
Impuesto a la renta y reorganización de sociedades y empresas

Humberto Medrano Cornejo

Abogado. Profesor de derecho tributario en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

En todos los países la legislación tiende a fomentar la reorganización de sociedades y empresas, entendiendo que se trata de un mecanismo que les permite producir más y mejor por lo que debe contarse con un procedimiento que apoye y facilite la fusión y escisión pero que, de otro lado, no se convierta en un fácil medio para evadir el cumplimiento de obligaciones tributarias. Es por ello que en este ángulo existe un difícil y delicado equilibrio que debe mantenerse a toda costa, pero que no siempre puede lograrse.

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 tributarias aplicables, señaladamente en lo relativo al Impuesto a la Renta y a los tributos que gravan las transferencias de bienes.

La legislación peruana ha tenido un temperamento oscilante, habiéndose llegado al extremo de tener en la Ley del Impuesto a la Renta una referencia sobre la reorganización, pero remitiendo su aplicación a los detalles que debían ser materia del Reglamento que, como ha ocurrido muchas veces en nuestro país, nunca se expidió, a pesar del tiempo transcurrido. Finalmente, a partir del ejercicio 1999, contamos con regulaciones sobre la materia que incluyen tres regímenes alternativos cuyos aspectos más importantes serán materia de comentario.

1 ¿Cuándo existe reorganización?

La reorganización se configura en los casos de

fusión y escisión. El Reglamento -autorizado por la Ley- puntualiza que, por extensión, también pueden fusionarse las empresas individuales de responsabilidad limitada, cuando pertenezcan al mismo titular.

De otro lado, también se incluye la reorganización simple, excepto la transformación por la obvia razón de que en esta última no existe ninguna transferencia de bienes y, por lo tanto, no se presentan las circunstancias que determinan la generación de beneficios ni la hipótesis de incidencia en los tributos que afectan la transferencia de bienes, cuya titularidad se mantiene inalterable.

En principio, la reorganización sólo comprende a las sociedades domiciliadas en el país pero excepcionalmente pueden fusionarse las sucursales de personas jurídicas no domiciliadas, siempre que se fusionen sus casas matrices u oficinas principales en el extranjero. Igualmente, es posible la fusión de una o más sucursales de personas jurídicas no domiciliadas y una persona jurídica domiciliada, si es que está precedida de la fusión de la respectiva matriz con la persona jurídica establecida en el Perú.

Conviene destacar que la Ley General de Sociedades arbitra los medios para que una empresa constituida en el exterior traslade su domicilio al Perú, de tal manera que este mecanismo puede emplearse -cuando resulte conveniente- para facilitar el proceso. Es de advertir que no existe ninguna regulación que determine la manera en que deben valorizarse los

bienes si es que la empresa no domiciliada tiene activos radicados en el exterior. De otro lado, tampoco se ha regulado el tratamiento que correspondería dar en el Perú a la empresa que antes de trasladar su domicilio al país, revalúa sus activos con arreglo a las normas legales aplicables en el territorio en que está constituida.

Se trata de un extremo que tiene importancia porque puede ocurrir que, después de efectuada la revaluación en el exterior, la empresa decida trasladar su domicilio al Perú. En esta hipótesis, al abrirse los libros en el país el costo de los bienes sería el monto revaluado registrado en la contabilidad del exterior. Asimismo, si tal empresa extranjera tiene sucursales en el país, podría escindir los bienes dedicados a la actividad que desea seguir desarrollando en el exterior y proceder luego a trasladar su domicilio, asumir todas las sucursales y después fusionarse con otra sociedad establecida en el país.

En la fusión y en la escisión las acciones o participaciones son recibidas por los socios de las nuevas sociedades o de la sociedad absorbente, mientras que en la reorganización simple, según los artículos 391 y 392 de la Ley General de Sociedades, las acciones se entregan a la sociedad que hizo el aporte.

2 Regímenes del impuesto a la renta.

De acuerdo con la Ley del Impuesto a la Renta las sociedades o empresas pueden optar, en forma excluyente, por cualquiera de tres regímenes. Se entiende que la opción debe ejercerse con motivo de cada reorganización, de tal manera que el régimen puede variar en cada nueva operación. Los regímenes son los siguientes:

2.1 Régimen 1.

Si las sociedades o empresas acuerdan la revaluación voluntaria de sus activos, el mayor valor está gravado con el Impuesto a la Renta. En este caso el costo computable de los bienes para efectos tributarios es el monto al que fueron revaluados.

Es importante señalar que el numeral 1 del artículo 104 que regula este extremo puntualiza que

“los bienes transferidos, **así como los del adquirente**” tendrán como costo el valor revaluado. En el régimen transitorio que precedió al vigente, existía dudas, en el caso de fusión por absorción, sobre la posibilidad que absorbente y absorbida revaluarán sus activos, pues el texto parecía limitarse a los bienes de “la transferente”.

En cambio, la norma vigente es enfática al permitir la revaluación y consiguiente variación del costo computable de los bienes de una y otra sociedad. Sin embargo, el pago del impuesto como requisito para que la revaluación implique modificar dicho costo computable, genera algunas dudas. En primer lugar, es claro que la norma no crea un nuevo tributo especial para afectar estas específicas operaciones.

Por el contrario, se señala expresamente que el mayor valor “estará gravado con el Impuesto a la Renta”, de manera que es forzoso interpretar que resulta de aplicación el conjunto del ordenamiento legal referido a este tributo. Dicho de otra manera, no existe un Impuesto especial a la renta que grave la revaluación, lo que permite concluir que el mayor valor integra la materia imponible, sumándose a los beneficios que la empresa pudiera haber generado en razón de su actividad económica. Si la absorbida revalúa sus bienes dando lugar a un determinado excedente, no estará obligada al pago del impuesto si ella tuviera pérdidas acumuladas arrastrables por un importe superior.

En tales circunstancias al no pagarse el Impuesto a la Renta por carecer de materia imponible, ¿no podría modificarse el costo computable de los bienes? Nosotros consideramos que, no existiendo ninguna restricción concreta, el costo computable se modifica a pesar de no haberse pagado el impuesto, por no existir materia imponible; es decir, que el pago del impuesto como condición para modificar el costo computable está supeditado a que en efecto, resulte renta neta ya que lo contrario supondría exigir el tributo a pesar de existir pérdidas, lo que carecería de coherencia.

En resumen, debemos entender que cuando la Ley señala que el monto revaluado estará gravado con el Impuesto a la Renta es porque considera que se integra a la materia imponible del contribuyente. Si el

excedente de revaluación se destina a la compensación de pérdidas, ello no impide que éstas continúen arrastrándose porque, según el artículo 29 del Reglamento, “los contribuyentes no pierden el derecho de efectuar la compensación de pérdidas cuando las pérdidas sean cubiertas por reservas legales, por la reducción del capital, por nuevos aportes de los socios o en cualquier otra forma”. Ello, no obstante que el régimen descrito permite modificar el costo computable de los activos, ya que no percibimos en la norma ninguna limitación de esta facultad.

El pago del impuesto como consecuencia de la revaluación y la presentación de la respectiva declaración jurada deben efectuarse por las sociedades que se extingan, dentro de los tres meses siguientes a la fecha de entrada en vigencia de la reorganización. Esta regulación permite afirmar que las sociedades que continúan habrán de pagar el tributo en la misma fecha en que corresponda presentar su declaración jurada anual.

2.1.1 Valor depreciable y vida útil en las normas legales anteriores.

El régimen transitorio de revaluación de activos que estuvo en vigencia hasta el ejercicio 1998, si bien establecía que el valor revaluado constituiría el nuevo costo computable de los bienes, no contenía ninguna precisión sobre la vida útil que debía considerarse; es decir, no aclaraba si luego de la reorganización -y consiguiente revaluación- el plazo para depreciar tales bienes seguía siendo el que correspondía a la empresa transferente. En vista de tal ausencia de regulación, nosotros hemos considerado⁽¹⁾ que la depreciación debía ser efectuada por el adquirente en el mismo lapso que faltaba en manos del adquirente. Esta apreciación se basaba en los elementos siguientes:

a) No es cierto que al otorgarse mayor valor a los bienes ello supone una extensión de su vida útil. No es posible advertir las razones que podrían invocarse para identificar incremento de valor con ampliación del plazo para depreciar. En un ejemplo extremo, si una maquinaria ha sido diseñada técnicamente para durar diez años y ya han transcurrido

cinco de uso, es evidente que aún cuando se incremente su valor nominal (por ejemplo a causa de la inflación) ello no puede significar la prolongación de su vida útil, ya que estrictamente, la duración no depende del valor del bien sino de sus características intrínsecas.

Revaluar contablemente no supone modificar la estructura de los bienes, ni renovarlos total o parcialmente o mejorarlos de una u otra forma, hipótesis en las cuales sería plenamente aceptable la extensión de su vida útil. Si nada de ello ha ocurrido, si los bienes no han sido objeto de ninguna modernización o mejora, sino que se mantienen exactamente en las mismas condiciones técnicas que poseían mientras estuvieron en manos de la empresa original, no habría fundamento para sostener que la revaluación incrementa dicha vida útil.

Hay que destacar que no sólo no existe ninguna norma que establezca dicha ampliación cuando se revalúa, sino que los antecedentes legales -aunque para una situación distinta- indican lo opuesto. En efecto, en los regímenes de revaluación de hace algunos años, el plazo de depreciación no se modificaba. Así, por ejemplo, el Decreto Supremo No.251-80-EF puntualiza que el mayor valor atribuido a los bienes del activo fijo menos la depreciación acumulada, se depreciará (...) en cuotas proporcionales al número de años que falten para depreciarlas (...) totalmente (...).

En consecuencia, el mantenimiento de la vida útil de los bienes revaluados no sólo no resulta violatorio de ningún aspecto jurídico sustancial, sino que -por el contrario- significa la consecuencia lógica de la proyección de la empresa reorganizada.

b) En la fusión y escisión existe continuidad jurídica, no se trata de la transferencia de bienes a terceros. En la fusión por absorción se extingue la empresa absorbida pero sin liquidarse, como señalaba el artículo 307 de la Ley General de Sociedades que pretendía explicar, de esta manera, que las actividades proseguían en la absorbente.

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,

(1) *Análisis Tributario*. No.142

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 continúa sus propias operaciones 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.

Lo mismo ocurre en la escisión donde, según Rafael Guasch (...) la doctrina mercantil admite en forma unánime que en la operación de escisión se produce la sucesión a título universal, una sucesión *in universum ius* de las sociedades beneficiarias en las fracciones patrimoniales procedentes de la sociedad o sociedades escindidas⁽²⁾.

Además, la fusión 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** (...) ⁽³⁾, 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 o escisión.

c) Aún cuando durante el régimen transitorio de la Ley No.26283 no existía ninguna regulación mercantil sobre la escisión, doctrinariamente -y según la Ley actual- se trata del fraccionamiento del patrimonio de una sociedad en dos o más bloques para transferirlos íntegramente a otras sociedades o para conservar uno de ellos.

Como ya se ha dicho, tanto en la fusión como en la escisión un aspecto esencial es que las acciones son emitidas **a nombre de los accionistas** de las sociedades involucradas y no a nombre de las sociedades mismas, lo cual evidenciaría que no se trata de meros aportes o transferencias de bienes aisladamente considerados que una sociedad efectúa en favor de otra y en cuya virtud recibe las acciones generadas por tales aportes o el precio pactado por la transferencia. Tomar en cuenta esta distinción resulta

imprescindible para abordar el tema que se analiza.

La tesis de la nueva vida útil por revaluación podría aceptarse si se tratara del aporte o venta de bienes, ya que en estos supuestos no ocurre ninguna continuidad jurídica de la sociedad que era titular de los mismos, sino una simple adquisición de activos que deben depreciarse -a partir de su uso por la adquirente- en el plazo que señalan las normas tributarias, salvo autorización distinta de SUNAT. En cambio, en la fusión y escisión los derechos y obligaciones se mantienen sin variación en la sociedad adquirente.



De lo expuesto se sigue que no puede llegarse a la misma conclusión cuando se trata de actos sustancialmente distintos; es decir, la solución que se presenta cuando se venden o aportan activos de una sociedad a otra no puede extrapolarse para aplicarla a una situación jurídica radicalmente diferente como es la fusión o escisión.

d) La continuidad jurídica que suponen los procesos de fusión o escisión -fundamento de nuestra posición- no sólo está recogida por la doctrina sino

(2) GUASCH, Rafael. *La Escisión de Sociedades en el Derecho Español: La tutela de los intereses de socios y acreedores*.

(3) OLIVAN, José Sánchez. *La fusión y la escisión de sociedades*.

por la legislación positiva. Así, el artículo 353 de la nueva Ley General de Sociedades, al referirse a la fecha de vigencia de los acuerdos precisa: “En esa fecha cesan las operaciones y los derechos y obligaciones de las sociedades que se extinguen, los que son **asumidos** por la sociedad absorbente o incorporante”.

Repárese en que la norma legal no alude a nuevos derechos y obligaciones, sino que se refiere a los mismos que correspondían a las sociedades que se extinguen; no nacen, no se crean ni surgen nuevas atribuciones sino que se trata de aquéllas que ya existían y que son asumidas por la adquirente. Conforme al diccionario asumir significa atraer a sí, tomar para sí. Por lo tanto, cuando la Ley establece que los derechos son asumidos por la sociedad adquirente no existe duda que se está refiriendo a los derechos pre-existentes que son tomados en las mismas condiciones que correspondían a la transferente, de modo que no habría razón legal para sostener que sufren alguna modificación o recorte.

Entre los derechos que debe asumir la adquirente, obviamente, se encuentra el de continuar depreciando los bienes del activo fijo por el lapso que, en función de su vida útil, facultaba la Ley a la sociedad transferente y que la adquirente debe atraer a sí ya que ésta se sustituye en los derechos de aquélla.

Por lo tanto, no es cierto que la Ley permita sostener que en la fusión o escisión la adquirente debe dar a los bienes el tratamiento de activos recién adquiridos sino que el mandato de la norma señala exactamente lo contrario: La adquirente debe asumir todos los derechos y obligaciones, tiene que continuar, proseguir con ellos, como si se tratara de la propia sociedad transferente.

Según lo dicho, la reorganización (fusión o escisión), de un lado, no crea nuevos derechos pero, por otra parte, tampoco extingue o modifica los existentes y, por ello, la adquirente no podría pretender reducir la vida útil que los bienes tenían en poder de la transferente para, por este medio, (sin permiso de la autoridad) disminuir su materia imponible del Impuesto a la Renta pero -simétricamente y en función de las mismas razones- tampoco podría incrementar la vida útil de los referidos bienes.

En efecto, si al margen del proceso de

reorganización una ley se limitara a autorizar la revaluación del activo fijo sin regular el plazo para depreciarlos, ¿tal empresa tendría el derecho o la obligación de extender su vida útil? No existe norma legal que faculte u ordene tales actitudes. Las autoridades tributarias podrían, fundadamente, reparar el monto de la depreciación efectuada durante los años indebidamente incrementados, para lo cual argumentarían que debió llevarse a cabo en el mismo lapso que hubiera correspondido en manos de la transferente.

e) En el caso concreto de la escisión, el artículo 378 de la nueva Ley General de Sociedades al referirse a su vigencia precisa que a partir de esa fecha las sociedades beneficiarias asumen **automáticamente** las operaciones, derechos y obligaciones de los bloques patrimoniales escindidos y cesan con respecto a ellos las operaciones, derechos y obligaciones de la o las sociedades escindidas (...).

La norma no puede ser más clara. Se trata de una **asunción automática**; es decir, que sin necesidad de pre-requisito alguno, sin visto bueno de las autoridades, sin solicitud previa, la adquirente atrae a sí, toma para sí los derechos de la escindida, pero en los mismos términos y condiciones que correspondían a ésta sin solución de continuidad (única explicación para el vocablo automática), de tal manera que no pueden incrementarse o reducirse, pues la intención del legislador es que continúen como si se tratara de la sociedad escindida. Las atribuciones y facultades que la Ley confirió a ésta no se extinguen ni desaparecen sino que se mantienen plenamente vigentes en un nuevo titular. No se diluye el derecho a depreciar el activo fijo en un plazo determinado y nace otro distinto, sino que el que ya existía es asumido por la sociedad adquirente.

En consecuencia, con relación a la cuestión analizada bastaría preguntarse ¿por cuántos años más tenía la sociedad escindida derecho a depreciar los bienes de su activo? La respuesta indicará el plazo que corresponderá depreciar a la adquirente, pues en el preciso momento en que una cesa en tal derecho, éste es tomado para sí por la otra; no nace uno nuevo con un plazo distinto, sino que se mantiene inalterable el que pre-existía.

f) Conforme a la Ley de Sociedades, vigente durante el régimen transitorio de la Ley No.26283, los activos debían amortizarse anualmente en proporción al tiempo que hayan de utilizarse y la disminución que sufran por su uso o disfrute (artículo 252), de manera que si una la empresa al amparo de la norma indicada -en concordancia con las disposiciones tributarias- consideró que la vida útil de tales bienes era, por ejemplo, de diez años, adquirió un derecho que no puede sufrir modificación alguna por la sola circunstancia de la reorganización. Por el contrario, como se ha visto, el propósito del legislador -que destaca la doctrina- es que los deberes y atribuciones legales de una sociedad sean automáticamente asumidos por otra, sin incrementarlos o disminuirlos. El objetivo es que los derechos de la escisionaria salvo -naturalmente- que existiera mandato expreso en contrario lo que, evidentemente, no ocurrió durante el mencionado periodo transitorio, de tal manera que no hay fundamento legal para sostener que la revaluación de bienes conforme a la Ley No.26283 implica modificación del derecho a depreciarlos en un cierto plazo.

g) Es importante notar que cada vez que el legislador ha deseado limitar o restringir la transmisión de alguno de los derechos en el proceso de reorganización, lo señala expresamente para que no queden dudas sobre su intención. Así, el Decreto Supremo No.120-96-EF establece específicamente:

En los casos de fusiones, divisiones y escisiones de personas jurídicas realizadas al amparo de lo dispuesto por las Leyes No.26283, 26416 y 26561, la autoridad administrativa correspondiente podrá autorizar la transferencia de derechos reconocidos por el Estado, exceptuándola de los plazos legalmente establecidos, correspondiendo dichos derechos a la persona jurídica que resulte de la fusión o aquéllas que resulten de la división o escisión, en mérito de los acuerdos societarios.

Obsérvese que la norma se ha preocupado de puntualizar en forma indubitable que estos derechos no se transmiten de manera automática, como exige la Ley General de Sociedades, sino que ha planteado el requisito previo de la petición a la autoridad

competente, de modo que si su propósito hubiera sido aplicar una restricción semejante respecto al plazo para depreciar los bienes de activo fijo, ello tendría que haber merecido una regulación concreta en tal sentido, lo que no ha ocurrido y, por ello, la sociedad adquirente asumió de inmediato y a plenitud tal derecho.

Esta actitud se aprecia igualmente en el Decreto Supremo No.157-97-EF, conforme al cual: “En el caso de fusión o división de personas jurídicas al amparo de la Ley No.26283, para la transmisión de derechos se requiere que la adquirente reúna las condiciones y requisitos que permitieron a la transferente gozar de los mismos”.

En el caso de fusión no podrán ser transmitidos los beneficios conferidos a través de convenios de estabilidad tributaria a alguna de las personas jurídicas participantes de la fusión; salvo autorización expresa de la autoridad administrativa correspondiente (...) previa opinión técnica de la SUNAT.

También allí puede verse claramente que para la restricción de la transmisión de los derechos es indispensable una mención expresa de la norma y como quiera que ello, ciertamente, no sucede con el plazo de la vida útil de los bienes, carece de fundamento sostener que es aplicable un recorte que no se encontraba contemplado en ningún dispositivo.

A la misma conclusión se llega, analizando el artículo 4 del Decreto Supremo No.120-94-EF que señala: “La adquirente podrá aplicar las pérdidas tributarias de la transferente **hasta por un monto equivalente** al valor transferido de los activos adquiridos por la fusión”.

En el caso de división de personas jurídicas, las pérdidas arrastrables se transferirán **en forma proporcional** al valor de los activos transferidos.

Nótese que la actitud del legislador es siempre la misma: Sabiendo que la fusión y la escisión implican ceder en forma automática todos los derechos de la sociedad transferente, en los casos que estima que ello no es conveniente, se cuida de recortar o restringir algunos o de imponer determinados parámetros a otros, porque de no mediar tales regulaciones pasarían íntegramente y sin solución de continuidad a la empresa adquirente.

Tomando en cuenta que respecto de la vida útil

de los bienes transferidos las normas anteriores no contenían ninguna restricción, recorte, reserva o supeditación al cumplimiento de ciertos requisitos, la conclusión era inevitable: En la fusión y en la escisión la empresa adquirente asume automáticamente el derecho de continuar depreciando los bienes del activo de la transferente por el mismo plazo a que ésta hubiera tenido derecho de no haber mediado la reorganización.

h) También tiene importancia destacar que según lo establecido por el artículo 17 del Código Tributario, son responsables solidarios: “3. *Los adquirentes del activo y pasivo de empresas o entes colectivos, con o sin personalidad jurídica. En los casos de fusión y escisión de sociedades a que se refiere la Ley General de Sociedades, surgirá responsabilidad solidaria cuando se adquiere el activo y/o pasivo*”.

Sin duda, este mandato del Código Tributario tiene su origen en la continuidad jurídica que suponen la fusión o escisión por lo que no se advierten las razones que podrían llevar a concluir que si bien es cierto que ellas conllevan la inmediata responsabilidad solidaria por todas las obligaciones impositivas, sin embargo la asunción de derechos no recortados (como el plazo de depreciación) no es automática y plena, sino que está sometida a restricciones que no aparecen de ninguna norma.

Tal interpretación no sólo es contraria a la lógica interior del ordenamiento legal -como creemos haber demostrado- sino que se aleja de su texto.

2.1.2 La vida útil de los bienes en el ordenamiento vigente.

Es evidente que la ausencia de regulación específica sobre este punto en las normas anteriores, que motivó diversas inquietudes, ha obligado a tratar esta materia de manera concreta al modificarse el Reglamento. En efecto, el artículo 69 de dicha norma precisa que al acogerse al régimen 1 y pagarse el Impuesto a la Renta por la revaluación efectuada, debe considerarse como valor depreciable el valor revaluado menos la depreciación acumulada y se puntualiza que “dichos bienes **serán considerados nuevos** y se les aplicará lo dispuesto en el artículo 22 del Reglamento”.

Esta precisión tiene importancia porque

significa que la empresa resultante de la reorganización debe considerar como costo computable no sólo el valor establecido como consecuencia de la revaluación, sino que tendrá que calcular la depreciación sobre el nuevo valor, como si los bienes recién hubieran sido adquiridos. De esta manera, si se permitiera la depreciación por un plazo de diez años y tales bienes ya hubieran sido depreciados durante, por ejemplo, cinco años, luego de la reorganización tendrá que empezar un nuevo período de diez años. La norma dispone el mismo tratamiento que se concede a los bienes usados recién adquiridos criterio que, si bien podría ser técnicamente cuestionable, constituye una regulación clara y precisa lo que, ciertamente, es mejor que la incertidumbre.

Sin embargo, conviene destacar que al haberse efectuado la remisión al artículo 22 del Reglamento se produce una importante consecuencia porque tal artículo, a su vez, modifica el criterio que tradicionalmente ha seguido nuestro legislador. En efecto, históricamente el ordenamiento legal establecía dos parámetros: vida útil de los bienes y porcentaje de depreciación, lo que implicaba una suerte de referente inmodificable, salvo permiso de la Administración.

Las disposiciones vigentes han variado sustancialmente el esquema y ahora se limitan a establecer un porcentaje máximo de depreciación anual, lo cual significa que no existe una tasa mínima de depreciación y que el contribuyente podría acortar o alargar la vida depreciable de los bienes modificando la tasa respectiva en cada ejercicio, con la única limitación de no exceder el porcentaje máximo contenido en la tabla.

Como se advierte, la combinación de los esquemas señalados podría conducir a una muy prolongada vida útil depreciable de los bienes, aunque es necesario destacar que ello es así sólo desde la perspectiva tributaria, pero podría objetarse desde el punto de vista mercantil o contable si es que el porcentaje de depreciación utilizado por la empresa no se concilia con la realidad de la pérdida de valor por el uso.

En todo caso, es necesario señalar que esta regulación sólo es aplicable a las reorganizaciones que se efectúen a partir de la vigencia de la Ley No.27034, pero no puede incidir en las que se llevaron a cabo al

amparo de la Ley No.26283, que no contenía tal restricción.

También es necesario puntualizar que el nuevo ordenamiento impide utilizar un porcentaje de depreciación para fines mercantiles y otro para propósitos tributarios como ocurría en el pasado. En efecto, conforme a las disposiciones legales anteriores no había inconveniente en aplicar una reducida tasa de depreciación en libros (lo que mejoraba los resultados de la empresa frente a terceros) y una tasa más elevada (dentro del rango admitido), vía declaración jurada, a fin de reducir la utilidad gravable y consiguientemente el monto del impuesto.

El Reglamento vigente precisa que: “la depreciación aceptada tributariamente será aquella que se encuentre contabilizada dentro del ejercicio gravable en los libros y registros contables siempre que no exceda el porcentaje máximo establecido (...) para cada unidad del activo fijo”. Como se advierte, si bien las nuevas normas establecen sólo un porcentaje máximo de depreciación y no una tasa mínima, es obligatorio que la misma depreciación se efectúe para fines mercantiles y tributarios.

**De acuerdo con la Ley del Impuesto
a la Renta las sociedades o
empresas pueden optar (...)
por cualquiera de tres regímenes (...)
la opción debe ejercerse con
motivo de cada reorganización (...)**

Según el artículo 74 inciso c), numeral 1 del Reglamento, si se opta por este régimen, después de cumplir determinados requisitos, el adquirente puede imputar las pérdidas del transferente hasta por un monto equivalente al valor transferido de los activos. Para establecer el monto arrastrable debe tomarse en cuenta el valor revaluado de los activos. Esta regulación permite confirmar que la absorbente puede no haber pagado el Impuesto a la Renta por el valor revaluado en razón de tener pérdidas acumuladas, sin que ello enerve su derecho a considerar como costo computable el nuevo valor.

2.2 Régimen 2.

Los activos pueden revaluarse y la diferencia entre el mayor valor pactado y su costo computable no está gravada “siempre que no se distribuya”. Es decir que el mayor valor no tiene efecto tributario. Ello significa que la depreciación debe efectuarse sobre el valor anterior. Asimismo, en la eventualidad de enajenación, la utilidad o pérdida estará determinada por la diferencia entre el costo previo y el precio en que los bienes sean transferidos (por supuesto, según valor de mercado).

Este régimen permite revaluar (y contabilizar) el mayor valor pero sólo admite deducir la depreciación por un importe menor, lo que crea un conflicto pues según el Reglamento: “la depreciación aceptada tributariamente será aquella **que se encuentre contabilizada** dentro del ejercicio gravable en los libros y registros contables, siempre que no exceda el porcentaje máximo establecido en la presente tabla para cada unidad del activo fijo (...)”. Observando el procedimiento tendríamos contabilizada una cierta depreciación pero sólo se admitiría otra, a pesar que el requisito es que ella se consigne en libros.

En nuestra opinión se trata de un conflicto más aparente que real, debiendo tenerse presente que el artículo 14 del Reglamento señala que en el caso de revaluación voluntaria el mayor valor debe ser contabilizado en las cuentas del activo y depreciación acumuladas que correspondan “en forma independiente del valor anterior” Asimismo, se precisa que el mayor valor resultante “no dará lugar a modificaciones en el costo computable ni en la vida útil de los bienes y tampoco será considerada para el cálculo de la depreciación (...)”. La exigencia de contabilizar la depreciación como requisito para deducirla tributariamente debe entenderse cumplida al seguir el procedimiento que indica la norma glosada; es decir, al registrar independientemente la depreciación correspondiente a los antiguos y nuevos valores.

Por otra parte, llama la atención que para no dar lugar al impuesto se haya exigido como condición que el monto revaluado “no se distribuya” y que el artículo 75 del Reglamento indique que: “Se presumirá sin admitir prueba en contrario que cualquier reducción de capital que se produzca dentro de los

cuatro (4) ejercicios gravables siguientes al ejercicio en el cual se realiza la reorganización constituye una distribución de la ganancia (...) excepto cuando (...) se haya producido en aplicación de (...) el numeral 4 del artículo 216 o en el artículo 220 de la Ley General de Sociedades. La presunción (...) también será de aplicación cuando se produzca la distribución de ganancias no capitalizadas”.

No existiendo ya Impuesto a la Renta sobre los dividendos, la prohibición de distribuir tendría naturaleza mercantil, por lo que resulta cuestionable que el Reglamento de la norma tributaria haga referencia a tal limitación. En efecto, el “excedente de revaluación” estrictamente- no genera utilidad distribuable porque, en realidad, no constituye ganancia efectivamente obtenida sino una expectativa de utilidad. En nuestro ordenamiento legal el destino del excedente ha sido siempre la compensación de pérdidas o la capitalización. Este temperamento es recogido, de alguna manera, por el artículo 75 del Reglamento, cuando precisa que la capitalización de la revaluación no constituye distribución del excedente y que, por ello, no enerva la revaluación efectuada.

Cabe preguntarse sobre los alcances de la presunción de distribución “cuando se produzca la distribución de ganancias no capitalizadas”. La desafortunada redacción de este párrafo puede llevar a pensar que las empresas que se han reorganizado conforme al régimen 2 deben considerar que ha ocurrido la distribución del “excedente” por el solo hecho de distribuir ganancias no capitalizadas. ¿Quiere decir que tales empresas nunca podrán distribuir ganancias? La respuesta, obviamente tiene que ser negativa porque lo contrario constituiría un despropósito, de manera que debe entenderse que la prohibición sólo puede estar referida a las ganancias que existían en el momento de la reorganización.

Sin embargo, ello conduce a otra pregunta. ¿Cómo puede distinguirse entre las utilidades no distribuidas que existían en el momento de la reorganización y las que han sido generadas posteriormente? Aparentemente, la única conclusión sería que las sociedades reorganizadas no pueden distribuir las utilidades acumuladas hasta por un importe igual al que existía en el momento de la

reorganización.

Ahora bien, ¿cuáles serían las consecuencias si la empresa involucrada distribuye la ganancia o queda incurso en las presunciones que suponen tal distribución? La primera, evidentemente, es que debe pagarse el impuesto sobre el monto revaluado ya que la exclusión estaba sujeta a la no distribución de la ganancia. Al incumplirse el requisito y pagarse el impuesto ¿Se modifica el costo computable de los bienes y, por lo tanto, la revaluación adquiere eficacia tributaria, como si el contribuyente se hubiera acogido al régimen 1? No existe ninguna regulación sobre el particular, pero puede advertirse que en tal hipótesis ya no habría ninguna diferencia con el régimen 1 y, por lo tanto, deberían resultar operantes todas las consecuencias que el pago del impuesto supone con arreglo a éste.

No obstante, al no existir ninguna regulación concreta sobre este extremo también podría interpretarse que la obligación de pagar el impuesto constituiría una suerte de “sanción”, que no habilita para el ejercicio de los derechos que se otorgan cuando se opta por el régimen 1. Sería deseable mayores precisiones sobre el particular.

Finalmente, debe tenerse presente que según el artículo 69 del Reglamento el valor depreciable de los bienes transferidos por reorganización es el mismo que hubiera correspondido en poder del transferente. Aunque en este caso no se hace una referencia expresa al artículo 32 de la Ley (que establece la obligatoriedad de considerar el valor de mercado), debe entenderse que éste no resulta de aplicación, toda vez que la norma ordena que el costo computable sea el mismo que el que correspondía en poder de la transferente.

2.2.1 Cuentas de control.

El artículo 70 del Reglamento señala que los contribuyentes que hubieren optado por acogerse a los regímenes previstos en los numerales 1 ó 2 del artículo 104 de la Ley, deberán mantener en cuentas separadas el valor histórico del activo y su respectivo ajuste y el mayor valor atribuido. Las cuentas de depreciación serán independientes de cada uno de tales conceptos.

Para las empresas que optan por el régimen 2 el mayor valor atribuido a los activos no integra el costo

computable y, por ello, su depreciación no es deducible lo cual, como hemos indicado arriba, podría conducir a un conflicto con el Reglamento, que sólo admite la depreciación que se encuentre contabilizada “siempre que no exceda el porcentaje máximo (...)”. Si se deprecia el valor revaluado y éste debe contabilizarse, como parece sugerirlo la primera lectura del texto, habría discordancia entre el importe de la depreciación en libros y el que es aceptable para fines del impuesto.

Sin embargo, la exigencia de cuentas separadas permitiría que, en el caso del régimen 2, existiera coincidencia entre la depreciación aplicada al valor histórico de los bienes en libros y el importe aceptable. El mayor valor atribuido a los activos fijos también podrá ser depreciado -como se infiere del citado artículo 70 del Reglamento- pero sin efecto tributario, entendiéndose que el “valor en libros” comprende sólo el histórico, porque una interpretación distinta llevaría a una contradicción insalvable.

2.3 Régimen 3.

Si las sociedades no revalúan sus activos, el costo para la adquirente es el mismo que correspondía atribuirles en poder de la transferente. Esto significa que, no obstante tratarse de bienes cuyo valor real es superior al de libros, la transferencia debe efectuarse sólo por su importe contabilizado, como señala el artículo 104 de la Ley al indicar que no resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 32 de la misma que es, precisamente, el que obliga a considerar el valor de mercado en todas las transferencias.

2.3.1 Arrastre de pérdidas.

La reorganización no debe ser utilizada como un simple mecanismo para trasladar las pérdidas de una a otra empresa y, por ello, habitualmente se establecen determinadas condiciones que deben cumplirse para hacer uso de tal derecho. El artículo 74 del Reglamento puntualiza que el adquirente podrá imputar las pérdidas tributarias del transferente cuando concurren los siguientes requisitos:

1) El adquirente deberá mantener la actividad económica que realiza el transferente al momento de realizar la reorganización, durante un período no inferior a dos años desde la fecha de entrada en vigencia

de la reorganización.

Se trata de una exigencia que ofrece algunas complejidades porque si la empresa transferente tiene pérdidas acumuladas, ello puede deberse a que su giro no cuenta con el mercado idóneo o que en tal actividad existen diversas circunstancias que la han llevado a situación de falencia, por lo que resulta contraproducente que para tener derecho a continuar arrastrando las pérdidas se obligue al adquirente a mantener las operaciones que, precisamente, han sido las causantes de las pérdidas.

De otro lado, la expresión “actividad económica”, no resulta muy clara. ¿Qué debe entenderse por ella? ¿Si la transferente fabricaba correas no puede la adquirente dedicarse a la producción de zapatos? ¿O el concepto “actividad económica” debe interpretarse en su sentido más amplio y concluir que se cumple el requisito si, por ejemplo, una y otra empresa pertenecen a la rama industrial?, de manera que la exigencia reglamentaria se cumpliría no en función del rubro específico de la actividad sino con arreglo al género de la misma.

En la reorganización simple, donde es posible el aporte de bienes singularizados, el requisito podría traducirse en la obligación de seguir aplicando los bienes a la misma finalidad específica que tenían en la transferente. En caso contrario, las autoridades podrían interpretar que no se trata de una verdadera reorganización sino simplemente de un aumento de capital por aporte de bienes, que debería efectuarse a valor de mercado generándose, de ser el caso, una ganancia con la consiguiente obligación de pagar el tributo. En tal hipótesis, ello significaría una modificación en el costo computable de los bienes, ya que el artículo 32 de la Ley señala que en caso de sobrevaluación o subvaluación, SUNAT procederá al ajuste tanto para el adquirente como para el transferente.

2) A la fecha de entrada en vigencia de la reorganización el transferente y el adquirente deberán encontrarse realizando actividades desde un período no inferior a 24 meses continuos.

Es evidente que lo que el legislador pretende evitar es que se constituya una empresa nueva con el exclusivo objeto de absorber a otra empresa con

pérdidas acumuladas, de tal manera que la exigencia de una relativa antigüedad neutraliza tal posibilidad.

3) El adquirente deberá mantener los activos fijos del transferente por un plazo no menor de doce meses contados a partir del ejercicio siguiente al de la fecha de entrada en vigencia de la reorganización, salvo que se trate de caso fortuito o fuerza mayor.

Tal disposición no será aplicable cuando el adquirente reemplace los activos fijos por otros que cumplan la misma finalidad que los reemplazados.

Esta regulación permitiría inferir que cuando el inciso 1 del literal b) del artículo 74 exige mantener la “actividad económica” que realiza el transferente, no se está refiriendo al objeto social genérico (industria, minería, pesquería etc.) sino al rubro específico, porque de otra manera no se explicaría que en este inciso se aluda al reemplazo de los activos fijos por otros que cumplan “**la misma finalidad**” que los reemplazados. ¿O podría ser la misma finalidad en las distintas ramas de la producción?

Si se incumple con este requisito, el adquirente deberá reducir la pérdida arrastrable en un monto equivalente al valor de los activos fijos transferidos.

4) Que no se distribuya la ganancia en quienes hubieran optado por el régimen 2 del artículo 104.

Este requisito confirmaría que dentro de este régimen el pago del impuesto no habilita el ejercicio de los derechos que otorga el régimen 1; es decir, que el pago del tributo tiene un cierto carácter sancionatorio por no haberse abstenido de la distribución de la ganancia.

Como puede apreciarse de los comentarios efectuados, existen todavía algunas imprecisiones que seguramente serán materia de nuevas regulaciones o que serán cubiertas por la jurisprudencia. Sin embargo, resulta plausible que, al fin podamos contar con las normas reglamentarias del régimen impositivo de la reorganización pues ellas otorgan un referente concreto y evitan la dación de regímenes transitorios especiales con su secuela de dificultades, como ha ocurrido con las normas de la Ley No.26283 que debían regir un año pero que fueron prorrogadas sucesivamente para -finalmente- derogarse, eliminando unos de sus atributos más importantes: El reconocimiento del monto revaluado como nuevo costo computable de los bienes. ¹¹