

**XXV JORNADAS LATINOAMERICANAS DE DERECHO TRIBUTARIO**  
Cartagena de Indias-Colombia, 14 al 20 de febrero 2010

**TEMA I**

**Fusiones y Adquisiciones - Aspectos Internacionales**

**Directrices**  
**Relator General**  
**Paul Cahn-Speyer W.**  
**e-mail: [pcahn-speyer@cpjus.com.co](mailto:pcahn-speyer@cpjus.com.co)**

## A. Planteamiento del tema

El análisis fiscal del concepto “fusiones y adquisiciones” de empresas, conocido también por su acrónimo en inglés M&A, se centrará primordialmente en el marco de los procesos de reorganización y racionalización empresarial, entendiendo que, para estos fines, las decisiones empresariales estratégicas persiguen un aumento del bienestar social. Bienestar que se origina, de un lado, en la maximización de la rentabilidad futura de los accionistas de las empresas partícipes en tales procesos y, del otro, en el incremento de la satisfacción de las necesidades de los consumidores que pueda resultar del mejoramiento de la eficiencia, calidad y competitividad en los sectores correspondientes. Desde luego, estas ventajas engendran diversos efectos en terceros, no solamente afectando otras empresas, sino también a la Hacienda Pública de los diferentes estados.

Es así como las reestructuraciones empresariales, realizadas a través de los mecanismos jurídicos común y genéricamente denominados “fusiones y adquisiciones”, han sido consideradas 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.

En efecto, esta desgravación tributaria persigue que el factor impositivo no incida en las decisiones sobre fusiones y adquisiciones 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. Se aspira a no imponer trabas al crecimiento de las empresas, a nivel doméstico e internacional, como motor de las economías para generar mayores recursos y empleos. Pero la pretensión para que la fiscalidad tenga un papel neutral en los casos de reorganización societaria tampoco debe llegar al extremo de desproteger los intereses de los fiscos nacionales, permitiéndose que los contribuyentes utilicen los mecanismos de reestructuración como una maniobra para obtener beneficios fiscales.

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. Por el contrario, cuando la causa que motiva la realización de las operaciones es conseguir una ventaja fiscal al margen de cualquier razón económica diferente, no debe aplicar un régimen tributario preferente.

Esta ambivalencia de propósitos ha generado una enorme problemática regulatoria de política fiscal, cuya solución jurídica ha sido disímil entre los diferentes estados, según su grado de desarrollo. Las legislaciones de algunas naciones contemplan regímenes especiales en los que se reconoce la neutralidad fiscal en algunas de las operaciones de reorganización empresarial, adoptando, inclusive, directivas de derecho transnacional sobre el particular, al paso que otras legislaciones no han tenido desarrollo en esta materia o, acaso, apenas, consagran una que otra exoneración fiscal pretendiendo reconocer, sin la

precisión ni las limitaciones necesarias, la neutralidad tributaria de las reorganizaciones empresariales.

El hecho de que la temática a tratar por los relatores nacionales y por el relator general tenga grados de desarrollo tan divergentes entre los diferentes estados, no debe ser óbice para que sea analizada con sentido crítico por cada uno de los ponentes. Algunos pensarán, por simples razones políticas o atendiendo algunos estudios paramétricos que sobre la materia se han realizado, que el otorgamiento de tantas dádivas fiscales a estas reestructuraciones no es justificable, mientras otros pueden opinar que cualquier medida que apoye el crecimiento es recomendable, aunque éste sea apenas potencial. Pero en el plano estrictamente objetivo debe plantearse la discusión desde una perspectiva técnico tributaria, como por ejemplo si la operación de fusión o adquisición es o no susceptible de generar, en tal momento, enriquecimiento o valor agregado económico.

La acepción “fusiones y adquisiciones”, conocida para designar genéricamente formas de integración empresarial, puede resultar equívoca desde el análisis estrictamente fiscal, toda vez que sugiere la presencia de una identidad conceptual inexistente, porque, por ejemplo, entre otros fenómenos, en la fusión se produce una integración de patrimonios mientras que en otras formas de adquisición este fenómeno específico no se produce. Esto lleva a la conclusión que unas operaciones no conducen a la realización de los hechos imposables mientras otras sí lo hacen, aunque los motivos estratégicos creadores de valor para realizarlas puedan ser los mismos: integración horizontal, integración vertical, diversificación geográfica, cruce de operaciones, eliminación de ineficiencias, conquista de mercados y de posiciones monopólicas<sup>1</sup>, etc.

Las fusiones y adquisiciones en el plano internacional no sólo se han hecho necesarias como una respuesta al fenómeno mundial de la globalización, sino como un mecanismo de escape de los enredos legales, los tejidos burocráticos, los nacionalismos irracionales y las políticas antiexpansionistas de algunos estados, que obligan a los contribuyentes a acudir a jurisdicciones más benignas y amables. Desde luego, las consideraciones de naturaleza fiscal revisten particular importancia, pero no se deben constituir en un impedimento para la normal ejecución de las reestructuraciones empresariales transfronterizas. De ahí la tremenda dificultad que surge en la regulación de esta materia.

A fin de precisar un poco más la finalidad y el alcance de la ponencia, es preciso señalar que como las regulaciones que someten a imposición las transferencias de activos y de acciones son muy similares en la mayoría de los ordenamientos fiscales de los diferentes países, no se pretende que los relatores nacionales se ocupen en detalle de sus particularidades normativas. El interés se debe centrar primordialmente en lo excepcional y, particularmente, en los tratamientos tributarios preferenciales específicos y aquellos que en algunos países se estructuran bajo los denominados regímenes tributarios especiales o reorganizaciones empresariales.

Quizá sea necesario finalmente explicar que, para los propósitos de este trabajo, se hace una separación, acaso algo arbitraria, entre los conceptos genéricos de “fusiones”<sup>2</sup> y “adquisiciones”, entendiéndose por el primero las adquisiciones que implican la conjunción de patrimonios en las que la compañía objetivo deja de existir pero su negocio y su capital

<sup>1</sup> Mención que se hace independientemente de su conveniencia o legalidad.

<sup>2</sup> Existen divergentes doctrinas que definen el término “fusión” con alcances muy diferentes, dependiendo de las distintas disciplinas desde donde se enfoque.

accionario continúan. Las demás operaciones se clasifican genéricamente como “adquisiciones”.

## **B. Formulación de las directrices**

Comprendiendo el relator general que diversos aspectos planteados en los subtemas se repiten a través de los diferentes temas que tratan separadamente las modalidades de adquisición, y que pueden conceptualmente entremezclarse unos y otros en un ámbito más amplio o reducido del aquí expuesto, reconoce que el marco de desarrollo que se presenta es enteramente flexible, así como la ordenación en secciones o capítulos.

El relator general también es conciente que la metodología elegida para la formulación de las directrices, al plantear en forma repetitiva ciertos temas para ser analizados dentro del contexto de algunas de las modalidades de adquisición individualmente consideradas, así como al introducir un sistema de remisiones entre unas y otras, hace que su consulta sea un tanto fatigosa. Sin embargo, ello se explica en la imposibilidad o dificultad para agrupar aspectos específicos siguiendo lineamientos genéricos, dada la ausencia de uniformidad en el trato tributario a los diferentes temas entre los diversos países. Por ejemplo, el desarrollo de las ponencias nacionales de los países miembros de la Unión Europea, en donde existe un régimen fiscal especial basado en el principio de la neutralidad para realizar distintas operaciones sin que se devenguen impuestos directos ni indirectos, necesariamente será muy diferente del de los países que carecen de dicho régimen. Incluso, también entre estos últimos que conceden inarmónicamente desgravaciones específicas para ciertas operaciones.

Conviene precisar finalmente que el relator general no aspira a que los relatores nacionales se refieran a la totalidad de la temática planteada en las directrices, así como tampoco que se limiten necesariamente a su contenido. Confía en el juicio y en el criterio de cada cual para aportar a la ponencia general lo que consideren importante y pertinente. Agradece la concreción y resalta que no interesa tanto el detalle de los aspectos puntuales o específicos respecto de las normas como la expresión crítica de la filosofía, el principio o el valor que las inspira.

### **1. SECCIÓN PRIMERA – CONCEPTO GENERAL DE FUSIONES Y ADQUISICIONES**

- 1.1. En el marco del derecho comercial.
- 1.2. En el marco del derecho tributario.
- 1.3. Distinciones específicas entre los conceptos de fusión y adquisición, si existieren.
- 1.4. En caso de que la legislación de cada país lo contemple, delimitación general del régimen tributario especial de fusiones o adquisiciones o de reorganizaciones empresariales.

### **2. SECCIÓN SEGUNDA – TIPOS DE ADQUISICIÓN**

- 2.1. Adquisición de acciones, cuotas o partes de interés.
  - 2.1.1. Compraventa.
  - 2.1.2. Suscripción de capital.
    - 2.1.2.1. Con prima de colocación.
    - 2.1.2.2. Con efectos de dilución.

2.1.3. Aportes (o aportaciones) en especie (no dinerarias o en activos)<sup>3</sup>.

2.1.3.1. Exigencia de que el aporte constituya una actividad económica organizada autónoma (“empresa”-“rama de actividad”) para obtener un tratamiento tributario preferencial<sup>4</sup>, si fuere aplicable.

2.1.3.1.1. Definición de “empresa” o “rama de actividad”, en cuanto fuere aplicable.

2.1.3.1.2. Incidencia fiscal de los motivos para efectuar los aportes; aplicación de normas y jurisprudencias sobre abuso de las formas jurídicas<sup>5</sup>.

2.1.3.1.3. Necesidad y efectos de la valoración de los activos aportados frente al valor comercial del patrimonio de la sociedad objetivo. Procedimiento.

2.1.3.1.4. Requisitos de fondo para obtener tratamiento tributario preferencial, si fuere aplicable. Excepciones.

2.1.3.1.5. Naturaleza del tratamiento tributario preferencial (diferimiento o exención)<sup>6</sup>.

2.1.3.1.6. Si la operación se considera fiscalmente neutra, aplicación de la exigencia de que no sea susceptible de incrementar el patrimonio neto o de generar enriquecimiento en cabeza del aportante o de los socios de la sociedad objetivo.

2.1.3.2. Libertad, prohibición o limitaciones para pactar retribuciones en dinero o en especie cuando los valores de intercambio de bienes por acciones o cuotas de interés social no resulten equivalentes. Efectos en la valoración y tributarios en general<sup>7</sup>. Posibilidad de que en el intercambio sean asignadas acciones de cualquier tipo (con o sin derecho a voto, comunes o preferenciales, acciones en tesorería) y descripción de los efectos en la valoración. Otros efectos tributarios. Repercusiones tributarias derivadas de la asunción de pasivos en la fórmula de cuantificación del intercambio, si este mecanismo fuere procedente.

---

<sup>3</sup> Cuando el aporte lo efectúa una sociedad, la doctrina denomina esta figura de segregación como “escisión impropia”, porque la sociedad segregante recibe como contraprestación –no sus socios o accionistas- acciones o partes de interés de las sociedades segregadas. A diferencia de lo que ocurre en las operaciones de escisión, generalmente no se disminuye el patrimonio de la sociedad segregante, porque a cambio de los activos aportados recibe acciones o partes de interés de la sociedad receptora de los aportes.

<sup>4</sup> La utilización del término “tratamiento tributario preferencial” a lo largo de estas directrices hace indistintamente referencia a desgravaciones o exoneraciones tributarias específicas o a la existencia de un régimen tributario especial de fusiones y adquisiciones o de reorganizaciones empresariales.

<sup>5</sup> Véase 4.6, sus subdivisiones y las notas de pie de página correspondientes números 38, 39, 40 y 41.

<sup>6</sup> Véase nota de pie de página No. 33 en 3.2.6.

<sup>7</sup> Véase nota de pie de página No. 31 en 3.2.3.

- 2.1.3.3. Diferencias entre el aporte en especie (aportación no dineraria) y la escisión parcial<sup>8</sup>.
- 2.1.3.4. Aportes realizados por personas físicas o naturales.
- 2.1.4. Canje de Valores o de acciones como una forma especial de aporte (o aportación) en especie (o no dinerario)<sup>9</sup>.
  - 2.1.4.1. Aplicación como mecanismo de creación de sociedades holding familiares, así como para otros propósitos, con efectos fiscales neutros. Utilización de vehículos jurídicos especiales, tales como sociedades en comandita.
  - 2.1.4.2. Requisitos para acceder a un tratamiento fiscal preferencial, si existiere. Aplicación de las exigencias para acceder a dicho tratamiento referidas en este escrito respecto del aporte en especie y la escisión y fusión de empresas.
- 2.1.5. Escisiones
  - 2.1.5.1. Definiciones conceptuales de los tipos, clases o modalidades de escisión (total, parcial, múltiple, escisión-absorción<sup>10</sup>, financiera, subjetiva y otros esquemas)<sup>11</sup>, en la medida en que de estas se deriven consecuencias o efectos fiscales específicos, diferentes o particulares.
  - 2.1.5.2. Descripción del tratamiento tributario preferencial según los diferentes tipos o modalidades de escisión, si éste existiere. Justificación.
    - 2.1.5.2.1. Naturaleza jurídica, mercantil y tributaria, de la operación de segregación de patrimonios entre la sociedad escidente y las sociedades beneficiarias de la escisión. Calificación legal y/o jurisprudencial como operación fiscalmente neutra para efectos del impuesto de renta y del IVA<sup>12</sup>.
    - 2.1.5.2.2. Exigibilidad de que los socios o accionistas de la sociedad escidente participen en el capital de las sociedades beneficiarias en proporción equivalente a la que tenían en aquella. Calificación

<sup>8</sup> Siendo figuras muy semejantes, prima facie se observa la siguiente diferencia evidente: en la escisión parcial los títulos recibidos a cambio quedan en poder de los socios de la entidad escidente, al paso que en el aporte en especie o no dinerario los títulos recibidos a cambio del aporte quedan en manos de la entidad aportante.

<sup>9</sup> Esta denominación se utiliza en algunos países para significar principalmente la operación por la cual una entidad adquiere una participación en el capital social de otra, mediante la asignación a los socios de ésta, a cambio de sus acciones o participaciones, de acciones o participaciones de la primera entidad. En otras palabras, se trata del aporte de las acciones de una o varias sociedades al capital de una sociedad holding, existente o de nueva creación.

<sup>10</sup> En la escisión-absorción la transferencia global del patrimonio (escisión total) o de fracciones patrimoniales (escisión parcial) no se destina a constituir el capital de nuevas sociedades sino a incrementar el capital de sociedades preexistentes.

<sup>11</sup> Característica esencial de la escisión es el traspaso patrimonial en bloque, total o parcial, de la sociedad escidente a una o varias sociedades beneficiarias, nuevas o preexistentes. Cuando la escisión es total, se extingue la sociedad escidente; si es parcial, ésta no se disuelve.

<sup>12</sup> Véase nota de pie de página No. 26 en 3.2.1, en cuanto conceptualmente sea aplicable. Así mismo, nota de pie de página No. 27 también en 3.2.1

legal y/o jurisprudencial de la asignación de las acciones o cuotas de interés social como fiscalmente neutra, por considerarse que no es susceptible de incrementar el patrimonio neto de los socios o accionistas, producir enriquecimiento o por otra razón. En caso contrario, consideraciones acerca de la realización del hecho imponible<sup>13</sup>.

- 2.1.5.2.3. Libertad, prohibición o limitaciones para compensar en dinero o en bienes la asignación de acciones o cuotas de interés social que no resulte equivalente. Efectos en la valoración y tributarios en general<sup>14</sup>. Posibilidad de que sean asignadas acciones de cualquier tipo (con o sin derecho a voto, comunes o preferenciales, acciones en tesorería) y descripción de los efectos en la valoración; otros efectos tributarios. Repercusiones fiscales derivadas de la asunción de pasivos en la fórmula de cuantificación del intercambio, si este mecanismo fuere procedente.
- 2.1.5.2.4. Mismas formulaciones planteadas en 2.1.3.1 y sus subdivisiones, en lo aplicable (exigencia de que el patrimonio escindido parcialmente constituya una “empresa” o “rama de actividad”, incidencia fiscal de los motivos, necesidad y efectos de la valoración y naturaleza del tratamiento tributario preferencial).
- 2.1.5.3. Naturaleza de la renta (ordinaria o de capital; dividendo) de los socios o accionistas que pudiere originarse en las operaciones de escisión. Tratamiento fiscal.
- 2.1.5.4. En la escisión parcial, regulación y efectos de la reducción del capital social y de las reservas de la sociedad escidente.
- 2.1.5.5. Regulación y efectos de la asignación en las sociedades beneficiarias del capital, reservas y demás cuentas del patrimonio de la sociedad escidente.
- 2.1.5.6. Tratamiento de las pérdidas fiscales de la sociedad escidente en cabeza de la sociedad o sociedades beneficiarias. Reglas de asignación entre estas últimas. Reglas de asignación cuando se trate de escisión parcial.
- 2.1.6. Tratamiento fiscal a la permuta de bienes<sup>15</sup>.
- 2.1.7. Aspectos relevantes del tratamiento fiscal en la liquidación de sociedades.

<sup>13</sup> Véase nota de pie de página No. 30 en 3.2.2, en cuanto conceptualmente sea aplicable.

<sup>14</sup> Véase nota de pie de página No.31 en 3.2.3.

<sup>15</sup> Puede suceder que algunos estados otorguen un tratamiento tributario preferencial a figuras tales como la fusión, la escisión, el aporte en especie, el canje de valores, etc, por considerarlas operaciones fiscalmente neutras, y no disponen lo mismo respecto de otras operaciones como la permuta de bienes en general, a pesar de que el intercambio se efectúe con base en valores equivalentes. Resulta interesante analizar comparativamente en cada uno de los casos la realización del hecho imponible en materia de impuesto de renta, aunque la operación no sea susceptible de incrementar el patrimonio neto o de engredar riqueza en el momento de su realización.

- 2.1.8. Adquisiciones que impliquen el control de la compañía; aspectos específicos relacionados con la valoración.
- 2.1.9. Tratamiento tributario del crédito mercantil adquirido<sup>16</sup>.
- 2.1.10. Adquisiciones y escisiones de compañías inscritas en Bolsa de Valores (OPAS, etc).
- 2.1.11. Exigencia de valoración previa o posterior en los diferentes tipos de adquisición. Procedimientos. Facultades del fisco. Métodos de valoración frente al concepto de valor de mercado. Problemas de valoración en épocas de recesión económica. Aplicación de precios de transferencia. Otros aspectos tributarios.
- 2.1.12. Aspectos relacionados con la determinación de los costos<sup>17</sup> y de los beneficios fiscales<sup>18</sup>.
- 2.1.13. En caso de adquisiciones con tratamiento tributario preferencial, posibilidad de que los contribuyentes puedan optar por acogerse a éste, o tratar la operación como si fuera una enajenación.
- 2.1.14. Aspectos relacionados con la estructura de financiación de las adquisiciones de acciones o cuotas de interés social<sup>19</sup>.
- 2.1.15. Tratamiento fiscal del IVA e impuestos indirectos y otros directos en los diferentes tipos de adquisiciones.
- 2.1.16. Otras consideraciones de naturaleza fiscal en relación con los anteriores aspectos y con otros que los ponentes nacionales juzguen pertinentes.
- 2.2. Adquisición de activos y pasivos de la compañía objetivo<sup>20</sup>.
  - 2.2.1. Compra del establecimiento de comercio, sucursal o rama de actividad.
  - 2.2.2. Compra total o parcial de activos.
  - 2.2.3. Compra total o parcial de activos y pasivos.
  - 2.2.4. Diferencias tributarias entre la compraventa de activos y la compraventa de acciones o aportes<sup>21</sup>.

<sup>16</sup> Usualmente se entiende por “crédito mercantil” el mayor valor en la adquisición de acciones o cuotas de interés social frente a su valor intrínseco, normalmente atribuible al good-will u otros intangibles no registrados. Contablemente suele registrarse como un activo amortizable. Fiscalmente puede constituir un mayor valor del costo de adquisición no amortizable o un activo amortizable.

<sup>17</sup> Véase nota de pie de página No. 34 en 3.2.10.

<sup>18</sup> Véase nota de pie de página No. 35 en 3.2.10.

<sup>19</sup> Véase nota de pie de página No. 37 en 3.2.10.

<sup>20</sup> Se adquiere todo o parte del patrimonio sin que se genere la extinción de la compañía enajenante.

- 2.2.5. Venta y adquisición de intangibles no registrados. Exoneraciones y efectos.
- 2.2.6. Aspectos relevantes derivados de las estructuras de financiación y efectos tributarios.
- 2.2.7. Aspectos relacionados con la valoración, en los mismos términos de 2.1.11.
- 2.2.8. Determinación de los costos y de los beneficios fiscales.
- 2.2.9. Identificación y justificación de tratamientos fiscales preferenciales (creación de valor como objetivo empresarial, etc<sup>22</sup>).
- 2.2.10. Tratamiento fiscal del IVA e impuestos indirectos y otros directos en las diferentes formas de adquisición de activos y pasivos.
- 2.2.11. Otras consideraciones de naturaleza fiscal en relación con los anteriores aspectos y con otros que los ponentes nacionales juzguen pertinentes.

### 3. SECCIÓN TERCERA – FUSIONES.

- 3.1. Definiciones conceptuales de los tipos, clases o modalidades de fusión (por absorción o integración, por creación o incorporación, fusión impropia y reconstitución, fusión por la matriz<sup>23</sup>, triangulares<sup>24</sup> y otras semejantes, de empresas unipersonales, en concordato, en quiebra o en reestructuración, con sociedades con participación estatal, fusiones

<sup>21</sup> En el ámbito de la economía de opción, suelen derivarse tratamientos y efectos fiscales diferentes en materias tales como causación del impuesto al valor agregado (IVA), costos fiscales, pérdidas deducibles o compensables y depreciaciones. En materia de responsabilidad y de contingencias fiscales también se suscitan distintos efectos.

<sup>22</sup> En términos generales suele considerarse que la adquisición de activos y pasivos no es una operación fiscalmente neutra porque, entre otras razones, no se produce el fenómeno de la integración de patrimonios o de capitales accionarios, aunque se persiga una integración de negocios.

<sup>23</sup> Cuando la sociedad absorbida y disuelta transmite a la titular de sus acciones su patrimonio,

<sup>24</sup> La fusión triangular es una figura creada por la praxis societaria norteamericana, aceptada doctrinaria y jurisprudencialmente en ese país. Tiene como particularidad que los accionistas de la sociedad absorbida acceden al patrimonio de la matriz de la sociedad absorbente, y no al de ésta. Usualmente se realiza a nivel de sociedades holding de las sociedades operativas sin modificación del capital accionario de estas últimas. Generalmente se estructura de forma que la sociedad operativa objetivo-absorbente constituye una sociedad subordinada para que absorba a la sociedad holding que directa o indirectamente posee las acciones de la sociedad objetivo-absorbida. A los accionistas de la sociedad holding de la sociedad objetivo-absorbida se le entregan acciones equivalentes de la holding de la sociedad operativa objetivo-absorbente. No obstante, para que se tipifique una fusión triangular basta con la creación de una sociedad subordinada que se sitúa en un punto intermedio entre la sociedad absorbente y la absorbida, sociedad subordinada que absorbe a esta última; a los accionistas de la sociedad absorbida se le entregan acciones de la sociedad matriz de la subordinada absorbente. En este tipo de fusión, así como en todas las fusiones entre sociedades holding, la estructura de las fuerzas productivas de bienes y servicios permanece inalterada.

hostiles y amistosas, etc)<sup>25</sup>, en la medida en que de estas se deriven consecuencias o efectos fiscales específicos, diferentes o particulares.

### 3.2. Descripción del tratamiento fiscal preferencial acorde con los diferentes tipos o modalidades de fusión, si éste existiere. Justificación.

- 3.2.1. Naturaleza jurídica, mercantil y tributaria, de la operación de conjunción, integración o unión de patrimonios en cabeza de la sociedad absorbente o fusionante. Calificación legal y/o jurisprudencial como operación fiscalmente neutra para efectos del impuesto de renta y del IVA<sup>26</sup> <sup>27</sup>. Aplicación de los principios de estirpe norteamericana denominados “Permanencia del interés accionario (Continuity of interest)<sup>28</sup>” y “Permanencia del negocio (Continuity of business enterprise)<sup>29</sup>”. Tratamiento tributario.

<sup>25</sup> 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 fusionante, que subsiste o nace.

<sup>26</sup> Se aduce que la fusión de empresas no constituye un negocio jurídico contractual sino una mera reforma estatutaria. Así mismo, se afirma que no se produce una enajenación (transferencia) sino una transmisión patrimonial, por la continuidad de los socios o accionistas de la sociedad absorbida en la sociedad absorbente. Esta conservación patrimonial elimina la posibilidad de que se efectúe una desinversión. Desde la perspectiva de los socios o accionistas, su patrimonio se mantiene compartiendo con otros socios o accionistas una universalidad patrimonial mayor. Corolario de lo anterior es que de la simple unificación de patrimonios no se genera ingreso ni para la sociedad absorbente ni para la absorbida, razón por la cual no existe posibilidad de enriquecimiento, justificándose que la mayoría de los estados regulen la fusión de sociedades como una operación neutra (no gravable) para efectos del impuesto de renta.

<sup>27</sup> Aún en los casos en que la neutralidad tributaria no esté expresamente reconocida, puede aducirse que de todas maneras su aplicación debe ser procedente, empleando los principios y aplicando los efectos económicos que se derivan de las definiciones doctrinarias, como medios de integración plena del derecho.

<sup>28</sup> Principio que exige en las fusiones y en otras reorganizaciones con tratamiento fiscal preferencial que después de la transacción los transmitentes o los accionistas de la sociedad absorbida conserven todo o parte de su participación en la sociedad resultante o absorbente durante un tiempo determinado. Si este requisito no se cumple, se pierde el tratamiento tributario preferencial por considerarse que se produjo una enajenación en lugar de una reorganización. La aplicación del principio generalmente se mide en términos de la apreciación del elemento intencional de salir del negocio.

<sup>29</sup> Principio que persigue garantizar que luego de la fusión y de otras reorganizaciones la sociedad absorbente o la empresa continúe desarrollando su operación. Para el efecto, es preciso determinar si el negocio jurídico acredita los efectos tributarios preferenciales propios de la reorganización, o se cubrió de sus formas pero en su esencia y sustancia se trata de un acto puro de enajenación. Por ejemplo, se ha observado en la práctica que a continuación de la fusión se escinde o se liquida la absorbente para que algunos de los socios o accionistas reciban la liquidez. En fin, unas finalidades negociales diferentes de las propias de los actos de reorganización, a las que se llega utilizando el beneficio otorgado por la ley a estas operaciones supuestamente creadoras de valor.

- 3.2.2. Exigibilidad de que los socios o accionistas de la sociedad absorbida participen en el capital de la sociedad absorbente en proporción equivalente a la que tenían en aquella. Calificación legal y/o jurisprudencial de la asignación de las acciones o cuotas de interés social como fiscalmente neutra, por considerarse que no es susceptible de incrementar el patrimonio neto de los socios o accionistas, producir enriquecimiento o por otra razón<sup>30</sup>. En caso de generarse renta, aspectos relacionados con los costos y los beneficios fiscales.
- 3.2.3. Libertad, prohibición o limitaciones para pactar en dinero o en bienes parte de la contraprestación con motivo de la fusión<sup>31</sup>. Efectos en la valoración y tributarios en general. Posibilidad de que la contraprestación consista total o parcialmente en acciones de cualquier tipo (con o sin derecho a voto, comunes o preferenciales, acciones en tesorería) y descripción de los efectos en la valoración. Otros efectos tributarios. Repercusiones fiscales derivadas de la asunción de pasivos en la fórmula de intercambio, si este mecanismo fuere procedente.
- 3.2.4. Incidencia fiscal de los motivos para realizar la fusión. Aplicación de normas y jurisprudencias sobre abuso de las formas jurídicas<sup>32</sup>.
- 3.2.5. Aspectos relacionados con la valoración, en los mismos términos de 2.1.11.
- 3.2.6. Naturaleza del tratamiento tributario preferencial (diferimiento o exención)<sup>33</sup>.
- 3.2.7. Naturaleza de la renta (ordinaria o de capital; dividendo) de los socios o accionistas que pudiere originarse en las operaciones de fusión. Tratamiento fiscal.
- 3.2.8. Regulación y efectos de la asignación en las sociedades absorbentes del capital, reservas y demás cuentas del patrimonio de la sociedad absorbida.

---

<sup>30</sup> Es un hecho que en la medida en que el valor de las acciones que expide la sociedad absorbente sea equivalente al valor de las acciones representativas del patrimonio transmitido en la fusión, no se genera enriquecimiento o empobrecimiento para los diversos socios o accionistas. Pero si la valoración de intercambio no se efectúa en forma equivalente, necesariamente se debe producir un efecto de enriquecimiento en unos socios o accionistas y de empobrecimiento correlativo en otros. En Norteamérica se habla de fusiones acrecentadoras (“accretive mergers”) y diluyentes (“dilutive mergers”) para describir este efecto.

<sup>31</sup> En algunos estados es factible compensar o retribuir con otros bienes o efectivo la asignación accionaria no equivalente. Generalmente esto se autoriza hasta un límite, cuando sea necesario o conveniente ajustar los valores en el intercambio de acciones o cuotas de interés social a fin de asegurar la equivalencia.

<sup>32</sup> Véase 4.6, sus subdivisiones y las notas de pie de página correspondientes números 38, 39, 40 y 41.

<sup>33</sup> El tratamiento tributario preferencial puede consistir en una exención o apenas en el diferimiento 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 último caso, 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. Desde luego, en los casos en que se produzca un diferimiento impositivo es lógico que los costos fiscales de las acciones y de los bienes permanezcan inalterados.

- 3.2.9. Tratamiento de las pérdidas fiscales de la sociedad absorbida en cabeza de la sociedad o sociedades absorbentes.
- 3.2.10. Mismas formulaciones planteadas en 2.1.10, 2.1.11, 2.1.12, 2.1.13, 2.1.14 y 2.1.15 (fusión de compañías en Bolsa de Valores - OPAS, etc; determinación de los costos<sup>34</sup> y de los beneficios fiscales<sup>35</sup>; fusiones con tratamiento fiscal preferencial optativo<sup>36</sup>; estructuras de financiación<sup>37</sup>; IVA e impuestos indirectos y otros directos).
- 3.2.11. Otras consideraciones de naturaleza fiscal en relación con los anteriores aspectos y con otros que los ponentes nacionales consideren pertinentes.
- 4. SECCION CUARTA - RÉGIMEN TRIBUTARIO ESPECIAL DE FUSIONES Y ADQUISICIONES O DE REORGANIZACIONES EMPRESARIALES, EN NACIONES NO PERTENECIENTES A LA UNIÓN EUROPEA.**
- 4.1. Descripción general. Aplicación del principio de neutralidad, si fuere aplicable.
- 4.2. Operaciones amparadas. Definiciones. Consideraciones sobre aspectos planteados en secciones anteriores, en cuanto fueren aplicables.
- 4.3. Posibilidad de renuncia al régimen mediante la integración en las bases imponibles de las rentas derivadas de la transmisión de la totalidad o de una parte de los rubros patrimoniales. Consideraciones sobre aspectos planteados en secciones anteriores (costo fiscal, beneficios, etc), en cuanto fueren aplicables.
- 4.4. Aspectos relacionados con la valoración en la asignación de valores en las operaciones amparadas por el régimen tributario especial. Tributación de los socios en la fusión y escisión total o parcial. Efectos de las compensaciones complementarias en dinero o en bienes entregadas o recibidas. Consideraciones sobre otros aspectos planteados en secciones anteriores, en cuanto fueren aplicables.

<sup>34</sup> Es común en los regímenes de reorganización empresarial que el diferimiento de la renta o de la pérdida que se generaría de tratarse la operación como una enajenación implique, como es lógico, que la sociedad transmisora o los accionistas tengan que imputar a los nuevos activos o acciones recibidos en la reorganización el mismo costo fiscal que tenían los bienes o las acciones antes de su intercambio.

<sup>35</sup> Se refiere a aquellos casos de fusiones y adquisiciones en que las sociedades y/o los accionistas realizan la renta incurriendo en una operación gravada.

<sup>36</sup> En caso de fusiones y adquisiciones en que los socios o accionistas opten por no acogerse al tratamiento tributario preferencial, escogiendo la alternativa de tributar como si fuera una enajenación, parece razonable que tengan la facultad de actualizar el costo fiscal de las acciones o bienes al valor del precio de enajenación que se determine.

<sup>37</sup> A través del mecanismo de la fusión suelen crearse estructuras para optimizar fiscalmente el endeudamiento. Por ejemplo, en la denominada “adquisición de dos pasos” una sociedad A se constituye en la jurisdicción de la sociedad fijada como objetivo B, adquiriendo luego, con financiación, las acciones de ésta. Posteriormente, la sociedad B absorbe vía fusión a su matriz sociedad A, o una tercera a ambas sociedades, obteniéndose que la sociedad absorbente pueda disfrutar de las condiciones de financiamiento otorgadas a la sociedad A y deducir los costos financieros de las rentas ordinarias que produce su negocio o actitud económica.

- 4.5. Tratamiento a las pérdidas fiscales o bases imponibles negativas.
- 4.6. Existencia y aplicación de un régimen de transparencia fiscal<sup>38</sup> general en materia impositiva, o particular para el Régimen Tributario Especial: cláusula general antifraude o antielusión o cláusulas sectoriales o especiales antifraude o antielusión.
  - 4.6.1. Consideraciones acerca de los motivos económicos (elemento de la intencionalidad para obtener una reestructuración empresarial, un ahorro impositivo o un efecto mixto)<sup>39</sup>. Análisis de casos específicos tales como si las escisiones motivadas en la separación de socios califican en el régimen tributario especial<sup>40</sup>.
  - 4.6.2. Procedimiento. Carga de la prueba<sup>41</sup>.
  - 4.6.3. Negocios jurídicos indirectos o complejos (por ejemplo escisiones precedidas de fusiones o ventas, y viceversa).
  - 4.6.4. Descripción de doctrinas y de tests aplicables.
- 4.7. Otras consideraciones de naturaleza fiscal en relación con los anteriores aspectos y con otros que los ponentes nacionales consideren pertinentes.

---

<sup>38</sup> El abuso de las formas jurídicas, también denominado como fraude a la ley, conflicto en la aplicación de la norma, abuso del derecho, etc, en algunos países puede implicar la recharacterización de las operaciones para eliminar los tratamientos tributarios preferenciales e, incluso, la imposición de sanciones administrativas. Si el abuso va acompañado de defraudación fiscal o simulación, además de liquidarse el impuesto conforme al negocio jurídico que se pretendió esquivar, pueden proceder sanciones de naturaleza penal o criminal.

<sup>39</sup> El régimen de transparencia fiscal puede establecerse de una forma objetiva; es decir, si la operación de que se trate cumple con los requisitos mercantiles para su configuración, tendrá derecho a la aplicación del tratamiento fiscal preferencial. En algunos países, además, tal tratamiento se condiciona a que la operación no se haya realizado con finalidades de fraude o evasión fiscal. También puede establecerse de una forma subjetiva, exigiéndose que la operación debe tener una motivación económica válida a juicio de la Administración. Esta subjetividad puede conllevar a una pérdida de seguridad jurídica al punto tal que para lo que el contribuyente es un motivo económico válido para la Administración puede no serlo. Incluso, el hecho de que concurra la motivación de aprovechamiento del tratamiento fiscal preferencial con motivos económicos válidos de reestructuración puede conducir al rechazo de las ventajas del régimen fiscal especial.

<sup>40</sup> Las administraciones tributarias suelen desconfiar más de los fines verdaderos de las escisiones, principalmente cuando estas son totales, que de otras operaciones de reorganización empresarial. La práctica ha demostrado que en muchas ocasiones se utilizan como medio preparatorio para realizar posteriormente una venta o la liquidación de la sociedad o sociedades beneficiarias.

<sup>41</sup> Algunas naciones han establecido un procedimiento de aprobación previa por la Administración. También imponen al contribuyente la obligación de probar en cada operación la motivación económica que la impulsa.

## 5. SECCIÓN QUINTA – ÁMBITO INTERNACIONAL

5.1. Régimen tributario especial de reorganizaciones empresariales para operaciones realizadas entre dos o más estados de la Unión Europea. Descripción sucinta de la aplicación de la Directiva 90/434 CEE de julio 23 de 1990 y de otras complementarias. Consideraciones sobre aspectos planteados en secciones anteriores y en 5.2 siguiente. Evaluación crítica de la experiencia europea.

5.2. Ámbito territorial o espacial de las fusiones y adquisiciones internacionales.

- 5.2.1. Ley aplicable: estatuto personal<sup>42</sup>; Convención de Montevideo<sup>43</sup> y otros aspectos relacionados.
- 5.2.2. Aplicación del régimen jurídico interno de cada país cuando las diferentes operaciones de adquisición y fusión se realizan o formalizan al interior de su territorio y fuera de él. Aspectos fiscales.
- 5.2.3. Necesidad de constituir una sucursal o fijar un establecimiento permanente en caso de que una sociedad extranjera absorba a una nacional que realiza actividades industriales, comerciales o de servicios. Efectos fiscales.
- 5.2.4. Aportes en especie (no dinerarios) transfronterizos de sucursales, establecimientos de comercio o establecimientos permanentes (sin personería jurídica); canjes de valores transfronterizos; fusiones y escisiones transfronterizas. Inclusiones y exclusiones parciales de la base imponible ante la existencia de un tratamiento tributario preferencial: limitaciones y excepciones; efectos de la pérdida posterior de la calidad de residentes de los socios o accionistas personas naturales (o físicas).
- 5.2.5. Aspectos tributarios concernientes a la valoración en fusiones y adquisiciones transfronterizas. Normas para evitar la doble imposición internacional que pudiera producirse de la aplicación de las reglas de valoración.
- 5.2.6. Dedución o compensación transfronteriza de pérdidas fiscales o de bases imponibles negativas.
- 5.2.7. Reformas de cambio de domicilio fiscal, como medio facilitador de operaciones de reorganización empresarial o de fusiones o adquisiciones en general. Efectos tributarios.
- 5.2.8. La elusión y la evasión fiscales en fusiones y adquisiciones internacionales. Competencias. Conflicto en la aplicación de normas. Aplicación de convenios o tratados internacionales. Tratamiento tributario a la utilización de jurisdicciones de nula o baja imposición.

<sup>42</sup> Es principio de derecho internacional privado que los contratos sociales se rigen por la ley del domicilio comercial de la sociedad, surgiendo el deber de respeto por parte de las otras naciones de los términos y condiciones de la correspondiente ley extranjera.

<sup>43</sup> El artículo 4 del Tratado de Montevideo establece: “El contrato social se rige tanto en su forma, como respecto a las relaciones jurídicas entre los socios, y entre la sociedad y los terceros, por la ley del país en que ésta tiene su domicilio comercial”.

- 5.2.9. Utilización de jurisdicciones con tratamientos fiscales preferenciales para reorganizaciones empresariales.
- 5.2.10. Medidas para evitar la doble imposición cuando las reorganizaciones internacionales se efectúen entre países con competencias tributarias diferentes (estatuto personal-establecimiento permanente; estatuto real -principio de la fuente; diferentes alcances de la aplicación del método de renta mundial - existencia de CFC y similares).
- 5.2.11. Aspectos tributarios relacionados con la financiación o apalancamiento en las adquisiciones y fusiones internacionales.
- 5.2.12. Otras consideraciones de naturaleza fiscal en relación con los anteriores aspectos y con otros que los ponentes nacionales consideren pertinentes.

## **6. SECCIÓN SEXTA - PROPUESTAS PARA AMERICA LATINA**