

FUSIÓN INVERSA



Cristián Pincheira Castro

Magíster en Tributación,
Abogado,
Socio MonteVerde Abogados Consultores Ltda.



Carmen Gloria Jorquera

Magíster en Tributación,
Abogado,
Socia C&C Isla y Cía Ltda.

1.- INTRODUCCIÓN

Toda planificación tributaria, entendida como *“aquella acción de un contribuyente destinada a maximizar su utilidad después de los impuestos, empleando una forma de organización societaria o de contrato que permita disminuir la carga tributaria”*³⁴, pretende, dentro de un campo de acción lícito, optar por aquella vía que genere en el contribuyente la menor carga tributaria posible. Para ello, el contribuyente cuenta con una serie de herramientas para estructurar o reorganizar la forma en que actúa, dentro de las cuales las operaciones de Fusión de empresas son una de las más relevantes.

La fusión, definida legalmente 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 incorpora la*

³⁴ Recabarren, Soledad, “Planificación Tributaria o Fraude Tributario”, Memoria de prueba, Escuela de Derecho, Universidad de Chile (sin fecha).

totalidad del patrimonio y accionistas de los entes fusionados”³⁵, por sus particulares características, originadas principalmente por la no existencia de enajenación en la operación, generan una garantía de que en general se trata de una operación neutra desde el punto de vista tributario, permitiendo ser utilizada como una útil herramienta de planificación tributaria.

A través del presente documento, ofrecemos el análisis de un tipo particular de fusión, sobre la cual no existe desarrollo doctrinario ni legal acabado, que es la Fusión Inversa.

Sin embargo, en la legislación española, la fusión inversa tiene un tratamiento especial en la Ley N° 3, sobre modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles, del año 2009, regulando tanto su definición como , aplicación y efectos.

A diferencia de nuestro régimen, las fusiones en España requieren para la aplicación del régimen especial de motivos económicos válidos, no la mera finalidad de conseguir ventaja fiscal, exigiendo un símil a la “legítima razón de negocios”, requisito que no se requiere por la legislación nacional para la realización de una fusión. La aplicación de esta herramienta en España es de alta concurrencia, lo que se evidencia en el alto número de consultas acerca de si la fusión inversa que se pretende realizar persigue un “*motivo económico válido*”, lo que aparece como un interesante objeto de estudio para una posible aplicación de esta herramienta en nuestro país.

Puesto que no se regula en nuestra legislación, la fusión inversa, ésta debe ser analizada a la luz de las reglas generales aplicables a toda fusión, salvando las diferencias derivadas de sus peculiares características, que originan efectos propios que han sido estudiados también en la legislación comparada. Es por ello que entendemos que es necesario dar un paso en el desarrollo de esta figura, para que sea considerada como una herramienta más de planificación tributaria.

2.- LA FUSIÓN INVERSA

2.1.- Concepto

La fusión inversa es una sub-clasificación de Fusión, con la particular característica de ser la entidad filial la que absorbe a su matriz.

³⁵ Ley 18.046 de 1981, artículo 99.

No existe un concepto legal a nivel nacional de fusión inversa, tampoco la doctrina establece un concepto analítico de Fusión Inversa, limitándose a enunciar sus características.

En vista de lo anterior, proponemos el siguiente concepto de Fusión Inversa: *“Es aquella fusión vertical por la cual una sociedad filial absorbe a su matriz, la que se disuelve transmitiendo la totalidad de su patrimonio y accionistas o socios a esta última, que la sucede en todos sus derechos y obligaciones”*.

Al tratarse la fusión inversa de una sub clasificación de fusión, posee los elementos y características generales o comunes a toda fusión.

2.2.- Clasificación

2.2.1.- Fusión inversa por incorporación e inversa impropia

a. Fusión Inversa Propia por Incorporación. Se transmiten la totalidad de los activos y pasivos de la sociedad absorbida (matriz) a la sociedad absorbente (filial), incorporándose todos los accionistas o socios de la matriz a la sociedad filial. En base a la característica esencial de este tipo de fusión, en que la filial absorbe a la matriz, es naturalmente la única subclase de fusión propia a la que resulta aplicable, debido a que la fusión por creación exige la disolución de todas las sociedades fusionadas.

b. Fusión Inversa Impropia: La filial adquiere la totalidad de la participación en la sociedad matriz lo cual genera la disolución de la matriz y la consecuente transmisión de la totalidad de los activos y pasivos a la sociedad filial. A diferencia de la anterior clase de fusión, no se incorporan los accionistas o socios, ya que la sociedad matriz se disuelve por el solo ministerio de la ley al ser participada íntegramente por la filial que la adquirió.

Este tipo de fusión se define por la doctrina comparada:³⁶ *“Puede entenderse como fusión impropia inversa, la operación de fusión por la que la entidad transmitente tiene la totalidad de la participación del capital de la entidad adquirente. Como en toda operación de fusión, el régimen fiscal que resulta es el siguiente de acuerdo a la Ley de Impuesto a las Sociedades (LIS) art.15”*.

³⁶ Lefebvre, Francis. Memento Práctico 2009-2010. Ediciones Francis Lefebvre S.A.

2.2.2.- Fusión de sociedades total o parcialmente participadas

a. Fusión Sociedad Íntegramente Participada: La sociedad Matriz tenga la totalidad de las acciones de la sociedad Filial. Sólo puede tratarse de sociedades de capital, tratándose específicamente del caso de una Sociedad por Acciones.

b. Fusión Sociedad Parcialmente Participada: En que la Sociedad Matriz tiene un porcentaje de las acciones de la sociedad filial o coligada.

Esta clasificación es de importancia, por cuanto puede darse el caso de una fusión inversa impropia de una Matriz íntegramente participada, por la sociedad filial que se haría dueña del 100% de las acciones de su propia emisión, debiendo proceder a su enajenación en el plazo establecido en los estatutos, y si éstos nada dicen, en el plazo máximo de un año.³⁷

2.3.- Requisitos

- a) Realización de una Fusión por incorporación o una Fusión Impropia, en que la sociedad absorbente sea filial de la absorbida.
- b) La sociedad matriz se disuelva ya sea por incorporación a su filial (fusión propia inversa), o bien, a través de la adquisición de ésta por parte de su filial (fusión impropia inversa).
- c) Transmisión de todo el patrimonio de la matriz a la sociedad filial, quien pasa a ser la continuadora legal de la primera.
- d) Los accionistas o socios de la matriz se incorporan a la filial sólo en el caso de la fusión inversa por incorporación. En cambio, en el caso de la fusión inversa impropia, los efectos sobre los accionistas y socios dependerá del tipo social, siendo la regla general que la sociedad matriz se disuelva, permaneciendo los socios o accionistas de la sociedad filial como únicos dueños.
- e) Al tratarse de un proceso de fusión, la fusión inversa no requiere una legítima razón de negocios, siempre que la sociedad absorbente mantenga registrados los valores tributarios que tenían los activos y pasivos en la sociedad disuelta.

³⁷ Artículo 438 inciso segundo, Código de Comercio.

2.4.- Tratamiento en el ordenamiento jurídico nacional

En la legislación nacional no existe un tratamiento sistemático sobre la fusión inversa. Sin perjuicio de ello, resulta plenamente aplicable efectuar una fusión inversa, sea propia o impropia, dado que no existe una prohibición expresa que limite su aplicación, y dada la definición amplia establecida en el artículo 99 de la Ley N°18.046, por lo que no se puede excluir de su comprensión.

3.- TRATAMIENTO LEGAL DE LA FUSIÓN INVERSA

En un afán de determinar el tratamiento que resulta aplicable a la fusión inversa, resulta necesario distinguir el tipo social de sociedad filial absorbente.

3.1.- Sociedades de capital

3.1.1- S.A. abierta

Al producirse una fusión inversa, la sociedad absorbente (filial) adquirirá acciones de su propia emisión, situación que está contemplada en el artículo 27 de la Ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas, que establece: *“Las sociedades anónimas sólo podrán adquirir y poseer acciones de su propia emisión cuando la adquisición:*

- 1) *Resulte del ejercicio del derecho de retiro referido en el Artículo 69°;*
- 2) *Resulte de la fusión con otra sociedad, que sea accionista de la sociedad absorbente;*
- 3) *Permita cumplir una reforma de estatutos de disminución de capital cuando la cotización de las acciones en el mercado fuere inferior al valor de rescate que proporcionalmente corresponda pagar a los accionistas”.*

Mientras la S.A. mantenga acciones de su propiedad éstas no se computarán *para la constitución del quórum en las asambleas de accionistas y no tendrán derecho a voto, dividendo o preferencia en la suscripción de aumentos de capital.*

Si las acciones fueron adquiridas de acuerdo a los números 1) y 2) deben ser enajenadas dentro del plazo máximo de un año contado desde su adquisición en una bolsa de valores. Si no se hiciese dentro de dicho término, el capital queda disminuido de pleno derecho. Todo lo cual no obsta, a que los accionistas en los estatutos establezcan un plazo inferior para enajenar.

En consecuencia, al producirse una fusión inversa, la sociedad filial “sociedad anónima abierta”, adquiere acciones de su propia emisión, debiendo enajenarlas en el plazo máximo de un año, siendo por ende plenamente factible realizar este tipo de fusión conforme a la normativa señalada anteriormente.

A su vez, el Reglamento de Sociedades Anónimas³⁸ agrega en su artículo 61 que mientras la sociedad sea titular de acciones de su propia emisión éstas quedarán inscritas a su nombre en el Registro de Accionistas, pero no se computarán para la constitución del quórum de la junta de accionistas, y tampoco tendrán derecho a voto, dividiendo o preferencia en la suscripción de aumentos de capital o valores convertibles en acciones.

Sin embargo, dados los inconvenientes que pueden originarse al adquirir acciones propias, se permite según el Oficio N° 1.746 de 1982 de la Superintendencia de Valores y Seguros, junto con acordar la fusión aprobar una disminución de capital por un monto equivalente al número de las acciones que posee la absorbida en ella, en cuyo caso no resulta aplicable lo dispuesto en la disposición citada.

3.1.2.- S.A. cerrada

En este tipo societario resulta aplicable por analogía lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley N° 18.046, pese a que las acciones de sociedades anónimas cerradas no se transan en bolsa, y el tenor literal de la misma norma, que exige en su inciso tercero que las acciones sean enajenadas en una bolsa de valores. Una interpretación literal implicaría lógicamente que el artículo 27 de la Ley N° 18.046 sólo es aplicable a las sociedades anónimas abiertas, sin embargo, esta norma no excluye expresamente a las sociedades anónimas cerradas, y considerando que no existe otra norma en la ley sobre sociedades anónimas que regule dicho efecto, el criterio es aplicable por analogía, pues *“donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición”*, acorde con el elemento lógico de interpretación de las normas jurídicas, en concordancia con el principio de autonomía de la voluntad, por cuanto *“lo que no se encuentra expresamente prohibido, está permitido”*. Por ende, los efectos que se producirán al efectuarse una fusión inversa en que la filial sea una sociedad anónima cerrada, respecto de las acciones de propia emisión, se sujetarán al mismo tratamiento otorgado a las sociedades anónimas abiertas, tratado en la letra 1.a), con la sola salvedad de que la enajenación de las

³⁸ El nuevo Reglamento de Sociedades Anónimas N° 702, vigente desde el 04 de octubre de 2012, contempla en el artículo 62 el caso de la fusión inversa (aunque no la define en tales términos), por la cual se adquieren acciones de propia emisión, manteniendo el criterio expuesto, debiendo ser enajenadas en el plazo de un año, de lo contrario, se cancelarán dichas acciones inscritas a nombre de la sociedad y el capital quedará disminuido de pleno derecho.

acciones de su propia emisión no se sujetará al requisito de enajenarlas en bolsa de valores.

3.1.3.- Sociedades por acciones (Spa)

Según el artículo 438 del Código de Comercio: *“La sociedad podrá adquirir y poseer acciones de su propia emisión, salvo en cuanto esté prohibido por el estatuto social...”*

Y en el inciso segundo se dispone: *“Las acciones adquiridas por la sociedad deberán enajenarse dentro del plazo que establezca el estatuto. Si éste nada señalare al respecto, deberán enajenarse en el plazo de un año a contar de su adquisición. Si dentro del plazo establecido, las acciones no se enajenan, el capital quedará reducido de pleno derecho y las acciones se eliminarán del registro”.*

Conforme a esta disposición, se puede realizar una fusión impropia inversa en que la filial es una sociedad por acciones que se hace dueña de acciones de su propia emisión. En este caso se otorga un tratamiento similar al que se aplica a las sociedades anónimas abiertas visto en el punto I, salvo que en este caso no se exige que la enajenación de estas acciones se produzca en una bolsa de valores. *“Las acciones adquiridas por la sociedad deberán enajenarse dentro del plazo que establezca el estatuto. Si éste nada señalare al respecto, deberán enajenarse en el plazo de un año a contar de su adquisición.”*³⁹

3.2.- Sociedades de personas

La hipótesis de fusión impropia inversa en que la filial sea una sociedad de personas, no se encuentra contemplada en nuestra legislación nacional, por lo que se deben aplicar supletoriamente las normas generales establecidas en el Código Civil.

En el evento de que la filial adquiera el 100% de los derechos o acciones de su matriz, se produciría que desaparecería uno de los socios de la filial (sociedad matriz), transmitiéndose el patrimonio de la sociedad matriz a la sociedad filial, por lo que esta última se haría dueña de sus propios derechos sociales, y a fin de explicar los efectos que se originarían en este tipo de reorganización, nos remitimos a lo dispuesto en el artículo 2.103 del Código Civil, que constituye la regla general, que señala: *“Disuélvese asimismo la sociedad por muerte de cualquiera de los socios, menos cuando por disposición de la ley o por el acto constitutivo haya de continuar entre los socios sobrevivientes con los herederos del difunto o sin ellos”.* Entendiéndose que si alguno de los socios es una persona jurídica, se aplica por analogía lo dispuesto en el

³⁹ Artículo 438 inciso segundo, Código de Comercio.

citado artículo, otorgando una interpretación amplia al término muerte considerando dentro de este concepto la disolución de la sociedad. Es decir, se disuelve la sociedad por la muerte (inexistencia) de uno de sus socios, por el solo ministerio de la ley. Por ende, primero hay que determinar si en los estatutos de la sociedad de personas se establece alguna cláusula de continuidad en caso de muerte de uno de los socios.

En caso de que se produzca la continuidad de acuerdo a lo dispuesto en el pacto social, nos encontraríamos en la hipótesis de una sociedad de personas que dentro de su patrimonio habría derechos sociales propios o de su propia emisión. Este caso no se encuentra resuelto por el legislador, por lo que para determinar sus efectos debemos recurrir a las normas de interpretación. El contrato de sociedad se encuentra definido en el artículo 2.053 del Código Civil:

“La sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ello provengan.

La sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados.”

El contrato de sociedad genera derechos y obligaciones tanto entre los socios, como entre los socios y la sociedad que nace. El socio se obliga a pagar el aporte y la sociedad para con los socios al reparto de las utilidades si existieran, entre otros derechos y obligaciones que nacen entre ellos en virtud del contrato social.

Al producirse la fusión inversa, las calidades de socio y sociedad las reúne una sola persona, hipótesis jurídicamente inviable, por lo que se produciría la extinción de dichos derechos sociales por un modo de extinguir las obligaciones denominado “*Confusión*”, establecido en el artículo 1.665 y siguientes del Código Civil, que establece “*Cuando concurren en una misma persona las calidades de acreedor y deudor se verifica de derecho una confusión que extingue la deuda y produce iguales efectos que el pago*”. No hay que olvidar que una vez constituida una sociedad nacen entre los socios y la sociedad derechos y obligaciones, adquiriendo por tanto, recíprocamente las calidades de acreedor y deudor respecto de cada parte, y al confundirse las calidades de acreedor y deudor, debido a que toda obligación tiene como contrapartida un derecho personal o de crédito, se extinguen las obligaciones vigentes entre ellos.⁴⁰ Por ende, existiendo pacto social que permita la continuidad de la sociedad, la confusión conlleva la disminución del capital social, efecto que se

⁴⁰ Artículo 578 del Código Civil: “*aquellos que sólo pueden exigirse de ciertas personas que en virtud del contrato social o por la sola disposición de la ley han contraído obligaciones correlativas*”.

produce ipso facto al momento de la fusión, debiendo los socios concurrir a la modificación de los estatutos sociales en que constará la disminución del capital, expresando las circunstancias que lo generaron y la participación de los actuales socios en éste.

En relación a las empresas individuales de responsabilidad limitada, sociedad colectivas comerciales, las sociedad comanditas simples, sociedades de responsabilidad limitada y otras sociedades de personas, la normativa especial que regula a cada una de ellas se remite a las reglas generales establecidas en el Código Civil, ya mencionadas.

Cabe mencionar que en la E.I.R.L. no es posible realizar una fusión inversa por cuanto en virtud de lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley N° 19.587 establece como condición para su constitución que el empresario sea una persona natural, lo que hace inviable la realización de una fusión inversa.

4.- TRATAMIENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUSIÓN INVERSA

El SII ha tratado esta materia en forma limitada encontrando solamente dos oficios, el N° 3850 de 2001 y un oficio de carácter reservado, en que se indican las características propias de esta subclasificación de fusión en que la filial absorbe a la sociedad matriz, los cuales constituyen un aporte al establecer la posibilidad de efectuar este tipo de fusión inversa, aunque no le otorga esta denominación. En estos oficios el tipo de fusión contemplado es de fusión inversa por incorporación, en que la sociedad filial absorberá a su matriz, indicando que dicha operación es plenamente factible y válida de acuerdo a la legislación nacional comprendida en el artículo 99 de la Ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas. Sin embargo, no existe pronunciamiento alguno respecto de una fusión inversa impropia.

En primer lugar, expondremos la consulta planteada por el contribuyente, la resolución del ente administrativo para posteriormente hacer un análisis de estas materias.

En el *oficio N° 3850 de 2001*, el contribuyente pretende realizar una reorganización empresarial en que la sociedad anónima filial absorberá a sus dos matrices, las que también son sociedades anónimas, cuyos activos son únicamente acciones de la sociedad filial. La razón que esgrimen para efectuar esta operación es que desean incrementar el patrimonio de la sociedad absorbente a fin de acceder al mercado crediticio.

Solicita que se confirme el criterio indicado en el Oficio N°3.625 de 1995, que establece que la diferencia existente entre el precio de adquisición de las acciones y el valor de libro de los activos y pasivos de una sociedad anónima que es absorbida por su matriz, debe formar parte de los activos no monetarios recibidos por la matriz al absorber a la filial. Añade además, que este criterio fue ratificado en el Oficio N° 2.567 de 1995.

El Servicio de Impuestos Internos a su vez, señala que el valor que corresponde registrar los activos de una sociedad que se disuelve en los registros contables de la sociedad absorbente, es el de adquisición de las respectivas acciones distribuyéndose proporcionalmente el precio de adquisición en la totalidad de las acciones entre todos los activos no monetarios, entendiéndose para estos efectos aquellos que de alguna manera se auto protegen del proceso inflacionario o que por su naturaleza impiden que la desvalorización monetaria ocasione un menoscabo real, con excepción de aquellos que se encuentran protegidos de la inflación por existir cláusulas de reajustabilidad establecidas por ley o pactadas en forma contractual.

Si no existen estos activos, esta diferencia debe ser diferida o amortizada entre los activos monetarios en el plazo de seis años, que es el plazo máximo de prescripción contemplado en el artículo 200 inciso segundo del Código Tributario para revisar las declaraciones de los contribuyentes.

La razón por la que se otorga este tratamiento es *“reconocer contable y tributariamente la inversión o desembolso efectivo en que la sociedad absorbente incurre al adquirir las acciones de la sociedad absorbida”*. Por lo que los dictámenes mencionados en la consulta no son aplicables ya que no existe un desembolso efectivo en la adquisición de acciones de la sociedad absorbida.

En este mismo sentido, el SII en un *Oficio de carácter reservado*⁴¹, en que se consulta por una hipotética fusión por absorción entre una matriz por su filial, y se otorga igual tratamiento tributario a la diferencia de valor entre acciones de propia emisión y el valor de los activos y pasivos en este caso de fusión inversa por incorporación, indicando que: *“La sociedad absorbente no efectúa ningún **desembolso efectivo** en la adquisición de las acciones de las sociedades absorbidas, ya que la fusión de que se trata se produce sólo como consecuencia de una reorganización empresarial”*.

En todas las consultas anteriores se propone efectuar una fusión inversa por incorporación, en los mismos términos del artículo 99 de la Ley N° 18.046, sobre

⁴¹ Individualizado como 389.2002 S.N., 159.2002 I.D.

Sociedades Anónimas, en que no existe una adquisición o pago efectivo por parte de la sociedad absorbente con motivo de la fusión.

En cambio, la situación es distinta si se trata de una fusión impropia, sea inversa o no, de aquella tratada en el artículo 103 N° 2 de la Ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas, en cuyo caso resulta plenamente aplicable que la diferencia que se produzca al comparar el valor de las acciones de la sociedad absorbida con el valor de los bienes que fueron absorbidos debe formar parte de los activos no monetarios y a falta de éstos, debe ser cargada dicha diferencia a los activos monetarios en los mismos términos antes indicados según el Oficio N° 1843 de 1996, ya que en éstos casos sí existe un desembolso efectivo.

No obstante lo anterior, pudiese parecer que en el Oficio N° 3.625 de 1995, existe una contradicción del ente administrativo, sin embargo, la situación descrita por el contribuyente es distinta puesto se trata de una sociedad anónima, que adquirió a terceros no relacionados acciones de otra S.A. pasando a constituirse en matriz de ésta ya que adquirió más de cincuenta por ciento de las acciones a precio de mercado. Posteriormente, la matriz absorbe a la filial a través de una se fusión propia por incorporación contemplada en el artículo 99 de la ley citada. Los activos y pasivos de la sociedad fusionada se incorporaron a la sociedad matriz absorbente los que son de un valor inferior al costo corregido por la variación del IPC, de las acciones que la matriz tenía en sus registros contables. Al responder esta consulta el SII menciona que esta diferencia debe formar parte de los activos no monetarios recibidos por la empresa matriz producto de la fusión por absorción de su filial, no resultando procedente darle a dicha diferencia el tratamiento de un gasto de organización y puesta en marcha o de pérdida tributaria las que se reconocen como gasto en la oportunidad en que éstas se realizan con ocasión de la enajenación de bienes u otras causas.

Asimismo, en el oficio N° 2567 de 2000, se indica que: *“Mediante el oficio N° 3625, de 1995, ha sostenido que el valor en el cual corresponde registrar los activos de una sociedad que se disuelve en los registros contables de la absorbente o receptora de éstos, es el de adquisición de las respectivas acciones, distribuyéndose proporcionalmente el precio de adquisición de la totalidad de las acciones entre los activos no monetarios traspasados o adquiridos producto de la fusión”*. Agrega, que si no existen activos no monetarios la diferencia debe amortizarse en 6 años, que es el plazo máximo de prescripción.

En consecuencia, en el caso de fusión inversa conforme al oficio N°3850 de 2001 y al oficio reservado, indicado anteriormente, resulta necesario que exista un desembolso efectivo de la sociedad absorbente al adquirir las acciones de la sociedad absorbida, pudiendo verificarse esta adquisición de acciones con anterioridad a la fusión

(situación planteada en el oficio N° 3.625 de 1995) para que la diferencia que se produzca entre el valor en que se registrarán las acciones en la sociedad absorbente y el valor que representan en el patrimonio de las entidades absorbentes pueda ser distribuida entre los activos no monetarios, y en evento que no existan tales activos, la diferencia debe ser amortizada o diferida en el plazo de seis años entre los activos monetarios. Por lo tanto, este tratamiento es aplicable independiente del tipo de fusión (propia por incorporación, impropia, inversa por absorción o inversa impropia) en la medida que exista un pago efectivo por parte de la sociedad absorbente o receptora.

5.- EFECTOS DE LA FUSIÓN INVERSA

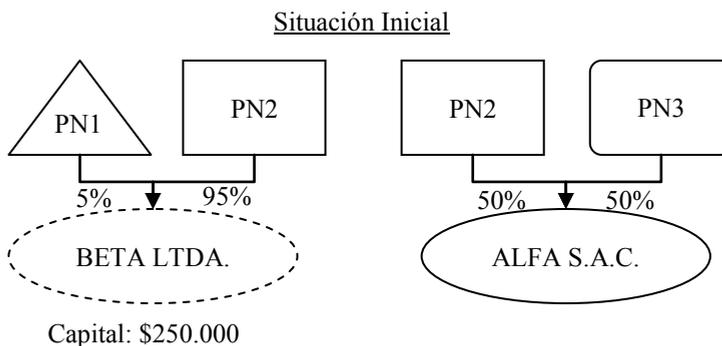
5.1.- Efectos generales o comunes a toda fusión

Los efectos tributarios que se producen en una fusión inversa, ya sea por incorporación o impropia, son los mismos que los efectos que se generan en la fusión por incorporación o impropia.

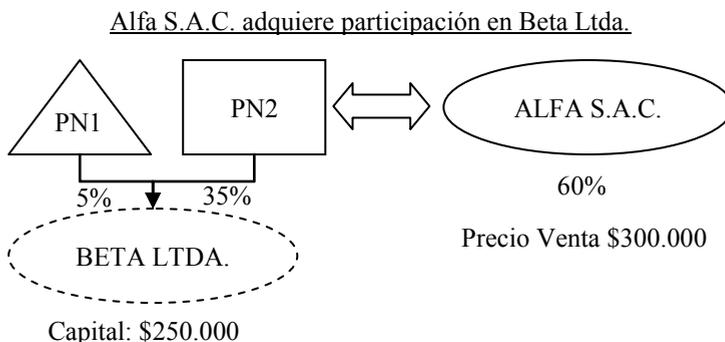
5.2.- Efectos particulares de la fusión inversa

La fusión Inversa, por incorporación o impropia, genera efectos propios, los cuales se derivan del hecho de que en la sociedad fusionada encontramos derechos sociales o acciones de la sociedad absorbente. Dichos efectos dicen relación con la valorización de los derechos sociales o acciones y la disminución de capital que se produce en la sociedad absorbente producto de la adquisición de derechos sociales o acciones de propia emisión. Estos efectos particulares se producen específicamente en la fusión impropia inversa, toda vez que la sociedad filial adquiere la totalidad de las acciones o derechos sociales de su matriz, generando un Goodwill o Badwill Tributario, respecto del cual el SII no se ha pronunciado, y el cual expondremos a través del siguiente caso:

5.3.- Caso sobre fusión impropia inversa

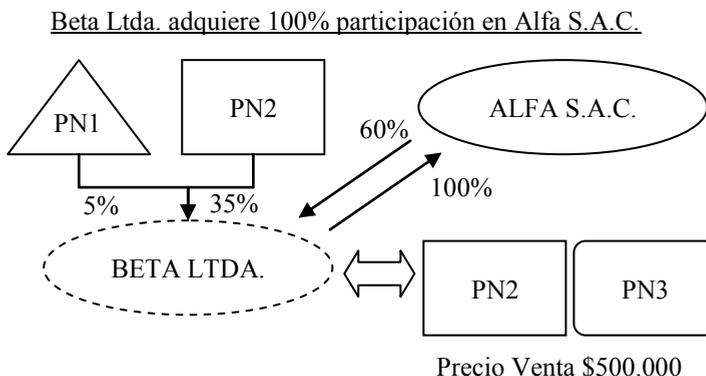


En marzo de 2005, Alfa S.A.C. (Sociedad Anónima Cerrada) adquiere derechos sociales de sociedad Beta Ltda., correspondientes al 60% de participación, a un valor comercial de \$300.000.-. El total del capital social es de \$250.000.-



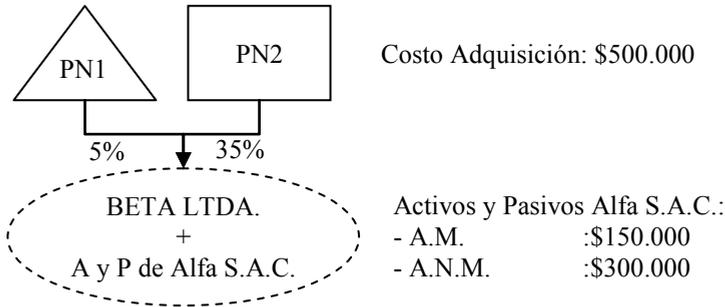
En Septiembre de 2005, Beta Ltda. adquiere el 100% de las acciones de Alfa S.A.C., compuesto por 10 acciones a valor comercial de \$50.000 cada una.

El total de activos y pasivos de Alfa S.A.C. transmitidos a la sociedad absorbente alcanzan un valor tributario de \$450.000, de los cuales \$300.000 corresponden a activos no monetarios y \$150.000 a activos monetarios.



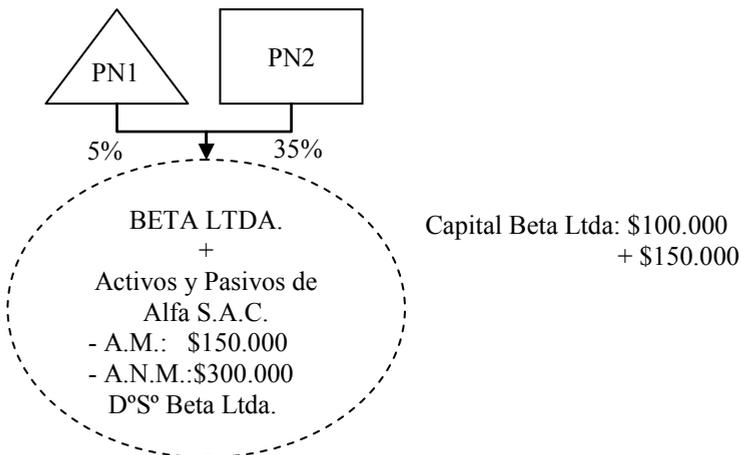
Al producirse la fusión impropia inversa, Alfa S.A.C. se disuelve por el solo ministerio de la ley, siendo Beta Ltda. la receptora del total de los activos y pasivos de Alfa S.A.C.

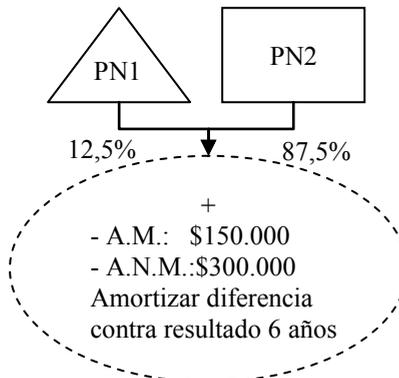
Alfa S.A.C. se disuelve: Fusión Impropia Inversa



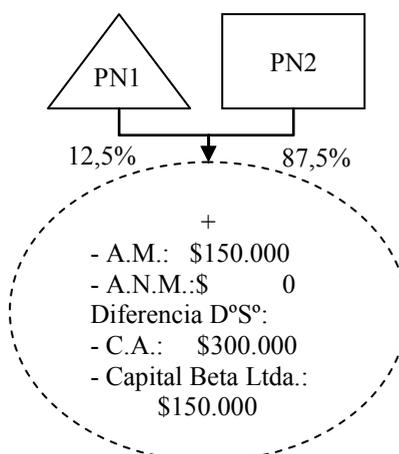
Al existir una diferencia entre el costo de adquisición de las acciones de Alfa S.A.C. y el total de los activos y pasivos que recibe Beta Ltda. producto de la fusión, se produce un Goodwill tributario por un valor de \$50.000, y siguiendo el criterio sostenido de manera reiterada por el Servicio de Impuestos Internos, corresponde que dicha diferencia sea prorrateada proporcionalmente entre los activos no monetarios incorporados por la fusión, incrementándolos. Sin embargo, el único activo no monetario que posee la sociedad disuelta son los derechos sociales que ésta poseía en Beta Ltda., y considerando que al ingresar dichos derechos sociales al patrimonio de Beta Ltda. se reuniría la calidad de acreedor y deudor, operaría el modo de extinguir las obligaciones denominado Confusión, el cual se produce de manera inmediata al realizarse la fusión, tal como lo prevé el oficio N° 335 de 2011, produciendo la disminución de capital, y por tanto, no existiendo activos no monetarios entre el activo recibido, correspondería amortizar o traspasar la diferencia a resultado en montos proporcionales iguales en un periodo máximo de 6 años.

Fusión Impropia Inversa: Disminución de Capital

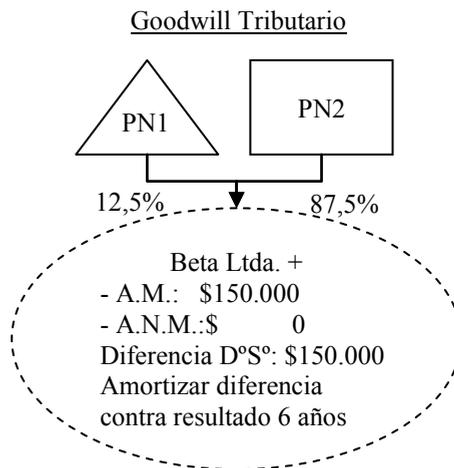


Fusión Impropia Inversa: Goodwill Tributario

En cuanto a la diferencia de \$150.000.- existente entre: **a)** el costo de adquisición de los derechos sociales que Alfa S.A.C. tiene de Beta Ltda. antes de la fusión, por \$300.000, y **b)** el valor que dicha participación representa en el patrimonio en Beta Ltda., equivalente a \$150.000 que corresponden a un 60%, debemos señalar que una interpretación armónica de los oficios Números: 3625 de 1995, 2567 de 2000, 3850 de 2001 y el oficio reservado sin número, que exigen para la aplicación del Goodwill Tributario que la sociedad absorbente efectúe un desembolso efectivo en la adquisición de los derechos sociales de la sociedad absorbida, lo que nos hace concluir que dichos oficios no serían aplicables al caso particular debido a que nos estamos refiriendo a los derechos sociales adquiridos por la sociedad absorbida, encontrándonos ante un caso sin pronunciamiento del Servicio, ni solución doctrinaria.

Diferencia costo Derechos Sociales

Por lo que planteamos que la solución debe estar encaminada a dar un tratamiento similar al caso en que la sociedad absorbente realiza un desembolso efectivo de dinero para la adquisición de las acciones, puesto que las razones para exigir el desembolso efectivo es mantener la neutralidad tributaria en la operación de fusión. En este caso, es la absorbida la que desembolsó efectivamente dinero para la adquisición de los derechos sociales.



Sin embargo, los efectos son similares puesto que la diferencia representa un activo que no puede desaparecer al momento de la disolución, y por tanto, dicha diferencia puede ser tratada considerándola dentro del activo, o cargándola a resultado. El oficio N° 3625 del año 1995 es claro en desvirtuar la opción de considerar dicha diferencia como pérdida, debido a que éstas sólo se pueden determinar al liquidarse el bien o al quedar éste sin valor económico en forma definitiva, lo que, estimamos, no es el caso, por lo que debe seguir figurando dicha diferencia en el activo de la empresa. El criterio uniforme que el Servicio de Impuestos Internos ha aplicado en casos similares ha sido que se distribuya proporcionalmente entre todos los activos no monetarios traspasados o adquiridos producto de la fusión, para efectos de mantener indemne el activo de la empresa. Acto seguido, la jurisprudencia administrativa ha señalado que de no existir activos no monetarios, la diferencia no puede ser cargada en su totalidad y en ese momento a resultado, indicando que debe amortizarse proporcionalmente en un periodo de 6 años. Finalmente, la respuesta a esta situación generada por la fusión inversa impropia es la misma, del Goodwill o Badwill Tributario.

Con la aprobación del proyecto sobre Reforma Tributaria, de fecha 24 de Septiembre de 2012, se regula el goodwill y badwill a nivel legal, respondiendo al vacío legal existente, del cual sólo había la jurisprudencia administrativa del SII. El tratamiento

que se otorga es similar al criterio del ente administrativo, toda vez en el caso del goodwill, regulado en el artículo 31 N° 9 incisos tercero, cuarto, quinto y sexto de la Ley de la Renta, se estipula que si el valor total de la inversión en derechos sociales o acciones de la sociedad fusionada resulta mayor al valor del capital propio tributario de la sociedad absorbida sólo se podrá distribuir entre todos los activos no monetarios de la sociedad absorbida cuyo valor sea inferior al valor corriente en plaza hasta su valor de mercado.

De subsistir la diferencia, se considerará como un gasto diferido, pudiendo deducirse en partes iguales, en un lapso de 10 años. Por otro lado, la ley innova al regular el badwill, en el artículo 15 incisos segundo, tercero, cuarto y quinto de la Ley de la Renta, señalando que, la diferencia en primer término también se distribuirá entre los activos no monetarios cuyo valor sea superior a valor corriente en plaza y hasta su valor de mercado. Si subsiste la diferencia, ésta se considerará como un ingreso diferido que deberá reconocerse por el contribuyente, dentro del mismo periodo de 10 años.

6.- FUSIÓN INVERSA Y PLANIFICACIÓN TRIBUTARIA

La fusión inversa, como subclase de las fusiones, constituye desde ya una herramienta de planificación tributaria, que no requiere una legítima razón de negocios en nuestra legislación, siempre que se registren en la sociedad absorbente, los valores tributarios que tenían los activos y pasivos en la sociedad fusionada.

Sólo pueden darse dos tipos de fusión inversa, la fusión por incorporación inversa y la fusión impropia inversa.

En cuanto a sus efectos tributarios, mantiene los comunes a toda fusión, e incorpora efectos particulares de esta subclase de fusión, relativos a la diferencia existente entre el valor tributario de las acciones, adquiridas a valor comercial, registrado en la sociedad absorbida, y el valor de dichas acciones en el capital de la sociedad filial, cuya disminución de capital se producirá a causa de la Fusión Inversa.

En cuanto a las ventajas de efectuar esta subclase de fusión se encuentran:

1. Utilización de los derechos y créditos personalísimos que se encuentren en la sociedad filial, que se perderían en caso de realizarse una fusión en que la sociedad matriz fuese la absorbente, tales como los P.P.M., las pérdidas tributarias, crédito fiscal IVA.

2. La fecha de adquisición de las acciones existentes en la sociedad filial no pierden su antigüedad, por lo que el tratamiento que se les otorga es el mismo antes y después de la fusión.
3. Las acciones acogidas al artículo 107 de la Ley de la Renta, existentes en la sociedad filial al momento de la fusión, al no cambiar de patrimonio, no pierden el beneficio.

Considerando que una planificación tributaria, o economía de opción, es una acción tendiente a maximizar la utilidad después de impuestos, se puede considerar que la fusión inversa cumple con ese requisito, en razón de las ventajas ya enumeradas.

7.- RECAPITULACIÓN

Tras haber analizado en detalle la fusión Inversa, conceptualizándola y determinando sus características y particularidades, hemos obtenido las siguientes conclusiones:

1. La fusión inversa, no obstante, no estar definida como tal, se encuentra contenida en la legislación nacional en el artículo 99 de la Ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas, que define 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 incorpora la totalidad del patrimonio y accionistas de los entes fusionados”*, ya que la conceptualización es en términos amplios, abarcando a la fusión inversa.
2. En cuanto a su aplicación de acuerdo al tipo social, la fusión inversa se puede realizar no sólo en las sociedades anónimas sino que también en otros tipos sociales diferentes como son las sociedades de personas, sociedades de capitales en general, y cooperativas, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 14 letra A n° 1 letra c de la LIR.
3. En una fusión inversa encontramos los mismos elementos y características propias de la fusión, por lo que este tipo de reorganización resulta factible , como se reconoce en el oficio N° 3.850 de 2001 y en el oficio de carácter reservado sin número del SII, sobre esta materia, en que se contempla la posibilidad de efectuar una fusión entre una filial que absorbe a la sociedad matriz, y señala que *“es una operación plenamente factible y válida de acuerdo a la normativa establecida en nuestro ordenamiento jurídico”*. La fusión inversa puede ser propia por incorporación, pero no por creación puesto que no subsiste la filial. En cuanto a la fusión inversa impropia no

obstante, no existe un pronunciamiento de la jurisprudencia administrativa, se puede realizar ya que cumple con todos los requisitos y características propias de esta reorganización comprendida en el artículo 103 inciso segundo de la Ley de Sociedades Anónimas. Sin embargo, no resulta viable efectuar esta operación en todos los tipos sociales, por lo que se debe distinguir entre las sociedades de capitales y las sociedades de personas. *Respecto de las primeras, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas*, se permite que éstas adquieran acciones de su propia emisión, las cuales deben ser enajenadas en una bolsa de valores en el plazo de un año contado desde su adquisición, de lo contrario, el capital queda disminuido de pleno derecho. A través de esta disposición se permite que una filial, que es una sociedad anónima abierta o cerrada, pueda adquirir el 100% de los derechos o acciones de su matriz, y como consecuencia de esta fusión inversa impropia adquirir acciones de su propia emisión teniendo un plazo para enajenarlas, o bien, junto con acordar la fusión en junta extraordinaria de accionistas aprobar una disminución de capital por un monto equivalente al número de las acciones que posee la sociedad absorbida (matriz) en la filial. En las Spa la fusión inversa impropia tendría un tratamiento similar al anterior, con la única diferencia que no se exige que se enajene en bolsa de valores.

En cambio, en la segunda situación, al realizar una fusión inversa impropia en que la filial es una sociedades de personas conllevaría que uno de los socios, que es la sociedad matriz, desaparecería produciéndose la disolución de esta sociedad en conformidad al artículo 2103 del Código Civil, salvo que en el pacto social se haya contemplado una cláusula de continuidad en caso de muerte o disolución de uno de los socios (dependiendo si es una persona natural o jurídica), lo que conllevaría a efectuar una disminución en su capital social en el mismo momento en que se realiza la fusión, debiendo los socios concurrir a la modificación de los estatutos sociales en que constará la disminución del capital expresando las circunstancias que lo generaron y la participación de los actuales socios en éste.

4. En relación a los efectos de la fusión inversa, podemos distinguir entre:

a) **Efectos comunes o generales de la fusión** que son los siguientes:

- Se debe hacer término de giro de la sociedad que se disuelve, salvo que exista una cláusula de responsabilidad de la sociedad que subsiste (filial) en la escritura de fusión.

- No hay tasación de esta reorganización si se registran los activos y pasivos a valor tributario.
 - No hay enajenación, puesto que se produce una transmisión de las relaciones jurídicas activas y pasivas.
 - En cuanto al pago del impuesto de primera categoría dependerá de acuerdo a lo analizado, si la sociedad que se disuelve debe o no hacer término de giro.
 - Los Gastos Rechazados incurridos antes de la fusión inversa tendrán el tratamiento de acuerdo al tipo social.
 - Gastos por Indemnización por años de Servicios, ya que la filial es continuadora de la matriz puede deducir como gasto necesario el pago de la indemnización legal, incluyendo el periodo que el trabajador prestó servicios a la matriz.
 - En cuanto a las utilidades acumuladas en el FUT de la sociedad matriz, éstas se entenderán reinvertidas en la filial, y sólo se gravarán con impuestos personales por los retiros que hagan los socios o accionistas de la filial, de acuerdo a lo señalado en el art. 14 letra A N° 1 letra c) de la LIR.
 - Las Pérdidas Tributarias dado que tienen el carácter de personalísimas, sólo podrán ser utilizadas por la filial si ésta las generó.
 - Los créditos también tienen el carácter de personalísimos por lo que al producirse una fusión inversa sólo se utilizarán si la filial fue quien obtuvo dicho crédito.
 - Si se produce una fusión inversa impropia se otorgará el mismo tratamiento del Goodwill o Badwill analizados.
 - Tampoco resulta aplicable el IVA, puesto que se transfieren bienes incorporeales no gravados con este impuesto.
- b) **Efectos Particulares en la Fusión Inversa:** pudiese originarse un Goodwill o Badwill no contemplado por la jurisprudencia administrativa en el caso de una Fusión Inversa Impropia en que la sociedad absorbida adquirió las acciones de la filial a valor comercial con un desembolso efectivo de dinero, caso en el cual verificamos la existencia de diferencias entre el costo de adquisición de acciones de la matriz y el valor de los activos y pasivos de ésta, generando esta diferencia un Goodwill o Badwill Tributario por aplicación de las reglas generales otorgadas por el SII. Sin embargo, en relación a las acciones de la sociedad absorbente, que por efecto de la fusión inversa impropia pasa a poseer la filial, las cuales ya estaban consideradas antes de la fusión en su patrimonio, ya

que la matriz era su socio o accionista, hemos concluido que el tratamiento que se debe dar es el mismo que la jurisprudencia administrativa ha establecido aplicando el Goodwill o Badwill tributario, según sea el caso.

Éste es un elemento relevante como herramienta de planificación tributaria que permite que esta diferencia se distribuya entre los activos no monetarios, y en el evento que no existan éstos, se prorratea la diferencia entre los activos monetarios en el plazo de seis años.

Sin embargo, pudiese suceder que no existiesen activos no monetarios y ante la falta de pronunciamiento del SII, esta situación se podría subsanar adquiriendo un activo no monetario, como por ejemplo un computador, antes de realizar la fusión, ya que el SII no contempla requisitos o exigencias respecto a este activo, lo que permitiría que esta diferencia se cargue a resultado en el mismo ejercicio.

Con la Reforma Tributaria, la diferencia que se generara sólo se podrá distribuir entre todos los activos no monetarios de la sociedad absorbida hasta su valor de mercado.

Y en el caso de subsistir alguna diferencia, se considerará como un gasto diferido en el caso del goodwill, pudiendo deducirse en partes iguales, en un lapso de 10 años. Mientras que en el badwill, se considerará como un ingreso diferido que deberá reconocerse por el contribuyente, dentro del mismo período de 10 años.

5. Existen ciertas ventajas no tributarias tales como: *i) Registrales*: si la filial por ejemplo tiene una cantidad importante de bienes raíces que si se produjese una fusión propia por absorción habría que efectuar nuevas inscripciones asumiendo el costo que éstas implican; y *ii) De marcas*: en la situación que la filial goce de un reconocimiento en el mercado por su marca, lo cual puede ser aprovechado por matriz a través de esta fusión inversa.

Constituye, por tanto, una útil herramienta de planificación tributaria, centrado principalmente en aprovechar beneficios a través de la sociedad filial absorbente. Al constituir una subclase de fusión, no requiere para su realización una legítima razón de negocio, pudiendo motivarse únicamente en razones de ahorro tributario. En consecuencia, no podrá ser tasada la operación siempre que se mantengan registrados los activos a valor contable o tributario. En cuanto a los derechos o créditos de carácter personalísimos, se

podrán aprovechar aquellos que se encuentren radicados en la filial, constituyendo una razón tributaria de importancia para la realización de este tipo de reorganización. Finalmente, en cuanto a las diferencias existentes entre el valor en que se encuentran registrados los activos y pasivos de la sociedad absorbida, y aquel en que se encuentran registrados en la absorbente, sea producto de la adquisición que produjo la fusión impropia inversa, sea de una operación anterior que origina la diferencia, producirán un Badwill o Goodwill Tributario que ha de reconocerse en la sociedad filial absorbente, elemento de relevancia para el análisis de toda Planificación Tributaria.

8.- BIBLIOGRAFÍA

Amorós, Narciso en su libro *“La elusión y evasión tributaria (Tax Avoidance and Tax Evasion)”*, Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública; Ed. Derecho Financiero, Madrid; p. 535.

Arbona Meneses, Jocelyn. Memoria de Grado: *“La fusión de sociedades”*. Universidad Adolfo Ibáñez, Chile, 1999.

Becerril Arredondo, Juan Carlos. Tesis de grado: *“Fusión de Sociedades: Análisis de la Fusión de AOL Time Warner”*. Universidad Panamericana, México, año 2003.

Cabello, Juan Pablo, Diapositiva, Publicada por Instituto Chileno de Derecho Tributario, http://www.ichdt.cl/files/Planificacion_JPCabello.pdf

Consulta Vinculante, Dirección General de Tributos, Secretaria de Estado de Hacienda Española V1571-09;

Consulta Vinculante, Dirección General de Tributos, Secretaria de Estado de Hacienda Española, V2063-09;

Consulta Vinculante, Dirección General de Tributos, Secretaria de Estado de Hacienda Española, V2749-10;

Contreras Strauch, Osvaldo. Libro: *“Instituciones de Derecho Comercial, Tomo II, De la empresa mercantil en general y de las sociedades en particular”*. Edición 2005.

Corte Suprema, Fallo Marina Soto Arias con Herminio Nancucheo Painemal, Corte Suprema 15 de enero de 2008.

Decreto Legislativo Español N° 04 del año 2004.

Decreto Ley n° 824 del año 1974.

Escobar, Jaime y Ugalde, Rodrigo: “*Elusión, planificación y evasión tributaria*”, Cuarta Edición, Editorial LegalPublishing.

http://www.sii.cl/preguntas_frecuentes/catastro/001_009_3475.htm.

Jurisprudencia N° 38059, Legal Publishing.

Jurisprudencia Administrativa del Servicio de Impuestos Internos:

- Circulares: N° 124 de 1975; N° 109 del 17 de 1977; N° 15 de 1986; N° 69 de 1990; N° 14 de 1996; N° 45 de 2001; N° 65 de 2001; N° 42 de 2009.
- Oficios: N° 4.697 de 1980; N° 1.270 de 1982; N° 267 de 1994; N° 4.118 de 1994; N° 3.625 de 1995; N° 1.843 de 1996; N° 2.106 de 1996; N° 885 de 1997; N° 1.483 de 1997; N° 2.179 de 1997; N° 1.597 de 1998; N° 1938 de 1998; N° 684 de 1999; N° 3.400 de 1999; N° 2.172 de 2000; N° 2.567 de 2000; N° 3.188 de 2000; N° 1.849 de 2001; N° 2.454 de 2001; N° 3.850 de 2001; N° 791 de 2002; N° 741 de 2002; N° 232 de 2003; N° 3262, de 2003; N° 6.348 de 2003; N° 613 de 2005; N° 1.202 de 2005; N° 1.479 de 2005; N° 1.872 de 2005; N° 3.465 de 2005; N° 3.528 de 2005; N° 1.874 de 2006; N° 3.052 de 2006; N° 369 de 2007; N° 3.182 de 2007; N° 407 de 2008; N° 551 de 2010; N° 5 de 2011.

Lefebvre, Francis. Memento Práctico 2009-2010. Ediciones Francis Lefebvre S.A.

Leyes N°s: 18.046, año 1981; N° 18.045.

Ley N° 3 de 2009 de España.

Motos Guirao, Miguel. “*Fusión de Sociedades Mercantiles*”. Editorial Revista de Derecho Privado.

Novoa Fuenzalida, Patricio, “*Derecho de Seguridad Social*”, Editorial Jurídica de Chile, año 1977. pág.154.

Ortega Burgos, Enrique. Artículo: Nueva Ley mercantil sobre operaciones societarias; publicado en <http://noticias.juridicas.com>. Enero de 2012

(<http://noticias.juridicas.com/articulos/50-derecho%20Mercantil/201001-98745201365208.html>)

Pizarro, Carlos. *“Proyecto Principios Latinoamericanos de derecho de los contratos”*.

Prado Puga, Arturo, *“Análisis doctrinal y jurisprudencial de la figura de la fusión”*, Gaceta Jurídica N° 340, 2008.

Puga, A. P. (2008). *“Análisis Doctrinal y Jurisprudencial de la Figura de la Fusión”*. Santiago: Legal Publishing, Gaceta 340.

Recabarren, Soledad, *“Planificación Tributaria o Fraude Tributario”*, Memoria de prueba, Escuela de Derecho, Universidad de Chile sin fecha.

Resolución Ex N° 4.024 del 08.09.94.

Rivas Coronado, Norberto, Paillacar Silva, Carlos, *“Caracterización de la elusión fiscal en el impuesto a la Renta de Chile”*, Vol. 5 2007, pág. 20.

Tiburcio, R. B. (2005). *“Estudio general financiero sobre la fusión entre las sociedades internacionales de servicios de Internet y entretenimiento América Online y Time Warner”*. Universidad de las Américas Puebla.

Úbeda Meneses, Carlos E. Tesis Grado de Ingeniero: *“Fusiones y adquisiciones, efecto en los retornos del accionista: caso de AFP Provida”*. Universidad de Chile, año 2004.

Valenzuela, Cristóbal, Elusión tributaria. *“Normas Antielusivas y facultades fiscalizadoras otorgadas al Servicio de Impuestos Internos, con relación al Impuesto a la Renta”*. Memoria de prueba, Escuela de Leyes Universidad de Chile, año 2000, pág. 36.