributario que ten3an los bienes en la empresa o sociedad dividida o aportante, a fin de acreditar el cumplimiento de todas las normas pertinentes contenidas en la Ley sobre Impuesto a la Renta, tales como, depreciaci3n, correcci3n monetaria, determinaci3n del mayor valor en el momento de su enajenaci3n a terceros, etc. (**Circ. Ng 68, de 28.11.96 del Sii. Parte pertinente**).

i) Oportunidad en que se gravan respecto de sus accionistas las utilidades aportadas a otras sociedades producto de fusiones o reorganizaci3n de empresas

Se expresa que el Sii mediante Circular N3 68, de 28.11.96, ratific3 respecto a las sociedades que se fusionen, ya sea, por creaci3n o por incorporaci3n, que a3n cuando legalmente existe enajenaci3n de los bienes aportados, no procede aplicar lo dispuesto en el art3culo 64 del C3digo Tributario.

Dicho instructivo ratific3 igualmente que trat3ndose del aporte total o parcial de activos, corporales o incorporales, que resulten de otros procesos de reorganizaci3n de grupos empresariales, en que subsista la empresa aportante, sea individual o societaria, que impliquen un aumento de capital en una sociedad preexistente o la constituci3n de una nueva sociedad, y que no originen flujos efectivos de dinero para el aportante, se reconocer3 para la aplicaci3n del art3culo 642 del C3digo Tributario, como valor corriente en plaza de dichos bienes, o el que normalmente se cobre en convenciones de similar naturaleza, el valor contable o tributario que se ten3a registrado en la empresa aportante -cuando dichos valores se asignen en la respectiva Junta de Accionistas o en el acto de constituci3n de la sociedad, trat3ndose de sociedades de personas-, salvo que se trate de acciones de terceros, que no sean filiales de la aportante, y que tengan cotizaci3n en bolsa. La receptora de los bienes, deber3 registrar para efectos tributarios el mismo valor se3alado, esto es, el valor contable o tributario.

En relaci3n con lo anterior expone, que en los procesos anteriores de reorganizaciones de empresas, fundamentadas en leg3timas razones de negocios, situaciones tributarios similares se producen no s3lo respecto a las empresas mismas, sino que tambi3n respecto a sus accionistas, por cuanto 3stos, sean

personas naturales o jurídicas, se les entregará a cambio de sus acciones en la sociedad que desaparece, una proporción semejante equivalente del valor contable de su inversión y por la cual no se ha originado ningún flujo efectivo de dinero. La proporción del valor contable de la empresa aportada, por lo general, es superior al valor tributario correspondiente al accionista, fundamentalmente por las utilidades retenidas, capitalizadas o no, y que como norma general no incrementará el patrimonio del accionista hasta que sea efectivamente percibido por éste, ya sea, como dividendo o retiro, momento en el cual de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 14 N° 2 de la Ley de la Renta se deberá pagar los impuestos correspondientes.

Ahora bien, de gravarse las transacciones anteriores al momento de la absorción, se producirá un pago anticipado de impuestos a la renta sobre utilidades teóricamente devengadas, que volverán a tributar, ya sea, porque el accionista lo vendió efectivamente a un tercero o porque la sociedad continuadora legal de la aportante, reparte un dividendo producto de las utilidades retenidas en la empresa fusionada, produciéndose una falta de equidad para el accionista, sometiendo a un doble pago de impuesto, ya que no existen mecanismos legales que le permitan solicitar posteriormente la devolución de lo pagado en exceso, respecto de lo cual requiere un pronunciamiento sobre la materia.

Sin perjuicio de que de acuerdo a lo dispuesto, en la letra c), del número 1 de la letra A, del artículo 14 de la Ley de la Renta, no se entienden retiradas ni distribuidas las utilidades acumuladas en el Fondo de Utilidades Tributables, en el caso de fusión de sociedades, tampoco puede entenderse que, por el hecho de que el accionista de la sociedad que se disuelve reciba acciones de la nueva sociedad, se produzca para éste un incremento patrimonial susceptible de gravarse con los impuestos a la renta. En efecto, no debe olvidarse que, con motivo de la fusión la sociedad absorbida se disuelve y por ende las acciones desaparecen. Es como consecuencia de este hecho que la Ley sobre Sociedades Anónimas dispone que los accionistas de la sociedad absorbida se incorporan a la absorbente, de pleno derecho, recibiendo acciones de ésta última, que les son entregadas en sustitución de las que tenían en la absorbida y que han quedado sin efecto. Es en razón de la sustitución o reemplazo, sin que medie otra transacción propiamente tal, que el costo de las acciones tiene que mantenerse, y por tanto, no puede originarse renta, pues si se mantiene el costo de lo adquirido no puede variar el patrimonio y en consecuencia no se produce una renta puesto que ésta supone un incremento patrimonial.

Por otra parte, hay que tener presente que la acción representa una parte cuotativa del capital de la sociedad anónima, y por lo tanto, las acciones que posee el accionista de la sociedad que se disuelve con motivo de la fusión, ya son representativas del patrimonio contable de la empresa, por lo tanto, lo que hace el inciso final del artículo 99 de la Ley nro 18.046, sobre sociedades anónimas, es resguardar a dichos accionistas a fin de que éstos no se perjudiquen con una eventual subvaloración del patrimonio de la sociedad que desaparece, en favor de los accionistas de la sociedad subsistente, y por ende, no se produce ningún incremento de patrimonio real para el accionista de que se trata.

Lo anterior, es sin perjuicio de la tributación que afectará al accionista una vez que la sociedad a la cual se incorpora le distribuya las utilidades acumuladas en el FUT, y a su vez, como el accionista jurídicamente no pagó las acciones que le entregó la sociedad subsistente, el valor de adquisición para él es el mismo que pagó cuando suscribió las acciones de la sociedad que desaparece. (Of. N° 879, de 24.04.97 del SIA)

II) Efectos tributarios de la fusión en Chile de sociedades extranjeras

Se requiere confirmar las siguientes consecuencias tributarias:

1) Al comprar la empresa XXX Limited a través de su agencia en Chile las acciones de YYY Limited, no se generará impuesto adicional ni impuesto único de retención del artículo 59 de la Ley de Impuesto a la Renta por causa de la referida compra, debido a que se trata de la compra de un activo y para dicha inversión no ingresarán fondos ni saldrán fondos del país.

2) La agencia en Chile de XXX Limited tiene derecho a deducir para fines tributarios el gasto por los intereses que devengue la deuda con que se financia la compra, mediante la absorción de la primera planta de metanol. En efecto, para la deducción de un gasto la ley exige que sea necesario para producir la renta. Pues bien, en el caso de su interés, la compra de la planta generará para la agencia en Chile de XXX Limited la totalidad de los ingresos de exportación de metanol producido por la misma, de modo que el gasto de los intereses del financiamiento de dicha compra es un gasto necesario para producir la renta de la agencia en Chile de XXX. En consecuencia, dicho gasto es deducible.

3) Los pagos al exterior que haga la agencia en Chile de XXX por los intereses antedichos, estarán sujetos a una tasa de impuesto de retención de 4% en el entendido que, como es el caso, la institución financiera acreedora está incluida por el Banco Central en el Capítulo XV de Apendice Compendio de Normas de Cambios Internacionales como institución financiera extranjera para efectos de lo dispuesto en el artículo 59, número 1 de la Ley de la Renta. En efecto, el artículo 59 Nro 1, inciso primero, de la Ley sobre Impuesto a la Renta señala que estarán afectos a impuesto de retención con tasa de 4% los intereses provenientes de créditos otorgados desde el exterior por instituciones financieras autorizadas por el Banco Central. Adicionalmente, en su segundo inciso, la disposición exige para la aplicación de la tasa de 4% en lugar de la general de 35%, que la respectiva operación de crédito haya sido autorizada por el Banco Central de Chile. Finalmente, mediante Circular N° 52 de Apendice 1992, el Servicio de Impuestos Internos ha señalado que se entiende que todas las operaciones de cambios internacionales están autorizadas por el Banco Central con la salvedad de aquellas que se realizan por el Mercado Cambiario Formal. Como en el caso de su interés, el crédito otorgado por la institución financiera es una operación de cambio internacional (es un acto que crea obligaciones pagaderas en moneda extranjera) que no se realiza en el Mercado Cambiario Formal (por no ingresar las divisas a Chile), entonces, conforme a la circular referida, se entiende autorizada por el Banco Central. En consecuencia, se cumplen todos los requisitos legales para la aplicación de la tasa de 4%.

En relación con la primera consulta, para que efectivamente se considere que el pago que se hará en el exterior por la compra de las acciones de la sociedad YYY Limited, con cargo al crédito que le otorgará a la Agencia en Chile de la sociedad XXX Limited una institución financiera extranjera, constituya una inversión, resulta determinante que el patrimonio de la primera de las sociedades señaladas (que desaparecerá como consecuencia de la compra del total de sus acciones), se incorpore al patrimonio que posee en Chile la Agencia de la segunda sociedad aludida y, que dicha incorporación conste en documentos o registros fehacientes como ser, la Inscripción en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces respectivo, de los inmuebles que forman el patrimonio que resulta traspasado, a nombre de la Agencia indicada.

De acuerdo a lo antes señalado, para que se acepte como gasto necesario de la Agencia de XXX Limited, el pago de los intereses que genere el crédito, con el cual se financiará la compra de las acciones de que se trata, cabe hacer presente, que la Agencia en Chile de XXX Limited, debe acreditar con documentación y registros fehacientes, primero, que el crédito en cuestión se le otorga efectivamente a ella y, en segundo término, que como consecuencia de la compra de las acciones de la sociedad YYY, se incorporaron al patrimonio que gestiona en el país, los bienes que forman parte del patrimonio de la sociedad que desaparecerá en el exterior.

De no cumplirse con lo señalado precedentemente tales intereses no serán aceptados como gasto y, por ende, no resultarán deducibles en la determinación de la renta líquida imponible de la Agencia en Chile.

Por último y, en lo que respecta al impuesto que afectará al pago al exterior de los intereses que genere el crédito en cuestión, cabe consignar que para que proceda la tasa establecida en el N° 1 del artículo 59 de la Ley de la Renta, como afirma el recurrente, es necesario que se cumplan, copulativamente, las siguientes dos circunstancias, a saber: a) que el crédito sea otorgado por un Banco o Institución Financiera, siendo

necesario, que en este último caso la institución financiera se encuentre autorizada por el Banco Central de Chile, y b) que la operación haya sido autorizada en los términos que corresponda por dicho Instituto Emisor. (Of. N° 1.973, de 02.09.97 del Sii)

j) La figura jurídica de la fusión también es aplicable a las sociedades de personas

La expresión, 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, ha sido utilizada por el legislador en las siguientes normas legales de orden tributario: a) Artículo 14, letra A Nro 1, letra c) de la Ley sobre Impuesto a la Renta; y b) Artículo 69 del Código Tributario.

Ahora bien, respecto de la materia en consulta, cabe expresar que las normas precedentemente indicadas no restringen la aplicación del término fusión, sólo a las sociedades anónimas, ya que del texto expreso de las citadas disposiciones se puede apreciar claramente que el legislador no hizo ninguna distinción, utilizando al efecto el vocablo genérico de sociedades.

En apoyo a lo anterior, el propio artículo 14, letra A) nro 1, letra c) de la Ley de la Renta, establece que dentro de la expresión fusión de sociedades, debe comprenderse la reunión del total de los derechos o acciones de una sociedad en manos de una misma persona, lo que denota que al utilizar el término derecho, se está refiriendo obviamente a una sociedad de personas.

Reafirma lo antes expuesto, la circunstancia de que el Sii al impartir instrucciones mediante Circulares Nros. 68, de 1996, y 17, de 1995, publicadas en los Boletines de los meses de Diciembre y Mayo de los años respectivos, al referirse a la expresión fusión de sociedades, lo haya hecho en forma genérica, incluyendo en tal expresión las sociedades de cualquier clase.

En consecuencia, y conforme a lo comentado, sólo cabe en la especie ratificar el criterio expuesto en su presentación, en cuanto a que el término fusión de sociedades, también resulta aplicable a las sociedades de personas. (Of. N° 2.389, de 13.10.97 del Sii)

• Imputación de remanentes de PPM y crédito por gastos de capacitación en caso de fusión de sociedades anónimas, conforme al artículo 51 del Código Tributario

Analizado el problema en consulta se advierte que si el titular de un crédito intransferible e intransmisible (como son según la doctrina del Sii los remanentes de P.P.M. y crédito 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.

En estas condiciones, y 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 hecho. (Of. N° 2.632 de 31.10.97 del Sii)

L) Sobre alcance del término fusión de sociedades que utiliza el Artículo 69 del Código Tributario y Artículo 14 de la Ley de la Renta

Para los efectos de resolver la consulta planteada, se debe tener presente que nuestro derecho positivo no contienen una regulación legal sistematizado y general sobre el fenómeno de la reestructuración de sociedades, con excepción de las disposiciones contenidas en la Ley nro 18.046 de 1981, que en su Título IX, se refiere expresamente a la División, Transformación y Fusión de Sociedades Anónimas, y específicamente trata la fusión de dichas sociedades en el artículo 992, cuyo tenor es el siguiente:

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

Hay fusión por creación, cuando el activo y pasivo de dos o más sociedades que se disuelvan se aportan a una nueva sociedad que se constituye. Hay fusión por incorporación, cuando una o más sociedades que se disuelven, son absorbidas por la sociedad ya existente, la que adquiere todos sus activos y pasivos.

Por instrucciones del Sii acorde con la doctrina generalmente aceptada sobre la materia, se ha acogido la distinción entre los diversos tipos de cambio o reorganización de

la estructura social contemplados en la disposición anterior, extendiéndola a otras sociedades distintas de las sociedades anónimas.

Es así como, para los efectos de lo dispuesto en el artículo 69° del Código Tributario, con relación a la obligatoriedad de presentar aviso de término de giro en los casos de conversión de una empresa individual en sociedades de cualquier naturaleza y la transformación de sociedades, la Circular Nro 50, de 1986, en su Nro 196, define a la absorción de sociedades, como aquella que, se produce cuando una sociedad se disuelve aportando a otra sociedad su activo y pasivo y los socios de la sociedad absorbida pasan a serlo de la sociedad absorbente.

De lo expuesto, se deduce que la Fusión por absorción de sociedades necesariamente debe comprender el traspaso tanto del patrimonio como de los socios o accionistas de la o las sociedades absorbidas; de modo que la sociedad absorbente incorpore a su status social el patrimonio, los socios y la totalidad de los derechos y obligaciones de las sociedades que desaparecen consecuencia de la absorción.

Teniendo presente lo anterior, en la situación en consulta procede exigir Aviso de Término de Giro a las tres sociedades de responsabilidad limitada que se disuelven por la reunión de la totalidad de los derechos en ellas en manos de una misma persona, no obstante haberse suscrito la cláusula de responsabilidad en la escritura respectiva. En efecto, como se ha señalado el caso en comento no se encuentra comprendido en ninguna de las figuras previstas en la disposición del inciso segundo del artículo 69 del Código Tributario, esto es, ni en la fusión de sociedades, - por la falta de incorporación de los socios de las sociedades que se disuelven a la sociedad absorbente -, ni menos aún a la figura del aporte de todo el activo y pasivo,., acto que por su propia naturaleza, requiere la incorporación del aportante en la persona jurídica receptora, situación que no ocurre en la especie, toda vez que las tres sociedades de responsabilidad limitada desaparecen y no se constituyen en socias de la sociedad anónima que adquiere la totalidad de los derechos en ellas.

Sin perjuicio de la obligación señalada, se debe tener presente que la cesión de derechos sociales de que da cuenta la escritura pública que se acompaña, se corresponde a una figura de fusión de sociedades en los términos previstos en el artículo 14 párrafo A, N°1 letra c), de la Ley sobre Impuesto a la Renta, que expresamente comprende en dicho concepto, la reunión del total de los derechos o acciones de una sociedad en manos de una misma persona., El alcance del término Fusión, en el sentido amplio que contiene esta norma, debe entenderse circunscrito al ámbito de aplicación de la misma, cual es, el régimen de reinversión de utilidades, que constituye un régimen de tributación especial lo cual no permite extender su aplicación en carácter de principio general.

De este modo, en el caso planteado, la reunión de la totalidad de los derechos de las sociedades de responsabilidad limitada en manos de una persona jurídica, constituye una fusión de sociedades en los términos especiales de la norma del artículo 14 párrafo A, nro 1 letra c), lo cual hace inaplicable el impuesto único del artículo 38 bis de la Ley de la Renta, independientemente del hecho de que las sociedades que se disuelven a consecuencia de esta operación, se encuentran obligadas, como se ha expuesto, a dar Aviso de Término de Giro en los términos del artículo 69 del Código Tributario. (Of.

m) Tratamiento tributario de fusión por absorción entre una sociedad anónima extranjera y sociedad anónima chilena que desaparece.

De acuerdo al artículo 99 de la Ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas, la fusión de sociedades es definida 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. Dicho precepto distingue dos situaciones en que se produce la fusión de dos o más compañías, la fusión por creación, cuando el activo de dos o más sociedades que se disuelven se aportan a una nueva sociedad que se constituye, y la 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.

Ahora bien, de acuerdo a lo manifestado en la presentación, en el caso planteado se verifica una fusión por incorporación, pues una sociedad anónima extranjera, absorbe a una sociedad anónima Chilena, recibiendo en tal caso los accionistas de la entidad que desaparece acciones de la persona jurídica extranjera, a cambio de sus acciones en la sociedad absorbida.

Como consecuencia de este hecho la Ley sobre Sociedades Anónimas dispone que los accionistas de la sociedad absorbida se incorporen a la absorbente de pleno derecho, recibiendo acciones de esta última, que les son entregadas en reemplazo de las que tenían en la absorbida, y que han quedado sin efecto.

De este modo, en razón de la sustitución o reemplazo de las acciones, sin que medie una transacción propiamente tal, se sigue que el costo de las acciones sustituidas tiene que mantenerse, siendo en consecuencia para el accionista su valor de adquisición, el valor que pagó cuando adquirió las acciones de la sociedad anónima Chilena que desaparece, ello en la medida en que de acuerdo con la ley del país en donde se constituyó la sociedad absorbente, se reconozca que con motivo de la fusión, los accionistas de la sociedad absorbida pasan a serlo de la sociedad absorbente.

Respecto del reajuste anual que corresponde aplicar al valor de costo de las acciones, cabe indicar que el Nro 4, del inciso segundo del artículo 41 B de la Ley de la Renta, establece que las inversiones efectuadas en el exterior en acciones, entre otras, se considerarán como activos en moneda extranjera para los efectos de la corrección monetaria, aplicándose al respecto el Nro 4 del artículo 41 del mismo texto legal, es decir se ajustará de acuerdo con el valor de cotización de la respectiva moneda, o con el reajuste pactado, en su caso.

De acuerdo al tenor del Nro 4 del inciso segundo del artículo 41 B, dicha norma de reajuste sólo se aplicará a los contribuyentes que estén sujetos al régimen de corrección monetaria de activos y pasivos, esto es, los contribuyentes de la Primera Categoría que declaren su renta efectiva conforme a las normas del artículo 20, demostradas mediante un balance general.

Ahora bien, de acuerdo con lo que esta misma norma dispone, los demás contribuyentes, esto es, aquellos que no están sujetos al régimen de corrección monetaria de activos y pasivos deberán actualizar tales inversiones, según lo establecido en el inciso segundo del artículo 41 de la Ley de la Renta, es decir, en la variación experimentada por el IPC, en el período comprendido entre el último día del mes que antecede al de la adquisición del bien, y el último día del mes anterior al de la enajenación.

ABSORCION DE SOCIEDADES

1) Concepto

La absorción de sociedades es el contrato por escritura pública en que una sociedad ya existente absorbe a

una o más sociedades, adquiriendo todos sus activos y pasivos, desapareciendo las sociedades absorbidas.

Si alguna o todas las sociedades absorbidas disminuyen su capital previamente al efectuar el trámite de la absorción deben solicitar la Resolución que autorice dicha disminución de capital.

2) Efectos tributarios

a) No existe obligación de dar aviso de término de giro en los casos que se indican

La norma general contenida en el artículo 69, inciso primero del Código Tributario establece que toda persona natural o jurídica que por término de su giro comercial o industrial, o de sus actividades, deje de estar afectada a impuesto, debe dar aviso por escrito al Servicio, acompañar su balance final y pagar el impuesto correspondiente, dentro del plazo de los dos meses siguientes al término de giro o de sus actividades.

Igual obligación de dar aviso de término de giro, procede en el caso de conversión de empresas individuales en sociedades de cualquier naturaleza, y cuando las sociedades aportan a otra u otras todo su activo y pasivo o se fusionan.

No obstante lo anterior, el artículo 69, inciso segundo del Código Tributario, contempla una disposición de excepción a la obligación de dar aviso de término de giro, la que se reproduce a continuación: Sin embargo, no será necesario dar aviso de término de giro en los casos de empresas individuales que se conviertan en sociedades de cualquier naturaleza, cuando la sociedad que se crea se haga responsable solidariamente en la respectiva escritura social de todos los impuestos que se adeudaren por la empresa individual, relativos al giro o actividad respectiva, ni tampoco, en los casos de aporte de todo el activo y pasivo o fusión de sociedades, cuando la sociedad que se crea o 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. 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 correspondientes de la Ley de la Renta, dentro del plazo señalado en el inciso primero, y los demás impuestos dentro de los plazos legales, sin perjuicio de la responsabilidad por otros impuestos que pudieran adeudarse.

Por lo tanto, las sociedades absorbidas y absorbentes en la medida que den cumplimiento a lo dispuesto por la norma legal anteriormente indicada, se liberan de la obligación de dar un aviso efectivo de término de giro.

b) Traspaso de créditos

De acuerdo a la definición de absorción de sociedades se produce un cambio de contribuyente o mejor dicho existe un ente jurídico distinto y, por lo tanto, la empresa absorbida no puede traspasar a las sociedades absorbentes ningún tipo de crédito, ya que éstos en su carácter de créditos personales sólo deben ser utilizados por las sociedades que los generan, entre los cuales se pueden mencionar entre otros, los PPM, créditos por donaciones, créditos por gastos de capacitación, crédito fiscal IVA, etc.

c) Disminución de capital

Si alguna de las sociedades absorbidas disminuye su capital en forma previa al trámite de la

absorción, de tal circunstancia debe solicitarse autorización al Sii, conforme a lo dispuesto por el inciso

final del artículo 69 del Código Tributario.

d) Mantenimiento de la reinversión de utilidades

La Ley de Impuesto a la Renta, en su artículo 14, Párrafo A, Nro 1, letra c) establece que:

En el caso de transformación de una empresa individual en sociedad de cualquier clase o en la división o fusión de sociedades, entendiéndose dentro de ésta 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 y que se traspasan a las nuevas sociedades o a las que subsistan se mantienen reinvertidas en éstas últimas, y por lo tanto, no se consideran retiro gravable hasta cuando no sean efectivamente retiradas. En otras palabras, dicha norma legal establece que tales rentas se entenderán que se reinvierten en las nuevas sociedades creadas o subsistentes y, por lo tanto, no se gravarán con el impuesto Global Complementario o Adicional, mientras no sean retiradas de la sociedad que recibe la inversión o distribuidas por ésta, situación que es plenamente aplicable al caso de la absorción de sociedades.

e) No se pueden traspasar pérdidas en los casos de absorción de sociedades

En los casos que existan pérdidas tributarias reflejadas en los estados contables de la sociedad absorbida, éstas no podrán ser reconocidas por la empresa absorbente, toda vez que el mecanismo de recuperación de dichas pérdidas está concebido en la ley únicamente en favor de quien las genera.

• Valor en que deben contabilizarse los bienes que se traspasan a las sociedades subsistentes en el caso de absorción de sociedades

La contabilización de los activos y pasivos de la sociedad absorbida se puede realizar a los valores financieros que tenían en la sociedad absorbida, siempre y cuando en la contabilidad de la sociedad absorbente se lleve un adecuado control de los valores tributarios de dichas partidas o rubros, ya que tales montos o valores son los únicos válidos para la aplicación de las normas tributarias y determinación de las obligaciones impositivas que afectan a la empresa absorbente.

3) Trámite ante el Sii

a) Autorizaciones y comunicación al Sii

La absorción de sociedades implica la modificación del contrato social del ente jurídico respectivo, y de acuerdo a lo establecido por el inciso final del artículo 68 del Código Tributario tal circunstancia debe ser informada al Sii, ya que esta última disposición establece que los contribuyentes deberán poner en conocimiento de la Oficina del Servicio que corresponda las modificaciones importantes de los datos y antecedentes contenidos en el formulario de Declaración de Inicio de Actividades, comunicación que debe darse dentro de los quince días hábiles siguientes de haber ocurrido los hechos modificatorios. (Resolución Ex. Nro 5.791 del Sii, publicada en el D.O. 27.11.97)

b) No hay obligación de dictar Resolución por parte del Sii cuando tome

conocimiento de la absorción

Cuando los contribuyentes comuniquen al Sii la absorción de sociedades, este organismo solamente toma conocimiento de ello, sin estar obligado a dictar una Resolución de tal circunstancia, debido a que dicha exigencia fue derogada o eliminada mediante la dictación de la Resolución Ex. Nro 395, del Sii, de fecha 23.01.95, publicada en el D.O. de 28.01.95, salvo que impliquen disminuciones de capital, lo que debe ser autorizado por los Jefes de Departamentos de Resoluciones:

- a) Modificación de contrato social,
- b) Transformación de sociedades,
- c) Conversión de empresa individual en sociedad de cualquier naturaleza,
- d) Aporte de todo el Activo y Pasivo a otra sociedad,
- e) Absorción de sociedades, y
- f) Fusión de sociedades.

La citada resolución rige desde su publicación en el Diario Oficial, esto es, a contar del 28.01.95.

c) Sanciones por no comunicar las modificaciones

De acuerdo a lo dispuesto por la Resolución señalada en la letra a) precedente, y Circular Nro 17, de fecha 10.05.95 complementada por Circular Nro 14, de fecha 13.03.96, del Sii, el no dar aviso oportuno de una modificación a la identificación y caracterización de los contribuyentes, será sancionado con la multa señalada en el artículo 97 Nro 1 del Código Tributario. Sin embargo, el no pedir autorización para disminuir el capital se sancionará con la multa establecida en el artículo 109 del texto legal antes mencionado.

d) Antecedentes que debe presentar el contribuyente:

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

Escritura pública, publicada en el Diario Oficial e inscrita en el Registro de Comercio, insertada en ella la cláusula de responsabilidad indicada en el Art. 69 del Código Tributario. Si no existiera la cláusula de responsabilidad antes indicada, las sociedades absorbidas deberán efectuar Trámite de Giro.

Las empresas absorbidas deben presentar balance de Trámite de Giro por el período comprendido entre el 1 de Enero del año de la absorción y la fecha de ceta. La empresa que subsiste debe enterar en arcas fiscales dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la absorción los impuestos adeudados por las sociedades absorbidas.

La sociedad que desaparece debe entregar los documentos timbrados sin uso en la Unidad del Servicio que corresponda, dentro del plazo que se le indica en el Form. 3239, para su destrucción.

e) Procedimiento

Es el mismo descrito para el caso de fusión de sociedades.

4) Jurisprudencia administrativa emitida por el Sii

a) En los casos de absorción de sociedades debe considerarse como costo de adquisición el valor pagado por los derechos sociales adquiridos independientemente del valor contable de los aportes

El valor que corresponde registrar en la contabilidad de la sociedad absorbente o receptora es el de

adquisición de los derechos sociales, independientemente del valor contable que tengan los activos o pasivos en la sociedad que es absorbida. Todo ello, sin perjuicio de la facultad para tasar que otorgan al Servicio los incisos tercero y cuarto del artículo 64, del Código Tributario, cuando los valores de transferencia sean notoriamente inferiores a los corrientes en plaza o valores comerciales, según el caso. (Facultad derogada con reforma tributaria)

En el supuesto que dichos activos y pasivos se hubieren incorporado al valor de libros que éstos tenían en la sociedad absorbida, el cual es superior al de adquisición, se estará frente a una revalorización de origen no legal de los bienes transferidos; situación que no permite la Ley de la Renta. De consiguiente, el procedimiento antes señalado, es el único que corresponde aplicar en la especie. (Of. N° 4.355, de 19.11.85 del Sii)

b) Situación tributaria del menor valor existente entre el precio de adquisición de las acciones de una S.A. y el valor de libro de los activos y pasivos de una sociedad que es absorbida por su matriz

Así como la Ley de la Renta no grava las utilidades mientras éstas no se realizan, tampoco dicho cuerpo legal permite descontar las pérdidas eventuales mientras éstas no se generen. En efecto, el texto legal en referencia, a manera de ejemplo, no grava la plusvalía que un bien pueda tener en un período determinado, como consecuencia del aumento de su valor o rentabilidad de la empresa emisora de una acción, de igual forma tampoco acepta deducir la pérdida nominal que pueda tener el bien cuando disminuye su valor por situaciones de diversa índole.

Lo anterior, obedece a que tratándose de un activo, la situación de pérdida o utilidad, sólo se puede determinar al liquidarse el bien o al quedar este sin valor económico en forma definitiva, por lo que, en principio, mientras no se enajene el bien, éste debe seguir figurando en el activo de la empresa.

En consecuencia, por las razones anotadas, y conforme a pronunciamientos similares emitidos sobre la materia en consulta, se señala que la diferencia en cuestión debe formar parte de los activos no monetarios recibidos por la empresa matriz producto de la fusión o absorción de su filial, no siendo procedente darle a la citada diferencia los tratamientos tributarios que indica en su escrito, ya que las pérdidas tributarias sólo se reconocen como gasto en la oportunidad en que éstas se realizan con ocasión de la enajenación de los bienes u otras causas. (Of. N° 3.625, de 05.12.95 del Sii)