

LA FUSIÓN: UN ACTO INCORPORATIVO CUYAS CONSECUENCIAS TRIBUTARIAS DEBIERAN REEVALUARSE

Carolina Fuensalida Merino

RESUMEN

Esta ponencia pretende responder a una interrogante que consiste en descubrir cuál es la naturaleza de los actos jurídicos que están envueltos en una fusión. Asimismo, pretende aclarar si en una fusión existe una incorporación íntegra y total de una sociedad con otra, que no solo se circunscribe a lo patrimonial, sino también al ámbito de la personalidad.

1. GENERALIDADES

Durante los últimos 15 años existió en Chile una notable utilización de las fusiones como mecanismo de reestructuración social, lo que en muchas ocasiones ha sobrepasado la misma legislación que regula esta materia, que no está más que contenida en un par de artículos de la Ley de Sociedades Anónimas y que en los restantes cuerpos legislativos societarios se guarda el más completo silencio. Por esta razón, y en especial por el escaso desarrollo doctrinal y jurisprudencial que es posible encontrar sobre este tema, quedan múltiples interrogantes pendientes por responder. Pero sin duda, es una de ellas, la que ha llamado mi especial atención, sobre todo por las trascendentes consecuencias prácticas que puede tener en el ámbito en que he tratado de especializarme, cual es el Derecho Tributario; y dicha interrogante es ¿cuál es la naturaleza del acto jurídico o de los actos jurídicos que están envueltos en una fusión? ¿Hay una incorporación parcial de una sociedad en otra circunscrita exclusivamente al ámbito patrimonial? O por el contrario?, se produce en la fusión una incorporación íntegra y total de una sociedad en otra, que no solo se circunscribe a lo patrimonial, sino también al ámbito de la personalidad?

2. OBJETIVO

Demostrar que la fusión perfecta es un acto incorporativo, que conlleva la integración total de la o las sociedades absorbidas en la sociedad absorbente, sin que se produzca la disolución de dichas sociedades, sino que solamente la modificación de su existencia, manteniendo su ser bajo la personalidad jurídica o la existencia legal de la o las compañías existentes. Como consecuencia de lo anterior, los efectos tributarios de las fusiones deberían replantearse puesto que en la actualidad el Servicio de Impuestos Internos (SII) para ciertos efectos pareciera reconocer la tesis del acto incorporativo, pero para otros la tesis de la disolución.

En consecuencia, se trata este de un tema que no es meramente doctrinario o especulativo, sino que puede conllevar importantes consecuencias prácticas. Tal y como señala un connotado abogado y profesor chileno, "establecer la naturaleza jurídica de una institución es de suma utilidad no solo para los investigadores de laboratorio, sino porque ante un vacío normativo, la adecuada precisión de la naturaleza jurídica de tal institución permite la aplica-

ción supletoria de otra normas, o la aplicación analógica de los principios válidos traídos de otras estructuras que guardan la misma naturaleza, para solucionar dificultades de interpretación y aplicación del derecho”¹.

3. CONCEPTO DOCTRINARIO DE LA FUSIÓN

La doctrina nacional chilena es sumamente escasa en esta materia, dado que se trata de una institución que formalmente fue recogida por primera vez en nuestra Ley de Sociedades Anónimas que data del año 1981². Curiosamente, con anterioridad a esta última normativa, solo en el ámbito tributario se trataron las fusiones.

Sin embargo, durante los últimos 15 años, el concepto y la institución de la fusión ha sido reiteradamente utilizado como forma de reorganización social, bajo el amparo de los escasos lineamientos que ofrece nuestra Ley de Sociedades Anónimas con carácter prácticamente supletorio de las fusiones de sociedades que no son anónimas, de algunas directrices emanadas de la Superintendencia de Valores, y de jurisprudencia administrativa del SII.

No obstante, para acudir al concepto doctrinario de fusión resulta conveniente recurrir al desarrollo que sobre esta materia han efectuado reconocidos autores extranjeros.

Al efecto, un conocido autor argentino ha expresado que en sentido restringido se entiende por fusión el acto contractual, y a su vez incorporativo u orgánico, de agrupamiento de sociedades, por medio de la extinción –o modificación contractual de las sociedades hasta entonces existentes, con traspaso en conjunto de bienes hacia una nueva sociedad que se constituye, o que ya constituida, absorbe a la/s extinguida/s, con continuidad de participación de los socios de la/s fusionante/s en la fusionaria³.

Un autor español define la fusión como una institución jurídica, en virtud de la cual, y mediante un procedimiento normado, de naturaleza plural, se produce la unificación de dos o más sociedades, que se extinguen, sin previa liquidación, cuyo patrimonio y cuerpo social estará formado por los patrimonios íntegros –activo y pasivo– y por los socios de todas las sociedades intervinientes, convirtiéndose la sociedad resultante en sucesora a título universal de las sociedades que se extinguen⁴.

En México, un connotado autor define la fusión como un acto jurídico mediante el cual se unen los patrimonios de dos o más sociedades, cuyos titulares desaparecen o en algunos casos uno de ellos sobrevive, para compenetrarse en una organización unitaria que los sustituye dentro del mundo comercial; pudiendo ser esta organización resultado de la creación de una nueva sociedad o de la absorción hecha por parte del ente que sobrevive⁵.

Otro concepto sumamente completo es aquel que entiende la fusión como una operación societaria de combinación de intereses entre dos empresas, que puede revestir dos formas diferentes: a) Fusión propia, mediante la extinción de dos o más sociedades que transmitirán en bloque sus respectivos patrimonios a una nueva sociedad que adquirirá por sucesión universal los derechos y obligaciones de aquellas; b) Fusión impropia o fusión por absorción de una o más sociedades en otra ya existente, que adquirirá el patrimonio de las sociedades absorbidas que se extinguirán. En ambos casos, los socios de las sociedades extinguidas participarán en la nueva sociedad o en la sociedad absorbente percibiendo un número de acciones proporcional a sus respectivas participaciones. Esta fusión que se realiza sumando los activos y pasivos de las dos empresas, requerirá la elaboración de un proyecto de fusión que debe contener determinadas especificaciones⁶.

¹ Luis Oscar Herrera: Apuntes de clases. No editado.

² La Ley N° 18046, sobre Sociedades Anónimas fue publicada en el Diario Oficial con fecha 22.10.81

³ Solari Costa, Osvaldo: “Fusión y Escisión Nacional y Transnacional de Sociedades”. Ed. Ad-Hoc, p. 75, Buenos Aires, Argentina.

⁴ Gómez Purruá, Juan M.: “La fusión de sociedades anónimas en el derecho español y comunitario”, La Ley, Madrid 1991, p. 20.

⁵ Gómez Cotero, José Jesús: “Colección de Ensayos Jurídicos”. Ed. Themis 1995, p. 2

⁶ Diccionario Enciclopédico profesional de Finanzas y Banca, Madrid, España.

En conclusión, tomando diversos elementos de las definiciones antes mencionadas, podemos decir que la fusión es un procedimiento jurídico y económico por el cual dos o más sociedades agrupan sus patrimonios y sus socios en una sociedad única, previa extinción de todas las sociedades que se fusionen en el caso que se crea una nueva sociedad a todas las preexistentes o previa extinción de todas menos una que absorbe a las restantes.

4. CLASES DE FUSIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA DOCTRINARIA

En el sistema legal chileno es posible distinguir la “fusión por creación” de la “fusión por absorción”, ambos correspondientes a lo que en doctrina se denomina “la fusión propia”, que son aquellas que reúnen todos los requisitos legales de este tipo de reestructuraciones.

La “fusión por creación”, denominada también en doctrina, fusión pura, propiamente dicha o fusión por integración”, es aquella en que desaparecen todas las sociedades y surge una nueva que se constituye con las aportaciones de los patrimonios de las sociedades que se fusionan. La “fusión por incorporación o absorción”, en tanto, es aquella en que alguna de las sociedades se extinguen para ingresar mediante la trasmisión total de su patrimonio, a otra sociedad preexistente, denominada fusionante⁷.

Sin embargo, están también ciertas situaciones de concentración de empresas que constituyen procedimientos de concentración propios del derecho societario –que en el Derecho chileno corresponde a la Ley de Sociedades Anónimas–, que eluden el procedimiento que caracteriza una fusión propia y que como consecuencia de no observar dicho procedimiento carecen de alguna o de todas las características que tipifican a la fusión propia. Por ejemplo, se produce la liquidación de las sociedades que se disuelven y no se da, por ende, la sucesión universal de patrimonios; o bien, no se produce la entrega a los socios de las sociedades disueltas de derechos de participación en la sociedad resultante. Cada uno de estos procedimientos de concentración de empresas reciben la denominación de “fusiones impropias”⁸.

5. NORMATIVA LEGAL CHILENA REGULATIVA DE LA FUSIÓN

El artículo 99 de la Ley de Sociedades Anónimas, es prácticamente la única disposición legal que se refiere puntualmente a la fusión como una forma de reorganización social, delineando sus características esenciales.

Otras disposiciones del mismo cuerpo legal, que solo hacen alusión a la fusión, son los artículos 67, 69 y 100 de la Ley N° 18.046. En el primero de ellos, esto es, en el artículo 67, se establece que la fusión es materia de conocimiento de una Junta Extraordinaria de Accionistas que debe ser aprobada por un quórum calificado (dos terceras partes de las acciones emitidas con derecho a voto). En el artículo 69 se reconoce derecho de retiro a los accionistas disidentes cuando se adopta un acuerdo de fusión; y en el artículo 100, que es una norma de protección de los accionistas de las sociedades que forman parte del proceso de reestructuración social, y que establece que ningún accionista puede ser privado de su calidad tal con motivo de una fusión.

El antes mencionado artículo 99 de la Ley de Sociedades Anónimas, que es la disposición matriz en este tema, señala que “la fusión consiste en la reunión de dos o más sociedades en una sola que las sucede en todos sus derechos y obligaciones, y a la cual se incorporan la totalidad del patrimonio y accionistas de los entes fusionados”.

Establece la misma disposición, que una fusión puede efectuarse por creación, o bien, por incorporación. Entiende por “fusión por creación”, aquella en que el activo y pasivo de dos o

⁷ Concepto de José de Jesús Gómez: “Fusión y Escisión de Sociedades”. Ed. Themis, p. 3.

⁸ Concepto tomado de “la Fusión Propia y las Fusiones Impropias en el Derecho Español”. Estudios Jurídicos en Homenaje a Joaquín Garrigues. Ed. Tecnos, Madrid. 1971, Tomo III, p. 496.

más sociedades que se disuelven, se aporta 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.

Un caso de fusión impropia ha sido reconocido también en nuestro derecho, aun cuando no se le ha denominado como tal a nivel legal, sino que solo por la doctrina. Es la situación de disolución de una sociedad por reunirse en una sola mano la totalidad de las acciones o derechos sociales, puesto que como es sabido, en el derecho chileno no se admiten las sociedades unipersonales⁹. Esta denominada fusión impropia, al igual que en el caso de la fusión propia, no da lugar a la liquidación de la sociedad por expresa disposición legal¹⁰. Además, según lo señalado por el SII tampoco es necesario –bajo la concurrencia de ciertas condiciones– la tramitación del término de giro de la sociedad¹¹.

6. CARACTERÍSTICAS DE LA FUSIÓN PERFECTA¹²

a) *Sujetos que pueden fusionarse*

La fusión está reservada a las sociedades y dentro de estas exclusivamente a aquellas que gozan de personalidad jurídica propia e independiente de la que corresponde a quienes sean sus socios. Una fusión, claro está, requiere al menos de dos sociedades, pero no existe un número máximo de entes que pueden fusionarse, salvo las claras que emanan de una operación con muchas compañías.

En todo caso, si nos atenemos al tenor literal de derecho positivo chileno, pueden fusionarse en general las sociedades anónimas nacionales de cualquier clase, esto es, abiertas, cerradas y especiales. Sin embargo, en doctrina nadie cuestiona la posibilidad que la fusión sea una institución válida para todas las formas societarias, y además que son legítimas las fusiones entre sociedades de distinta clase o tipo societario. Al respecto el SII, basado en la generalidad de las disposiciones tributarias, ha reconocido en plenitud la fusión de las sociedades de personas¹³.

b) *Reunión de los socios de las sociedades fusionadas en la sociedad absorbente*

Se produce la reunión o agrupación de pleno derecho de todos los socios de las sociedades fusionadas en la sociedad absorbente o fusionaria. En efecto, y tal y como lo establece el artículo 100 de la Ley de Sociedades Anónimas, es condición de la fusión que todos los socios de las sociedades involucradas participen en la fusión incorporándose a la sociedad absorbente, a menos que hagan uso de su derecho de retiro.

En cuanto al procedimiento utilizado a fin de proceder a la adquisición por los socios de las sociedades disueltas de la condición de nuevos socios de la sociedad absorbente o fusionaria, se realiza mediante el sistema de “canje” de las acciones o participaciones sociales de aquellas por las de estas, proceso que debe efectuarse bajo severos principios de equidad. En efecto, los socios persiguen inicialmente el mantenimiento de la misma posición jurídica y económica que tenían en la sociedad que se fusiona (participación que debiera ser proporcionalmente igual tomando en consideración que van a ser socios de una sociedad normalmente con mayor patrimonio. A esta finalidad responde el principio de continuidad de las participaciones sociales.

⁹ Así consta del artículo 2053 del Código Civil.

¹⁰ Artículo 110 de la Ley de Sociedades Anónimas.

¹¹ Artículo 69 del Código Tributario y Circular N° 66 del SII de 1998.

¹² Herrera, Luis Oscar: *Supra* N° 1.

¹³ Circulares N° 68, de 1996; y N° 17 de 1995; Oficio N° 2389 de 13.10.97.

La llamada “relación de canje” está precedida y fundamentalmente determinada por la participación relativa de cada sociedad, que a su vez es el resultado de la correspondiente valorización previamente efectuada. Una vez realizada la fusión, cuando la “relación de canje” queda perfectamente establecida, debería poder afirmarse con rigor que el patrimonio de los socios no ha experimentado ni aumento ni disminución, produciendo desde el punto de vista del desplazamiento patrimonial de cada uno de aquellos, un “mero canje de títulos”. En base a estas consideraciones se ha concluido por algunos autores, que la fusión desde un punto de vista del desplazamiento patrimonial no puede calificarse como un acto oneroso o gratuito, sino más bien como un acto neutro¹⁴.

c) Sucesión total y a título universal de patrimonios

Cualquiera sea la forma de fusión propia que se utilice, trae como consecuencia la transmisión total a título universal de los patrimonios (incluyendo sus activos y pasivos) de las sociedades disueltas en la sociedad que se crea, o bien, en la absorbente. Esta sucesión se produce en bloque, verificándose en un solo acto de manera instantánea o automática, por imperativo de la ley. El hecho que la transmisión patrimonial tenga esas características es importantísimo porque simplifica la forma de su transferencia al eliminar los trámites respecto de la tradición singular y separada de cada bien individual y en caso de la transmisión de las obligaciones evita situarnos en la novación por cambio de deudor (novación subjetiva), lo que requeriría el necesario consentimiento del acreedor en cada caso, lo que añadiría a la fusión un factor de lentitud y morosidad.

d) Extinción de las sociedades fusionantes

En la fusión se produce la extinción de todas las sociedades que podríamos denominar absorbidas, fusionantes o incorporadas, según sea la especie de fusión que se produzca. Desde ya aclaro, y sobre este tema centraremos nuestro análisis en las próximas líneas, que por extinción no debe entenderse disolución. La fusión puede considerarse como causal de extinción que opera de pleno derecho respecto de todas las sociedades fusionantes con la sola excepción de la absorbente.

Esta disolución originada en la fusión es distinta de la que tiene su causa en otro motivo, pues ella no es seguida de una liquidación.

e) En la fusión no se efectúa la liquidación de las sociedades que se extinguen, por expresa disposición legal¹⁵

Como consecuencia lógica del hecho que la sociedad que se extingue en virtud de la fusión es una compañía que se quedó sin patrimonio y sin socios, es que la liquidación se omite debido a su inutilidad.

7. NATURALEZA JURÍDICA DE LA FUSIÓN

Bajo mi punto de vista, la fusión se genera por una convención que genera los siguientes efectos: Un efecto extintivo (en oposición a disolutivo) respecto de las sociedades que son absorbidas; un efecto incorporativo en lo que se refiere a los socios o accionistas; y una sucesión universal en lo que respecta al patrimonio de las sociedades absorbidas.

¹⁴ F. Javier Gardeazabal del Río y Tomás S. Martínez Fernández: “Problemática que Plantea la Fusión y el Aumento de Capital en la Sociedad Anónima”. Estudios sobre la sociedad anónima. Ed. Cuvitas, Madrid 1991, p. 275.

¹⁵ Artículo 99, inciso cuarto de la Ley N° 18.046

La posición anterior encuentra respaldo en parte de las doctrinas italiana, francesa, española y argentina¹⁶.

La fusión tendría principalmente un efecto extintivo, pues pone término o extingue a las sociedades incorporadas o absorbidas. En una fusión más que una disolución, se produce la alteración de los estatutos de las sociedades con simultánea extinción de la antigua estructura jurídica. En efecto, si a una disolución no le sigue la liquidación de los bienes —ya que en la fusión no existe, sin duda, la finalidad de dar concluida la actividad productiva— mal se puede llamar a este cambio estructural de la sociedad fusionada o absorbida disolución¹⁷.

Quiero poner énfasis en el hecho que en la fusión no es necesario proceder a liquidar las sociedades absorbidas o fusionadas, en circunstancias que solo se concibe una disolución cuando es seguida de una liquidación.

La disolución consiste en poner término al contrato social, dejar el objeto. Sin embargo, en la fusión yo estimo que subsiste el vínculo originario, pero transformado en la sociedad que se ha creado o que ha absorbido a las restantes personas jurídicas en el proceso de fusión.

Incluso, podría afirmarse que en la fusión la o las sociedades absorbidas conservan todos sus elementos constitutivos esenciales y que caracterizan a una sociedad como tal. A saber, continúa el grupo de dos o más personas que concurrieron a celebrar el contrato social; existe aun el aporte que ellos efectuaron; existe ánimo de obtener utilidades o dividendos; subsiste la participación de todos los socios o accionistas en las pérdidas sociales.

Tal como señala Ferri, “lo que sucede es que los entes que se compenetran, modifican su estructura interna debido al negocio que se realiza y hace que estos participen en la creación de un nuevo modo de ser de la corporación”¹⁸.

Es insostenible, entonces, que el contrato social se haya disuelto porque han dejado de existir sus elementos constitutivos.

Lo que sucede en definitiva, como de una manera prácticamente unánime lo ha reconocido la doctrina extranjera, es que con la fusión se produce una alteración —o supresión— de la forma o personalidad jurídica que existía hasta entonces, pero no disolución, puesto que la situación de una fusión ni siquiera coincide con el sentido gramatical del término “disolución”, que según el sentido natural y obvio, consiste en la “relajación y rompimiento de los lazos o vínculos existentes entre varias personas”¹⁹, dado que en definitiva las sociedades absorbidas o fusionadas prolongan su vida y actividades en la sociedad que se hace cargo de su patrimonio.

La idea de pérdida de personalidad jurídica con subsistencia del contrato social, no es una realidad ajena al derecho chileno. En efecto, como claro ejemplo de ello son las sociedades de hecho e incluso las asociaciones o cuenta en participación, ya que no obstante reunir los elementos constitutivos de un contrato de sociedad, estas sociedades no gozan de personalidad jurídica lo que no obsta que el legislador les haya reconocido su existencia y la posibilidad de actuar válidamente en el campo del derecho²⁰.

En definitiva, como bien señala parte de la doctrina argentina, “se adapta mejor a las consecuencias de la fusión la opinión que ve en ella una extinción o al menos una modificación del contrato social, como ocurre con la transformación”²¹.

La disolución, han señalado ciertos autores, es una mera exigencia formal, pero el hecho de que sea sin liquidación fortalece la idea de supervivencia, porque en estos casos se dice que la disolución no conduce a la extinción de la sociedad, sino a su subsistencia bajo otra forma.

¹⁶ Cheminnade Ivonne; Francisco Marini; Corte Suprema argentina, voto de minoría fallo de 1971.

¹⁷ Párrafo tomado de la memoria para optar al grado de Licenciada en Derecho de María Sara Rodríguez.

¹⁸ Ferri Giuseppe: “La Fusione”, p. 51.

¹⁹ Diccionario de la Real Academia Española, cuarta acepción. Vigésima edición, 1984.

²⁰ Artículos 357 a 361 del Código de Comercio; artículos 507 a 511 del Código de Comercio; artículo 6 de la Ley de Sociedades Anónimas.

²¹ Otaegui, julio: “Fusión y escisión de Sociedades comerciales”. Ed. Abaco, Buenos Aires, 1976, p. 80.

Recalcando la idea en comento, más que disolverse la sociedad –pues los vínculos asociativos continúan– lo que concluye en todo caso es su personalidad jurídica como sujeto de derecho independiente de la sociedad a la cual se incorporó. Sin embargo, se trata de un proceso de continuación del sustrato económico empresa, con una modificación de los vínculos jurídicos societarios, existentes hasta entonces.

Por las razones expresadas, resulta adecuado que en lugar de disolución se mencione que lo que ocurre con las sociedades absorbidas o fusionadas es su extinción, tomando esta expresión como el sentido de último momento de la vida jurídica y que se produce al cumplirse con las formalidades previstas por la legislación.

Ahora bien, acudiendo directamente a nuestras normas jurídicas, sabemos que el artículo 99 de la Ley de Sociedades Anónimas, en su inciso segundo, dispone que “fusión por creación”, es aquella en que el activo y pasivo de dos o más sociedades que se disuelven, se aporta 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; finalmente, en su inciso cuarto, dice el legislador que en estos casos, no procederá liquidación de las sociedades...”.

Si nos atenemos al tenor literal de las disposiciones citadas, podría sostenerse que el legislador habría estimado que en la fusión hay disolución de las sociedades que participan en la reestructuración. Sin embargo, acto seguido afirmó categóricamente que en la fusión no hay liquidación. Según estudiosos en la materia, en la historia de la ley no hay indicios que aclaren la posición del legislador en este sentido, de manera tal que al respecto podría acudir a la regla, interpretación legal que permite estar al sentido natural y obvio de las palabras y al cual ya nos refiriésemos anteriormente²².

Enfatiza el hecho que en la fusión no hay disolución la circunstancia que el artículo 103 de la Ley de Sociedades Anónimas, que señala las causales de disolución de las sociedades anónimas no haya incluido como una de ellas a la fusión propia, en tanto que sí consideró como causal de disolución la reunión de todas las acciones en una sola persona (especie de fusión impropia).

En mi opinión, el hecho que el legislador haya establecido que en la fusión no hay liquidación es suficientemente contundente como para estimar que en definitiva las sociedades no se disuelven, sino que pierden su personalidad jurídica independiente, dado que como tantas veces hemos afirmado, no hay disolución sin liquidación.

Baste, en este aspecto, aclarar cuál es el significado de los términos “disolver”, que no es otro que deshacer, destruir, aniquilar²³; y “liquidar” que es saldar, pagar enteramente una cuenta; poner término a una cosa o estado de cosas; acabar con algo, suprimirlo o hacerlo desaparecer. En consecuencia, a la disolución sigue la liquidación.

Finalmente, la realidad del contrato de fusión y la intención y la intención de las partes al utilizar esta forma de reestructuración jurídica se impone al intérprete, de manera que no es lógico sostener que el contrato de fusión ponga término al contrato y al giro de las sociedades participantes, que muy por el contrario a través de la fusión buscan concentrarse y afirmar tanto jurídica como económicamente la totalidad de los intereses comprometidos a fin de competir en forma adecuada en un mercado que aparece cada vez como más exigente y competitivo.

8. CONSECUENCIAS TRIBUTARIAS DEL EFECTO INCORPORATIVO DE LA FUSIÓN

Si se reconociera el efecto incorporativo de la fusión unido a la sucesión o transmisión universal de patrimonios que en ella ocurre, los efectos hasta esta fecha reconocidos en materia de fusione por el SII debieran replantearse.

²² Rodríguez María Sara: Supra N° 17.

²³ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Tercera acepción. Ver supra N° 19.

En efecto, si se analiza la jurisprudencia administrativa del SII, parecieran existir ciertas contradicciones o incongruencias en cuanto a los efectos que tributariamente se le reconoce. Por una parte, en cierto modo pareciera que el legislador tributario recogiera la tesis del efecto incorporativo de la fusión, al señalar que cumplidas ciertas condiciones no se hace necesario tramitar el término de giro de la sociedad, bastando para ello una cláusula de responsabilidad solidaria de la sociedad absorbente en que declara asumir todas las responsabilidades tributarias que pudieran haber correspondido a las sociedades absorbidas²⁴.

Por otra parte, la Ley de la Renta expresamente indica que en las fusiones se entenderán reinvertidas las utilidades sociales, de modo que los socios o accionistas no tributarán por las utilidades que hubieren reinvertido en la o las sociedades que se fusionan²⁵. El mismo SII ha señalado que lo anterior ocurre por estimarse que las empresas nuevas o subsistentes son continuadoras del giro o de las actividades de las empresas que desaparecen y, por lo tanto, las utilidades acumuladas o retenidas en estas últimas permanecen o siguen reinvertidas en las nuevas sociedades. Asimismo, el FUT de las sociedades fusionadas se consolidan.

También, en materia de impuestos a la renta e Impuesto al Valor Agregado, el SII expresamente ha señalado que en una fusión no se producen efectos en ese aspecto, porque con respecto al impuesto a la renta los accionistas de la sociedad absorbida se incorporan a la absorbente de pleno derecho, recibiendo acciones de esta 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 antes referida, sin que medie otra transacción, que el costo monetario 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 renta, ya que esta supone un incremento patrimonial²⁶. Lo mismo sucede en el caso que las sociedades fusionadas sean sociedades de personas²⁷. En materia de IVA, el SII ha señalado que existe fusión cuando de dos o más sociedades distintas se forma una nueva sociedad; en este caso, las sociedades que se fusionan aportan todo su activo y pasivo a una nueva persona jurídica para constituir capital de esta. En este caso, los aportes que hacen los socios no consisten en bienes corporales muebles, sino en los derechos que a ellos les corresponden en las sociedades que se fusionan; si la nueva sociedad es anónima señala el SII, los socios reciben a cambio de sus aportes un número determinado de acciones. La absorción se produce cuando se aporta a una sociedad todo el activo y pasivo de otra, de modo que aquella viene a ser la continuadora legal de la que se disuelve, sucediéndola en todos sus derechos y obligaciones. De acuerdo a lo que señala la Circular en análisis, las figuras jurídicas mencionadas son muy similares, con la diferencia de que en la fusión nace una nueva sociedad y en la absorción desaparece la sociedad absorbida continuando la otra su existencia legal sin que por ello deba sufrir reorganización²⁸.

Como se desprende, pareciera haberse entendido por el legislador que en las fusiones existe continuidad entre las sociedades participantes.

Sin embargo, en otras materias el SII pareciera desconocer abiertamente la tesis del efecto incorporativo de las fusiones y optar por la disolución de las sociedades absorbidas. En efecto, en reiteradas instrucciones el organismo fiscalizador ha expresado que las pérdidas deben ser recuperadas o deducidas por los contribuyentes que los generaron, argumentando que este derecho está concebido en beneficio del mismo contribuyente que sufrió el mencionado detrimento patrimonial y no en beneficio de personas jurídicas distintas de él. Por lo tanto, señala, en caso de fusión, integración o absorción de empresas, en que la empresa fusionada, integrada o absorbida por otra ha sufrido pérdidas, estas no pueden ser imputadas a los resultados de la empresa subsistente²⁹.

²⁴ Ver Supra N° 11.

²⁵ Artículo 14, letra A), N° 1, letra c) de la Ley de la Renta.

²⁶ Oficio N° 879 del SII de 24.9.97.

²⁷ Oficio N° 2389 del SII de 13.10.97.

²⁸ Circular N° 124 de 7.10.75.

²⁹ Circular N° 109 del SII de 17.8.77.

Lo mismo ha sucedido con los créditos originados a favor de los contribuyentes –como ocurre con el crédito fiscal IVA, los remanentes de pagos provisionales mensuales (PPM), créditos por gastos de capacitación– a los cuales el SII les ha atribuido un carácter “personal y especialísimo”, siendo bajo el criterio del SII intransmisibles e intransferibles en un proceso de fusión, por lo cual si el titular de uno de los créditos en referencia 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 intersubjetivo³⁰.

De hecho en algunos oficios pareciera confundirse el término disolución con extinción, puesto que por ejemplo siguiendo con la explicación que da dicho organismo para impedir el traspaso de algunos créditos en una fusión, señala que teniendo presente que la disolución de una sociedad anónima deriva en la pérdida de su personalidad jurídica, resulta lógico concluir que los créditos intransferibles que tenía en su patrimonio, se extinguen junto con la disolución y no habrá manera de recuperarlos con posterioridad a ese hecho³¹.

³⁰ Oficio N° 2632 del SII, de 31.10.97.

³¹ Oficio N° 2632 de 31.10.97.