

APLICACIÓN DEL IMPUESTO A LA RENTA A LA FUSIONES INTERNACIONALES

Sonia Elaine Dávila Chávez

I. AFIANZAMIENTO DE LAS REORGANIZACIONES EM- PRESARIALES A NIVEL INTERNACIONAL

Como bien sabemos, la economía globalizada ha ocasionado que en la mayoría de los países se adecue la legislación a fin de fomentar la reorganización de sociedades, entendiendo que se trata de un mecanismo que permite producir mayores beneficios, por lo que resulta propicio contar con un procedimiento que facilite dichos procesos.

El objetivo de las reorganizaciones empresariales es lograr mayor eficiencia a través de mejores resultados en los negocios, pues como su nombre lo dice, reorganizar significa "organizar una cosa de manera distinta y de forma que resulte más eficaz". Es un término que comprende mejor, como señala Enrique Elías,¹ a la integridad de las operaciones societarias que nos ocupan, pues se refiere a la adopción de organizaciones integrales y muchas veces múltiples, que resulten más eficaces, y no solamente a cambios de estructura, de forma, de especie, de modelo o de sustancia.

La concentración empresarial es uno de los fenómenos más importantes en el escenario internacional, debido a que, por múltiples razones, las empresas procuran lograr una mayor concentración de capitales, organizaciones, tecnologías, esfuerzos y socios estratégicos que les permitan conseguir estructuras más adecuadas a sus metas de desarrollo o que las hagan más aptas para responder al reto de la competencia o para mejorar su posición en el mercado. Es en este escenario actual, que la fusión se muestra como la figura más idónea y conveniente para alcanzar las metas y objetivos de crecimiento a través de las concentraciones empresariales.²

¹ ELÍAS LAROZA, Enrique. *Derecho Societario Peruano - Ley General de Sociedades*. Tomo III. Lima: Editorial Normas Legales, 1999. Pág. 665.

² *Ibidem*. Pág. 693

La doctrina en general, utiliza diversas clasificaciones para abordar las principales razones o móviles económicos que ocasionan la concentración empresarial, pues como señala Rita Largo Gil,³ los objetivos de las concentraciones de empresas se clasifican de dos maneras: *la primera responde a una "estrategia de consolidación" y la segunda a una "estrategia de innovación"*. La primera procura un refuerzo de las posiciones ya adquiridas y la segunda busca la renovación de la empresa a través de la complementariedad que se encuentra en otra u otras.

Los objetivos de una estrategia de renovación son, generalmente, el dominio del mercado a través del incremento de la producción y la preparación para la competencia o la eliminación de ésta, la diversificación de la producción mediante productos novedosos, la necesidad de reducir el costo de la producción, la conquista de los mercados extranjeros, y por último, la atracción de los nuevos capitales y créditos a través de una empresa de mayor envergadura.

En cambio, señala la autora mencionada, que los objetivos de una estrategia de innovación son el progreso tecnológico a través del mejor aprovechamiento de los capitales y de una política de impulso a la investigación, la incorporación de equipos directivos brillantes y eficientes y, por último, la adquisición de marcas, procesos o tecnologías propias de otras empresas.

Desde nuestro punto de vista, los motivos mencionados pueden considerarse como los móviles más importantes para ocasionar una concentración empresarial justificada, más aun cuando la expansión de mercados en diversos territorios se muestra como una necesidad para la mayoría de empresas a nivel internacional. Todo ello nos muestra lo conveniente que puede llegar a ser una reorganización empresarial a fin de lograr los objetivos idóneos en una determinada inversión, lo cual reviste un carácter especial en el caso de los países en desarrollo que necesitan a traer dichas inversiones a su territorio.

De acuerdo con Humberto Medrano,⁴ se debe tener en cuenta que si bien en esta materia la legislación mercantil juega un papel sumamente importante, es seguro que las empresas interesadas le otorgan atención especial a las normas aplicables, señaladamente en lo relativo al Impuesto a la Renta y a los tributos que gravan las transferencias de bienes.

Es por ello que, si bien observamos que actualmente la legislación societaria y tributaria es bastante clara en cuanto a las reorganizaciones celebradas entre empresas domiciliadas, dicha claridad no se observa al momento de aplicar las normas a los procesos de reorganización en donde participan empresas no domiciliadas, es decir, cuando en un contexto internacional se involucran a sociedades residentes en distintos países.

³ LARGO GIL, Rita. *La fusión de sociedades mercantiles*. Madrid: Editorial Civitas, 1992. Págs. 68-70. Citado en ELIAS LAROZA, Enrique. Ob. Cit. Pág. 694.

⁴ MEDRANO CORNEJO, Humberto. "Impuesto a la Renta y reorganización de sociedades y empresas". En: *Revista Ius et Veritas*, N° 20. Pág. 312.

La legislación actual nos muestra que el tratamiento fiscal de tales operaciones internacionales presentan diversas dificultades, ya que suponen la concurrencia de más de un Estado con potestad tributaria para gravar las ganancias o transferencias patrimoniales, los cuales podrían adoptar tratamientos impositivos diferentes para tales consecuencias.

Ello evidencia que para lograr atraer mayores inversiones a nuestro país, se necesita presentar una panorama jurídico claro y seguro, en donde el inversionista conozca de antemano, el escenario de las normas societarias y tributarias a las que tendrá que adecuarse al momento de participar en un proceso de reorganización en donde se vean involucradas empresas domiciliadas en nuestro país.

Como consecuencia de lo señalado, el objetivo del presente artículo es resaltar las diversas complejidades que se generan cuando se pretenden aplicar las normas societarias y tributarias a un proceso de reorganización empresarial a nivel internacional, específicamente en el caso de las fusiones y la generación de rentas de fuente peruana.

II. TRATAMIENTO SOCIETARIO DE LAS FUSIONES

II.1. Las fusiones según la Ley General de Sociedades

A fin de definir a la fusión, es conveniente citar a Ulises Montoya Manfredi, quien señala que la fusión es la reunión de los patrimonios íntegros de varias sociedades en una de ellas, con extinción sin liquidación de las restantes, o con extinción sin liquidación de todas surgiendo una nueva que las recoge, pasando a ser socios de la que permanece, o de la nueva fundación los que lo fueran de las extinguidas.⁵

Julio Otaegui⁶ señala que la fusión, como institución propia del derecho de las personas jurídicas, se caracteriza por implicar la unificación de dos o mas personas jurídicas en una sola.

Por su parte, en nuestra legislación societaria, encontramos que la fusión se encuentra regulada por el Artículo 344 de la Ley General de Sociedades (en adelante, LGS). Dicho artículo señala que "*Por la fusión dos o más sociedades se reúnen para formar una sola cumpliendo los requisitos prescritos por esta ley. Puede adoptar alguna de las siguientes formas: 1. La fusión de dos o más sociedades para constituir una nueva sociedad incorporante origina la extinción de la personalidad jurídica de las sociedades incorporadas y la transmisión en bloque, y a título universal de sus patrimonios a la nueva sociedad; o, 2. La absorción de una o más sociedades por otra socie-*

⁵ MONTOYA MANFREDI, Ulises. "Transformación y fusión de las Sociedades Anónimas". En: *Revista del Foro*, N° 2. Mayo/Agosto. 1957. Pág. 210.

⁶ OTAEGUI, Julio. *Fusión y Escisión de Sociedades Comerciales*. Buenos Aires: Editorial Abaco, 1981. Pág. 39.

dad existente origina la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad o sociedades absorbidas. La sociedad absorbente asume, a título universal, y en bloque, los patrimonios de las absorbidas. En ambos casos los socios o accionistas de las sociedades que se extinguen por la fusión reciben acciones o participaciones como accionistas o socios de la nueva sociedad o de la sociedad absorbente, en su caso”.

Como vemos, la LGS establece dos formas o mecanismos que pueden emplearse al momento de realizar una fusión en nuestro territorio, siendo éstas, la fusión por incorporación y la fusión por absorción. Cada una de estas formas de fusión involucra un procedimiento distinto, requiriendo el cumplimiento de diversas formalidades para caso.

A fin de describir las principales características de cada uno de los tipo de fusiones, citamos a Elías Laroza,⁷ quien señala que la fusión por incorporación consiste en:

- (i) La reunión de los patrimonios integrales de dos o más sociedades, con el objeto de formar uno solo;
- (ii) La transmisión de los patrimonios se realiza para constituir, o incorporar, una nueva sociedad, que los recibe;
- (iii) Se extingue la personalidad jurídica de todas las sociedades incorporadas;
- (iv) El traspaso de los patrimonios de las sociedades que se extinguen se realiza en bloque, a título universal, pues cada uno es un conjunto integral y único de activos y pasivos; y,
- (v) Los socios o accionistas de las sociedades que se extinguen por la fusión reciben, a cambio de las que tenían en éstas, acciones o participaciones de la nueva sociedad incorporante, salvo casos de excepción.

Asimismo, el mencionado autor señala que la fusión por absorción es:

- (i) La absorción por parte de una sociedad (absorbente) de los patrimonios integrales de otra u otras sociedades (absorbidas), con el fin de formar uno solo;
- (ii) La extinción de la personalidad jurídica de la sociedad o sociedades absorbidas;
- (iii) El traspaso de los patrimonios de la sociedad o sociedades absorbidas se realiza en bloque y a título universal, pues cada uno es un conjunto integral y único de activos y pasivos; y,
- (iv) Los socios o accionistas de las sociedades absorbidas reciben, a cambio de las que tenían en éstas, acciones o participaciones de la socie-

⁷ ELÍAS LAROZA, Enrique. Ob. Cit. Pág. 699.

dad absorbente, salvo casos de excepción.

Como puede observarse, la LGS muestra bastante clara al establecer que sólo estos dos casos son considerados como fusión según nuestra legislación, lo cual significa que, todo proceso que se haga en una forma que no esté comprendida en descritas por la LGS, no tendrá el carácter de fusión. Asimismo, es importante resaltar que las dos formas varían únicamente en lo formal, no habiendo ninguna diferencia esencial entre ambas. Ello significa que la fusión en esencia es una sola, sin embargo, dicha concentración de empresas puede darse de dos formas distintas al momento de ejecutarse.⁸

Como señala Julio C. Otaegui,⁹ la fusión como institución propia del derecho de las personas jurídicas se caracteriza por implicar la unificación de dos o más personas jurídicas en una sola. En el campo del derecho de las sociedades la fusión es una de las vías por las que se instrumentan la concentración de empresas, obteniéndose la unión económica y jurídica de las respectivas sociedades, mientras que por los otros métodos de concentración antes expuestos se logra la unión económica pero se mantienen las diversas personalidades jurídicas de las sociedades interesadas.

Por ello, señala el mencionado autor, mediante la fusión, los patrimonios de dos o más sociedades que denominaremos sociedades fusionantes se unifican en un solo patrimonio y, consecuentemente, en vez de coexistir varias personas jurídicas o sujetos de derecho existirá en lo sucesivo una sola persona jurídica o sujeto de derecho que llamaremos sociedad fusionaria.¹⁰

Asimismo, Joaquín Garrigues,¹¹ indica que la fusión es la transmisión del patrimonio entero de una sociedad a otra, a cambio de acciones que entrega la sociedad que recibe el patrimonio. En la fusión, agrega dicho autor, hay siempre disolución de una sociedad al menos, pero falta, generalmente, la liquidación.

Coincidiendo con dicha afirmación, Ulises Montoya Manfredi¹² indica que desde el momento que se transmite el patrimonio de una sociedad a otra se disuelve la primera y sus socios entran a formar parte de la otra sociedad incorporante o de la absorbente. Por lo que, concluye dicho autor, los so-

⁸ La fusión se trata de un mecanismo complejo, que debe ser necesariamente individualizado para la concepción clara de su naturaleza jurídica, para su definición por caracteres propios y para su diferenciación con otras operaciones que pueden ser indebidamente denominadas como fusiones. En: ELÍAS LAROZA, Enrique. Ob. Cit. Pág. 698.

⁹ OTAEGUI, Julio. Ob. Cit. Págs. 39-40.

¹⁰ Ibídem. Págs. 39-40.

¹¹ GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo I. México: Editorial Porrúa S.A., 1993. Pág. 610.

¹² MONTOYA MANFREDI, Ulises. *Derecho Comercial - Tomo I*. Undécima edición. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2005. Pág. 370.

cios de una o de todas las sociedades que se funden permiten por un acto corporativo que la sociedad a que pertenecen se disuelva y aporte su patrimonio a otra sociedad; se despojan así de su condición de socios en la entidad que se disuelve; y, a cambio de esto, la sociedad adquirente del patrimonio les otorga, igualmente, por un acto corporativo, la condición de socios, otorgándoles los derechos de socios en la sociedad incorporante.

Al observar las características de las fusiones, observamos principalmente las siguientes:

- a) La transmisión en bloque y a título universal de los patrimonios de las personas jurídicas se extinguen. Es importante resaltar que la característica esencial de la fusión es la transmisión del patrimonio total de una sociedad a otra u otras, nuevas o preexistentes, a cambio de acciones que entrega la sociedad que recibe el patrimonio a los socios o accionistas de la sociedad absorbida o fusionada. La sociedad absorbida o fusionada se extingue sin liquidarse. Procede una transmisión a título universal, de todos los derechos y obligaciones de la sociedad absorbida o fusionada (extinguida) a la sociedad absorbente o fusio-nante, que subsiste o nace.¹³
- b) La creación, como resultado de cualquier fusión, de un organismo so-cial, en su conjunto resultante, es enteramente nuevo, como forma acabada del vínculo entre las sociedades que participan en la fusión. Se entiende que lo decisivo para la fusión es el conjunto de actos me-diante los cuales las sociedades que se van a extinguir deciden inter-namente cada una de ellas su disolución y la unificación social en una entidad creada ad hoc o en una ya existente que decide internamente llamar a su seno a los socios de las extintas. Por ello, todos los actos: disolución, creación de la nueva, aumento de capital de la absorbente, adscripción de nuevos socios, modificaciones estatutarias, etc., son actos de naturaleza corporativa, propios del derecho interno de las so-ciedades.¹⁴
- c) La extinción de la personalidad jurídica (y no la disolución sin liquida-ción), de las sociedades absorbidas o incorporadas. Cabe resaltar que el carácter esencial de la fusión, es el de la extinción automática de la personalidad jurídica de las sociedades absorbidas o incorporadas, como resultado directo de la operación de fusión. La extinción es con-sustancial a la fusión y opera por el mérito de esta última, como una característica inseparable. Por ello, la personalidad jurídica no se di-suelve, como tampoco se disuelve el vínculo social, ni se liquida. Sim-plemente se extingue.

¹³ CAHN-SPEYER, Paul. *Directrices de las XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario - Tema I: Fusiones y Adquisiciones (Aspectos Internacionales)*. Cartagena de Indias, Colombia, Febrero de 2010. Pág. 9.

¹⁴ BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. *Comentarios a la Ley General de Sociedades*. Li-ma: Editorial Gaceta Jurídica. 2005. Pág. 751.

- d) La compenetración o agrupación de los socios y de las relaciones jurídicas de todas las sociedades que participan en la fusión, salvo excepciones.
- e) La variación de la cifra del capital de la sociedad absorbente o incorporante, salvo excepciones.

Como puede observarse, la fusión implica la concentración de empresas que conlleva, a su vez, a la unificación de patrimonios en uno solo, existiendo finalmente una sola persona jurídica (disolviéndose al menos una sociedad), teniendo esta última la calidad de adquirente, la cual será centro de imputación de derechos y obligaciones.

Con la fusión se extingue la personalidad jurídica de las sociedades incorporadas o existentes y se produce la transmisión en bloque y a título universal de sus patrimonios a la absorbente o nueva sociedad, de modo que éstas no son sino la permanencia jurídica y económica de aquélla **por lo que no cabe considerar que los bienes así transferidos suponen la adquisición por un tercero.**

II.2. Las fusiones en el ámbito internacional

La LGS reconoce los procesos de reorganización empresarial que se llevan a cabo entre sociedades constituidas en el Perú, por lo que, en el caso procesos de reorganización societaria que se lleven a cabo con sociedades constituidas en el exterior, será necesario que éstas previamente trasladen su domicilio a nuestro territorio.

Dicha domiciliación se encuentra establecida en el Artículo 394 de la LGS, la cual regula como una forma de reorganización societaria, el traslado de domicilio de una sociedad extranjera hacia el Perú, señalando que "*cualquier sociedad constituida y con domicilio en el extranjero, siempre que la ley no lo prohíba, puede radicarse en el Perú, conservando su personalidad jurídica y transformándose y adecuando su pacto social y estatuto a la forma societaria que decida asumir en el Perú. Para ello, debe cancelar su inscripción en el extranjero y formalizar su inscripción en el Registro*".

Como podemos observar, este artículo nos señala qué debe hacer toda sociedad constituida en el exterior y con domicilio en el exterior, para adecuar su pacto social y estatuto a la forma societaria que decida asumir en el Perú. Para ello, deberá cancelar su inscripción en el extranjero y formalizar su inscripción en el Registro.

Coincidimos con Alex Córdova, quien señala que el cambio de domicilio por inmigración de la sociedad extranjera, implica una forma de reorganización societaria en tanto que conlleva su transformación para adecuarse a las formas jurídicas previstas en el derecho peruano, manteniendo su personalidad jurídica. El traslado de domicilio no supone la transferencia de sus activos y/o pasivos, motivo por el cual no se ocasionará ningún tipo de ganan-

cia susceptible de imposición en nuestro país.¹⁵

Desde nuestra perspectiva, la legislación societaria impone la obligación a las sociedades extranjeras de domiciliarse en nuestro territorio, si es que tienen la intención de participar de un proceso de reorganización empresarial, toda vez que las concentraciones empresariales reguladas en la LGS sólo incluyen a empresas constituidas en nuestro territorio. Ello ocasiona una sobrecarga a la empresa extranjera, limitándola a realizar el procedimiento de domiciliación previo a la realización de la reorganización empresarial, por lo que dicha obligación podría desincentivar la intención de las empresas extranjeras en realizar dichos procesos.

Consideramos conveniente por ello, que se adecue nuestra legislación societaria a los cambios en la economía actual, permitiéndose la reorganización societaria con empresas no domiciliadas sin la exigencia previa de la domiciliación, todo ello con la finalidad de suprimir la exigencia de procedimientos y requisitos que lejos de atraer la inversión extranjera, dificultan la concreción de los procesos de reorganización a nivel internacional.

Sería prudente entonces, regular en la LGS el procedimiento idóneo (es decir, claro y preciso) que debería cumplir una empresa no domiciliada en nuestro país que pretenda participar de un proceso de reorganización con sociedades constituidas en nuestro territorio, sin que ello signifique, la sobrecarga de requisitos y procedimientos desalentadores para el inversionista como se exige actualmente.

III. IMPUESTO A LA RENTA APLICABLE A LAS FUSIONES INTERNACIONALES

Los procesos de reorganización internacional muestran un escenario complejo no sólo en cuanto a su regulación societaria, sino también en el campo de la tributación. Como lo venimos señalando, las normas aplicables a los procesos de reorganización internacional no se muestran claras, pues evidencian ciertos vacíos en nuestra legislación tributaria.

Dichas complejidades se muestran en el caso específico de las fusiones internacionales, las cuales ocasionan rentas de fuente peruana cuando dicho proceso involucra la transferencia de acciones de una empresa que se encuentra domiciliada en el Perú, entre las sociedades participantes en el proceso de reorganización. En este caso, observaremos que la neutralidad aplicable a los procesos de reorganización no se muestra para el caso de fusiones con empresas no domiciliadas, toda vez que el legislador solo ha garantizado dicha neutralidad a los procesos de reorganización entre sociedades locales.

¹⁵ CÓRDOVA ARCE, Alex. "El régimen fiscal de las fusiones y adquisiciones de empresas". En: *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, N° 49, Abril 2010, Tercera época. Pág. 62. Lima.

Ello se evidencia no sólo en el gravamen por la transferencia de acciones de una empresa domiciliada en el Perú mediante una fusión internacional, sino que además, al observar el texto de la LIR, verificamos que para la aplicación del régimen de diferimento de resultados,¹⁶ el inciso a) del Artículo 67 del Reglamento de la LIR sólo considera que existe reorganización de sociedades "(...) *si todas las sociedades y empresas intervinientes, incluyendo en su caso la sociedad o empresa que al efecto se cree, tienen la condición de domiciliadas en el país de acuerdo a lo dispuesto en la Ley*". La norma agrega que "*excepcionalmente, se permite la fusión de sucursales de personas jurídicas no domiciliadas, siempre que esté precedida de la fusión de sus casas matrices u oficinas principales. Igualmente se permite la fusión de una o más sucursales de personas jurídicas no domiciliadas y una persona jurídica domiciliada, siempre que esté precedida de la fusión de la respectiva matriz u oficina principal con dicha persona jurídica domiciliada*".

Con este panorama, observamos que si dos o más sociedades domiciliadas en el extranjero realizan una fusión internacional que involucre la transferencia de acciones emitidas por empresas domiciliadas en el Perú o activos y/o pasivos de propiedad de éstas, se generarán efectos tributarios en el Perú, ello por cuanto se consideran rentas de fuente peruana, entre otras, a las producidas por la enajenación de predios situados en el Perú y de acciones o participaciones representativas del capital social emitidas por sociedades constituidas en el país.

En efecto, coincidimos con Alex Córdova,¹⁷ al señalar que si bien las fusiones no son susceptibles de imposición con el IR por naturaleza propia, cuando se llevan a cabo nivel internacional, los ordenamientos internos de cada Estado tienden a gravar las plusvalías que podrían generarse por las transferencias patrimoniales que estos procesos involucran, considerándolas como enajenación de bienes para propósitos del tributo. Por ello, como podemos observar, el régimen que consagra el diferimento de resultados en los procesos de reorganización, no involucra a las transferencias que se producen como consecuencia de reorganizaciones societarias realizadas en el ámbito internacional.

Sin embargo, cabe resaltar que dicho escenario complejo no sólo ocurre en nuestra legislación, sino en la mayoría de países en donde aún no se ha armonizado el tratamiento de las reorganizaciones societarias internacionales, siendo necesario que la legislación en estos casos sea coordinada internacionalmente, dándole prioridad al ámbito fiscal, por ser ésta una necesidad

¹⁶ La neutralidad puede entenderse en este caso, como el diferimento de los posibles efectos impositivos que se generarían si el contribuyente realizara efectivamente la utilidad por la disposición final de sus acciones o activos. En este caso, como señala Paul Cahn-Speyer, "*la obligación de liquidar una renta o pérdida se difiere hasta que el contribuyente registre la realización de un efecto económico definitivo en su patrimonio, a pesar de que por el sólo hecho del intercambio se produzca un efecto de valorización o desvalorización de sus activos*". CAHN-SPEYER, Paul. Ob. Cit. Pág. 10.

¹⁷ CÓRDOVA ARCE, Alex. Ob. Cit. Pág. 65.

para el desarrollo de las inversiones globalizadas, tal como lo señala José Sánchez Oliván,¹⁸ al mencionar que *"la fusión ha venido condicionada siempre por una fiscalidad no demasiado clara, al menos en España, que con frecuencia resultaba disuasoria para los intentos de concentración empresarial. Ello ha propiciado en distintos países la promulgación de regímenes especiales para las operaciones de esta clase que, a la vez que suavizaban el rigor fiscal, reservaban a la Administración un cierto control de las mismas. Ahora bien, estos regímenes favorables se concretaban a fusiones en las que intervinieran sólo sociedades nacionales, por lo que las transfronterizas tendrían que asumir la incidencia de dos o más regímenes sin beneficios y sin puntos obligados de conexión, lo que por sí sólo lo hacía implanteables"*. Cabe mencionar que en la actualidad, España ha celebrado diversos convenios para evitar la doble imposición incluyendo cláusulas de reorganización empresarial, como por ejemplo, los celebrados con México, Estados Unidos y Francia, mostrando así, la necesidad de recurrir a una legislación propicia para no desalentar la inversión a través de las reorganizaciones empresariales.¹⁹

Si analizamos la Ley del Impuesto a la Renta (en adelante, LIR), observamos que el Artículo 1 de dicha norma dispone que el impuesto grava:

- a) Las rentas que provengan del capital, del trabajo y de la aplicación conjunta de ambos factores, entendiéndose como tales aquellas que provengan de una fuente durable y susceptible de generar ingresos periódicos.
- b) Las ganancias de capital.
- c) Otros ingresos que provengan de terceros, establecidos por esta Ley.
- d) Las rentas imputadas, incluyendo las de goce o disfrute, establecidas por esta Ley.

Como puede apreciarse, la LIR considera como rentas gravadas a las que responden al criterio de la renta-producto,²⁰ es decir, a las que provienen de

¹⁸ SÁNCHEZ OLIVAN, José. Ob. Cit. Pág. 166.

¹⁹ Dichas cláusulas pretenden, como proposición general, la eliminación de la tributación en el país de la fuente en relación con las ganancias patrimoniales derivadas de procesos de reorganización o reestructuración de sociedades, desarrollados a través de operaciones como fusiones, escisiones, canjes de valores o aportaciones no dinerarias de bienes y derechos al capital de sociedades. MARTÍNEZ MIER, ANA. Ob. Cit. Pág. 127.

²⁰ Debe tenerse presente que en el criterio de la renta-producto subyace una concepción de la renta tipo económico y objetivo, pues es renta *"el producto periódico que proviene de una fuente durable en estado de explotación"*. En: GARCÍA MULLÍN, Juan Roque. *Manual del Impuesto a la Renta*. Buenos Aires: Centro Interamericano de Estudios Tributarios - Organización de Estados Americanos, 1978. Págs. 14-15.

Asimismo, se señala que la teoría del "rédito-producto" permite señalar que rédito (o renta) es la riqueza nueva material (periódica o susceptible de serlo) que fluye de una fuente durable y que se expresa en términos monetarios. GARCÍA BEL-

una fuente durable y susceptible de generar ingresos periódicos, así como a las ganancias consideradas dentro del criterio de flujo de riqueza, siendo que en este último criterio se encuentran las ganancias de capital.²¹

Por su parte, el Artículo 2 de la LIR define a las ganancias de capital como cualquier ingreso que provenga de la enajenación de bienes de capital. Agrega dicha norma, que se entiende por bienes de capital de aquellos que no están destinados a ser comercializados en el ámbito de un giro de negocio o de empresa.

Asimismo, el citado artículo señala que, entre las operaciones que generan ganancias de capital, se encuentran, entre otras, la enajenación, redención o rescate, según sea el caso, de acciones y participaciones representativas del capital, acciones de inversión, certificados, títulos, bonos y papeles comerciales, valores representativos de cédulas hipotecarias, obligaciones al portador u otros valores al portador y otros valores mobiliarios. De la norma mencionada, observamos que la ganancia de capital está constituida, entre otras operaciones, por la enajenación de acciones y participaciones representativas del capital, estando dicha ganancia gravada con el IR.

En el caso de las empresas, como señala Guillermo D. Grellaud,²² se gravan las rentas empresariales, las cuales son la manifestación de riqueza constituida por la ganancia empresarial –que puede ser una nueva riqueza generada por la fuente y que puede también estar integrada por el resultado de la enajenación de bienes de capital que dejan de integrar a la fuente generadora de la renta– así como los flujos provenientes de personas o entidades y que sean diferentes a los aportes de los dueños o accionistas.

Por su parte, en el aspecto jurisdiccional, el Perú ha adoptado en su legislación el principio de la fuente conjuntamente con el principio de renta mundial, como criterios de vinculación para establecer cuando puede actuar como sujeto activo al producirse determinado hecho considerado como imponible por la ley. Observamos entonces, el Artículo 6 de la LIR, el cual señala que los contribuyentes domiciliados en el país están sujetos al IR de fuente mundial, *"sin tener en cuenta la nacionalidad de las personas naturales, el lugar de constitución de las personas jurídicas, ni la ubicación de la fuente productora"*. En cambio, tratándose de contribuyentes no domiciliados en el país, de sus sucursales, agencias o establecimientos permanentes,

SUNCE, Horacio. *El concepto de rédito en la doctrina y en el Derecho Tributario*. Buenos Aires: Editorial De Palma, 1967. Pág. 132.

²¹ La teoría del Flujo de Riqueza señala que será renta el total del flujo de riqueza que desde los terceros fluye hacia el contribuyente, en un periodo dado. Este criterio engloba todas las rentas categorizables como renta-producto, pero al no exigir que provenga de una fuente productora durable, ni importar su periodicidad, abarca una serie más de ingresos como las ganancias de capital realizadas, los ingresos por actividades accidentales, los ingresos eventuales e ingresos a título gratuito.

²² GRELLAUD, Guillermo D. "La ganancia empresarial y el Impuesto a la Renta en el Perú". En: *Libro Homenaje a Armando Zolezzi Möller: Temas de Derecho Tributario y Derecho Público*. Primera edición. Lima: Palestra Editores, Perú, 2006. Pág. 966.

según la misma norma, el impuesto recaerá sólo sobre las rentas gravadas de fuente peruana.²³

Bajo el principio de fuente (o del territorio) la suerte del tributo está supeditada a que la fuente generadora de la renta se ubique en nuestro país. En consecuencia, en el caso de los no domiciliados, resulta esencial determinar el lugar de ubicación de la fuente productora de renta para de ese modo establecer si el perceptor tiene o no la condición de sujeto pasivo en el Perú.

Siendo más precisos, para determinar si las rentas que pudiera obtener un sujeto no domiciliado por vender acciones de una empresa constituida en el país califican como rentas de fuente peruana, debemos observar los Artículos 9 y 10 de la LIR, los cuales fijan los alcances del concepto de renta de fuente peruana.²⁴

En tal sentido, cabe advertir que el inciso h) del Artículo 9 de la LIR señala que en general y cualquiera sea la nacionalidad o domicilio de las partes que intervengan en las operaciones y el lugar de celebración o cumplimiento de los contratos, se consideran rentas de fuente peruana, entre otras, aquellas obtenidas por la enajenación, redención o rescate de acciones y participaciones representativas de capital de empresas o sociedades constituidas o establecidas en el Perú.

Así pues, observamos que los sujetos no domiciliados en el país tributan el IR por sus rentas de fuente peruana, las cuales están constituidas, entre otras, por el ingreso proveniente de la enajenación, redención o rescate de acciones y participaciones representativas del capital (ganancias del capital).

Habiéndose determinado que la enajenación de acciones representativas del capital de empresas o sociedades constituidas en el Perú genera rentas de fuente peruana, es importante señalar que la Administración Tributaria ha establecido mediante el Informe N° 229-2005-SUNAT/2B0000 que mediante la fusión por absorción de dos sujetos no domiciliados **que involucre que la absorbida sea titular de acciones de una empresa domiciliada en el Perú**, se genera renta de fuente peruana al haberse enajenado dichas acciones hacia la absorbente:

Informe N° 229-2005-SUNAT/2B0000

²³ GARCÍA SCHRECK, Marcial. "Precios de Transferencia en la venta de acciones de empresas constituidas en el país por sujetos no domiciliados". En: *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, N° 45, marzo 2007. Pág. 32. Lima.

²⁴ Las rentas de fuente peruana normalmente se liquidan y pagan en forma definitiva, al tratarse de un tributo de realización instantánea, mediante retención en la fuente por parte del pagador de la renta. Efectivamente, como regla general, las personas que paguen o acrediten rentas a beneficiarios no domiciliados deben retener y abonar al fisco el 30% sobre las rentas netas comprendidas en los importes pagados, acreditados o devengados. GARCÍA SCHRECK, Marcial. Ob. Cit. Pág. 32.

Si una empresa no domiciliada, titular de acciones representativas del capital de una sociedad anónima constituida en el país, se fusiona con otra empresa no domiciliada (fusión por absorción), dicha reorganización supone la enajenación de las acciones y la generación de rentas de fuente peruana, en aplicación del inciso h) del artículo 9º de la Ley del Impuesto a la Renta.

En el mencionado informe, la Administración Tributaria fundamenta dicho criterio señalando que el Artículo 5 de la LIR establece que para los efectos del mismo, se entiende por enajenación la venta, permuta, cesión definitiva, expropiación, aporte a sociedades **y, en general, todo acto de disposición por el que se transmita el dominio a título oneroso**, por lo que señala, que toda vez que la fusión supone la transmisión en propiedad del patrimonio de la empresa absorbida a la empresa absorbente –el cual puede estar integrado, entre otros, por acciones representativas del capital de una sociedad anónima constituida en el país (cuenta del activo como inversiones)-, se puede afirmar que la transferencia de tales acciones califica como una enajenación y por ende, susceptible de generar rentas de fuente peruana.

Bajo dicho análisis, la SUNAT determina que conforme a nuestra legislación, la reorganización de sociedades supone la existencia de un transferente y un adquirente del patrimonio involucrado en la reorganización, considerándose que dicho patrimonio se transfiere en propiedad, razón por la cual, las acciones emitidas por una empresa domiciliada en el país que se transfieren por parte de un sujeto no domiciliado por medio de una fusión, genera rentas de fuente peruana.

Consideramos que dicha interpretación resulta errónea, considerando que en el caso de las fusiones no existe una enajenación de acciones de un sujeto a otro, pues si bien hay un transferente y un adquirente, dichos sujetos se encuentran dentro de un proceso de reorganización empresarial, específicamente dentro de una fusión, la cual no supone la finalización de las empresas desarrolladas por las sociedades involucradas en tales procesos, sino la continuidad de dichas empresas bajo formas jurídicas distintas,²⁵ de tal manera que es inadecuado dar a la transferencia por este medio los mismos efectos que a la realizada por compraventa, aporte u otros procedimientos distintos cuya naturaleza jurídica no guarda relación alguna con la fusión.

En esa misma línea de pensamiento, Humberto Medrano²⁶ señala que en la fusión se extingue la personalidad jurídica de las sociedades incorporadas o existentes y se produce la transmisión en bloque y a título universal de sus patrimonios a la absorbente o nueva sociedad, de modo que éstas no son sino la permanencia jurídica y económica de aquélla por lo que no cabe considerar que los bienes así transferidos suponen la adquisición por un tercero extraño. Por el contrario, el transferente continua sus propias operaciones

²⁵ SÁNCHEZ OLIVAN, José. *La fusión y la escisión de sociedades*. Madrid: Editoriales de Derecho. 1988. Pág. 166.

²⁶ MEDRANO CORNEJO, Humberto. Ob. Cit. Pág. 314.

en cabeza del adquirente. No se produce una transmisión de bienes singulares, sino, como ordena la Ley, a título universal, lo cual explica que los derechos (y obligaciones) de la absorbida se prolonguen en la absorbente.

Sin embargo, a pesar de lo expuesto, la Administración Tributaria mantiene en la actualidad, el criterio del informe mencionado. Siguiendo la línea de interpretación de la Administración Tributaria, observamos que una fusión internacional entre sujetos no domiciliados que involucre la transferencia de acciones de una sociedad domiciliada en el país ocasionará renta de fuente peruana, para lo cual, deberá aplicarse la tasa del 30% sobre la renta generada por dicha transferencia. Como bien sabemos, para determinación la ganancia producida y que el tributo sólo se aplique sobre el resultado neto, es necesario obtener una certificación previa de la Administración Tributaria del costo de las acciones objeto de la enajenación (mediante la recuperación del capital invertido) con anterioridad al pago del precio o contraprestación correspondiente.

En virtud de ello, estaríamos un problema, toda vez que en el caso de una fusión entre dos o más sujetos no domiciliados, se necesitará la certificación de recuperación de capital invertido, a fin de determinar la renta bruta al disminuir el costo de las acciones transferidas, entonces cabría preguntarnos ¿Se requiere certificación de capital cuando se realiza una enajenación entre sujetos no domiciliados?

De acuerdo con el Artículo 76 de la LIR, el pagador de la renta debe actuar como agente retenedor del impuesto que se genere en la operación ante el fisco local. Sin embargo, en el caso de los sujetos no domiciliados, no existe la obligación de retener para depositar al fisco peruano, por lo que el procedimiento de recuperación de capital invertido no sería aplicable a este caso.

No obstante, en vista a que no existe norma alguna que regule el caso de la generación de renta de fuente peruana con ocasión de la exclusiva participación de sujetos no domiciliados, es recomendable realizar el trámite de recuperación de capital invertido, a fin de lograr la certificación del costo de las acciones que se transfieren y a efectos de brindarle mayor seguridad a la actuación de los sujetos no domiciliados, pues a pesar del vacío normativo existente en este caso, consideramos que para nuestra legislación ésta es la única forma de demostrar con certeza ante la Administración Tributaria, el costo incurrido en las acciones que se transfieren. De lo contrario, en caso no se logre certificar el capital invertido, el impuesto recaerá sobre el total de los ingresos provenientes de la transacción.

Teniendo en cuenta dicho escenario, resulta oportuno preguntarnos también, ¿Cómo se efectúa el pago en el caso de enajenación entre no domiciliados?

En este caso es necesario advertir que el inciso f) del Artículo 47 del Reglamento contempla la presentación de la declaración jurada anual (y consiguiente pago directo del impuesto) en el caso de sujetos no domiciliados,

cuyas rentas de fuente peruana no hubieran estado sujetas a retención como pago definitivo.

Esta es una excepción a la regla general según la cual en todos los casos en que el contribuyente es un no domiciliado, se le atribuye a otra persona domiciliada la condición de responsable para que actúe como sujeto pasivo de hecho reteniendo el respectivo importe del tributo y entregándolo al Fisco dentro de un plazo determinado. Sin embargo, cabe recordar que en el caso de las transferencias de acciones emitidas por una empresa domiciliada en el país, luego de la vigencia de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 979, publicado el 15 de marzo de 2007, vigente a partir del 01 de enero de 2008, las sociedades o empresas domiciliadas en el país emisoras de acciones, participaciones u otros valores mobiliarios representativos de un derecho de participación en su capital, dejan de tener responsabilidad por el pago del impuesto.

En los casos en que no es posible efectuar la retención, como sucede cuando un accionista no domiciliado transfiriera sus títulos a otro sujeto no domiciliado, es imposible la exigencia del tributo al comprador no domiciliado a quien no alcanza la facultad de recaudación de la SUNAT.

Es por ello que, los contribuyentes no domiciliados deberán pagar directamente el impuesto, en los términos previstos en el inciso e) del Artículo 39 del Reglamento de la LIR. Dicha norma establece que en aquellos casos en que no se hubiera efectuado la retención o percepción, los contribuyentes quedan obligados a abonar al fisco, dentro de los mismos plazos, el importe correspondiente.²⁷

IV. APRECIACIONES FINALES

Como lo venimos mencionando, las fusiones de empresas con fines de reorganización en el exterior, originan diversas complicaciones cuando involucran a sociedades residentes en diferentes países o cuando integran a accionistas domiciliados en diferentes Estados. Ello se debe a que el tratamiento tributario de tales operaciones presenta diversas dificultades, ya que suponen la concurrencia de más de un Estado con potestad tributaria para gravar las ganancias o transferencias patrimoniales que se producen a nivel internacional.

La complejidad de evidencia aún más, cuando observamos que nuestra legislación societaria y tributaria solo contemplan reglas claras y la neutralidad fiscal para las reorganizaciones societarias realizadas entre empresas

²⁷ De acuerdo a la Cuarta Disposición Complementaria Final de la Resolución de Superintendencia N° 003-2010/SUNAT, los contribuyentes no domiciliados en el país que obtengan rentas de fuente peruana, sobre las cuales no se hubiere realizado la retención del impuesto en la fuente deberán realizar el pago del impuesto no retenido mediante formulario preimpreso 1073, habilitado para el pago del impuesto, consignando el código de tributo 3061 -Renta No domiciliados Cuenta propia- y el periodo correspondiente al mes en que procedía la retención.

constituidas en nuestro país, desconociendo la importancia de regular cuanto antes los efectos de las reorganizaciones empresariales en donde participen empresas extranjeras.

Consideramos que es necesario lograr una armonización de las normas societarias y tributarias en la regulación de las reorganizaciones internacionales, a fin de presentar un panorama normativo claro y seguro que garantice la actuación de los inversionistas extranjeros, en base a la aplicación de la neutralidad en los procesos de reorganización empresarial, pues como bien señala Paul Cahn-Speyer, las reestructuraciones empresariales, realizadas a través de los mecanismos jurídicos común y genéricamente denominados "fusiones y adquisiciones", han sido considerados por un gran número de naciones como de interés general, justificándose que los legisladores propugnen por regímenes de neutralidad fiscal o el establecimiento de exoneraciones impositivas específicas.²⁸ En efecto, dicho autor menciona que esta desgravación tributaria persigue que el factor impositivo no incida en las decisiones sobre fusiones como fuentes de generación de valor, propicias para satisfacer una mayor integración y mejor organización para el alcance de las dimensiones más apropiadas en pro del crecimiento de los mercados a nivel global y, con ello, derivar los efectos sinérgicos óptimos de competitividad.²⁹

Además de ello, es necesario regular en coordinación con otros Estados, la armonización de los efectos fiscales que podrían ocasionar las diversas reorganizaciones societarias entre empresas constituidas en diferentes Estados, pues de otorgarse la neutralidad a las reorganizaciones internacionales sólo en algunos Estados, podría darse el caso que un Estado contemple el diferimento de resultados para las reorganizaciones societarias, pero no así los otros Estados en los que las acciones de las subsidiarias o sus activos cambian de propiedad como consecuencia de las fusiones, de modo que el sacrificio recaudatorio efectuado por un Estado para propiciar la realización de estos procesos beneficiaría a los que han optado una posición distinta,³⁰ siendo ello evidentemente injusto.

En ese mismo sentido opina Ana Martínez Mier,³¹ quien señala que en las

²⁸ CAHN-SPEYER, Paul. Ob. Cit. Pág. 1.

²⁹ Este autor menciona además, que puede resumirse el fundamento filosófico que entraña la necesidad de garantizar la neutralidad fiscal de este tipo de operaciones en la frase acuñada en la doctrina según la cual la fiscalidad 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. En: CAHN-SPEYER, Paul. Ob. Cit. Pág. 1.

³⁰ CÓRDOVA ARCE, ALEX. Ob. Cit. Pág. 59.

³¹ MARTÍNEZ MIER, ANA. *Las cláusulas de reorganización empresarial en los convenios para evitar la doble imposición firmados por España con México, EE.UU. de América y Francia*. Trabajo presentado al X Curso de Alta Especialización en Fiscalidad Internacional celebrado en la Escuela de la Hacienda Pública del Instituto de Estudios Fiscales en el segundo semestre de 2008. Pág. 128.

operaciones de reorganización con componentes personales o materiales situados en más de un Estado, el Estado donde radican los elementos patrimoniales transmitidos o reside la sociedad cuyos valores se canjean tiene potestad tributaria como Estado de la fuente. De este modo, señala dicha autora, una combinación de negocios exonerada de tributación por motivos de neutralidad fiscal en el Estado de residencia de la sociedad transmitente o de residencia de los socios que canjean puede ver malogrado en todo o en parte dicho objetivo de neutralidad fiscal si el Estado de la fuente persiste en el gravamen.

A fin de que nuestro país no sufra un perjuicio fiscal al optar por la aplicación del diferimento en el caso de las fusiones internacionales, consideramos que debería proponer la celebración de diversos tratados que solucionen el problema fiscal de las fusiones internacionales, ejemplo de ello sería, como señala Alex Córdova,³² la utilización de los Convenios para Evitar la Doble Imposición como un paliativo para reducir los costos tributarios que podrían originar las reorganizaciones societarias en el ámbito internacional (tal como lo viene realizando la legislación española). Debido a que dichos convenios podrían establecer cláusulas específicas que delimiten la potestad de los Estados para gravar las rentas originadas por las transferencias de acciones y demás activos involucrados en los procesos de reorganización empresarial a nivel internacional.

Lima, setiembre de 2010.

³² CÓRDOVA ARCE, Alex. Ob. Cit. Pág. 61.

