

COMPRA DE ACTIVOS VERSUS COMPRA DE ACCIONES

Rodrigo Winter Salgado

LLM en Tributación Internacional Universidad de Florida.
Magíster Derecho Tributario Universidad de Chile.
Abogado Pontificia Universidad Católica.

Raúl Fuentes Ugalde

Abogado Pontificia Universidad Católica.

Resumen: El presente trabajo describe, desde una perspectiva tributaria, las diferencias y similitudes entre la venta de los activos que forman parte de un negocio, y la venta de las acciones o derechos sociales de la sociedad que detenta el activo que se pretende vender.

Palabras Claves: Venta de activos, venta de acciones, universalidades, goodwill

1. INTRODUCCIÓN

La venta de una empresa, puede realizarse principalmente a través de dos formas, esto es mediante una compraventa de activos (*“Asset Deal”*) o través de una compraventa de acciones o derechos sociales (*“Share Deal”*) de la sociedad que detenta los activos. El presente trabajo describe, mayoritariamente desde una perspectiva tributaria, las diferencias y similitudes de dichas modalidades.

Como sabemos, las acciones representan una fracción alícuota en el patrimonio de una sociedad, el que está conformado por una serie de activos y pasivos. En este sentido, a pesar de que a través de la compra de las acciones, no se adquieren

los bienes específicos de la empresa, se permite obtener el control de los activos (y también de los pasivos), sin necesidad de adquirirlos individualmente; por lo que, a primera vista, sobre todo pensando en sociedades que tienen muchísimos activos y pasivos, pareciera más sencillo, desde el punto de vista la documentación necesaria, adquirir acciones en vez de adquirir cada uno de los activos y pasivos.

Sin embargo, no necesariamente la empresa que se pretende adquirir tiene que tener muchos bienes. En efecto, ella podría corresponder, por ejemplo, a una sociedad de inversión que tiene como único activo un inmueble. En ese caso, las razones antes expuestas en cuanto a la mayor sencillez documental de la compra de acciones, ya no son tan evidentes.

En este orden de ideas, la elección entre *Share Deal* o *Asset Deal* (o una mezcla de ambos), debiera considerar al menos las siguientes razones:

- i. Economía en el traspaso de bienes. Como mencionamos, un *Asset Deal* podría ser engorroso, en el caso que sean muchos los bienes y pasivos que se quieren adquirir o transferir, sobre todo si hay muchos bienes sujetos a inscripciones, como por ejemplo, terrenos, vehículos y marcas.
- ii. Restricciones regulatorias a la compra de acciones. Ciertos inversionistas institucionales podrían tener restricciones para adquirir acciones que los conviertan en controladores de una sociedad, por lo que tendrían que comprar activos.
- iii. Riesgos asociados. Si luego de un *Due Diligence*, se llega a la conclusión que una sociedad tiene contingencias importantes, el comprador podría estar interesado en sólo comprar algunos de sus activos, para no adquirir los riesgos que existen dentro de la empresa.
- iv. Efectos tributarios. Existen diversas consideraciones tributarias que evaluar al optar por una compraventa de activos o una compraventa de acciones, las cuales serán abordadas detalladamente en este trabajo. En principio, la elección entre una y otra, debiera estar amparada por la economía de opción; sin embargo, de todas formas se debe procurar que los actos que se vayan a realizar produzcan efectos jurídicos o económicos relevantes para el contribuyente o un tercero, que sean distintos de los meramente tributarios, so pena de riesgo de aplicación de la norma general anti elusiva (“NGA”).

Por último, cabe hacer presente, que comprador y vendedor pueden tener diferentes conveniencias y opiniones en cuanto a la forma de materializar la operación, por lo que ésta podría ser detalladamente discutida y negociada por las partes.

Cuadro resumen:

Comparativo entre <i>Share Deal</i> y <i>Asset Deal</i>		
Tópicos	<i>Share Deal</i>	<i>Asset Deal</i>
Inscripciones	Es sencillo en cuanto a inscripciones. Traspaso de acciones se anota en registro de accionistas y traspaso de derechos sociales debe inscribirse en el registro de comercio.	Dependiendo de los bienes adquiridos, podría ser necesario realizar diversas inscripciones (e.g. inmuebles, vehículos, marcas, pertenencias mineras, derechos de agua, entre otras).
IVA	Una compraventa de acciones o derechos sociales no está afecta a IVA ya que se trata de bienes incorporales.	Una compraventa de activos podría estar afecta a IVA. Algunas consideraciones deben tenerse presente respecto a la base imponible del IVA.
Precio	Precio se asigna al único bien que se adquiere: las acciones o derechos sociales.	En caso de ser muchos los activos adquiridos, se deberá asignar el precio a cada uno de ellos. Parte del precio podría corresponder al derecho de llaves u otros intangibles.
Depreciación acelerada	Si la sociedad adquirida tiene activos sujetos a depreciación acelerada, mientras no medie fusión, estos activos no perderán ese beneficio.	Los activos comprados dejarían de tener la condición de “nuevos” y, por ende, no podrían seguir depreciándose aceleradamente de acuerdo al artículo 31 N° 5 de la LIR.

Comparativo entre <i>Share Deal</i> y <i>Asset Deal</i>		
Tópicos	<i>Share Deal</i>	<i>Asset Deal</i>
Atributos tributarios del negocio vendido	<p>La sociedad adquirida podrá seguir utilizando el IVA crédito que tenía registrado.</p> <p>Respecto a pérdida tributaria de sociedad adquirida, su extinción dependerá de si se cumplen las circunstancias que señala el artículo 31 N° 3 de la LIR.</p>	<p>No aplica, ya que no se está vendiendo una sociedad, sino que sólo algunos de sus activos. Atributos tributarios siguen en el RUT.</p>
Adquirente holding o Adquirente operativo	<p>Compra de acciones sin mediar fusión, convierte al adquirente en holding del negocio adquirido. Si el adquirente estaba en situación de pérdida tributaria, las posibles rentas futuras que le genere la sociedad adquirida (dividendos) compensarán su pérdida por medio de PPUA.</p>	<p>Compra de activos generadores de renta, convierte al adquirente en una sociedad operativa. Si el adquirente estaba en situación de pérdida tributaria, las posibles rentas que le generen los activos adquiridos serán compensados por la pérdida tributaria.</p>
Goodwill	<p>En caso que el precio pagado por las acciones o derechos sociales sea superior al capital propio tributario de la sociedad comprada, es necesario que se produzca una fusión para que dicho mayor valor pueda ser asignado a los activos no monetarios de la sociedad fusionada debiendo la diferencia ser registrada como un intangible que no se puede amortizar hasta el término de giro.</p>	<p>El precio pagado por los activos permitirá que el comprador los registre a su valor de compra (que debe ser de mercado, para evitar tasaciones). Lo que esté por sobre el precio de los activos individualmente corresponderá a un intangible que no se puede amortizar hasta que pierda su valor.</p>

2. PROCEDIMIENTOS ANTERIORES A LA ADQUISICIÓN DE UNA EMPRESA: DUE DILIGENCE

Con anterioridad al traspaso total de una empresa o activo, es común que haya tenido lugar un importante trabajo y análisis previo por parte del comprador y sus asesores. En este sentido, un proceso común a casi cualquier compra de empresas es el *Due Diligence*. Éste se puede definir como el examen que se efectúa sobre un negocio o porción de éste, en relación a una transacción que las partes pretenden realizar.¹

Su complejidad, obviamente dependerá de diversos factores, tales como el tamaño de la empresa, composición de su patrimonio, existencia de diversas filiales y operaciones intragrupo, etc. En efecto, obviamente no es lo mismo adquirir una línea aérea con múltiples activos (aviones, galpones, oficinas, marcas, softwares, entre otros) que una sociedad de inversiones que tiene un solo inmueble.

El *Due Diligence*, puede versar sobre distintas materias: financieras, contables, de negocio, medioambientales, legales, tributarias, etc.² Además, es común que el *Due Diligence* respecto de una materia se encargue a determinados especialistas y el de otra materia a especialistas distintos; por ejemplo, el *Due Diligence* legal suele ser efectuado por un estudio de abogados y el *Due Diligence* financiero y tributario podría ser realizado por una empresa de auditoría.

Este proceso es de suma importancia, ya que le permitirá al potencial comprador recabar información determinante respecto al real estado de la empresa.

Por ejemplo, mediante el *Due Diligence* financiero, el comprador podría enterarse que los resultados de una de las filiales del *Target*³ no están siendo reconocidos de acuerdo a prácticas contables aceptadas, debido a que se registran ingresos que no son ciertos, o no se realizan las provisiones adecuadas, o corresponden a operaciones con partes relacionadas.

Por otro lado, el *Due Diligence* tributario podría revelar que los impuestos no han sido correctamente declarados por la empresa durante los últimos años, o que existen gastos relevantes que no cumplirían con los requisitos que la ley exige

1 Fox, Charles, *Working with Contracts*, pág. 275.

2 Acosta Álvarez, Tomás José, *La due diligence legal previa a la adquisición de empresa*. página 75.

3 Por *Target* nos referiremos a las acciones de la empresa que se va a adquirir en caso de una compraventa de acciones. Y, los activos, en caso de una compraventa de activos.

para su deducibilidad, o que existe una pérdida tributaria por un monto importante respecto a la cual no existen todos los antecedentes que la respalden.

Por su parte, el *Due Diligence* legal podría dar cuenta que hay contratos importantes que tienen cláusulas de terminación anticipada en caso de cambio de control, que existen inmuebles arrendados con vencimientos próximos, que otros inmuebles fundamentales para la empresa tienen problemas de títulos o no cuentan con autorizaciones sanitarias, que existen demandas millonarias contra la empresa con una probabilidad no menor de perderse, que la empresa o alguna de sus filiales garantizaron solidariamente deudas cuantiosas de sociedades de inversión de los actuales dueños, entre otras contingencias legales que se podrían develar.

Al recabar toda esta información, el potencial comprador puede tomar diversas actitudes:

- i. Podría decidir no seguir adelante con la transacción.
- ii. Podría intentar negociar un menor precio de adquisición.
- iii. Podría buscar solución a los problemas detectados con remedios contractuales: (a) establecer condiciones para el cierre (e.g. que se obtengan las autorizaciones sanitarias faltantes, o se obtengan renunciaciones o waivers de los arrendadores en las cláusulas de terminación anticipada por cambio de control); (b) dejar parte del precio en *escrow*⁴ hasta que se solucionen las contingencias encontradas; (c) establecer que parte del precio es fijo y el resto corresponderá a un pago variable (earn out) que será exigible en caso de cumplirse con ciertas metas financieras, etc.
- iv. Podría determinar comprar solo alguno de los activos de la empresa.

Respecto a la última actitud que podría adoptar el comprador, ésta se podría materializar por distintos caminos, como explicaremos posteriormente.

Además, en caso que la Target tenga varias filiales y sólo algunas tengan contingencias relevantes, podría comprar únicamente las acciones de las filiales que le interesan. Otra opción, podría ser solicitar la división del Target y proceder a adquirir la

4 Es un contrato en virtud del cual, dos o más partes entregan generalmente una suma de dinero (u otros bienes o documentos) a una tercera parte llamada el agente escrow, que se obliga a entregar dicha suma de dinero, documentos o bienes en caso que se cumplan ciertas condiciones. En este sentido Fox, Charles, *Working with Contracts*, pág. 275. Cabe agregar, que generalmente el agente escrow que tiene el dinero en depósito o custodia es un banco.

sociedad dividida que tenga los activos que le interesan; alternatively, podría requerir que ciertos activos se aporten a una nueva empresa y luego proceder a adquirir sus acciones. Todas estas alternativas, se materializan mediante la compra de acciones o *Share Deal*.

Por otra parte, el comprador en vez de adquirir acciones o derechos sociales podría realizar lo que se conoce como una compra de activos o *Asset Deal*, es decir adquirir directamente los distintos activos de la sociedad o del establecimiento de comercio.

3. COMPRAVENTA DE ACTIVOS (ASSET DEAL)

3.1 Aspectos generales

Por compraventa de activos nos referiremos a la compra de cualquier activo, distinto a la adquisición de acciones o derechos sociales.

En consecuencia, la compra de activos podrá incluir toda clase de bienes físicos, tales como bienes raíces, vehículos, maquinarias, activos fijos en general, mercaderías, insumos, materias primas, inventarios y bienes del activo realizable. También podrá incluir bienes intangibles como créditos, servidumbres, usufructos, derecho de llaves y marcas u otra clase de propiedad intelectual.

Además, la compraventa de activos podrá recaer sobre (i) uno o más bienes singulares o (ii) sobre un conjunto de activos o universalidad de hecho.

El tipo de activo que se enajena (e.g. corporal o incorporal, activo fijo o activo realizable) y la circunstancia de venderse de manera singular o como universalidad de hecho, tendrá relevancia para diversas materias, como las formalidades necesarias para perfeccionar el acto jurídico, la aplicación del Impuesto al Valor Agregado (“IVA”), la procedencia de la depreciación, etc.

Finalmente, cabe mencionar que el contrato con que se materializa estos acuerdos se le suele denominar como Contrato de Compraventa de Activos o *Asset Purchase Agreement* (“APA”).

3.2 Consideraciones legales

Una primera distinción relevante que corresponde realizar en esta materia es entre bienes singulares y universalidades de hecho. El alcance exacto de estas definiciones genera discusión entre los autores y existen distintas teorías al respecto; nuestra pretensión no es más que entregar un esbozo sobre estos conceptos y algunas consideraciones prácticas.

i. Bienes singulares. “*Aquellos que constituyen una unidad natural o artificial.*”⁵

Algunos ejemplos propuestos por el profesor Gonzalo Figueroa Yáñez son: una vaca, un automóvil, un saco de trigo y una casa. Obsérvese que salvo el ejemplo de la vaca, el resto corresponde a unidades artificiales conformados por otros bienes.⁶

ii. Universalidades de hecho. “*Conjunto de bienes que, no obstante conservar su individualidad, forman un todo al estar unidos por un vínculo de igual destino, generalmente económico.*”⁷ El profesor Figueroa Yáñez menciona como ejemplo a un rebaño o ganado, un bosque y un establecimiento de comercio.⁸

En primer lugar, cabe señalar que nuestro derecho prohíbe la enajenación de universalidades. En efecto, el artículo 1811 del Código Civil, prescribe que “*es nula la venta de todos los bienes presentes o futuros o de unos y otros, ya se venda el total o una cuota...*”. Igual prohibición existe respecto al contrato de donación⁹ y al de sociedad¹⁰.

5 Definición otorgada por el profesor Cristián Boetsch Guillet, en base a lo señalado por el profesor Juan Orrego Acuña.

6 “*Tales son, por ejemplo, un reloj, un automóvil, una casa. En este caso, las partes o cosas originarias pierden su individualidad en el conjunto, para dar nacimiento a una nueva cosa, y la relación jurídica puede recaer sobre esta cosa nueva y no ya sobre los componentes individualmente considerados, como se vio más arriba.*”

Lo expresado es sin perjuicio de que cada elemento pueda pertenecer a diferentes dueños, o que las cosas que se han integrado en la nueva unidad puedan recuperar su individualidad jurídica, como si la casa se demuele o el automóvil se desarma.”. Figueroa Yáñez, Gonzalo, El Patrimonio, pág. 56.

7 Definición otorgada por el profesor Cristián Boetsch Guillet, en base a lo señalado por el profesor Orrego Acuña.

8 “*Es un conjunto de elementos mobiliarios corporales e incorporeales que un comerciante agrupa y organiza para satisfacer las necesidades de su clientela.*” (Rodière y Houin, citado por Sandoval López, Ricardo, Derecho Comercial, Tomo I, pág. 194) Dentro de los elementos incorporeales que incluyen al establecimiento de comercio, se suelen mencionar la clientela, las marcas y el derecho de llaves. Se discute en doctrina si los inmuebles y los pasivos también formarían parte del establecimiento de comercio; cabe hacer presente que –según señala Figueroa Yáñez– algunos autores elevan al establecimiento de comercio a la categoría de universalidad de derecho.

9 Código Civil, artículo 1407: “*Las donaciones a título universal, sean de la totalidad o de una cuota de los bienes, exigen, además de la insinuación y del otorgamiento de escritura pública, y de la inscripción en su caso, un inventario solemne de los bienes, so pena de nulidad.*”

Si se omitiere alguna parte de los bienes en este inventario, se entenderá que el donante se los reserva, y no tendrá el donatario ningún derecho a reclamarlos.”

10 Código Civil, artículo 2056: “*Se prohíbe toda sociedad a título universal, sea de bienes presentes y venideros, o de unos u otros.*”

Se prohíbe asimismo toda sociedad de ganancias, a título universal, excepto entre cónyuges.

Podrán con todo ponerse en sociedad cuantos bienes se quiera, especificándolos.”

La doctrina, ha entendido que dicha prohibición se refiere solamente a las universalidades de derecho¹¹, y no a las de hecho. En este sentido, Juan Andrés Orrego Acuña señala que el artículo 1864 del Código de Bello permite la venta de dos o más cosas ajustando un precio por el conjunto o por la universalidad de hecho (el artículo señala como ejemplo a una pareja de animales o juego de muebles).

Corresponde agregar, que no sólo el artículo 1864 permitiría la venta de universalidades de hecho por un mismo precio, sino que también el artículo 1835, en cuanto señala que *“las reglas dadas en los dos artículo anteriores (venta en relación a la cabida o como especie) se aplican a cualquier todo o conjunto de efectos o mercaderías”*.¹²

De todas formas, el profesor Orrego Acuña advierte que cuando se venden dos o más cosas por un mismo precio es aconsejable desglosar el precio por cada unidad. Agrega el autor, que un fallo de la Corte de Temuco, *“previene que si el contrato abarca dos o más cosas específicas, ha de fijarse el precio de cada una de ellas. Tal punto reviste importancia para determinados efectos legales: resolución del contrato por mora parcial del comprador, procedencia de la acción rescisoria por lesión enorme, derechos y obligaciones de las partes en el caso de que la cabida del predio vendido fuere mayor o menor que la declarada, monto a restituir por el vendedor en caso de evicción parcial, etc.”*¹³

Compartimos la necesidad práctica de desglosar el precio, sobre todo si el conjunto de activos que se vende está compuesto por muchos bienes y la destinación en común que tienen no es tan evidente. Por otra parte, la necesidad de fijar un precio para los diversos bienes tendría injerencia en diversos aspectos tributarios tales como fijar el costo tributario de los diferentes activos que se adquieren, lo que es importante para poder aplicar las distintas normas de corrección monetaria, dependiendo del tipo de activo, y fijar las bases de depreciación. También, tendría relevancia para determinar la base imponible de un eventual hecho gravado con IVA.

A su vez, si se adquieren activos sujetos a inscripción, como bienes raíces, el Conservador de Bienes Raíces requerirá que esté específicamente determinado el precio de cada inmueble.

11 El ejemplo clásico de universalidad jurídica es el patrimonio de una persona. Su rasgo distintivo, a diferencias de las universalidades de hecho, es que está compuesta por activos y pasivos. En este sentido Figueroa Yáñez, ob. cit., pág. 63.

12 Paréntesis explicativo agregado por nosotros.

13 Orrego Acuña, Juan Andrés, El Contrato de Compraventa, pág. 31.

Es por eso que si se adquiere un establecimiento de comercio o universalidades de hecho que comprendan un gran número de bienes, es de común ocurrencia que el contrato contenga un anexo con todos los bienes que se están transfiriendo y el precio que se le asigna a cada uno de ellos.

3.3 Consideraciones en cuanto a formalidades y necesidad de registro

Dependiendo de la clase de activos que se enajenan, es posible que se requiera realizar la venta por escritura pública. En efecto la venta de bienes raíces, derechos de aprovechamiento de aguas, concesiones mineras son contratos solemnes que requieren escritura pública para perfeccionarse.

Por otra parte, es posible que sea necesario practicar la inscripción de las cesiones en distintos registros, ya sea para efectuar la tradición del bien, o debido a la existencia de formalidades de publicidad y/o de prueba.

- i. Inmuebles. Requieren inscripción en el respectivo Conservador de Bienes Raíces.
- ii. Vehículos. Requieren inscripción en el Registro Civil.
- iii. Marcas, modelos de utilidad, patentes de invención y otros. Requieren inscripción en el Instituto Nacional de Propiedad Industrial (“INAPI”).
- iv. Derechos de agua. Requieren inscripción en la Dirección General de Aguas (“DGA”).
- v. Pertenencias mineras. Requieren inscripción en el respectivo Conservador de Minas.

Cabe señalar, que en caso que se estén cediendo créditos nominativos, se requiere la notificación del deudor o su aceptación, para efectos de que la cesión sea oponible al deudor y terceros, de acuerdo a las reglas contenidas en los artículos 1901 y siguientes del Código Civil. Tratándose de títulos de crédito (e.g. pagarés), la transferencia es más sencilla, ya que se efectúa por medio del endoso (o incluso la entrega material del título, en caso de documentos al portador).

Desde el punto de vista de los pasivos (e.g. se quiere traspasar una deuda en que se incurrió para financiar un activo) en nuestro derecho resulta indispensable el consentimiento del acreedor. En efecto, sin la aprobación de éste, el antiguo deudor mantiene su obligación, y además se agrega un nuevo deudor -solidario o subsidiario- o un mandatario para el pago, según aparezca del tenor del contrato (Código Civil, en su artículo 1635). En cambio, si el acreedor consiente en dejar por

libre al deudor primitivo, podría tener lugar una novación por cambio de deudor o incluso una asunción o cesión de deuda.¹⁴

Adicionalmente, no sólo se podrían ceder activos y pasivos, sino que también contratos (que pueden involucrar relaciones activas y pasivas, es decir derechos y obligaciones). En efecto, como señala Juan Carlos Dorr Zegers, *“la cesión de contrato puede sólo producirse en el caso de los contratos bilaterales no cumplidos (aunque en esto la doctrina no es unánime), que no sean intuito personae y cuya cesión no esté prohibida por la ley”*¹⁵. Para que tenga efectos este contrato, de acuerdo a Figueroa Yáñez, se requerirá el consentimiento de tres partes: cedente, cesionario y contratante cedido: *“para que el cedente quede liberado de las obligaciones que asumió al celebrar el contrato cedido se requiere que el contratante cedido consienta en darlo por libre. La concurrencia del contratante cedido al contrato de cesión tiene por objeto, entre otros, precisamente autorizar la liberación del cedente”*.¹⁶

Por último, en el evento que sean muchos los activos transferidos que deban inscribirse, como ya señalamos, puede resultar muy engorroso el *Asset Deal*. Sobre todo, si hay inmuebles ubicados en distintas regiones del país. Además, podría haber activos sujetos a prohibiciones y gravámenes, lo que haría necesario, por ejemplo, solicitar alzamiento de acreedores hipotecarios.

3.4 Consideraciones en cuanto al IVA

Un *Asset Deal*, puede estar gravado con IVA a diferencia de lo que ocurre con el *Share Deal*.

Como señaló el Servicio de Impuestos Internos (“SII”) respecto a una compraventa de plantas de energía solar, la venta de activos podría ser (i) respecto a uno o más bienes individualmente considerados o (ii) respecto a una universalidad de hecho.¹⁷

14 La diferencia entre la novación por cambio de deudor y la asunción de deuda, es que en la primera se extingue la obligación y nace una nueva. Por otra parte, la asunción de deuda o cesión de créditos, no está expresamente contemplada expresamente en nuestra legislación, pero de acuerdo a autores como Juan Carlos Dorr Zegers (*De la Cesión de Deudas y Contratos*) y Gonzalo Figueroa Yáñez (ob. cit., pág. 206 y 207), serían perfectamente posibles en el derecho chileno.

15 Dorr Zegers, Juan Carlos, *De la Cesión de Deudas y Contratos*, pág. 22.

16 Figueroa Yáñez, Gonzalo, ob.cit., pág. 277. Este autor agrega, que el consentimiento del contratante cedido puede darse antes, simultáneamente o después del acuerdo entre cedente y cesionario (pág. 263).

17 SII, Oficio N°30 de 2018.

- i. Venta de uno o más bienes individualmente considerados. En este caso, la venta podría estar gravada de acuerdo al hecho gravado general de venta contenido en el artículo 2 de la Ley sobre Impuesto a las Ventas y Servicios, Decreto Ley N°825. Ley de IVA¹⁸ (en suma ser un vendedor habitual), lo que ocurriría si se está transfiriendo el activo realizable de la empresa y/o materias primas o insumos que un productor o fabricante no utilice en sus procesos productivos.

Por otro lado, podría configurarse el hecho gravado especial contenido en el artículo 8 letra m) de la Ley de IVA, en caso de venderse activo fijo que tuvo derecho a crédito fiscal.¹⁹

En consecuencia, si se vende tanto un activo realizable como un activo fijo pero no como universalidad, deberá analizarse la transferencia de cada uno de los bienes a la luz de la Ley de IVA.²⁰ En este orden de ideas, podría ocurrir que todos los activos que se transfieren queden gravados.

- ii. Venta como universalidad de hecho. Bajo este escenario, la venta podría estar sujeta al hecho gravado especial contenido en el artículo 8 letra f): *“La venta de establecimientos de comercio y, en general la de cualquier otra universalidad que comprenda bienes corporales muebles e inmuebles de su giro”.*

Es importante destacar que, de acuerdo al artículo 16 letra d) y el artículo 9 del Reglamento de IVA, la base imponible de este hecho gravado aplica sólo respecto a los bienes del giro y no respecto al activo fijo. Es decir, el activo fijo comprendido en la venta no quedará gravado con IVA.

En virtud de lo anterior, si la venta **no** se realiza como universalidad, tanto el activo realizable como el activo fijo podrían estar afectos a IVA; pero si se vende como universalidad sólo el activo realizable estará afecto a IVA.

Lo anterior ha sido ratificado por varios oficios del SII. Uno de ellos señala lo siguiente: *“en cuanto la operación corresponda a la venta de una universalidad que comprenda bienes corporales muebles e inmuebles que forman parte del activo fijo del vendedor, no constituiría una operación afecta a IVA, por no comprender*

18 Estrictamente denominada Ley sobre Impuesto a las Ventas y Servicios, Decreto Ley N°825.

19 Ley de IVA, artículo 8 letra m): *“La venta de bienes corporales muebles e inmuebles que formen parte del activo inmovilizado de la empresa, siempre que, por estar sujeto a las normas de este título, el contribuyente haya tenido derecho a crédito fiscal por su adquisición, importación, fabricación o construcción.”*

20 SII, Oficio N°1095 de 2017.

*la operación bienes corporales muebles o inmuebles del activo realizable de la sociedad vendedora, conforme al artículo 8°, letra f), del D.L. N° 825, de 1974.*²¹

Bajo esta lógica, las partes podrían arbitrar respecto al IVA, ya que dependiendo de cómo celebren la transacción, ésta podría estar afecta a un menor IVA o incluso no estar gravada.

El SII ha advertido lo anterior, y ha señalado que *“podrá hacer uso de sus facultades fiscalizadoras a objeto de verificar que la venta del inmueble efectuada en la forma descrita no tenga como único objeto evitar el pago del IVA, teniendo presente lo dispuesto por los nuevos artículos cuatro bis y cuarto quinquies del Código Tributario (norma general anti elusiva)”*²². Incluso, el Catálogo de Esquemas Tributarios incluyó el caso de *“Enajenación de activo fijo dentro de una universalidad” (Caso N° 39), como potencialmente elusivo, y señaló que “podría determinar que los bienes realmente no componen una universalidad o que entre ellos no existe un vínculo común, destino o finalidad”*.²³

El Proyecto de Modernización Tributaria presentado por el gobierno del presidente Piñera²⁴, se percató de esta laguna en nuestra legislación, ampliando el hecho gravado del artículo 8 letra f) y la norma respecto a su base imponible contenida en el artículo 16 letra d), de forma que el activo fijo que tuvo derecho a crédito fiscal también resulte gravado.

Además, cabe señalar que la ley tributaria contiene una facultad de tasación, en caso que la venta de universalidad se haga a suma alzada o en caso que el precio que se asigne a los diferentes bienes corresponda a un valor notoriamente inferior al corriente en plaza.²⁵

21 SII, Oficio N°1363 de 2018. En el mismo sentido, oficios N°1095 de 2017, N° 30 de 2018 y N° 1018 de 2018.

22 SII, Oficio N°1095 de 2017. Paréntesis explicativo agregado por nosotros.

23 SII, Catálogo de Esquemas Tributarios 2018, Caso N° 39. En línea: <http://www.sii.cl/destacados/catalogo_esquemas/index.html> Consultado en mayo de 2019.

24 Proyecto de Modernización Tributaria (Boletín N° 12043-05 del año 2018) En línea: <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=12561&prmBOLETIN=12043-05> Consultado en mayo de 2019.

25 Ley de IVA, artículo 16 letra d): *“En el caso contemplado en la letra f) del artículo 8°, el valor de los bienes corporales muebles e inmuebles comprendidos en la venta, sin que sea admisible deducir de dicho valor el monto de las deudas que puedan afectar a tales bienes.*

Si la venta de las universalidades a que se refiere el inciso anterior se hiciera por suma alzada, el Servicio de Impuestos Internos tasará, para los efectos de este impuesto, el valor de los diferentes bienes corporales muebles e inmuebles del giro del vendedor comprendidos en la venta.

Lo dispuesto en el inciso anterior será aplicable, asimismo, respecto de todas aquellas convenciones

Por último, desde el punto de vista del vendedor, podría suceder que éste tenga una cantidad importante de crédito fiscal IVA acumulado, de tal forma que si éste compensa el débito fiscal por la venta de activos, podría no tener que desembolsar dinero por este impuesto en el mes siguiente. Por su parte, para el comprador el IVA pagado será registrado como un crédito IVA si se trata de un contribuyente de dicho tributo, o bien, un mayor costo del activo en caso contrario

3.5 Consideración en cuanto al precio que se asigna a los distintos activos

En caso de venderse un solo bien (e.g. local comercial o planta eléctrica) o varios activos de la misma identidad (e.g. las existencias respecto a un tipo de producto, como refrigeradores) no habría dificultades en la forma de asignar el precio del contrato.

En este sentido, un activo como una planta fotovoltaica, podría estar constituido por varios bienes, pero de todas formas podría tratarse de un bien singular y no de una universalidad de hecho, en la medida que constituya una unidad artificial. En efecto, el SII permitió a un contribuyente registrar el conjunto de bienes que componen la planta fotovoltaica como un solo activo sujeto a depreciación, en la medida que los bienes que la componen pierdan su identidad individual en pos de una unidad económica.²⁶

Por otra parte, si se vende una universalidad de hecho que comprende un conjunto heterogéneo de bienes, podría haber dificultades para determinar a qué bienes se asigna el precio de compra, e incluso incentivos para asignarlo mayoritariamente a algunos. Respecto a esto último, desde un punto de vista tributario, convendría asignar la mayor parte del precio de venta al activo fijo, ya que habrá una menor base imponible para el caso del hecho gravado especial de venta de universalidades (artículo 8 letra f) de la Ley de IVA), y además, dicho precio podrá ser llevado a gasto mediante depreciación; en cambio, si fuese asignado a algún intangible no podrá amortizarse sino hasta que (i) se enajene o (ii) cuando se acredite que han perdido todo su valor económico.²⁷

*en que los interesados no asignaren un valor determinado a los bienes corporales muebles e inmuebles que enajenen o el fijado fuere notoriamente inferior al corriente en plaza*²⁶.

26 SII, Oficio N° 593 de 2019.

27 En efecto, el SII ha señalado en numerosas ocasiones que intangibles sólo pueden castigarse en eso dos casos (Oficios N° 32 de 2018, N° 2151 de 2013, 829 de 2013, etc.). También, el Oficio N° 144 de 1994 que se refiere al castigo de una marca, *“(en la medida que represente) una inversión efectiva y que ésta ha dejado de ser útil para la empresa, mediante una certificación otorgada por la autoridad competente que declare que no ha sido renovada, o que ha sido caducada o abandonada, en conformidad*

Lo anterior se comprenderá mejor con un ejemplo. Supongamos que una Ferretería va a vender la mayoría de sus activos en la suma de \$1.200 millones. Dichos activos presentan los siguientes valores tributarios (que son muy similares a sus valores de mercado):

Existencias:	100
Equipos:	20
Vehículos:	80
Construcción:	500
Terreno:	200
TOTAL	900

Los activos considerados por separado tienen un valor económico cercano a los \$900 millones, pero se están vendiendo en \$1.200 millones. ¿Por qué alguien estaría dispuesto a pagar \$300 millones de pesos adicionales por el negocio?

La respuesta es sencilla, desde el punto de vista del inversionista, se trata de la compra de un negocio en marcha, donde existen activos intangibles que pese a no tener un valor tributario (o uno muy bajo) tienen un valor económico. Este precio adicional que se está pagando por el conjunto de los activos podría corresponder a una cartera de clientes, a la marca, a contratos, al prestigio del local comercial, o en general a lo que se conoce como el derecho de llaves, o *goodwill* financiero²⁸.

Resuelto lo anterior, cabe preguntarse cómo deben asignarse los \$300 millones. Esto tiene importancia para varias materias, como determinar el hecho gravado con IVA correspondiente a la venta de establecimiento de comercio o universalidades, y también para definir el costo tributario que tendrán los activos para efectos de

a las normas de la Ley 19.039 y su respectivo Reglamento.” Otro oficio interesante, es el N° 99 de 2010, que se refiere al castigo de una concesión minera, el cual requiere el abandono de una patente minera por el no pago de ésta.

28 No confundir con el *goodwill* tributario, que es un concepto similar, pero más específico, que tiene lugar en el caso de una fusión. El *goodwill* tributario se analiza en la siguiente sección.

depreciarlos; en consecuencia, las partes tienen incentivos para asignar los \$300 millones en el activo fijo ya que no pagarán IVA por esa parte y podrán en el futuro llevarlo a gasto mediante depreciación (a diferencia de activos intangibles, que vimos que tienen restricciones para ser amortizados).

En este orden de ideas, ¿sería procedente desde un punto de vista tributario fijar en el contrato de venta el precio que se señala a continuación?

Tabla N°2. Precio de Venta de Activos de la Ferrería (Sobre Asignando Valor a ciertos Activos)	
Existencias:	100
Equipos:	120 (20+100)
Vehículos:	180 (80+100)
Construcción:	600 (500+100)
Terreno:	200
TOTAL	1.200

Recordemos que las normas de control del artículo 64 del Código Tributario y del artículo 16 letra d) de la Ley del IVA, otorgan la facultad de tasación al SII, en la medida que los precios de enajenación de los bienes sean notoriamente inferiores a los corrientes en plaza. En el caso expuesto los precios son notoriamente superiores.

Aunque discutible, el SII podría tasar dicha asignación de precios, arguyendo que se está cediendo un intangible a valor cero, siendo que valdría alrededor de \$300 millones (es decir, se enajenó a un valor notoriamente inferior al de mercado).

Cabe agregar, que el Proyecto de Modernización (2018) presentado por el presidente Piñera, modifica el artículo 64 del Código Tributario y permite tasar en la medida que los precios o valores asignados en la transacción “*difieran notoriamente de los precios o valores normales de mercado*”, por lo que ya no cobra relevancia si son inferiores o superiores.

Tomando en cuenta lo dicho, el precio de enajenación de esta universalidad debiera fijarse de la siguiente forma:

Tabla N°3. Precio de Venta de los Activos de la Ferrería (Asignando Precio a Valores Justos)	
Existencias:	100
Equipos:	20
Vehículos:	80
Construcción:	500
Terreno:	200
Derecho de llaves	300
TOTAL	1.200

En consecuencia, los \$300 millones corresponderá a un intangible, que como ya mencionamos no puede amortizarse, y según ha señalado el SII en diversos pronunciamientos, sólo puede cargarse a resultado cuando (i) se enajene o (ii) cuando se acredite que han perdido todo su valor económico.

Lo anterior, es muy similar a lo que ocurre con el *goodwill* tributario contemplado en artículo 31 N° 9 de la Ley de Impuesto a la Renta (“LIR”), el que será analizado en la Sección 4.

Adicionalmente, conviene mencionar que en el ejemplo se asignaron los \$300 millones en un solo intangible que llamamos “Derecho de llaves”. Sin embargo, no habría inconvenientes en asignar los \$300 millones en más de un intangible; por ejemplo, parte en una marca que casi no tenía costo tributario y parte en una cartera de clientes, pero siempre a valores de mercado.

En el ejemplo planteado, los activos que se transfieren ya estaban a un valor de mercado, pero en caso que el valor tributario sea distinto al de mercado (por ejemplo muy inferior), la venta actualizará los activos a un valor de mercado para efectos tributarios. Lo anterior, será frecuente con inmuebles, en los que su valor de libros es bajo debido a la depreciación, terrenos que han experimentado plusvalías, o marcas que han adquirido notoriedad. Este efecto es conocido como “*write up*”.

3.6 Consideraciones en cuanto a la depreciación

En caso de activos susceptibles de depreciación, el precio pagado por ellos corresponderá a su costo tributario para efectos de aplicarle corrección monetaria (artículo 41 N° 2 de la LIR) y depreciarlos (artículo 31 N° 5 y 5 bis de la LIR).

Un gran inconveniente de la venta de activos, mirado desde el punto de vista del inversionista o comprador, es que los bienes que estaban sujetos a depreciación acelerada pierden este beneficio, ya que el artículo 31 N° 5 de la LIR exige que se trate de bienes nuevos o importados, por lo que al adquirir estos activos deberá depreciarlos mediante régimen normal por los años de vida útil restante que le quedan a los bienes.²⁹

Respecto a los regímenes especiales de depreciación que contempla el artículo 31 N° 5 bis, el inciso primero (contribuyentes con ventas promedio iguales o inferiores a UF 25.000), permite que dichos contribuyentes puedan depreciar todo el activo en un solo ejercicio, incluso tratándose de bienes usados. Por otro lado, el inciso segundo del artículo 31 N° 5 bis (ventas promedio sobre 25.000 UF hasta 100.000 UF), permite fijar la vida útil del bien en hasta un décimo de la determinada por el SII, sin embargo en dicho caso se exige que se trate de bienes nuevos o importados.

3.7 Consideraciones en caso que el adquirente del activo esté en situación de pérdida tributaria

En caso que el comprador, previo la compra se encuentre en una situación de pérdida tributaria, y el activo adquirido en el futuro le genere rentas, éstas se podrán compensar directamente con la pérdida tributaria

En otras palabras, la sociedad que adquiere los activos será operativa, ya que explotará directamente el bien (y no holding, que sería el caso en que desarrolla la actividad por medio de otra sociedad operativa), por lo que la renta que genere el activo adquirido y la pérdida tributaria estarán en la misma sociedad (i.e. adquirente).

²⁹ Respecto a cuál sería la vida útil restante de los bienes usados, ver Oficio N° 3981 de 1999 y Oficio N° 1.636 del 2005.

A diferencia de lo que ocurriría en un *Share Deal*. Ya que en una compraventa de acciones (suponiendo que no hay fusión impropia)³⁰, la sociedad adquirente será holding de la sociedad adquirida, en consecuencia la pérdida tributaria y los activos generadores de renta estarán en distintos niveles societarios (i.e. pérdida en sociedad adquirente –holding- y activos en sociedad adquirida –operativa-).

Esto se explicará con mayor detalle y ejemplos cuando revisemos la adquisición de acciones en el acápite 4.5.

3.8 Consideraciones en caso que la empresa Target esté en situación de pérdida tributaria

En el acápite anterior nos referimos al caso que el comprador estuviere en pérdida tributaria. Ahora nos referiremos a la situación en que la sociedad Target que tiene los activos está en una situación de pérdida tributaria.

Desde el punto de vista del comprador, la situación de una Target con pérdida tiene importancia en una compraventa de acciones, pero no en una compra de activos, ya que la pérdida permanecerá en el RUT que la generó. En el acápite 4.6., se analiza con detalle la adquisición de sociedades con pérdidas.

Desde el punto de vista del vendedor del activo, éste obviamente conservará la pérdida tributaria asociada a su RUT ya que sólo vendió activos. En caso que el enajenante genere un mayor valor en la venta del activo, la pérdida compensará el monto de dicha ganancia.

3.9 Consideraciones en cuanto a la ganancia de capital

La ganancia de capital corresponderá a la diferencia entre el precio de venta del activo y el costo tributario del mismo (costo de adquisición corregido).

3.9.1 Precio

En cuanto al precio, hemos visto en la práctica numerosas maneras de establecerlo, a veces quedando parte de éste sujeto a sofisticadas fórmulas financieras o ajustes.

30 La fusión impropia tiene lugar en una sociedad anónima, de acuerdo al artículo 103 N° 2 de la Ley 18.046, en caso de reunirse por un periodo ininterrumpido que exceda de 10 días, todas las acciones en manos de una sola persona. Además, recordemos la sociedad por acciones, de acuerdo al artículo 444 del Código de Comercio, no se disuelve por reunirse todas las acciones en un mismo accionista, salvo que el estatuto disponga lo contrario.

Desde el punto de vista impositivo, el tema es más sencillo y bastarán sólo dos conceptos de derecho civil (obligaciones puras y simples, y obligaciones sujetas a modalidad)³¹ y otros dos de la LIR (renta devengada y renta percibida)³² para determinar su caracterización tributaria.

En efecto el precio, podría ser (i) puro y simple o (ii) sujeto una modalidad como una condición o un plazo. Tanto en caso que sea puro y simple como cuando la modalidad consista en un plazo, se entenderá que hay una renta devengada para el vendedor, por lo que aun cuando el precio contenga un plazo de pago de varios años, el vendedor deberá reconocer todo ese ingreso en dicho ejercicio. En cambio, cuando el precio o parte de éste está sujeto a la condición de que se obtengan ciertas metas financiera (*earn out*), la renta no se devenga hasta que se cumplan éstas³³.

El precio podría estar sujeto a ajustes o no (*Price adjustments versus locked box mechanism*). Es de común ocurrencia, que el precio esté sujeto a ajustes (por ejemplo de acuerdo al capital de trabajo o la deuda neta que arrojen los estados financieros de cierre o *completion accounts*). En este caso, el SII ha entendido que los efectos tributarios que correspondan a la operación “*deben ser determinados en relación con el precio de adquisición definitivo*”³⁴ Esto tendría especial importancia en caso que los ajustes se generen al año siguiente, ya que la renta no estaría devengada hasta que ellos se efectúen; de todas formas, si se hubiese pagado parte del precio (incluso aunque pueda estar sujeto a devolución) dicha fracción se entiende percibida, por lo que formará parte del resultado tributario de ese año aunque no esté devengada.

La interpretación del SII nos parece correcta, y se podría explicar porque no es posible determinar la renta a reconocer si no se tiene certeza del monto de ésta y, además, porque dependiendo de los términos del contrato se podría sostener que hay una condición pendiente que impide el devengo.

31 Obligación pura y simple es aquella que produce sus efectos normalmente desde su nacimiento hasta su extinción. En cuanto a las modalidades, las más comunes son el plazo y la condición, la **obligación a plazo** es aquella que está sujeta a un hecho futuro cierto del cual depende la exigibilidad o extinción de un derecho; y la **obligación condicional**, es el hecho futuro incierto del cual depende el nacimiento y extinción de un derecho y su obligación correlativa.

32 **Renta devenga**, es aquella sobre la cual se tiene un título o derecho, independiente de su actual exigibilidad y que constituye un crédito para su titular. **Renta percibida**, es aquella que ha ingresado materialmente al patrimonio de una persona. Debe asimismo, entenderse que una renta devengada se percibe desde que la obligación se cumple por algún modo de extinguir distinto al pago. (Artículo 2 de la LIR).

33 En este sentido Oficio N° 1960 de 2011 y Oficio N° 1849 de 2017.

34 SII, Oficio N° 221 de 2010.

Otra cláusula común, es estipular que en caso que se generen indemnizaciones, por ejemplo por incumplimiento de representaciones y garantías del vendedor, el pago de ellas corresponda a un ajuste de precio y no al pago de una multa contractual. En efecto, si fuera una multa por incumplimiento de contrato, de acuerdo a abundante jurisprudencia administrativa, se trataría de un gasto rechazado sujeto a impuesto multa de 40% del artículo 21 de la LIR.

Finalmente, cabe prevenir que en el caso de promesa de venta de inmueble, el artículo 29 de la LIR contiene una norma especial, en cuanto los ingresos se deberán reconocer en el año en que se suscriba el contrato de venta definitivo.

Todo lo señalado respecto del precio, también es aplicable en un Share Deal, salvo por la norma especial de promesa de venta de inmuebles.

3.9.2 Costo tributario

En cuanto al costo tributario, en caso de que parte del precio se pague de inmediato y otra quede sujeta condición, éste se puede utilizar de inmediato, no siendo necesario realizar ningún tipo de prorratio. Por ejemplo, supongamos que tengo activos con un costo de \$50, si los vendo a un precio de \$200, de los cuales se pagan \$100 el año 1 y los otros \$100 se pagan al cumplirse ciertas condiciones el año 2, puedo utilizar todo el costo el año 1. No siendo necesario aplicar \$25 el año 1 y los otros \$25 el año 2 (por lo que si se gatilla el *earn out*, la totalidad de ese monto será mayor valor).³⁵

En un *Asset Deal*, el costo tributario podría ser bajo, debido a que es posible que se estén transfiriendo activos fijos que se encuentren mayoritariamente depreciados (sobre todo si estuvieron sujetos a depreciación acelerada) y bienes intangibles con costo tributario muy bajo o sin costo alguno.

Es importante recordar que en virtud del artículo 41 de la LIR³⁶, los activos intangibles que no representan inversiones efectivas no son activos tributarios. En efecto, el SII mediante jurisprudencia administrativa ha interpretado que activos intangibles tales como marcas, contratos, usufructos, opciones mineras, etc., respecto a los cuales no se han realizado inversiones efectivas, no corresponden a activos tributarios.

35 SII, Oficio N° 1849 de 2017: “Cabe precisar que la parte variable del precio queda afectada a impuesto(s) en su totalidad, atendido que el costo tributario de las acciones debió haber sido rebajado en la determinación del mayor valor derivado de la parte fija del precio.”

36 LIR, artículo 41: “...debiendo rebajarse previamente los valores intangibles, nominales, transitorios y de orden y otros que determine la Dirección Nacional, que no representen inversiones efectivas”.

A mayor abundamiento, respecto al costo tributario de una marca, el SII ha señalado que “*su costo estará determinado por los desembolsos incurridos en su creación, diseño e inscripción de la misma, o por el precio pagado en el evento en que haya sido adquirida a terceros*”.³⁷

En virtud de lo anterior, podría ocurrir que en el desarrollo de la marca y su inscripción se haya debido contratar a un grupo diseñadores y de abogados, a los cuales se les pagó un par de millones de pesos; al cabo de unos años es posible que esa marca se haya hecho extremadamente popular y que terceros estén dispuestos a comprarla en cientos de millones. No obstante lo anterior, para efectos tributarios la marca seguirá valiendo sólo ese par de millones que se pagó a los diseñadores y abogados por desarrollarla, corregidos monetariamente.

3.9.3 Renta ordinaria

Por regla general, la venta de activos tributará como renta ordinaria, en caso de contribuyentes obligados a declarar su renta efectiva en la primera categoría, por lo que el mayor valor estará sujeto a impuesto de primera categoría o finales (Impuesto Global Complementario o Impuesto Adicional), dependiendo del tipo de contribuyente.

Respecto a contribuyentes que no deben determinar impuesto de primera categoría según renta efectiva, existirían ciertas franquicias, de acuerdo al artículo 17 N°8 de la LIR, para enajenaciones de bienes raíces, o de derechos de propiedad intelectual o industrial efectuadas por el autor o inventor.³⁸

3.10 Responsabilidad tributaria del cedente

De acuerdo al artículo 71, inciso primero del Código Tributario: *Cuando una persona natural o jurídica cese en sus actividades por venta, cesión o traspaso a otra de sus bienes, negocios o industrias, la persona adquirente tendrá el carácter de fiador respecto de las obligaciones tributarias correspondientes a lo adquirido*

37 SII, Oficio N° 144 de 1994. El tratamiento contable es similar, en efecto la NIC N° 38 señala: “No se reconocerán como activos intangibles las marcas, las cabeceras de periódicos o revistas, los sellos o denominaciones editoriales, las listas de clientes u otras partidas similares que se hayan generado internamente.”

38 Respecto a los bienes raíces, dependiendo de fecha de adquisición del inmueble y otras circunstancias, mayor valor que genere una **persona natural** podría ser ingreso no constitutivo de renta en su integridad o hasta un tope de UF 8.000. Respecto a la propiedad intelectual o industrial, cumpliendo ciertos requisitos podrá ser ingreso no constitutivo de renta. Regulación en Circular N° 44 de 2016 del SII.

que afecten al vendedor o cedente. Para gozar del beneficio de excusión dentro del juicio ejecutivo de cobro de los respectivos impuestos, el adquirente, deberá cumplir con lo dispuesto en los artículos 2.358° y 2.359° del Código Civil.”

Hacemos presente que la responsabilidad del adquirente o comprador es subsidiaria, dado que se trata de un fiador con beneficio de excusión, por lo que el primer obligado al pago será el vendedor o cedente.

4. COMPRAVENTA DE ACCIONES (SHARE DEAL)

4.1 Aspectos generales

En la compraventa de acciones incluiremos para estos efectos, la compra de acciones de una sociedad anónima (“S.A.”), de una Sociedad por Acciones (“SpA”), y de derechos sociales en una Sociedad de Responsabilidad Limitada (“SRL”).

El foco de este trabajo es la compra de acciones que permita obtener el control de una empresa o al menos una “influencia significativa”. Por influencia significativa, nos referimos –de acuerdo a la Norma Internacional de Contabilidad N° 28³⁹– a participaciones de al menos 20% del derecho a voto. Recordemos –y no confundamos– que la Ley N°18.045 (“Ley de Mercado de Valores”) también regula a quienes pueden “influir decisivamente en la administración”⁴⁰.

39 Norma Internacional de Contabilidad N° 28: “Influencia significativa es el poder de intervenir en las decisiones de política financiera y de explotación de la participada, sin llegar a tener el control absoluto ni el control conjunto de la misma” (...) Se presume que el inversor ejerce influencia significativa si posee, directa o indirectamente (por ejemplo, a través de dependientes), el 20 por ciento o más del poder de voto en la participada, salvo que pueda demostrarse claramente que tal influencia no existe...”

40 El artículo 97 de la Ley de Mercado de Valores considera controlador a quien puede influir decisivamente en la administración. Por otra parte, el artículo 99 de dicha ley regula el concepto de influencia decisiva en la administración: “Se entenderá que influye decisivamente en la administración o en la gestión de una sociedad toda persona, o grupo de personas con acuerdo de actuación conjunta, que, directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas, controla al menos un 25% del capital con derecho a voto de la sociedad, o del capital de ella si no se tratare de una sociedad por acciones, con las siguientes excepciones:

- a) Que exista otra persona, u otro grupo de personas con acuerdo de actuación conjunta, que controle, directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas, un porcentaje igual o mayor;
- b) Que no controle directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas más del 40% del capital con derecho a voto de la sociedad, o del capital de ella si no se tratare de una sociedad por acciones, y que simultáneamente el porcentaje controlado sea inferior a la suma de las participaciones de los demás socios o accionistas con más de un 5% de dicho capital. Para determinar el porcentaje en que participen dichos socios o accionistas, se deberá sumar el que posean por sí solos con el de aquéllos con quienes tengan acuerdo de actuación conjunta;
- c) Cuando así lo determine la Superintendencia en consideración de la distribución y dispersión de la propiedad de la sociedad.”

En principio, nos referiremos a Share Deals que no generan fusiones impropias y en las que subsiste la entidad adquirida, ya sea porque (i) se adquiere menos del 100% de las acciones; o (ii) se adquiere el total, pero una acción permanece en manos de otra entidad relacionada con el adquirente para no generar una fusión impropia (i.e. Sociedad Adquirente A compra el 99,9% y Sociedad Adquirente B compra el 0,1%); o (iii) se adquiere el 100% de las acciones de una SpA (que como señalamos pueden tener un solo dueño).

El escenario en que se absorbe al *Target* por la compra del total de las acciones será tratado en el acápite 4.8.

Finalmente, cabe mencionar que el contrato con que se materializa estos acuerdos se le suele denominar como Contrato de Compraventa de Acciones o *Share Purchase Agreement* (“SPA”).

4.2 Consideraciones legales y en cuanto a formalidades y necesidad de registro

Las acciones, representan una fracción alícuota en el patrimonio de una sociedad. Dicho patrimonio, está conformado por activos y pasivos, por lo que con la compra de acciones se adquiere una cuota en esta universalidad de derecho, pero no en los bienes específicos que la conforman.

Como es regla en nuestro derecho, las cosas se transfieren con un título (como la compraventa o el aporte en sociedad) y un modo de adquirir el dominio (en este caso la tradición).

En relación a la tradición o cesión de acciones el profesor Juan Esteban Puga señala lo siguiente: *“La cesión de acciones es, a decir verdad, el único modo posible de adquirir acciones por acto entre vivos que no sea la suscripción de acciones. Su naturaleza se identifica con la de la tradición y no con la cesión de créditos, porque la cesión de acciones transmite el dominio sobre una cosa, la acción. Y de esta emanan los derechos para con la sociedad que no son un crédito, sino derechos inherentes a la acción en tanto “cosa”.*

Por eso la cesión de acciones no se basta a sí misma, pues debe ir precedida de un título traslativo: compraventa, permuta, aporte en sociedades, dación en pago, etc., pero ese título normalmente se confunde con el mismo acto de cesión, aunque puede no coincidir, pues es difícil diferenciar uno de otro acto (...).⁴¹

41 Puga Vial, Juan Esteban, *La Sociedad Anónima y otras Sociedades por Acciones en el Derecho Chileno y Comparado*, pág. 244.

En cuanto a la tradición de las acciones, este es un acto solemne que está regulado en los artículos 38 y siguientes del Reglamento de la Ley de Sociedades Anónimas (Párrafo 5, Cesión de Acciones). Respecto a esto destacamos dos artículos:

Artículo 38. *“Toda cesión de acciones se celebrará por instrumento privado firmado por el cedente y el cesionario, ante notario público o bien cada uno ante dos testigos mayores de edad o ante un corredor de bolsa, debidamente individualizados por su cédula nacional de identidad o rol único tributario, los que podrán ser los mismos si cedente y cesionario suscriben el instrumento en un mismo acto. También podrá hacerse por escritura pública suscrita por el cedente y el cesionario (...)”*

Artículo 41. *“La cesión de las acciones producirá efecto entre las partes desde su celebración, y respecto de la sociedad y de terceros, desde el momento de la inscripción del nuevo titular en el Registro de Accionistas. La sociedad practicará la inscripción en el momento que tome conocimiento de la cesión (...)”*

Además, de la inscripción en el Registro de Accionistas, deberá informarse al SII del cambio de accionistas mediante el Formulario N° 3239 so pena de multa. En suma, en cuanto a los trámites asociados un *Share Deal* parecieran ser más sencillos que una compraventa de activos, ya que esta última es muy engorrosa en caso que haya muchos bienes sujetos a registro.

En el caso de SRL, debido a su naturaleza de sociedades de personas y no de capital, el traspaso de derechos sociales importa una modificación a la cláusula del capital que aportan los socios, que deberá realizarse por escritura pública otorgada por la unanimidad de los socios. En consecuencia, cualquier socio –por minoritario que sea– podría bloquear el *Share Deal*, en caso de SRL.

Finalmente, es importante que el comprador revise que no hayan prendas o prohibiciones de enajenar respecto a las acciones, ni regulaciones en los estatutos o en los pactos de accionistas que limiten la transferencia de acciones (opciones *call*, *right of first refusal*, *right of first offer*, etc.). Recordemos que el artículo 14 de la Ley N°18.046 (“Ley de Sociedades Anónimas”), prohíbe incluir en los estatutos limitaciones a la libre disposición de acciones en las anónimas abiertas; por lo que en caso esas sociedades dichas restricciones sólo podrán regularse en los pactos de accionistas, por el contrario, en las anónimas cerradas o en las SpA sí se pueden incluir limitaciones en los estatutos.

4.3 Consideraciones en cuanto al IVA, precio que se asigna a las acciones y depreciación

Respecto al IVA, hay que ser enfáticos en señalar que un *Share Deal* no está afecto a este tributo debido a que el hecho gravado general exige la transferencia de bienes corporales.⁴² Incluso de producirse una fusión impropia debido a la compra de la totalidad de las acciones, que conllevaría una adquisición directa de los activos de la sociedad absorbida que se disuelve, no se generaría IVA.⁴³

En cuanto al precio que se asigna a las acciones, en un *Share Deal* no existen las dificultades que vimos en la compra de activos. Como señalamos, en la alternativa de un *Asset Deal* se podrían estar adquiriendo una serie de activos o una universalidad de hecho; pero en este caso sólo se adquieren las acciones, por lo que no será necesario desglosar el precio. Excepcionalmente, podrían estar adquiriéndose las acciones de más de una sociedad (e.g. distintas filiales del *Target*), por lo que en dichas circunstancias, obviamente se debe asignar el precio a las distintas acciones de sociedades que se adquieren.

El precio que se paga por las acciones corresponderá al costo tributario de la inversión, el que como sabemos se corrige monetariamente (artículo 41 N° 8 y 9 de la LIR), pero no se puede amortizar.

En cuanto a los activos fijos de la sociedad *Target* que estaban sujetos a depreciación acelerada, debido a que éstos no han cambiado de dueño, podrán seguir bajo el régimen de depreciación acelerada conforme al artículo 31 N° 5 o 5 bis inciso segundo de la LIR. A diferencia de un *Asset Deal*, en que se perdía esta franquicia al cambiar de mano los activos (ya que dichas normas requieren que se trate de activos nuevos o importados, salvo el caso del artículo 31 N° 5 bis inciso primero, que también lo permite respecto a bienes usados). Recordemos que nuestro análisis es bajo el supuesto de que **no** hay fusión impropia al adquirir las acciones, por lo que *Target* adquirida se mantiene como una sociedad distinta a la adquirente.

4.4 Consideraciones en caso que el adquirente de las acciones esté en situación de pérdida tributaria

Como adelantamos en la sección tres, en un *Share Deal* (suponiendo que no hay fusión impropia) el nuevo activo generador de renta y la pérdida tributaria estarán

42 SII, Oficio N°30 de 2018: “la enajenación de acciones o derechos sociales no se encuentra comprendida en la definición de “venta” del N° 1, del artículo 2°, de la Ley sobre Impuesto a las Ventas y Servicios (LIVS)”.

43 SII, Circular N° 124 de 1975.

en distintas sociedades. En consecuencia, la pérdida tributaria no compensará directamente la eventual renta que genera el nuevo activo, sino que lo hará mediante un Pago Provisional de Utilidades Absorbidas (“PPUA”, regulado en el artículo 31 N°3 de la LIR).

Lo anterior se aclarará con el siguiente ejemplo. Supongamos el caso de un contribuyente que se dedica a la inversión y explotación de proyectos mineros, que luego de un mal negocio queda con el siguiente balance para efectos tributarios:

Balance Pre-adquisición

Caja 500		
		Capital 600
		Pérdida (100)

Dicho contribuyente, cree haber encontrado una oportunidad atractiva de negocios en una concesión minera en la Región de Coquimbo, y está evaluando si compra directamente la concesión o si adquiere las acciones de la SpA dueña de la pertenencia minera.

En caso que adquiera directamente la concesión, es decir realice un *Asset Deal*, su balance únicamente reemplazará el activo caja por una concesión minera. Dicha concesión minera podría comenzar a generar utilidades en la sociedad, que serán compensadas por la pérdida acumulada.

Balance en caso de adquirir Concesión

Concesión Minera 500		
		Capital 600
		Pérdida (100)

En cambio, si adquiere las acciones de la concesión, es decir, celebra un *Share Deal*, la adquirente será holding respecto a una sociedad operativa que explotará el negocio. En consecuencia, esta sociedad holding reemplazará su caja por una inversión en filial (por lo que el grupo tendrá una estructura de dos niveles), y para efectos tributarios sus únicos ingresos corresponderán a los dividendos que le distribuya la sociedad operativa.

Balance en caso de adquirir Acciones

Acciones Filial 500		
		Capital 600
		Pérdida (100)

Por su parte, la sociedad operativa es la dueña de la concesión –suponiendo que no tenga pérdidas tributarias– y deberá pagar impuesto por la renta que genera. A su vez, cuando distribuya dividendos a la holding, ésta última podrá solicitar una devolución de impuestos por PPUA equivalente al impuesto de primera categoría que pagaron los “dividendos” como parte de las utilidades en la sociedad *Target Chile*.

Esquema N° 1: Compensación de la pérdida tributaria por PPUA



De acuerdo a los artículos 33 N°2 letra a) y 39 N°1 de la LIR, la distribución de dividendos entre sociedades chilenas se encuentra exenta de impuesto de primera categoría (salvo receptor sujeto a Régimen de Renta Atribuida del artículo 14 letra A de la LIR). En consecuencia, la holding chilena que recibe el dividendo, en principio sólo deberá registrar el crédito por el impuesto pagado en la sociedad operativa, que va asociado a ese dividendo. Sin embargo, si la holding chilena se encuentra en situación de pérdida tributaria, al recibir un dividendo de una sociedad operativa se producirá un PPUA cuando determine su renta líquida imponible.

Los PPUAs, consisten en recuperar a nivel de la holding, la parte del crédito por impuesto corporativo asociado al dividendo absorbido por la pérdida. En efecto, es una especie de consolidación en virtud de la cual la sociedad holding recupera los impuestos pagados por la sociedad operativa⁴⁴.

En consecuencia, en una compraventa de activos la pérdida tributaria se podrá utilizar en el mismo nivel y de inmediato, pero en un *Share Deal* sólo se podrá utilizar mediante PPUA. Además, el SII demora muchos meses en otorgar una devolución de impuestos por PPUA, y revisará exhaustivamente la correcta determinación de la pérdida tributaria (además de que se encuentra facultado para revisar las pérdidas más allá de los plazos de prescripción tributaria⁴⁵).

4.5 Consideraciones en caso que la empresa Target esté en situación de pérdida tributaria

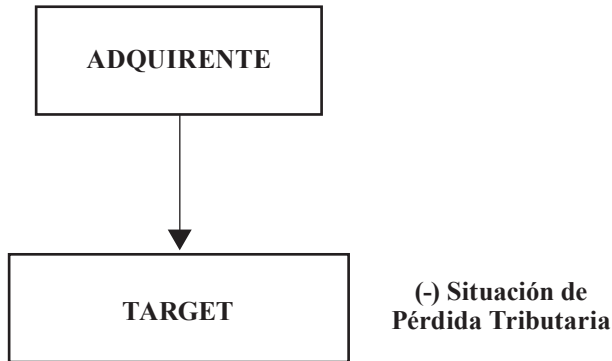
En el acápite anterior nos referimos al caso en que el adquirente está en situación de pérdida tributaria, ahora nos referiremos al caso que la sociedad que se adquiere sea la que tenga la pérdida en cuestión.

44 Para efectos de imputar el dividendo a la pérdida tributaria, se debe previamente incrementar el dividendo por el crédito por impuesto asociado a él. Una vez incrementado, se realiza la imputación:
i. Si el dividendo es completamente absorbido: el PPUA corresponde al impuesto asociado al dividendo.
ii. Si NO es completamente absorbido: el PPUA corresponde a aplicar la tasa del impuesto al dividendo absorbido. Y el resto del crédito asociado al dividendo se anota en registro de crédito correspondiente (SAC).

Para mayor comprensión ver ejemplos contenidas en página 57 y 173-174 de Circular N° 49 de 2016, emitida por el SII.

45 SII, Oficio N° 393 de 2005.

Esquema N° 2: Compensación directa de la pérdida tributaria



La compra de empresas con pérdidas, se vio fuertemente limitada por la Ley N°19.738, con el propósito de evitar, como dijera el ministro de Hacienda de la época, que se transen “cascarones” de empresa.⁴⁶

Sin embargo, pese a que se restringió, el cambio de dueños de una empresa con pérdida no genera *per se* la extinción de la misma, sino que requiere que **además del cambio de propiedad ocurra cualquiera de las siguientes circunstancias**⁴⁷ (dentro de los doce meses anteriores o posteriores):

- i. haya cambiado de giro o ampliado el original a uno distinto, salvo que mantenga su giro principal; o
- ii. no cuente con bienes de capital u otros activos propios de su giro de una magnitud que permita el desarrollo de su actividad o de un valor proporcional al de adquisición de los derechos o acciones; o
- iii. pase a obtener solamente ingresos por participación, sea como socio o accionista, en otras sociedades o por reinversión de utilidades.

En consecuencia, de producirse un cambio de propiedad y no concurrir ninguna de las tres circunstancias que señala el artículo 31 N° 3 de la LIR, el *Target* mantendrá su pérdida tributaria.

46 Historia de la Ley N° 19.738, página 198. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/6039/>.

47 Artículo 31 N°3, inciso final de la LIR.

Cabe hacer presente, que de acuerdo al artículo en comento, se entiende que hay cambio de propiedad para estos efectos: *“cuando los **nuevos** socios o accionistas adquieran o terminen de adquirir, directa o indirectamente, a través de sociedades relacionadas, a lo menos el 50% de los derechos sociales, acciones o participaciones.”*

Respecto a lo anterior, hay dos oficios emitidos por el SII que resultan interesantes. Uno en que el SII señaló que en caso de accionistas antiguos que aumenten su participación hasta llegar a 50% no se les aplicará esta norma⁴⁸ y otro en el que dispuso que si se adquiere la matriz de una sociedad con pérdida, también se entiende que hay cambio de propiedad para estos efectos, dado que la norma contempla las adquisiciones indirectas.⁴⁹

Por último, destacar que el mismo artículo señala que: *“lo dispuesto en este inciso no se aplicará cuando el cambio de propiedad se efectúe entre empresas relacionadas, en los términos que establece el artículo 100 de la ley N° 18.045.”*

4.6 Consideraciones en cuanto a la ganancia de capital

En primer lugar, más allá de tres casos que vamos a señalar y la determinación del costo tributario, actualmente no habría mayores diferencias entre un *Share Deal* y un *Asset Deal* respecto a la ganancia de capital. Todo lo dicho en el acápite 3.9. respecto al precio en el *Asset Deal* es aplicable, salvo por la norma especial de la promesa de venta de inmuebles.

Hasta el 31 de diciembre de 2016, existía un régimen preferencial a las ganancias de capital en acciones o derechos sociales, que consistía en aplicarles el impuesto de primera categoría en carácter de único. Lo anterior, siempre que se cumplieran tres requisitos copulativos: (i) venta no sea a un relacionado, (ii) enajenante no sea habitual en la venta de acciones y (iii) venta no ocurra antes de un año.⁵⁰

48 SII, Oficio N°369 de 2007: *“(…) se trata de accionistas antiguos y además constituyentes de la sociedad anónima A, es decir, no se trata de accionistas nuevos que se integran a la propiedad de la respectiva sociedad como lo requiere la disposición legal en referencia.”*

49 SII, Oficio N°1829 de 2015.

50 Régimen de impuesto único también podría haber sido aplicable en un *Asset Deal*, pero sólo respecto a enajenación de ciertos activos como las pertenencias mineras, derechos de agua y derecho de propiedad intelectual o industrial. El problema, es que respecto a estos activos se exigían requisitos adicionales como que no formaran parte del activo de contribuyentes que declaren su renta efectiva en primera categoría (lo que excluía la mayoría de empresas medianas o grandes) o que la enajenación fuera efectuada por el autor o inventor. Además, en el caso de enajenación de bienes de raíces, ésta podía ser considerada como ingreso no constitutivo de renta cumpliendo ciertos requisitos (hoy se limitó a UF 8.000 el ingreso no renta).

Actualmente, pese a que en la mayoría de los casos la ganancia de capital no estará sujeta a ningún beneficio tributario, hay tres casos que se deben tomar en cuenta:

i. **Artículo 107 LIR.** El mayor valor en la enajenación de acciones de sociedades anónimas abiertas con presencia bursátil que cumplan con ciertos requisitos, serán considerados ingresos no constitutivos de renta.

ii. **Tasas rebajadas de Convenios de Doble Tributación.** De la red de más de treinta convenios de doble tributación (“CDT”) que tiene Chile, hay muchos que contemplan tasas rebajadas de ganancia de capital en la venta de acciones; sin embargo, sólo dos CDT mantienen dichos beneficios cuando el enajenante tiene participación de 20% o más: España y Portugal.

De la lectura del artículo 13 del CDT y su protocolo, se colige que enajenante tendrá derecho a una tasa rebajada a la ganancia de capital de 16% de cumplirse los siguientes requisitos copulativos:

- a) Acciones cuyo valor **no** derive directa o indirectamente en más de un 50% de bienes inmuebles situados en Chile;
- b) Enajenante haya poseído las acciones por un plazo superior a doce meses; y
- c) Enajenante no se dedique habitualmente a la enajenación de acciones.

Debido a esta tasa rebajada, es frecuente que empresas multinacionales que invierten en Chile, tenga su inversión a través de una sociedad española.

Debe tenerse presente, que muchas empresas mineras, agrícolas, forestales o relacionadas con la explotación de recursos naturales, no cumplirían el requisito señalado en la letra a).⁵¹

iii. **Deducción del RAP a la ganancia de capital.** En caso que sociedad que está siendo enajenada se encuentre sujeta al Régimen de Renta Atribuida (14 A de la LIR), se podrá deducir del mayor valor la parte de las rentas que se encuentren en el Registro de Rentas Atribuidas Propias (“RAP”) que no haya sido retiradas o distribuidas, en la proporción que corresponda.

Este beneficio requiere, entre otros requisitos, que el enajenante no determine su impuesto de primera categoría sobre renta efectiva. De aprobarse el Proyecto de

51 En este sentido, artículo 6 del CDT con España y Portugal. Mayor desarrollo del alcance del concepto de inmueble, en comentarios al artículo 6 del Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y el Patrimonio de la OCDE (página 170).

Modernización Tributaria que ingreso al Congreso Nacional en agosto de 2018, no tendría sentido este beneficio, debido a que se busca terminar con la existencia de dos regímenes generales de tributación, volviendo a un solo sistema integrado.

4.7 Consideraciones si tiene lugar una fusión impropia: *goodwill* tributario y pérdida de derechos personalísimos y beneficios tributarios (créditos fiscal IVA, pérdidas tributarias, depreciación acelerada y acciones del artículo 107 de la LIR)

i. *Goodwill* tributario

El *goodwill* tributario, ya sea positivo o negativo (este último conocido como *badwill*), sólo tendrá lugar en caso de fusión. Por lo que en caso de un Share Deal que no genere fusión impropia, no hay *goodwill* tributario debido a que se mantiene a la empresa Target adquirida como una entidad separada.

El *goodwill*, se encuentra regulado en los artículos 15 y 31 N° 9 de la LIR, y tiene lugar cuando una empresa absorbe a otra en la que realiza una inversión o tiene una previa. En este sentido, por lo general tiene ocurrencia en las fusiones impropias, pero también podría generarse en una fusión propia si la absorbente tiene una inversión previa en la absorbida⁵²; incluso, en términos teóricos, podría tener lugar en una fusión inversa sólo en el caso –poco frecuente– de que la sociedad absorbente (i.e. filial) haya tenido una inversión previa en su matriz.⁵³

Resumidamente, para determinar el monto del *goodwill*, habrá que comparar el valor que se paga por adquirir al Target (i.e. inversión) con el capital propio tributario de ésta última. Si el precio de adquisición es mayor al capital propio tributario estaremos ante un *goodwill* positivo (o simplemente *goodwill*), en cambio si el precio de adquisición es menor al capital propio tributario, estaremos ante un *goodwill* negativo (o *badwill*).

52 De acuerdo a Circular N° 13 de 2014, *goodwill* también puede tener lugar en la fusión propia, “puesto que nada impide que la sociedad absorbente pueda haber efectuado una inversión en acciones o DS, en una o más de las sociedades que resultan absorbidas. Sin embargo, en este caso, la inversión efectuada siempre será representativa de una **proporción** del capital propio de la sociedad absorbida, por tanto, será en esa **proporción** del capital propio tributario sobre el cual se determinará la diferencia con el valor de la inversión.” (página 20).

53 Centro de Estudios Tributarios, Revista N° 7, Fusión Inversa: “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”.

En caso de que la inversión sea mayor al capital propio tributario, es decir *goodwill* positivo, esta diferencia deberá distribuirse entre los distintos activos **no** monetarios que se reciben, hasta que queden actualizados a su valor de mercado.

De subsistir diferencia (i.e. lo que no se pudo asignar a activos no monetarios), ésta se considera como un activo intangible (*goodwill* tributario), que sólo podrá castigarse a la disolución o término de giro de la empresa adquirente.

Por su parte, el *goodwill negativo o badwill*, tendrá lugar cuando la diferencia entre la inversión y el capital propio tributario sea negativa, por lo que los activos no monetarios que estaban a un valor superior al corriente en plaza se actualizan hacia “abajo”. De subsistir una diferencia, ésta se considerará como un pasivo por ingreso diferido que se deberá imputar a los ingresos tributarios en un lapso de hasta 10 ejercicios.

Cabe agregar, que el SII cuenta con la facultad de tasación del artículo 64 del Código Tributario, para fiscalizar la correcta asignación del *goodwill* y *badwill*.

Para una mayor claridad respecto del *goodwill*, recomendamos ver el trabajo de Luis González titulado “Modificación al Tratamiento Tributario del Menor Valor de Inversión (*Goodwill* Tributario)”⁵⁴ que contiene ejemplos prácticos y sencillos.

ii. Pérdida de derechos personalísimos y otros beneficios

Hay que ser enfáticos en señalar que en una fusión, los bienes que tenía la sociedad absorbida (la *Target* que se disuelve), pasan a la sociedad absorbente: “*la fusión lleva consigo el cambio de titular de los bienes que pertenecían a las sociedades disueltas (...) el hecho que en la fusión se produzca una sucesión a título universal y se adquiera todos los bienes que integraban el patrimonio de la sociedad disuelta, incluyendo los bienes nuevos, no significa que las especies no hayan cambiado de dueño. Efectivamente cambian de dueño, porque se trata de dos personas jurídicas distintas.*”⁵⁵

El cambio de titularidad de los bienes que tenía la *Target*, que pasan al adquirente, significará que éstos ya no serán nuevos, por lo que si estaban bajo depreciación acelerada perderán dicho beneficio.

54 Revista de Estudios Tributarios N°12 de 2015, del Centro de Estudios Tributarios de la Universidad de Chile. En línea: <<https://revistaestudiotributarios.uchile.cl/index.php/RET/article/download/40424/41969/>> Consultado en mayo de 2019.

55 SII, Oficio N°6348 de 2003.

Si dentro de los activos de la *Target*, hay acciones con derecho al beneficio del régimen no renta del artículo 107 de la LIR (acciones con presencia bursátil), éstas perderán dicho beneficio, dado que para gozar de él se exige que los títulos hayan sido adquiridos en bolsa.⁵⁶

Por otra parte, como lo ha señalado el SII en diversos oficios, hay ciertos bienes de la sociedad absorbida (i.e. el *Target*) tales como el crédito fiscal IVA y las pérdidas tributarias que son personalísimos, por lo que no son transferidos al absorbente.⁵⁷

En cuanto al crédito por impuesto pagado en el exterior, el SII había señalado que era personalísimo, sin embargo, recientemente cambió dicho criterio, por lo que actualmente sí es transferible.⁵⁸

Otro beneficio tributario que se pierde, es el impuesto de primera categoría voluntario (contemplado en el artículo 14 de la LIR). Sin embargo, éste es bastante inusual.

4.8 Consideraciones en cuanto a la responsabilidad del cedente

También es aplicable el artículo 71 del Código Tributario respecto a la responsabilidad subsidiaria del cedente.

Además, en caso que tuviere lugar una fusión impropia por la adquisición de todas las acciones, es común acogerse al artículo 69 inciso segundo del Código Tributario. Es decir, no dar aviso de término de giro cuando la sociedad que subsiste se hace solidariamente responsable de todos los impuestos que se adeudaren por la sociedad fusionada.

En consecuencia, en este último caso además de la responsabilidad subsidiaria del cedente, existirá responsabilidad solidaria de la sociedad absorbente.

56 SII, Oficio N° 4966 de 2006.

57 Por ejemplo el Oficio N° 2560 de 2009, emitido por el SII señala: *“Los créditos tributarios que se determinan a favor de los contribuyentes que desaparecen con motivo de tales figuras jurídicas, sólo pueden ser aprovechados o recuperados por los mencionados contribuyentes, atendido a que se trata de créditos personalísimos que han sido concebidos por el legislador en beneficio exclusivo de los contribuyentes que los generan; criterio de conocimiento del recurrente según lo expresado en su escrito.”* Respecto al crédito IVA, cabe prevenir que podrá utilizarse contra el impuesto de primera categoría que se adeudare por el último ejercicio, por lo que sólo el remanente no imputado contra éste se pierde.

58 Oficio N° 283 de 2013 (criterio antiguo) y Oficio N° 2805 de 2018 (criterio actual). Cabe hacer la prevención que estos oficios se refieren a divisiones y no fusiones, pero lógica debiera ser la misma.

4.9 Consideraciones en cuanto al régimen tributario

En caso que la empresa *Target* esté sujeta al régimen de Renta Atribuida (artículo 14 A de la LIR) o al “Régimen especial para la inversión, capital de trabajo y liquidez” (artículo 14 ter A de la LIR), es importante hacer presente que dichos regímenes establecen requisitos en cuanto a los dueños de la empresa.

En consecuencia, si el adquirente es otra sociedad chilena podría quedarse excluido del respectivo régimen.

En efecto, el régimen de Renta Atribuida (artículo 14 A de la LIR) exige que los propietarios sean exclusivamente personas naturales con domicilio o residencia en el país y/o contribuyentes sin domicilio ni residencia en Chile.

Por su parte, el Régimen del artículo 14 ter A, exige que los propietarios sean personas naturales con domicilio o residencia en Chile, contribuyentes sin domicilio ni residencia en Chile y/u otras empresas sujetas al régimen de la letra A del artículo 14 LIR.

Cabe hacer presente que el Proyecto de Modernización Tributaria presentado en agosto de 2018 en el Congreso Nacional, busca terminar con el régimen de Renta Atribuida y el régimen del artículo 14 ter A de la LIR, .

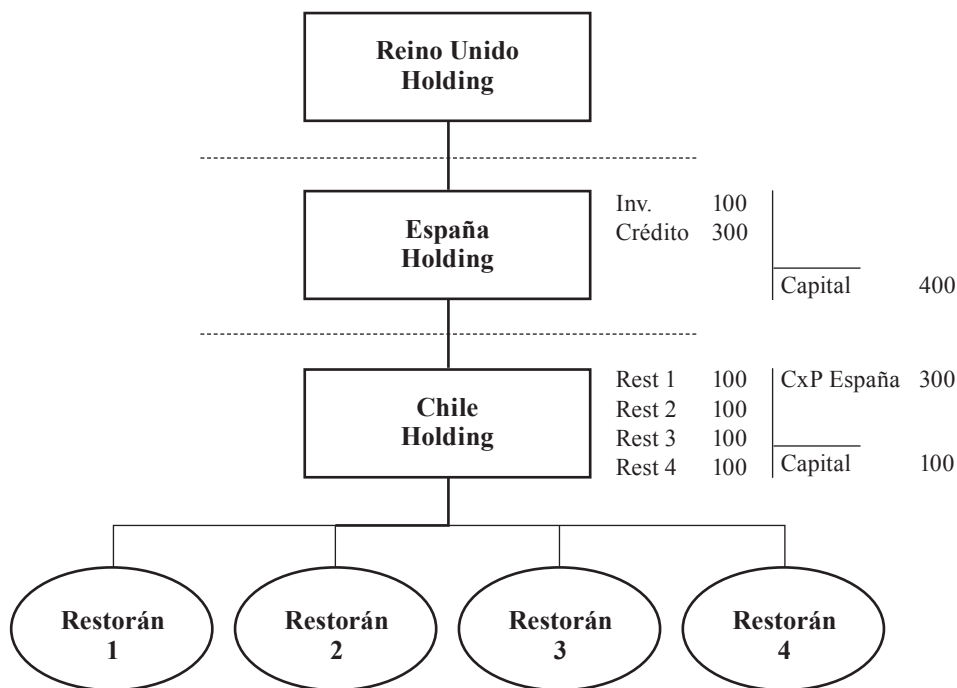
5. REORGANIZACIONES ANTERIORES A UNA COMPRAVENTA DE ACCIONES

Por diferentes razones, es posible que el comprador desee adquirir sólo ciertos activos de una empresa, pero no a través de un *Asset Deal*, sino que por medio de una compraventa de acciones. Lo anterior se comprenderá mejor con un ejemplo.

5.1 Planteamiento del caso

El caso, se refiere a un grupo de inversionistas que están interesados en adquirir una empresa que cuenta con cuatros restoranes (de los cuales no son dueños sino que arrendatarios). Luego de revisar la empresa, determinan que sólo les interesa los locales 3 y 4.

Esquema N°3: Malla del vendedor previo a reorganización



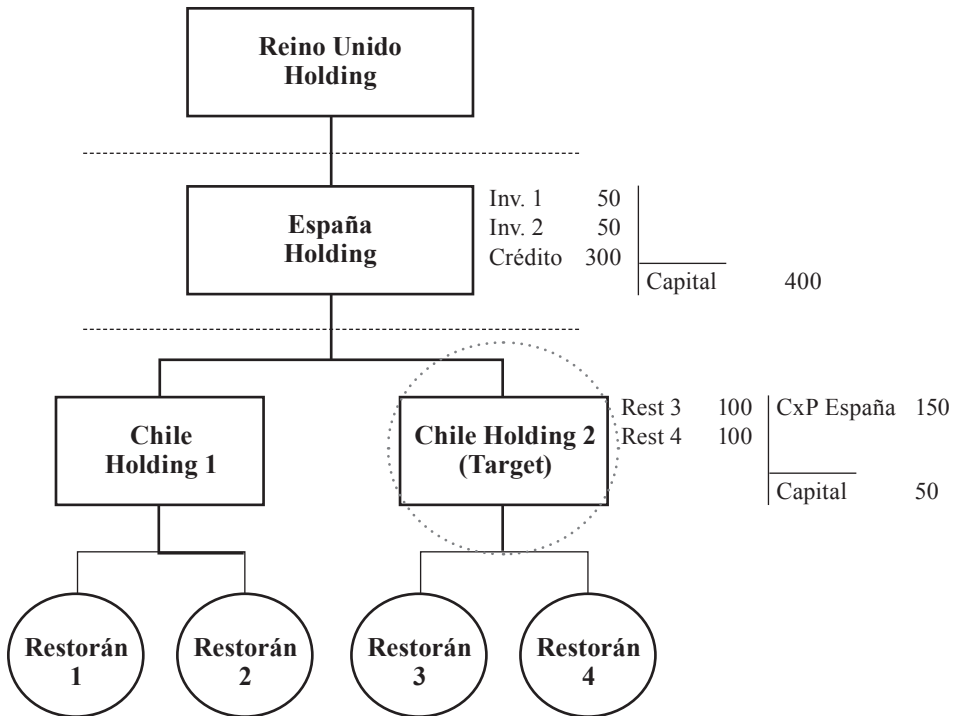
Los compradores insisten en que quieren comprar acciones y no los restaurantes (establecimientos de comercio), por lo que las partes están analizando dos alternativas de reestructuración antes de materializar la venta:

i. División de Chile Holding. Se dividirá Chile Holding, de forma tal que se asignará a la nueva sociedad que nace de la división (Chile Holding 2) los restaurantes 3 y 4, y la mitad del pasivo con España. Luego de la división se procederá a la compra del *Target*.

ii. Aporte de los restaurantes 3 y 4 a una *Newco*. Chile Holding aporta los dos restaurantes en una nueva sociedad que se constituye al efecto. Luego del aporte se procederá a la compra del *Target*.

5.2 Análisis de la alternativa de división

Esquema N°4: Malla del vendedor después de división de Chile Holding



Recordemos que de acuerdo con el inciso cuarto del artículo 64 del Código Tributario, *“No se aplicará lo dispuesto en este artículo (facultad de tasación) en los casos de división o fusión por creación o por incorporación de sociedades, siempre que la nueva sociedad o la subsistente mantenga registrado el valor tributario que tenían los activos y pasivos en la sociedad dividida o aportante”*⁵⁹.

Se le asignan a Chile Holding 2, activos por 200 y pasivos por 150, todos a valor tributario. Cabe señalar que en el evento que se le asignaran sólo activos y ningún pasivo a Holding 2, la Holding 1 quedaría con un patrimonio negativo de 100 (Activos 200 y pasivos por 300)⁶⁰.

59 Paréntesis explicativo agregado por nosotros.

60 SII, Oficio N°. 2386 de 2018: una sociedad que tiene un patrimonio financiero negativo, no podría

También, debe tenerse en cuenta que respecto a un caso en que una sociedad obtuvo un préstamo para adquirir acciones, posteriormente se dividió: dejando las acciones adquiridas (activo) en la sociedad continuadora, pero asignando el préstamo para adquirir dichas acciones (pasivo) en la nueva sociedad (mediante novación por cambio de deudor). En dicha situación, el SII señaló que los intereses generados por la nueva sociedad son un gasto rechazado, ya que el crédito original fue destinado a la adquisición de bienes que se mantienen en la sociedad continuadora.⁶¹

Si tras la división, la sociedad española vende el *Target*. Su costo tributario en Chile Holding 2 será de 50.

Es necesario tener presente, que es posible que dicha ganancia de capital esté sujeta a la tasa reducida de 16% que contempla el convenio de doble tributación con España, para ello el enajenante deberá cumplir con los requisitos contenidos en artículo 13 del CDT y su protocolo. Además, no basta con sólo ser residente, sino que debe ser el beneficiario efectivo, por lo que si la holding española es simplemente una sociedad instrumental de la sociedad del Reino Unido, el convenio no sería aplicable.⁶²

Además, recordemos, que los actos que se van a realizar deben producir resultados o efectos jurídicos o económicos relevantes para el contribuyente o un tercero, que sean distintos de los meramente tributarios, de lo contrario se podría estar realizando una conducta elusiva.

Por último, cabe recordar que la existencia de una norma anti elusiva especial como la del artículo 64 del Código Tributario (facultad de tasación), excluye la aplicación de la norma general anti elusiva de los artículos 4 bis y siguientes del Código Tributario. Sin embargo, el SII ha interpretado que en caso que apliquen

ser dividida, dado que el artículo 94 de la Ley de S.A. requiere que haya “distribución de patrimonio”, lo que no sería posible de ser éste negativo. Tampoco podría quedar la continuadora con patrimonio negativo, según señaló el SII en el Oficio N° 3382 de 1998.

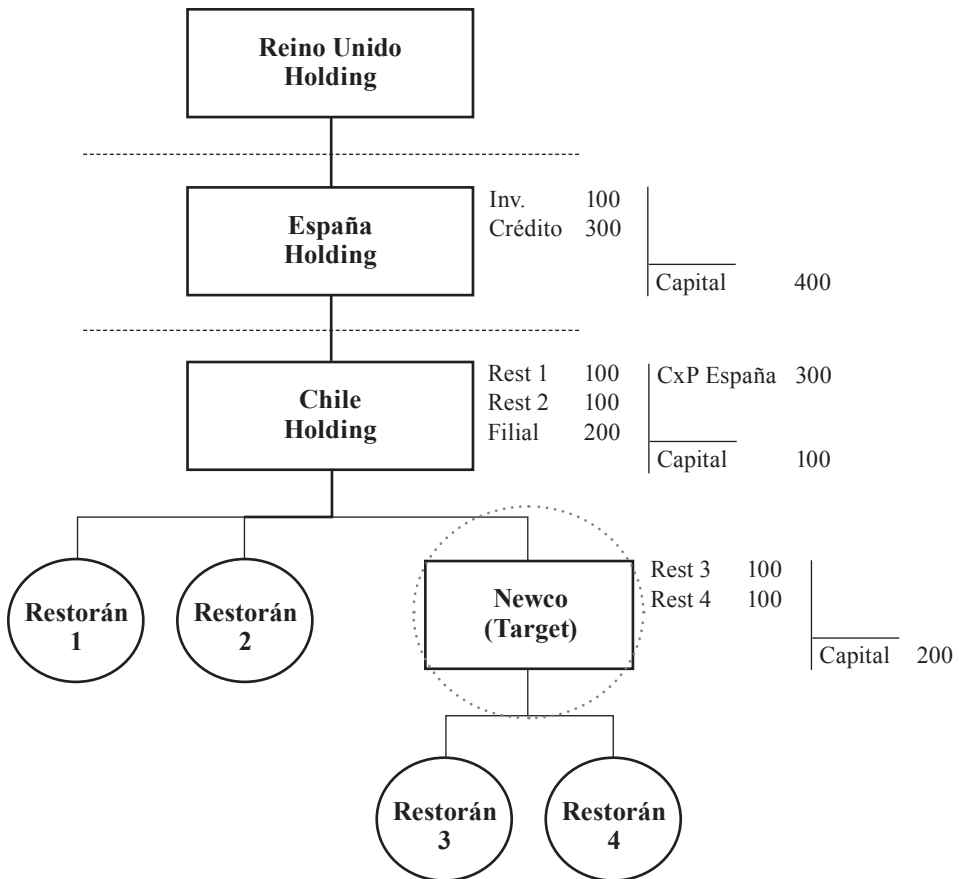
61 SII, Oficio N° 618 de 2015.

62 En este sentido, Circular N° 57 del 2009 emitida por el SII. No se puede constituir una sociedad en una tercera jurisdicción, sólo para beneficiarse de un convenio de doble tributación (esto se conoce como treaty shopping), en efecto la circular citada señala que se deberán considerar las siguientes circunstancias para determinar si una sociedad es instrumental: “la disponibilidad de un lugar físico donde la sociedad pueda desarrollar las actividades que dan origen a tales rentas; la existencia de activos en el Estado donde ésta se encuentra constituida; la existencia de activos para llevar a cabo tales actividades; los riesgos asumidos en relación con la renta percibida; o la capacidad funcional que la sociedad tiene para desarrollar sus actividades. Por lo tanto, si la sociedad reúne los elementos antes mencionados, no debería ser considerada como instrumental.”

algunas de las normas de excepción o *safe harbor* tributario de los incisos cuarto y quinto del artículo 64 del referido cuerpo legal, no se excluiría la aplicación de la norma general anti elusiva⁶³.

5.3 Análisis de la alternativa de aporte

Esquema N°5: Malla del vendedor después del aporte a Newco



63 SII, Oficio N° 365 de 2018.

De acuerdo con el inciso quinto del artículo 64 del Código Tributario, *“Tampoco se aplicará lo dispuesto en este artículo, cuando se trate del aporte, total o parcial, de activos de cualquier clase, corporales o incorporales, que resulte de otros procesos de reorganización de grupos empresariales, que obedezcan a una legítima razón de negocios, en que subsista la empresa aportante, sea ésta, individual, societaria, o contribuyente del N° 1 del artículo 58 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, que impliquen un aumento de capital en una sociedad preexistente o la constitución de una nueva sociedad y que no originen flujos efectivos de dinero para el aportante, siempre que los aportes se efectúen y registren al valor contable o tributario en que los activos estaban registrados en la aportante.”*

El SII no ha definido la legítima razón de negocios pero ha señalado que *“exista una legítima razón de negocios que la justifique y no una forma para evitar el pago de impuestos, como puede ser, por ejemplo el aporte a una sociedad existente que registra una pérdida tributaria y los bienes respectivos fuesen vendidos por ésta última dentro del período de revisión a un mayor valor absorbido por dicha pérdida”*.⁶⁴

En la alternativa bajo análisis se cumplirían todos los requisitos, incluyendo la legítima razón de negocios.

En este caso, a diferencia del anterior, existe una estructura de “cuatro pisos sociales” después de la reorganización. En efecto, bajo la primera alternativa la nueva sociedad era hermana de la Holding 1, pero ahora será hija. En este escenario, no se transfieren pasivos a *Newco*; podría haberse transferido proporcionalmente el pasivo a *Newco* –ya sea por novación por cambio de deudor o asunción de deudas–, sin embargo, si se va a vender *Newco* será más fácil venderla sin la deuda intercompañía.

La ganancia de capital que genere el vendedor (Chile Holding) estará sujeta a impuesto de primera categoría de 27%. Una futura distribución al accionista español de dicha ganancia estará sujeta a impuesto adicional de 35% con derecho a crédito por el impuesto de primera categoría pagado (por lo que teóricamente se pagaría sólo una diferencia de 8 puntos porcentuales). Recordemos que en el caso de un accionista residente en un país convenio para evitar la doble tributación, no hay restitución del crédito (i.e. hay integración total entre los impuestos de primera categoría y finales).

64 SII, Circular N°45 de 2001.

5.4 Comparación entre las alternativas de división y aporte

Supongamos que se valorizó el negocio de acuerdo a un método de flujo de caja descontado en 400.

Dicha valorización no incluye el pasivo por 150 que existe con la sociedad relacionada española bajo la alternativa de división. **¿Significa esto que el vendedor recibirá más bajo la alternativa del aporte y menos en la alternativa de división?**

Teóricamente no, porque si la *Target* tuviere un pasivo por 150, el comprador pagará 250 en vez de 400 y luego podría pagar el crédito con España por 150. En consecuencia, en ambos casos el vendedor recibe 400: Bajo la alternativa 1 recibe 250 por venta de acciones y 150 por el pago del crédito; y bajo la alternativa 2 recibe 400 por el pago de las acciones.

De todas formas, la existencia del pasivo intercompañía con España, genera ciertas complicaciones adicionales que dejamos planteadas: ¿dónde obtendrá la *Target* los recursos para pagar dicha deuda? ¿podría el adquirente comprarle a España Holding el crédito que tiene con su filial? ¿Qué ocurre si previo a la venta de acciones, España Holding capitaliza el crédito, extinguiéndose en la *Target* la cuenta por pagar por confusión?

Además, en caso de no capitalizarse la mitad del crédito (i.e. 150) o no transferirse junto con las acciones, bajo la alternativa 1 el costo sería menor (sería de 50, en cambio en la alternativa 2 sería de 200).

6. BIBLIOGRAFÍA

Acosta Álvarez, Tomás José, *La due diligence legal previa a la adquisición de empresa, Manuel de Fusiones y Adquisiciones*, Primera Edición, 2016.

Abeliuk Manasevich, Rene. *Las Obligaciones*, Quinta Edición, 2008.

Boetsch Guillet, Cristian, Bienes, En Línea < <https://www.todolex.cl/p/apuntes-de-derecho.html>> [Consulta: abril de 2019].

Dorr Zegers, Juan Carlos, *De la Cesión de Deudas y Contratos*, publicado en *Revista Chilena de Derecho*, v.16: no.1, 1989, Ene./May., pp.13-25.

Figueroa Yáñez, Gonzalo. *El Patrimonio*, Tercera Edición, 2008.

Fox, Charles, *Working with Contracts*, Segunda Edición, 2008.

González Silva, Luis, Modificación al Tratamiento Tributario del Menor Valor de Inversión (Goodwill Tributario), Centro de Estudios Tributarios, Revista de Estudios Tributarios N° 12, 2015.

Historia de la Ley N° 19.738, Biblioteca del Congreso Nacional (2001). En Línea: <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6039/>>. [Consulta: abril de 2019].

Jorquera Sánchez, Carmen Gloria y Pincheira Castro, Cristián, Centro de Estudios Tributarios, Revista de Estudios Tributarios N° 7, 2012.

López Sandoval, Ricardo. *Derecho Comercial*, Séptima Edición, 2007.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, *Model Tax Convention on Income and on Capital*, Version 2017.

Orrego Acuña, Juan Andrés (2019), *El Contrato de Compraventa*. En Línea <<https://www.juanandresorrego.cl/apuntes/teor%C3%ADa-del-contrato-y-contratos-en-particular/>> [Consulta: abril de 2019].

Proyecto de Modernización Tributaria (Boletín N° 12043-05 del año 2018. En Línea <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=12561&prmBOLETIN=12043-05> [Consulta: abril de 2019].

Puelma Accorsi, Álvaro. *Sociedades*, Tercera Edición, 2009.

Puga Vial, Juan Esteban. *La Sociedad Anónima y Otras Sociedades por Acciones en el Derecho Chileno y Comparado*, Segunda Edición, 2013.

Ramos Pazos, Rene. *De las Obligaciones*, Tercera Edición, 2008.

Servicio de Impuestos Internos, Catalogo de Esquemas Tributarios. En Línea <http://www.sii.cl/destacados/catalogo_esquemas/index.html> [Consulta: abril de 2019].