

GOODWILL Y BADWILL EN LAS COMBINACIONES EMPRESARIALES Y EL IMPUESTO A LA RENTA

Algunas consideraciones y propuestas de cambio

Gustavo E. Tarazona Ospina^{1,2}

I. BREVES ASPECTOS INTRODUCTORIOS DEL GOODWILL Y EL BADWILL

En el contexto empresarial tanto nacional como internacional, las fusiones y adquisiciones de empresas, constituyen aspectos de la estrategia corporativa y la dirección de negocios que consisten en la compra, la venta o la combinación de diferentes empresas. La decisión de realizar una fusión o una adquisición, es una decisión de tipo económico que específicamente consiste en una decisión de inversión, entendiéndose como tal, la asignación de recursos con la esperanza de obtener ingresos futuros que permitan recuperar los fondos invertidos y lograr un cierto beneficio.

Tomando en consideración el tratamiento contable que se adopte en las fusiones y adquisiciones pueden surgir una serie de consecuencias de carácter financiero, que en la mayoría de los casos tienen un correlato tributario, de manera favorable o desfavorable para las empresas involucradas.

Entre las formas de adquisición de negocios, podemos encontrar las siguientes:

- La adquisición de acciones de una empresa “A” por parte de otra empresa “B”, sin que se lleve a cabo una fusión por absorción. En

¹ Abogado asociado de Rebaza, Alcázar & De las Casas, Abogados Financieros.

² El autor agradece al Dr. Iván Chu Del Águila por sus valiosos comentarios.

este caso, "B" mantiene las acciones representativas del capital de "A" en una cuenta del activo (inversiones), y ambas empresas consolidarán sus Estados Financieros.³

- La adquisición de acciones de una empresa "A" por parte de otra empresa "B" con una posterior fusión por absorción en la que "B" absorbe la totalidad de los activos y pasivos de "A". En este caso, "B" reemplazará su cuenta del activo de inversiones, por los diversos activos que antes eran de propiedad de "A". Asimismo, "B" asumirá los pasivos de "A".

En ambos casos, se origina lo que contablemente se conoce como "plusvalía", concepto que tiene su origen en un proceso de adquisición de negocios y se determina por la diferencia existente entre el monto que paga el adquirente (en nuestro ejemplo la empresa "B") y el "valor razonable" de los activos netos del negocio adquirido.

Por valor razonable podemos entender al *"importe por el cual podría ser intercambiado un activo o cancelado un pasivo, entre partes interesadas y debidamente informadas, en una transacción realizada en condiciones de independencia mutua"*.⁴

Tomando en consideración el concepto de valor razonable, si es que el monto pagado por el adquirente reflejado en el rubro "inversiones" del Balance General es mayor a este "valor razonable", aparecerá en los Estados Financieros de dicho adquirente una plusvalía deudora o "Goodwill". Si es menor, nos encontraremos ante una plusvalía negativa, llamada también minusvalía o "Badwill".

El propósito de este artículo, es desarrollar el tratamiento tributario de ambos conceptos.

Al respecto, tenemos conocimiento de la existencia de diversos trabajos, que de manera bastante fundamentada han tratado el tratamiento tributario de este efecto contable. Asimismo, existen algunos pronunciamientos de nuestras autoridades tributarias que han proporcionado

³ Ello en atención a las NIC 27.

⁴ VALLE LARREA, Carlos. "Sobre el Origen y el Registro de la Plusvalía (Goodwill y Badwill)". En: *Análisis Tributario* N° 247, Agosto 2008, Pág. 21.

mayores luces respecto a su tratamiento tributario. No obstante, creemos que no todo está dicho en esta materia y ponemos en consideración del amable lector, ideas adicionales respecto al tratamiento actual del Badwill y algunas propuestas de cambios legislativos en el tratamiento del Goodwill, tomando en consideración el nuevo tratamiento contable previsto en la NIIF 3 (vigente a partir del 1º de enero de 2006) y la experiencia de la legislación comparada.

2. TRATAMIENTO CONTABLE DEL GOODWILL Y EL BADWILL

Sobre el particular, la NIC 22 - “Fusión” de negocios regulaba el tratamiento contable que correspondía a las fusiones y adquisiciones de empresas, entre ellas, el tratamiento contable del Goodwill y el Badwill. Dicha norma oficializada mediante Resolución 020-2000-EF/93.01 estuvo vigente desde el ejercicio 2001 hasta el ejercicio 2005. A partir del ejercicio 2006, está vigente la NIIF 3 - “Combinación de Negocios”, oficializada mediante Resolución 034-2005-EF/93.01. Ambas normas tienen una concepción distinta respecto al tratamiento de estos conceptos. Sobre el particular y a manera de resumen, nos permitimos citar a Carlos Valle Larrea, quien de manera muy sucinta y clara explica las diferencias entre ambas normas contables:⁵

Tema	NIC 22	NIIF 3 (vigente a partir del 1.1.2006)
Tratamiento de la plusvalía deudora (goodwill)	Se amortizaba a lo largo de la vida útil de los principales activos del negocio adquirido	Ya no se amortiza. Sujeta a análisis de provisión de deterioro (NIC 36)
Tratamiento de la plusvalía acreedora (Badwill)	Se rebajaba el valor de los activos no monetarios del negocio adquirido o se registraba como ingreso diferido que se iba aplicando a resultados a lo largo de la vida útil de los principales activos del negocio adquirido.	Reconocimiento inmediato como ingreso en los resultados del ejercicio.

⁵ VALLE LARREA, Carlos. Ob. Cit., Pág. 20.

Como puede verse, actualmente el Goodwill no es un concepto amortizable y es el contribuyente quien debe determinar los posibles quebrantos en su valor, mediante la evaluación de su deterioro año tras año.

Por otro lado, el Badwill es un concepto que el contribuyente debe reconocer inmediatamente como un ingreso, en el Estado de Resultados.

En la medida que los registros contables de las operaciones de una empresa tienen correlato en la tributación (específicamente con el Impuesto a la Renta), estos conceptos no han sido ajenos de estudio y evaluación. A continuación, nos referiremos al tratamiento de estos conceptos, de acuerdo a la doctrina jurídica peruana y a pronunciamientos de SUNAT y el Tribunal Fiscal. En estas descripciones, detallaremos nuestras consideraciones y propuestas de cambio.

3. EL TRATAMIENTO TRIBUTARIO DEL BADWILL

Tal como hemos referido, de acuerdo a la NIIF 3 el Badwill puede ser definido como el exceso de la participación de la entidad adquirente, en el valor razonable neto de los activos, pasivos y pasivos contingentes identificables de de otra entidad adquirida, sobre el costo pagado por la adquisición de ésta última.

Complementando esta definición, el párrafo 56 de la NIIF 3 establece lo siguiente:

“Si la participación de la entidad adquirente en el valor razonable neto de los activos, pasivos y pasivos contingentes identificables (...) excediese del costo de la combinación de negocios, la adquirente:

- a) Reconsiderará la identificación y medición de los activos y pasivos y pasivos contingentes identificables de la adquirente, así como la medición del costo de la combinación; y,*
- b) Reconocerá inmediatamente en el resultado del período, cualquier exceso que continúe existiendo después de hacer la reconsideración anterior”.*

Como puede apreciarse, según esta NIIF, el exceso antes indicado tendrá que ser abonado en los resultados de la empresa adquirente. Ello generará un efecto de “ingreso” en los Estados de Resultados.

A fin de explicar esto último, nos permitimos plantear el siguiente ejemplo:

La empresa “Hall S.A.” adquiere las acciones de la empresa “Oates S.A.” por la suma de S/. 500,000. Esta última empresa tiene solamente activos (en nuestro ejemplo, únicos activos que conforman el patrimonio) cuyo valor en libros asciende a S/. 500,000 (representado por los activos) y el valor razonable asciende a S/. 1,200,000. De acuerdo a la NIIF 3, la diferencia de S/. 700,000 tendría que ser considerada dentro de los resultados del ejercicio de “Hall S.A.”, con lo que se generará un efecto de ingreso.

Sobre el particular, SUNAT mediante el Informe 302-2003-SUNAT/2B0000 consideró que el Badwill (determinado de acuerdo a la NIC 22) constituye un supuesto gravado con el IR al derivarse de operaciones con terceros. Este informe no efectúa un desarrollo adecuado del razonamiento jurídico para arribar a dicha conclusión.

No obstante este pronunciamiento, el Tribunal Fiscal mediante RTF 1003-4-2008 consideró que este concepto no está gravado con el Impuesto a la Renta al considerar que el mismo no estaba dentro del criterio de renta producto, toda vez que los ingresos por Badwill no provienen de una fuente durable susceptible de generar ingresos periódicos. Asimismo, consideró que no se encuentra dentro del criterio de flujo de riqueza, toda vez que el Badwill no constituye ganancia de capital realizada, por cuanto no proviene de la enajenación de los valores, sino que se producen por efecto de su adquisición a un valor menor que su valor patrimonial, siendo que los ingresos por Badwill no constituyen una ganancia efectivamente realizada. Asimismo, el TF consideró que nuestra legislación no recoge de manera general el criterio de consumo mas incremento patrimonial que el mismo incluye las valorizaciones gravadas bajo el concepto de flujo de riqueza. Bajo estos argumentos, consideró que este concepto no estaba gravado.

Ahora bien, el TF realizó dicho pronunciamiento considerando la normatividad vigente en el ejercicio 2000. Así, con la publicación del De-

creto Legislativo 945 y la incorporación del inciso g) al artículo I del Reglamento de la Ley del IR por el Decreto Supremo 086-2004-EF, se introdujeron nuevas reglas para el criterio de flujo de riqueza.

En efecto, el último párrafo del artículo 3 de la Ley del IR establece lo siguiente: *“En general, constituye renta gravada de las empresas, cualquier ganancia o ingreso derivado de operaciones con terceros, así como el resultado por exposición a la inflación determinado conforme a la legislación vigente”*.

Complementando lo anterior, el inciso g) del artículo I del Reglamento del IR dispone lo siguiente:

“La ganancia o ingreso derivado de operaciones con terceros a que alude el penúltimo párrafo del artículo 3 de la Ley, se refiere a la obtenida en el devenir de la actividad de la empresa en sus relaciones con otros particulares, en las que los intervinientes participan en igualdad de condiciones y consienten el nacimiento de obligaciones.

En consecuencia, constituye ganancia o ingreso para una empresa, la proveniente de actividades accidentales, los ingresos eventuales y la proveniente de transferencias a título gratuito que realice un particular a su favor. En estos casos, el adquirente deberá considerar la ganancia o ingreso al valor de ingreso al patrimonio.

El término empresa comprende a toda persona o entidad perceptora de rentas de tercera categoría y a las personas o entidades no domiciliadas que realicen actividad empresarial”.

Tomando en cuenta lo establecido en el literal g) del artículo I de la Ley del IR (al margen de la discusión que podría suscitarse en relación a su constitucionalidad) cierto sector de la doctrina nacional considera que podría interpretarse que el Badwill, al pasar por los resultados del ejercicio, podría ser considerado como un concepto gravado. Así, se da cuenta de lo siguiente:

“(...) según se tiene entendido, algunos importantes estudios de abogados han vertido opiniones disímiles sobre el extremo de la

norma reglamentaria que señala que es renta la que proviene de “transferencias a título gratuito que realice un particular a su favor”. Para algunos el exceso del valor razonable neto de los activos, pasivos y pasivos contingentes identificables al costo de la combinación de negocios es, en puridad una transferencia a título gratuito, pues sobre ella no hay contraprestación alguna o precio relacionado. De acuerdo a esta interpretación, el Badwill si estaría gravado con el IR.

En buena cuenta, se puede concluir que hay elementos suficientes para volver a discutir si, actualmente, el Badwill está gravado o no con el IR, para lo cual, la Resolución materia de comentario⁶ sería sólo referencial ya que responde a un ejercicio bajo normatividad distinta a la de hoy (...).⁷

La aplicación del literal g) del artículo I del Reglamento de la Ley del IR y la opinión de SUNAT vertida en el informe 302-2003-SUNAT/2B0000 (aún cuando fue emitido considerando la normatividad anterior) haría suponer que la Administración Tributaria podría adoptar la posición de que el Badwill, al afectar los resultados del ejercicio de una compañía, podría ser considerado como un ingreso gravable para efectos del IR.

No obstante lo anterior, aún con la aplicación del literal g) del artículo I antes citado, consideramos que existen sólidos argumentos para considerar que en este caso, el Badwill no está gravado con el IR, tal como exponemos a continuación:

- i) Esta norma hace referencia a que constituye ganancia o ingreso para una empresa, la proveniente de actividades accidentales, los ingresos eventuales y la proveniente de transferencias a título gratuito que se realicen a su favor.

Efectuando un análisis de cada uno de estos términos, podemos descartar de plano que el Badwill se encuentre en alguno de ellos. Veamos:

⁶ Se refiere a la RTF 1003-4-2008.

⁷ “Impuesto a la Renta y Plusvalía Mercantil Negativa - Badwill”. En: *Revista Análisis Tributario*, N° 245, junio 2008. Pág. 47.

- No podría considerarse como una actividad accidental ni eventual, en la medida que el Badwill se genera de una operación efectuada en aplicación de la autonomía de la voluntad de la Compañía que la genera.
 - Asimismo, no podría considerarse como un ingreso originado por una actividad eventual, en la medida que no provendría de poner en funcionamiento una fuente productora o una actividad de manera transitoria.
 - De igual modo, tampoco nos encontramos ante un ingreso que se genere por una transferencia a título gratuito. En efecto, no nos encontramos ante una donación, herencia o legado. Recordemos, el Badwill es un resultado contable que se genera por la diferencia entre la adquisición de acciones de una empresa y el valor razonable de esta empresa.
- ii) La adquisición de acciones por parte de una Compañía no puede ser calificada como una “operación con terceros” toda vez que la Ley del IR grava las ganancias realizadas al disponer de bienes y no con motivo de adquirirlos. Sobre esto último, el Dr. César Talledo desarrolla la siguiente afirmación:

“(...) de la sistemática de la LIR, o sea de la concordancia de sus normas, fluye a los alcances de esta noción: ninguna adquisición de bienes a título oneroso da lugar a la obtención de una ganancia gravada. Esta restricción fluye no expresa, pero sí claramente de las diversas disposiciones que señalan únicamente a los actos de disposición de bienes como generadores de rentas gravadas (...) así como aquellas que regulan diversos aspectos de la imposición de rentas generadas por esos actos (...). En contraste, no existen reglas que expresamente regulen la afectación de las ganancias obtenidas al adquirir bienes a título oneroso en sus distintos aspectos (...). Se aprecia la existencia de un vacío normativo que evidencia la ausencia de toda voluntad de imposición de las ganancias provenientes de bienes. Con estas observaciones queremos subrayar que si bien una interpretación literal de la reglas del segundo párrafo del artículo 3, hace pensar que está gravada la ganancia obtenida por una empresa al adquirir bienes a tí-

*tulo oneroso, su interpretación sistemática lleva a la conclusión contraria”.*⁸

Como puede apreciar, la sola adquisición de bienes no puede dar lugar a la generación de conceptos gravados con el IR bajo el criterio de flujo de riqueza, situación que hubiese sido distinta si es que nuestra legislación hubiese considerado expresamente dicho supuesto, en aplicación del criterio del consumo más incremento patrimonial.⁹

- iii) A lo ya dicho, para el caso del Badwill que pudiera generarse en una fusión por absorción, debemos traer a colación el “Principio de Diferimiento” que conceptual e intrínsecamente rige a las reorganizaciones societarias.

Este régimen, que ha sido adoptado en diversos países (como por ejemplo por España y diversos países de la Comunidad Europea), establece el diferimiento de la imposición de las plusvalías que, por lo menos económica y contablemente aún no se han realizado. En este caso, *“se tributarán sobre las plusvalías tácitas en un momento posterior, cuando se efectúa una enajenación a terceros, en cabeza de la entidad adquirente en quien se subroga la obligación diferida de la entidad transmitente”.*¹⁰ El objetivo de otorgar este mecanismo, radica en brindar un tratamiento neutral a las reorganizaciones, es decir, que no surjan beneficios o desventajas como consecuencia de una reorganización societaria.

A mayor abundamiento, el régimen tributario norteamericano vi-

⁸ TALLEDO MAZÚ, César. “Comentarios de la Resoluciones del Tribunal Fiscal N° 6906-1-2008 y 1003-4-2008”. En *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*. N° 47, octubre 2008. Pág. 13.

⁹ Este criterio de imputación es el que con mayor amplitud abarca los supuestos gravados, y es conocido porque reconoce como renta todo enriquecimiento de una persona en un período, ya sea que las mismas se consuman, o se originen por el cambio del valor de su patrimonio.

¹⁰ CAHN - SPEYER WELLS, Paul. “Fusiones y Adquisiciones. Aspectos Internacionales”. En: *XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario - 2010*. Desarrolladas en la ciudad de Cartagena de Indias, Colombia. Abeledo Perrot, 2010, Pág. 36.

gente a nivel federal también ha abordado el tema en forma similar a como lo hizo la directiva europea, en el sentido de tratar las reorganizaciones empresariales como operaciones no gravadas con el impuesto sobre la renta, difiriendo la generación de potenciales efectos tributarios al momento en que se enajenen los activos y/o el negocio desarrollado a través de las empresas en cuestión.¹¹

En otras palabras, en virtud de este régimen, el ingreso producto de la afectación a resultados que pudiera generar la diferencia entre el valor en libros de los bienes transferidos, y el valor de mercado de los mismos, deberá diferirse al momento en que la empresa adquirente de los bienes vía fusión, enajene los mismos y no ser reconocido por la empresa que transmite dichos bienes vía fusión.

Estos resultados sólo estarían gravados si es que se realiza la revaluación de activos con efectos tributarios, y se toma como escudo fiscal el importe proveniente de dicha realización. Para ello, la empresa transferente de los activos vía la fusión, tendrá que haber pagado el IR vinculado a la citada revaluación.

En el ejemplo propuesto, si es que la empresa “Hall S.A.” absorbe vía fusión a la empresa “Oates S.A.”, y esta última transfiere los activos a valor en libros de S/. 500,000 (para efectos de nuestro ejemplo, el único activo que conforma el patrimonio y sin efectuar revaluaciones con efectos tributarios), pero el valor razonable de estos activos determinado por una tasación es de S/. 1,200,000, en virtud del principio de diferimiento la diferencia de S/. 700,000 no estará gravada con el IR. Esta diferencia estaría gravada cuando la empresa producto de la fusión “Hall & Oates S.A.” venda el terreno al valor de mercado de S/. 1,200,000. Así, la base imponible de dicha operación sería S/. 700,000 (valor de venta de S/. 1,200,000 menos el costo computable de S/. 500,000).

En nuestra legislación, la expresión máxima del régimen de diferimiento está expresada en el numeral 3 del artículo 104 de la Ley del IR que establece lo siguiente:

¹¹ ACERO SALAZAR, Martín. “Los nuevos elementos introducidos a las fusiones en Colombia mediante la Ley 1258 de 2008 y su tratamiento tributario”. En: *Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario - 2010*. Tomo I, Pág. 459.

“Artículo 104.- Tratándose de reorganización de sociedades o empresas, las partes intervinientes podrán optar, en forma excluyente, por cualquiera de los siguientes regímenes:

(...)

- 3. En caso que las sociedades o empresas no acordaran la revaluación voluntaria de sus activos, los bienes transferidos tendrán para la adquirente el mismo costo computable que hubiere correspondido atribuirle en poder de la transferente, incluido únicamente el ajuste por inflación a que se refiere el Decreto Legislativo N° 797 y normas reglamentarias. En este caso no resultará de aplicación lo dispuesto en el Artículo 32 de la presente Ley”.*

Tomando en consideración este principio, somos de la opinión que el Badwill no podría ser considerado como un ingreso gravable con el Impuesto a la Renta, bajo el contexto de una fusión por absorción ejecutada en virtud al numeral 3 del artículo 104 de la Ley del IR. En efecto, si en nuestro ejemplo, la empresa “Hall S.A.” adquirió la totalidad de las acciones de “Oates S.A” con anterioridad a la fusión, por S/. 500,000 (monto que corresponde al patrimonio representado por el valor en libros de un terreno en Oates S.A.) y el valor razonable de dicho terreno (que para efectos contables es el valor de tasación) asciende a S/. 1,000,000, aún cuando la diferencia originada por el reemplazo de la cuenta de inversiones por el valor razonable del activo por S/. 500,000 pudiera registrarse en los resultados del ejercicio de Hall & Oates S.A. en virtud a la NIIF 3, dicha diferencia no podría ser considerada como un resultado gravable con el IR. De gravarse esta diferencia, se estaría desconociendo el principio de neutralidad y diferimiento que debe regir en toda reorganización societaria y el numeral 3 del artículo 104 de la Ley del IR.

Como podemos apreciar, existen argumentos muy sólidos para considerar que el Badwill no está gravado para efectos del IR, tanto para el caso del Badwill que se pudiera generar en la adquisición de acciones y la consolidación de los Estados Financieros, como en el caso de la adquisición de acciones y la posterior absorción de la compañía adquirida.

4. ASPECTOS TRIBUTARIOS DEL GOODWILL

Nuestra legislación tributaria hace referencia a este concepto en los siguientes términos:

Ley del Impuesto a la Renta

“Artículo 44º.- No son deducibles para la determinación de la renta imponible de tercera categoría:

La amortización de llaves, marcas, patentes, procedimientos de fabricación, juanillos y otros activos intangibles similares. Sin embargo, el precio pagado por activos intangibles de duración limitada, a opción del contribuyente, podrá ser considerado como gasto y aplicado a los resultados del negocio en un solo ejercicio o amortizarse proporcionalmente en el plazo de diez (10) años. La SUNAT previa opinión de los organismos técnicos pertinentes, está facultada para determinar el valor real de dichos intangibles, para efectos tributarios, cuando considere que el precio consignado no corresponda a la realidad. La regla anterior no es aplicable a los intangibles aportados, cuyo valor no podrá ser considerado para determinar los resultados.

(...)”.

Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta

“Artículo 25º.- GASTOS NO DEDUCIBLES

a) Para la aplicación del inciso g) del Artículo 44º de la Ley se tendrá en cuenta lo siguiente:

(...)

- 2. Se consideran activos intangibles de duración limitada a aquellos cuya vida útil está limitada por ley o por su propia naturaleza, tales como las patentes, los modelos de utilidad, los derechos de autor, los derechos de llave, los diseños o modelos planos, procesos o fórmulas secretas y los programas de instrucciones para computadoras (Software).*

No se considera activos intangibles de duración limitada las marcas de fábrica y el fondo de comercio (Goodwill).

(...)"

Como vemos, las normas tributarias peruanas asemejan el concepto de Goodwill, al Fondo de Comercio. El concepto de Fondo de Comercio hace referencia a un activo intangible de la empresa que comprende elementos que le otorgan un valor superior al que los bienes y derechos materiales representan. *"Se pone de manifiesto en el acto de adquisición y puede definirse como la diferencia entre el precio de adquisición y el valor real de los activos tangibles e intangibles de la empresa menos los pasivos".*¹²

Complementando dicha definición, García Novoa continúa afirmando que *"el fondo de comercio es un típico bien inmaterial, producto -según Broseta- de una concepción de la empresa como organización productiva que, por sí misma y por los resultados económicos que posibilita obtener, tiene un valor superior a la simple suma de sus elementos integrantes. El mismo autor habla de un valor industrial, distinto al valor material, en el que se integrarían elementos como la clientela y las expectativas de ganancias, identificables con la capacidad potencial de la empresa para generar beneficios superiores a los normales, además del nombre o razón social, localización, capital humano, cuota de mercado, nivel de competencia de la empresa y otros de naturaleza análoga que impliquen valor para la empresa".*¹³ (El subrayado es nuestro).

En otras palabras, el Fondo de Comercio o Goodwill podría ser definido como el exceso en el costo de adquisición de las participaciones representativas del capital de una empresa, respecto al valor razonable de los activos y pasivos identificables adquiridos en la fecha de dicha transacción. La plusvalía mercantil que resulte de dicha diferencia, representa un pago hecho por la adquirente como anticipo de los beneficios futuros.¹⁴

¹² GARCÍA NOVOA, César. "El Fondo de Comercio en los Procesos de Reestructuración Empresarial. Especial Referencia al Fondo de Comercio Financiero". En *XXV Jornadas Latinoamericanas...* Ob. Cit., Pág. 525.

¹³ GARCÍA NOVOA. *Ibidem*, Pág. 526.

¹⁴ CACHAY BERNAOLA, Silvia. "Régimen de Intangibles según la ley del Impuesto

Ahora bien, el concepto de “Derecho de Llave” es entendido como el privilegio sobre la “clientela” de una empresa. Así, en la doctrina tributaria nacional se ha afirmado que *“el derecho de llave es un elemento integrante del fondo de comercio, cuya composición puede variar de caso a caso, pero que en general se le puede identificar con la clientela, aún cuando habitualmente se consideran además de la clientela, otros índices como por ejemplo el derecho al local, el nombre o el crédito”*.¹⁵

Como puede apreciarse, para la doctrina jurídica el “Derecho de Llave” es parte del Fondo de Comercio o Goodwill. Sobre el particular, surge la interrogante si es que ambos conceptos pueden ser considerados separadamente tanto contable como tributariamente. Dicha diferencia resulta relevante, en la medida que de acuerdo a la Ley del IR y su Reglamento, la amortización del “Derecho de Llave” será deducible para efectos de determinar el IR, en tanto que el Fondo de Comercio o Goodwill no lo es.

Sobre el particular, SUNAT se ha pronunciado en los últimos años. Así, mediante el Informe 213-2007/2B00000 consideró que el Derecho de Llave formaba parte del Fondo de Comercio o Goodwill y en tal sentido no podría ser deducido para determinar el IR de tercera categoría. No obstante, en dicho informe se consideraba que, el Derecho de Llave excepcionalmente podía ser deducido en virtud al numeral 2 del literal a) del artículo 25 del Reglamento del IR, en la medida que sea identificado como un activo de duración limitada distinguible de los demás componentes del Goodwill.

No obstante, mediante el Informe 146-2010-SUNAT/2B00000 la Administración Tributaria cambió su posición, considerando que el derecho de Llave califica como un activo intangible que no forma parte del Fondo de Comercio o Goodwill.

Para ello, SUNAT considera que, de acuerdo al párrafo 10 de la NIC 38,¹⁶ si un recurso intangible cumple con el requisito para ser conside-

a la Renta y la Norma Internacional de Contabilidad - NIC 38”, en VII Jornadas Nacionales de Tributación”, Julio 2002, Pág. 76.

¹⁵ CACHAY BERNAOLA, Silvia. *Ibidem*. Pág. 76. Citando a PÉREZ FERRO, Norberto; Voz “Llave”. En: *Enciclopedia Omeba*. Tomo XVIII, Pág. 893.

¹⁶ Esta norma señala que no todos los activos descritos en el párrafo 9 de dicha

rado como activo -"identificabilidad", control sobre el recurso y existencia de beneficios económicos futuros- el mismo no formará parte del Fondo de Comercio o Goodwill (plusvalía).

Agrega SUNAT en su informe que la referencia a "Derecho de Llave" supone la existencia de un recurso intangible que reúne los requisitos anteriormente señalados, siendo consecuentemente calificado como un activo distinto del fondo de comercio (goodwill o plusvalía) y no como parte de éste.

SUNAT en el citado informe confirma la definición de "Fondo de Comercio" detallada líneas arriba. Así, señala lo siguiente: *"Debe tenerse en cuenta que el fondo de comercio (goodwill o plusvalía) agrupa todos aquellos recursos intangibles que no alcanzan la categoría de activos, originados con ocasión de la combinación de negocios. Así, existe doctrina jurídica que señala que el fondo de comercio es el mayor valor pagado en la adquisición de toda empresa respecto al valor del patrimonio (activos y pasivos identificables)"*.

En relación a la oportunidad en que puede amortizarse el derecho de llave, la Administración Tributaria en el Informe 125-2010/SUNAT deslizó la posibilidad de que dicho concepto sea *"reconocido en la oportunidad en que se produce la adquisición de las acciones, en la medida que la empresa adquirente haya asumido el control de la otra empresa"*. No obstante, mediante el Informe 146-2010/SUNAT materia de comentario, la Administración Tributaria precisó que dicho derecho de llave sólo puede amortizarse por la empresa adquirente de las acciones, a partir de la entrada en vigencia de la fusión, siempre que sea identificable como un activo de duración limitada.

Como puede apreciarse, existe la posibilidad de registrar contablemente el Derecho de Llave de manera separada al Fondo de Comercio, para

NIC cumplen con la definición de activo intangible, esto es, "identificabilidad", control sobre el recurso en cuestión y existencia de beneficios económicos futuros. Agrega que si un elemento incluido en el alcance de esta NIC no cumpliera con la definición de activo intangible, el importe derivado de su adquisición o de su generación interna, por parte de la entidad, se reconocerá como gasto del periodo en la que se haya incurrido. No obstante, si el elemento se hubiese adquirido dentro de una combinación de negocios, formará parte de la plusvalía comprada reconocida en la fecha de adquisición.

efectos de que su amortización sea un gasto deducible para determinar el IR de tercera categoría. Dicha amortización puede ser tomada por la empresa que adquiere las acciones de otra, cuando se absorba mediante fusión a la empresa propietaria del derecho de llave y no cuando simplemente se adquieren sus acciones. Así, el registro del Derecho de Llave se regiría contablemente por la NIC 38. La parte del Fondo de Comercio que no represente Derecho de Llave, se regiría bajo el régimen de la NIIF 3.

De conformidad con el párrafo 52 de la NIIF 3, este Goodwill corresponde al pago efectuado por el adquirente por las expectativas de beneficios económicos futuros que generarán aquellos activos que no hayan podido ser identificados individualmente en el proceso de combinación de negocios. Al no corresponder dicho Goodwill a activos intangibles plenamente identificables, no resultaría razonable asignarle una vida útil para proceder a amortizarlo. Ello guarda coherencia con el hecho de que al no saberse cuanto tiempo de vida económica le resta a este tipo de intangibles, cualquier imputación de su costo a resultados resulta arbitraria. Por dicha razón la NIIF 3 no permite su amortización, estando sujeto al cierre de cada año a evaluación por deterioro.¹⁷

Ahora bien, como hemos hecho referencia en el punto I, existe una diferencia en el tratamiento del Goodwill previsto en la NIC 22 (vigente hasta el ejercicio 2005) y la NIIF 3 ya detallada (vigente a partir del 1 de enero de 2006). Así, la NIC 22 tenía previsto que el Goodwill sea amortizado a lo largo de la vida útil de los principales activos del negocio adquirido. Bajo este tratamiento, resultaba claro que la amortización no era deducible.

No obstante, a partir de la vigencia de la NIIF 3, dicho concepto ya no es amortizable, si no que deberá ajustarse por los supuestos deterioros que dicho intangible sufra, al cierre de cada ejercicio. Este ajuste afectaría los resultados de la Compañía que registre el Goodwill. De acuerdo a la legislación actual del IR, la deducción de estos ajustes anuales sería discutible, en la medida que (aún cuando no sea un concepto amortizable y propiamente tampoco constituirían provisiones cuya deducción está prohibida por ley) la Administración Tributaria considere

¹⁷ VALLE LARREA, Carlos. Ob. Cit., Pág. 22.

que se encuentra incluido dentro de la prohibición de deducción prevista en el literal g) del artículo 44 y del literal a) del artículo 25 del Reglamento.¹⁸

Partiendo de la premisa que los ajustes anuales del Goodwill en virtud a la NIIF 3 fueran considerados como no deducibles para determinar el IR, el impedimento de dicha deducción conlleva a que en buena cuenta, una empresa que en un primer momento adquirió acciones de otra empresa para luego absorberla, pierda costo computable.

En efecto, en nuestro ejemplo, la empresa “Hall S.A.” adquiere las acciones de la empresa “Oates S.A.” por la suma de S/. 2,000,000 y registraría dicho importe en la cuenta del activo “inversiones”. Luego, vía fusión adquiere los activos de “Oates S.A.” a un valor en libros que asciende a S/. 500,000 por lo que la empresa resultante “Hall & Oates S.A.” reemplazaría la cuenta del activo “inversiones”, registrando en una cuenta del activo correspondiente a “intangibles”, un Goodwill de S/. 1,500,000 (para efectos de nuestro ejemplo, no se transfiere derecho de llave) y en la cuenta del activo “inmuebles, maquinarias y equipos” la suma de S/. 500,000. Si es que posteriormente, la empresa fusionada “Hall & Oates S.A.” decide vender los bienes recibidos en la fusión a un “valor de mercado” de (por ejemplo) S/. 3,000,000, el costo computable de dichos bienes será de S/. 500,000 y no de S/. 2,000,000, aún cuando fue el importe pagado para tomar el control de “Oates S.A.”, mediante la adquisición de sus acciones. Así, la diferencia de S/. 1,500,000 nunca podrá ser deducido, ni por la vía del ajuste anual del Goodwill, ni como costo computable de los bienes adquiridos en la fusión. Este hecho vulnera el “Principio de Neutralidad” que debe regir en todo proceso de reorganización societaria para efectos tributarios.

¹⁸ Ciertamente, en la medida que los ajustes anuales del Goodwill no serían propiamente “amortizaciones” de acuerdo a la NIIF 3, podría alegarse que no estarían dentro de los alcances de la limitación del literal g) del artículo 44. Asimismo, en tanto no resultarían ser “reservas o provisiones cuya deducción está prohibida por Ley”, tampoco estarían dentro del literal f) del artículo 44 de la Ley del IR. Bajo esta premisa, podrían existir argumentos para sustentar la deducibilidad de este concepto, si es que se acredita que dicho concepto cumple con el principio de causalidad. No obstante, por motivos de espacio el análisis de esto último no pretende ser objeto del presente artículo, pudiendo ser objeto de otro trabajo.

Este régimen de neutralidad impositiva responde a la idea de que el factor impositivo no debe incidir en las decisiones empresariales, es decir *“no debe ser un freno ni un estímulo en la toma de decisiones de las empresas sobre operaciones de reorganización, cuando la causa que impulsa su realización se sustenta en motivos económicos válidos, en cuyo caso la fiscalidad debe tener un papel neutral”*.¹⁹ En otras palabras, *“la aplicación del sistema tributario no puede constituirse en una limitación para la adopción de decisiones relativas a operaciones de reorganización empresarial. De forma análoga, la aplicación de las normas de carácter tributario no puede constituirse en un incentivo para la realización de transacciones que involucren reorganizaciones empresariales”*.²⁰

Así, el hecho de no permitir que se deduzca los ajustes al Goodwill, luego de que dicho concepto se produzca en virtud de la fusión por absorción, justamente produciría la pérdida de costo computable en los términos antes expresados, limitación que surgiría de la fusión por absorción y cuyo efecto no puede surgir en virtud al principio de neutralidad ya citado.

Tomando en consideración el Principio de Neutralidad que debe estar presente en toda reorganización societaria, a efectos de evitar estos resultados perjudiciales, consideramos que el Goodwill podría ser tratado considerando alguna de las presentes alternativas:

- i) Establecer expresamente en la Ley del IR que los ajustes por deterioro del Goodwill sean deducibles para efectos de determinar el IR del ejercicio en el que se produzca. Así, si bien es cierto el Goodwill no se recuperaría por la vía del costo computable cuando los bienes adquiridos mediante la fusión sean vendidos, el desembolso pagado por este concepto podría ser recuperado vía la deducción contra el IR.
- ii) En la medida que los ajustes por deterioro del Goodwill podría resultar de difícil control para SUNAT, toda vez que el mismo respondería a diversas circunstancias subjetivas, podría establecerse expresamente que el Goodwill también sea amortizable, al igual

¹⁹ CAHN - SPEYER WELLS, Paul. Ob. Cit., Pág. 5.

²⁰ ACERO SALAZAR, Martín. Ob. Cit., Pág. 458.

que el derecho de llave. Sobre el particular, en España, las normas tributarias de dicho país permiten que el “Fondo de Comercio” sea amortizado en un periodo de tiempo razonable, aún cuando el tratamiento contable de dicho concepto es distinto. Así, lo expresa el Profesor García Novoa en los siguientes términos: “(...) los textos fiscales siguen recogiendo la posibilidad de amortizar fiscalmente el Fondo de Comercio. En España, además desde el punto de vista fiscal, el fondo de comercio resulta amortizable si se adquirió a título oneroso. En tal caso, su valor de adquisición es deducible con el límite anual máximo de la veintava parte de su importe, esto es, en un plazo de 20 años (...). Esto es, la ley tributaria española mantiene la amortización fiscal del fondo de comercio, aunque se ha eliminado la posibilidad de amortización contable, lo cual resulta contradictorio teniendo en cuenta que la ley española del impuesto basa el resultado fiscal en el resultado contable”.²¹

Como vemos, España años atrás viene permitiendo la amortización del Goodwill para efectos fiscales, y el cuestionamiento viene por la no congruencia de la amortización fiscal con las normas contables actuales, mas no por la pertinencia de su amortización para determinar el IR.

En ese sentido, consideramos que en nuestro país también debería permitirse la amortización del Goodwill, a fin de no contravenir el Principio de Neutralidad antes anotado.

- iii) Como otra alternativa podríamos proponer que expresamente se establezca que el Goodwill sea distribuido proporcionalmente con efecto tributario entre los activos no monetarios de la empresa absorbida. De esta manera, el costo computable de los bienes adquiridos de la empresa absorbida aumentaría producto de la distribución del Goodwill, permitiendo que la empresa absorbente recupere el Goodwill por la vía de la depreciación de los bienes cuyo costo computable aumentó, o cuando estos bienes sean vendidos posteriormente. Este es el tratamiento que se da en Chile, según comenta Sergio Endress en los siguientes términos: “En caso de disolución de la sociedad objetivo o sociedad absorbida, la administra-

²¹ GARCÍA NOVOA, César. Ob. Cit., Pág. 531.

*ción ha señalado que el mayor valor debe asignarse a los activos y pasivos no monetarios. En caso que no hubiera activos amortizables, la pérdida se prorratearía en los años de prescripción tributaria”.*²²

Sea cual fuere la alternativa adoptada para la posibilidad de la deducción del Goodwill, lo cierto es que resulta necesario efectuar los ajustes legales y normativos que sean pertinentes, en la medida que este concepto es de vital existencia en la normatividad tributaria que regula las reorganizaciones empresariales en los países de Latinoamérica. De ello da cuenta el Dr. Paul Cahn - Speyer Wells en la relatoría de las XXV Jornadas Latinoamericana de Derecho Tributario desarrollada en Colombia el 2010:

“Vigésima tercera:

Considerando que el fondo de comercio o crédito mercantil adquirido es un activo por el que se ha efectuado un desembolso efectivo, susceptible de demérito aunque su vida útil sea indefinida, debe establecerse por la ley la deducción fiscal de la pérdida de su valor, sea a través del reconocimiento de la pérdida anual derivada de correcciones valorativas (test de deterioro) o mediante un sistema de amortización arbitrariamente establecido si se juzga que puede ser difícil para la Administración controlar la deducción de la pérdida por deterioro de valor, que se efectúa con base a valoraciones técnicas que siempre tienen un componente subjetivo. Su reconocimiento fiscal debe extenderse a las inversiones internacionales. Sea cualquiera la modalidad que se adopte para el reconocimiento de la pérdida del valor, es recomendable que a través de convenios multilaterales se obtenga la uniformidad de tratamiento entre los diferentes países a fin de no quebrar el principio de competencia y, con éste, el de neutralidad fiscal desde su doble perspectiva negativa y positiva: la política fiscal no debe intervenir en factores que inciden en la competencia de mercado, y los Estados están en la obligación de promover la sana competencia”. (El subrayado es nuestro).

²² ENDRESS, Sergio. “Notas sobre las Fusiones y Adquisiciones en el Derecho Chileno”, En: *XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario - 2010*. Ob. Cit., Pág. 133. Para afirmar esto, el autor hace referencia a los Oficios N°s 1843 del 26/6/1993, 267 del 17/1/94, 1843 del 26/6/1996, 2948 del 22/10/1996 y 794 del 5/4/2007 emitidos por el Servicio de Impuestos Internos de Chile.

Finalmente, queremos explicar cómo se solucionaría el tema de la “pérdida del costo” mediante la adopción de las alternativas antes detalladas, en el ejemplo que propusimos líneas arriba:

i) En caso se permita la deducción del deterioro anual del Goodwill:

Cuando la empresa “Hall S.A.” absorba a “Oates S.A.”, reemplazará el rubro del activo “inversiones” ascendente a S/. 2,000,000, por los siguientes rubros: “activos” por S/. 500,000 y “Goodwill” por S/. 1,500,000 (para efectos de nuestro ejemplo vamos asumir que no se transfiere “Derecho de Llave”).

Así, si es que la nueva empresa “Hall & Oates S.A.” vende los activos por S/. 3,000,000, tendrá como costo computable S/. 500,000. La base imponible de dicha venta será de S/. 2,500,000, teniendo un IR por S/. 750,000. No obstante, el Goodwill por S/. 1,500,000 sufrirá ajustes por deterioros anuales, y estos registros afectarían los resultados de la Compañía (como un gasto). En la medida que dicha deducción sea deducible para efectos del IR hasta agotarse, se habrá recuperado parte del costo invertido para adquirir las acciones, por lo que no se perderá dicho desembolso.

ii) En caso se establezca la amortización del Goodwill para efectos tributarios:

Tomando en consideración el supuesto anterior, si es que la nueva empresa “Hall & Oates S.A.” vende los activos por S/. 3,000,000, tendrá como costo computable S/. 500,000. Así, la base imponible de dicha venta será de S/. 2,500,000, teniendo un IR por S/. 750,000. No obstante, si el Goodwill de S/. 1,500,000 es amortizado para efectos tributarios (por ejemplo, en un plazo de 10 años) hasta agotarse, se habrá recuperado parte del costo invertido para adquirir las acciones, por lo que no se perderá dicho desembolso.

iii) En caso se distribuya el Goodwill entre todas las partidas monetarias:

Tomando en consideración el supuesto anterior, si es que la nueva empresa “Hall & Oates S.A.” vende los activos por S/. 3,000,000, tendrá como costo computable los S/. 2,000,000 pagados para la adquisi-

ción de "Oates S.A" toda vez que los S/. 1,500,000 se distribuirían en todas las partidas no monetarias (los activos en nuestro ejemplo). Así, la base imponible de dicha venta será de S/. 1,000,000, teniendo un IR por pagar de S/. 300,000.

5. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Del desarrollo anterior, consideramos el Badwill no podría ser considerado como un ingreso gravable para efectos del IR, en la medida que es un concepto no contenido dentro del ámbito de aplicación de la Ley del IR. Esta conclusión no cambia aún con la aplicación del literal g) del artículo I del Reglamento ya citado oportunamente.

Por otro lado, consideramos adecuado que el criterio de la Administración Tributaria en el sentido de que el derecho de llave pueda ser registrado de manera separada al Goodwill, a efectos de que su amortización pueda ser considerada como gasto para determinar el IR. No obstante, consideramos necesario que se efectúen modificaciones a la Ley del IR y su reglamento, con los cuales pueda ser deducible la totalidad del Goodwill, y no sólo la parte que represente derecho de llave.

Lima, enero de 2012.