

# **ENTRE TRANSFORMACION Y TRANSFERENCIA: IMPLICANCIAS MERCANTILES Y TRIBUTARIAS DEL ARTÍCULO 395 DE LA NUEVA LEY GENERAL DE SOCIEDADES**

Pablo I. Aramburú  
Italo F. Carrano Tarrillo

## *I. INTRODUCCION.*

La promulgación de la nueva Ley General de Sociedades, aprobada por Ley 26887 (en adelante, "la Ley General"), ha traído un número importante de novedades. A manera de ejemplo, podemos ver como, de conformidad con el Artículo 223 de la Ley General, las sociedades anónimas, en adelante, deberán preparar sus estados financieros considerando "los principios de contabilidad generalmente aceptados"; o como, siguiendo el tenor Artículo 346, se prohíben las "fusiones de papel", requiriéndose siempre la preparación y aprobación previa por el directorio de la sociedad de un proyecto de fusión que sustente la viabilidad de la operación mercantil que se va a ejecutar.

Dentro de la Ley General, una de las novedades que más nos ha llamado la atención es el régimen establecido para la reorganización de la sucursal de una sociedad constituida en el extranjero. Así, dispone el Artículo 395 de la Ley General que las sucursales de sociedades extranjeras (establecidas en nuestro país) podrán reorganizarse, así como transformarse para constituirse en el Perú adoptando alguna de las formas societarias establecidas.

Esta norma, de acuerdo con la exposición efectuada ante la Comisión Especial Revisora del Proyecto de Nueva Ley General de Sociedades del Congreso de la República, está destinada a facilitar la conversión de las sucursales de sociedades extranjeras en personas jurídicas peruanas.

En esta línea, se sostenía en dicha exposición que "Hoy en día se tenía que pasar por la ficción que una sociedad extranjera tenía que aportar sus activos a una sociedad local y este proceso implicaba una transferencia, Conforme al proyecto se permite que la sociedad del



extranjero, la sociedad matriz, la oficina principal, desgaje la sucursal y la constituya como sociedad peruana"<sup>1</sup>.

Pese a la explicación efectuada, creemos que la aplicación de esta nueva norma plantea un buen número de problemas mercantiles y tributarios que deben ser discutidos. Nuestra intención con este artículo es indagar sobre el régimen legal que se deberá aplicar a esta operación mercantil.

## II. ASPECTOS MERCANTILES DE LA "TRANSFORMACION" DE SUCURSALES.

La norma estudiada genera algunas interrogantes importantes respecto a cuáles serán las reglas que se aplicarán a esta "transformación". Sin duda, debe escogerse entre dos alternativas.

La primera de ellas implica que la "transformación de sucursales" se asimile a una hipótesis de transformación al amparo del Artículo 333 y siguientes de la Ley General, y, por lo tanto, se le apliquen dichas reglas. Ciertamente, este hecho obligaría a considerar que, con la operación, la sucursal no desaparece: sigue existiendo aunque ya no bajo la forma de un establecimiento secundario de la sociedad matriz, sino que adoptaría una forma jurídica autónoma.

La segunda opción para interpretar el Artículo 395 entendería que éste es un caso de constitución directa de una nueva sociedad a partir del patrimonio asignado a la sucursal por la matriz. Como consecuencia de esta operación, la sucursal se extinguiría (sin liquidarse).

Ya han existido algunos pronunciamientos en relación con estas dos posiciones. Por ejemplo, el doctor Percy Castle Alvarez-Maza entiende que "... el Artículo 395 contiene normas muy similares a las explicadas (reglas de la transformación de sociedades), pero en este caso relacionadas con la transformación de sucursales (...). En este supuesto, igualmente, las normas de aplicación supletoria tendrán que ser las de transformación y por supuesto las de sucursales" (el texto en corchetes es

---

<sup>1</sup> "Exposición efectuada por el doctor Enrique Normand Sparks ante la Comisión Especial Revisora del Proyecto de Nueva Ley General de Sociedades". En: Diario Oficial "El Peruano", Separata Especial, 23 de abril de 1997, pág. 8.



agregado)<sup>2</sup>. Con ello, el autor citado se adscribiría a la primera de las tesis explicadas.

Nuestra intención, en las líneas que siguen, será analizar cada una de las fórmulas propuestas para adoptar, finalmente, una posición (desde el punto de vista mercantil) respecto a este tema.

## 2.1. Primera alternativa: Aplicación de las normas de la transformación de sociedades.

Dentro de esta línea de opinión, caben, a nuestro parecer, dos posiciones que describimos a continuación:

### 2.1.1. Tesis 1: Esta institución es una transformación en estricto sentido.

Esta primera posición se deriva de una interpretación del contenido del Artículo 395 de la Ley General, bajo los métodos histórico y literal. Analicemos cada uno de ellos.

- (i) Entendemos por la interpretación literal, aquel procedimiento destinado a desentrañar el contenido de una norma atendiendo a las reglas lingüísticas propias del lenguaje en el que se haya reproducido la disposición. En ese sentido, toda interpretación literal buscará comprender el significado (de preferencia técnico) de las palabras y frases que conforman la norma estudiada<sup>3</sup>.

Así, podemos notar, en favor de esta tesis, que el propio tenor del Artículo 395 dispone que la sucursal se “transforma” en una sociedad, adoptando algunas de las formas societarias indicadas por la ley. Así, aprovechando el significado del término “transformación” de acuerdo con la Ley General, la operación propuesta por el Artículo 395 implicaría aquel acto por el que una sucursal cambia su “forma jurídica” para adoptar una nueva y diferente (la de una sociedad).

---

<sup>2</sup> CASTLE, Percy. “Transformación de sociedades y sucursales”. En: Nuevo Derecho Societario. Primer seminario nacional sobre la Ley General de Sociedades. Universidad de Lima, Lima, 1998, pág. 131.

<sup>3</sup> RUBIO CORREA, Marcial. El sistema jurídico. Introducción al Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú - Fondo Editorial. Lima. 1988, Págs.244 y ss.



Este hecho, naturalmente, nos debería llevar a la conclusión de que la intención del legislador, en este caso, ha sido establecer una identidad entre la sucursal y la nueva sociedad. Debido a esta identidad, además, el resultado de la operación sería que el traspaso del negocio<sup>4</sup> de la sucursal no implicaría una transferencia de propiedad (porque el mismo no pasaría de una persona a otra)<sup>5</sup>.

Nosotros no compartimos, sin embargo, la interpretación literal que se propone. Como bien es conocido, la sucursal es un establecimiento secundario de una sociedad que se establece en lugar distinto al de su domicilio social. De acuerdo con las normas societarias vigentes, la sucursal no tiene personalidad jurídica, ni cuenta con órganos societarios o capital social propio. Por este motivo, el legislador reconoció expresamente, en el Artículo 397 de la Ley General, que las sociedades matrices responden por las obligaciones de sus sucursales, siendo nulo todo pacto en contrario.

Es importante de tomar en cuenta este hecho cuando queremos usar la interpretación literal a este caso concreto. Todo proceso de “transformación” presupone siempre la existencia de una entidad que posee personalidad jurídica independiente, en la que solamente variará la forma jurídica.

Esta característica (la personalidad jurídica) permite a la sociedad independizarse de sus accionistas y actuar en el tráfico con una individualidad, gozando de la capacidad suficiente para contratar. El hecho de que una sociedad mercantil posea una personalidad jurídica propia permite atribuirle un conjunto de bienes y derechos, los que serán de su exclusiva propiedad.

Las sucursales no son independientes de su casa matriz: por ende, no pueden hacerse propietarias de bienes a título individual. A este efecto, recordemos lo dispuesto en el Artículo 396 de la Ley General, el que prescribe que la sucursal carece de personalidad jurídica independiente de su principal.

---

<sup>4</sup> En adelante, utilizaremos los términos “empresa” y “negocio” como sinónimos.

<sup>5</sup> Este hecho será de importancia central, como veremos más adelante, ya que tiene consecuencias tributarias.



El hecho de que la sucursal no cuente con personalidad jurídica impediría aplicar una interpretación literal a la norma. La palabra "transformación" tiene un significado específico dentro de la Ley General (y en la doctrina del derecho mercantil)<sup>6</sup>: es un cambio de forma sin perder la personalidad jurídica. Por este motivo, sólo la pueden llevar adelante aquellos entes que sí tienen personalidad. Una interpretación diferente sería ampliar los alcances de la norma a supuestos que no se encuentran comprendidos en ella.

Si bien el método literal de interpretación es una fuente de consulta obligatoria, no concede siempre el verdadero significado de la norma estudiada. Es necesario confrontar su resultado con la naturaleza jurídica de las instituciones involucradas. Este análisis será necesario con la finalidad de que aquella norma se encuentre adecuada al resto del ordenamiento jurídico<sup>7</sup>.

En nuestro caso particular, la interpretación literal del citado Artículo 395 no toma en consideración el hecho de que la sucursal no cuenta realmente con personalidad jurídica independiente, razón por la que debe descartarse.

- (ii) El método histórico de interpretación se basa, por su parte, en la búsqueda de la intención del legislador al momento de dar la norma<sup>8</sup>. Esta intención debería contribuir decisivamente a explicarnos el sentido del precepto estudiado<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> Así lo entiende el Artículo 333 de la Ley General cuando en su último párrafo dispone que "La transformación no entraña cambio de la personalidad jurídica".

Asimismo, cfr. URÍA, Rodrigo; MENENDEZ, Aurelio; y OLIVENCIA, Manuel. Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles, Tomo X, Volumen 1. Editorial Civitas, Madrid, 1993, pág. 17; GARRIGUES, Joaquín y URÍA, Rodrigo, Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, Tomo II. Imprenta Samarán, Madrid, 1953, págs. 623 y ss. DIAZ MORENO, Alberto. "La disciplina de transformación el Proyecto de la Ley de Sociedades de responsabilidad limitada". En: Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont. Tomo I. Tirant lo Blanch. Valencia. 1995. Pag. 822.

<sup>7</sup> Cfr. RUBIO, Marcial. Op. Cit., pág. 246.

<sup>8</sup> *Ibidem*, pág. 266. Este autor indica que

"Para el método histórico la interpretación se hace recurriendo a los contenidos que brindan los antecedentes jurídicos vinculados a la norma de que se trate, y se fundamenta en que el legislador siempre tiene una intención determinada...".

<sup>9</sup> En este caso, la fuente histórica se encuentra en la sustentación del Proyecto de Nueva Ley General de Sociedades ante el Congreso de la República. Ver cita 1.



En este caso, el legislador quería facilitar la adaptación de las sucursales al régimen societario peruano. Ciertamente, se desea evitar la liquidación de la sucursal para, posteriormente, aportar los negocios de la misma (el remanente) a una sociedad preexistente.

Si bien este método de interpretación es esclarecedor en cuanto a la intención de la norma, no debemos olvidar que la norma jurídica, al momento de su entrada en vigencia, se independiza de la voluntad del legislador. En adelante (luego de la promulgación y publicación de la disposición), la interpretación del legislador, si bien importante, sólo será una proyección personal de cuál debería ser el sentido de la norma<sup>10</sup>.

A nuestro entender, si bien debe revisarse la intención legislativa, en la búsqueda del significado de una norma debería privilegiarse la concordancia de la misma con las demás normas del resto del ordenamiento jurídico y, aún más, con la naturaleza jurídica de las instituciones vinculadas a la misma.

Es por este motivo que creemos que en la "transformación de sucursal" se está constituyendo una nueva persona jurídica a partir del patrimonio asignado a una sucursal. En estos casos sí existiría una transferencia de propiedad, la que se haría efectiva a partir del aporte de un negocio en marcha.

#### 2.1.2. Tesis 2: ésta es una nueva institución que no tiene reglas aplicables.

Podría entenderse que la transformación de sucursales es una institución nueva que no tiene reglas de procedimiento determinadas. Por ello, existiría un vacío que debería llenarse a través de las herramientas derivadas de la integración normativa. Como vemos, en este caso a diferencia del supuesto precedente, ya no se propone la aplicación directa de la normativa legal de la transformación de sociedades, sino el uso de la analogía para cubrir una laguna de la ley.

El vacío legal se encontraría en la inexistencia de normas jurídicas que regulen el procedimiento de la transformación de sucursales. Solamente existiría una formulación general

---

<sup>10</sup> RUBIO, Marcial. Op. Cit., pág. 267.



en el Artículo 395, razón por la cual, dentro de esta segunda opinión, deberían aplicarse analógicamente los preceptos de la transformación de sociedades.

El uso de esta analogía se encontraría respaldado en la similitud existente entre la transformación de sociedades y la de sucursales<sup>11</sup>: ambas implicarían, como su texto lo expresa, "transformaciones": cambios de forma. Por este motivo, podría entenderse las normas aplicables a la transformación de sucursales son "supletoriamente" las de la transformación de sociedades.

Para nosotros, sin embargo, la aplicación analógica de las disposiciones de la transformación a este caso concreto no resulta correcta. No existe realmente una laguna de la ley que deba ser cubierta por la aplicación de la analogía. La naturaleza de la transformación de sucursales, como hemos indicado en el apartado precedente, corresponde a la constitución de una sociedad a partir del aporte de un negocio en marcha. Por este motivo, las reglas aplicables deben ser las de la constitución de sociedades y las del aporte.

Analícemos algunos ejemplos. Dentro de esta segunda línea de opinión, debería aplicarse a la transformación de sucursales la segunda parte del Artículo 334 de la Ley General que dispone que "La transformación a una sociedad en que la responsabilidad de los socios es limitada, no afecta la responsabilidad ilimitada que corresponde a éstos por las deudas sociales contraídas antes de la transformación...".

En el supuesto que formulamos, la similitud con la transformación de sociedades se encontraría en que los acreedores de la sucursal habrían pasado de tener una garantía genérica otorgada por la matriz a una concedida sólo por la nueva sociedad (regularmente de patrimonio bastante menor). Ello podría implicar una reducción en el respaldo de los créditos, lo que sería evitado con la aplicación analógica del Artículo 334.

---

<sup>11</sup> La analogía consiste en aplicar a un caso dado, que no aparece contemplado de una manera directa y especial por ninguna norma jurídica, una norma prevista para un supuesto de hecho distinto, pero con el cual el caso dado guarda semejanza. DIEZ PICAZO, Luis. "Experiencias jurídicas y teoría del derecho", En: NEVES MUJICA Javier (compilador), Derecho Laboral. Materiales de enseñanza. Pontificia Universidad Católica del Perú - Fondo Editorial. Lima, 1991, pág. 210.



No compartimos este razonamiento. El negocio en marcha asignado a la sucursal pasaría al dominio de una nueva sociedad a través de un aporte, el que, necesariamente, debe cumplir con las formalidades requeridas para formalizar la transferencia de todos los bienes y deudas que lo integran. Así, debe notarse que, para perfeccionar la cesión de las deudas a la nueva sociedad, deberá necesariamente obtenerse el consentimiento de los acreedores de las mismas<sup>12</sup>.

Se verificaría en este caso un contrato de asunción de deudas, por el cual la deudora (la casa matriz responsable por el pago de las obligaciones de su sucursal) dejaría de tener esta calidad transmitiéndosela a la nueva sociedad resultante de la operación. Este contrato es de tipo trilateral<sup>13</sup>, por lo que resulta imprescindible para la validez del mismo la obtención del consentimiento de la casa matriz (el cedente), la sociedad que recibe el bloque patrimonial (el cesionario) y los cedidos (los acreedores cuyos pasivos forman parte del bloque).

El resultado de la asunción de deuda planteada sería la liberación del deudor anterior (la casa matriz) y, salvo que se haya prestado una garantía, los acreedores no podrían exigirle pago alguno. Como vemos no existe un vacío normativo: bastará recurrir a las normas generales sobre aportes (y concordar éstas con otras disposiciones) para solucionar el caso planteado sin recurrir a la analogía.

Veamos otro ejemplo. La posición estudiada exigiría la publicación del acuerdo de transformación de la sucursal adoptado por la casa matriz (en concordancia con el Artículo 337 de la Ley General). No creemos que ello sea correcto: la publicación requerida en la transformación de sociedades sólo tiene por efecto informar a los accionistas ausentes en la junta la adopción del acuerdo para que puedan ejercer su derecho de separación<sup>14</sup>. En este caso, al no existir en la operación, participantes diferentes de la casa matriz no habría porque aplicar la norma citada<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> GARRIGUES, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo I. Editorial Porrúa, México, 1993, pág. 196. Asimismo, FERNÁNDEZ RUIZ, José Luis. Fundamentos de Derecho Mercantil. Editorial Revistas de Derecho Privado, Madrid, 1991, pág. 63.

<sup>13</sup> La naturaleza trilateral de la asunción de deuda es sostenida por GARCÍA AMIGO. Manuel. La cesión de contratos en el Derecho español. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, pág. 82.

<sup>14</sup> GARRIGUES, Joaquín y URÍA, Rodrigo. Op. Cit., pág. 607. Asimismo, DÍAZ MORENO, Alberto. Op. Cit., pág. 848.





Ciertamente, alguien podría señalar que esta norma tiene por finalidad informar a los acreedores de la transformación para que éstos se opongan a la misma. Sin embargo, dichos acreedores no cuentan con derecho de oposición al acuerdo de transformación, de acuerdo a la Ley General.

En conclusión, en este segundo ejemplo, tampoco deberán aplicarse las reglas de la transformación de sociedades: bastará que concuerde la operación con las disposiciones sobre constitución de sociedades y aporte<sup>16</sup>.

## 2.2. Segunda alternativa: la constitución de una sociedad a partir del patrimonio asignado a una sucursal.

Ya hemos adelantado nuestra opinión en los apartados precedentes en favor de esta segunda alternativa. Creemos que la "transformación de sucursal" es una operación compleja que involucra la constitución de una persona jurídica a partir del patrimonio asignado a una sucursal. La constitución de la nueva sociedad resultaría a partir de la extinción de la sucursal y, por el mismo acto, se transferiría el íntegro de su patrimonio a la sociedad que se constituye,

El fundamento de nuestra posición se encuentra en el hecho de que la sucursal es un establecimiento secundario, el cual no tiene personalidad jurídica. La sucursal no tiene una vida propia independiente de su casa matriz: es sólo una parte de ésta<sup>17</sup>.

Este presupuesto (la personalidad jurídica) es indispensable para que un ente pueda someterse a un proceso de

---

<sup>15</sup> Es preciso notar que si existe un participante adicional en la operación, aunque éste aparece en un momento posterior. Este participante adicional es el nuevo accionista (diferente de la casa matriz) que también será propietario de una parte del capital de la "sucursal transformada". Recordemos, a este efecto, que el Artículo 4 de la Ley General dispone que los accionistas de una sociedad sean dos o más.

<sup>16</sup> Asimismo, no podría entenderse que con esta publicación existe una aceptación de los acreedores al cambio de deudor en sus créditos. Con dicha publicación, ellos no han manifestado voluntad alguna para aceptar el cambio. El silencio, como detalla el Código Civil, no importa manifestación de voluntad de ningún tipo si es que la ley o el convenio no le atribuyen dicho significado.

Como ya hemos detallado en líneas anteriores, se verifica aquí un caso de asunción de deuda que requiere la manifestación de voluntad del acreedor para que se produzca el efecto liberatorio.

<sup>17</sup> Así, por ejemplo, se señala "Como establecimiento secundario que es, no puede tratarse nunca de una sociedad distinta y jurídicamente independiente de la matriz, de lo que se deriva que los bienes adscritos a la sucursal no constituyen en modo alguno un patrimonio autónomo". RUEDA MARTINEZ, José Alejo. La sucursal. Algunos aspectos de su régimen jurídico, José Ma, Bosch Editor, Barcelona, 1990, pág. 45.



transformación. Este, de acuerdo con el Artículo 333 de la Ley General, presupone sólo un cambio de ropaje jurídico, manteniéndose inalterada la individualidad de la compañía. En definitiva, lo que no tiene personalidad jurídica, no puede transformarse.

Ahora bien, si no se da en este caso una transformación en sentido estricto, ¿cómo se verifica la adaptación de la sucursal al régimen jurídico de una sociedad con vida independiente? Dicha adaptación, a nuestro entender, sólo se podría producir a partir de la aplicación de las normas de la Ley General establecidas para la constitución de sociedades (y, de manera especial, las del aporte).

Ciertamente, el primer paso para la adaptación de la sucursal al régimen de una sociedad presupone la separación del bloque al que ésta pertenece. En ese sentido, la primera acción a tomar será el desprendimiento del patrimonio asignado a la sucursal por la casa matriz<sup>18</sup>. Este desprendimiento se realizará a través de un aporte para constituir una nueva sociedad.

Lo señalado anteriormente nos permite concluir que, en los casos de transformación de sucursales - a diferencia de la transformación de sociedades-, sí existe una transferencia de la propiedad. Cambiará la titularidad sobre los bienes, derechos y obligaciones asignados a la sucursal por la casa matriz. Ellos -por el desarrollo de la operación- pasarán al dominio de un ente distinto (la nueva persona jurídica que se constituye).

El contenido del aporte, como hemos indicado antes, sería el negocio en marcha<sup>19</sup> (bloque patrimonial) asignado a la sucursal por la casa matriz. Esta lo retirará de su esfera jurídica para entregarlo a una sociedad, la que a cambio le otorgará un título de participación en su capital. Para este efecto, se verificará, sin duda, un traspaso de negocio.

Nuestra posición se encuentra respaldada por una interpretación sistemática por ubicación de la norma

---

<sup>18</sup> No olvidemos a este efecto que el real titular de los bienes, derechos y obligaciones asignados a la sucursal es la casa matriz. Cfr. RUEDA MARTÍNEZ, José Alejo. Op. cit., pág. 51.

<sup>19</sup> El aporte de una empresa a una sociedad se encuentra expresamente permitido por el Artículo 28 de la Ley General. En estos casos, prescribe la norma, el transferente se encontrará obligado al saneamiento del conjunto.



revisada<sup>20</sup>, la que tiene por finalidad dar significado a la norma a partir del "medio ambiente" de la misma. Este método, ciertamente, parte de entender que el Derecho es un sistema estructurado, razón por la que discrimina la interpretación en función a ello.

El Artículo 395 de la Ley General se encuentra ubicado en el Título IV ("otras formas de reorganización") de la Sección Segunda ("reorganización de sociedades") del Libro IV ("normas complementarias") de la Ley General. Dentro de esta misma sección, se encuentra la transformación de sociedades, aunque bajo otro título (el Título I).

Tomando en cuenta estos datos, resulta interesante notar como el Artículo 395 bajo comentario no se encuentra dentro del título relativo a la transformación de sociedades, sino más bien que éste ha sido incluido en otro apartado diferente. Este hecho es importante porque podría revelar la existencia de una intencionalidad del legislador de excluir a esta nueva institución de los alcances de los preceptos de la transformación de sociedades. Si hubiese querido incluirlos habría colocado el precepto del Artículo 395 dentro del apartado dedicado a la transformación de sociedades.

### III. ASPECTOS TRIBUTARIOS DE LA "TRANSFORMACION" DE SUCURSALES.

#### 3.1. Impuesto a la Renta.

##### 3.1.1. Posición actual: la transformación de sucursales implica una transferencia de propiedad.

Una primera consecuencia de la transformación de la sucursal en una sociedad mercantil es que el ámbito de aplicación del Impuesto a la Renta sobre sus actividades gravadas se extenderá. En efecto, el Artículo 6 de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado por Decreto Legislativo 774, establece que las sucursales sólo tributan por sus rentas de fuente peruana. En ese sentido, por la "transformación", la nueva sociedad ampliará el campo de afectación del impuesto a la totalidad de rentas gravadas que obtenga

---

<sup>20</sup> La interpretación sistemática por ubicación entiende que las normas deben comprenderse teniendo en cuenta el conjunto al que se hallan incorporadas, a fin de que su "que quiere decir" sea esclarecido por los elementos conceptuales propios de tal estructura normativa. RUBIO, Marcial. Op. Cit., pág. 296.



(sin tener en cuenta la nacionalidad de las personas naturales, el domicilio de las jurídicas, ni la ubicación de la fuente productora). Es decir, a partir de la transformación, la nueva sociedad tributaría por sus rentas de fuente mundial.

Asimismo, el literal b), inciso 6 del Artículo 3 de la Ley del Impuesto a la Renta, establece que constituyen rentas gravadas los resultados provenientes de la enajenación de "... bienes de cualquier naturaleza que constituyan activos de personas jurídicas o empresas constituidas en el país, de las empresas unipersonales domiciliadas (...) o de establecimientos permanentes de empresas constituidas o domiciliadas en el exterior que desarrollen actividades generadoras de rentas de la tercera categoría".

Ahora bien, podría pensarse que la transferencia de los bienes producto de la "transformación de sucursal" no produciría ganancias si los bienes se aportan con un valor similar al de los libros de la sucursal. Sin embargo, para efectos de esta Ley, ello no resulta del todo cierto.

El Artículo 32 de la Ley ha establecido que en los casos de ventas, aportes de bienes y demás transferencias, a cualquier título, el valor asignado a los bienes (al transferirse) será el de mercado. Si el valor asignado difiere, sea por sobrevaluación o subvaluación, la Administración Tributaria procederá a ajustarlo.

Así, la transferencia de bienes que ocurriría como consecuencia de la transformación debería realizarse a valor de mercado, lo cual podría generar una ganancia en la medida que el costo computable de los bienes resultase inferior al de mercado.

Sin embargo, las normas que establecen las presunciones de valor de mercado, no establecen que las mismas constituyan presunciones absolutas (iuris et de iure)<sup>21</sup>. Al respecto, debemos señalar que las presunciones absolutas deben estar declaradas expresamente por la misma ley que las establece. En tal sentido, al no haberse indicado

---

<sup>21</sup> "... se dice que cuando la deducción lógica la crea el propio legislador la presunción es legal, pudiendo adoptar la modalidad de iuris tantum cuando admiten la prueba en contrario, o bien iuris et de iure cuando la ley fija el hecho presumido sin dar posibilidad alguna de rebatirlo..." (el subrayado es nuestro). En: ESEVERRI MARTINEZ, Ernesto. "Presunciones legales y derecho tributario". Instituto de Estudios Fiscales - Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1995, pág. 19.



que las reglas del Artículo 32 constituyen presunciones absolutas, sólo cabría interpretar que las mismas son relativas (*iuris tantum*) y, consecuentemente, cabe respecto de ellas prueba en contrario.

No obstante, la Administración Tributaria podría no aceptar el criterio expuesto y considerar que el valor de transferencia de los bienes es, objetivamente, el valor de mercado. En tal escenario, el valor de los activos se determinaría de acuerdo a las reglas de presunción contempladas en el Artículo 31 de la Ley<sup>22</sup>.

En tal sentido y habiendo establecido que la transformación de la sucursal podría estar sujeta al Impuesto a la Renta por la diferencia entre el valor de libros y el valor de mercado de los bienes, analizaremos las otras implicancias que podrían generarse.

- *Gastos incurridos durante el ejercicio* - La sociedad que se constituye no podría utilizar los gastos incurridos durante el ejercicio, sustentados en comprobantes de pago emitidos a nombre de la sucursal, pues al transformarse ella, no sólo cambia su forma jurídica; sino que la sucursal se extingue y los bienes de ésta son aportados a la nueva sociedad.
- *Transferencia de saldos a favor del Impuesto a la Renta* - La nueva sociedad no podría utilizar los saldos a favor que pudiese tener la sucursal, en vista que nuestra legislación no permite que dicho saldo pueda transferirse a la sociedad que se constituye. Sin embargo, la sucursal, en vista que se extinguiría, puede solicitar la devolución del saldo a favor que existiese y entregarlo a su casa matriz, quien posteriormente podría aportarlo a la sociedad que

---

<sup>22</sup> Artículo 31: (...) Para efectos de lo dispuesto en el presente artículo se considera valor de mercado:

- 1) Para las existencias, el que normalmente se obtiene en las operaciones onerosas que la empresa realiza con terceros.
- 2) Para los valores, cuando se coticen en el mercado bursátil, será el precio de dicho mercado; en caso contrario, su valor se determinará de acuerdo a las normas que señale el reglamento.
- 3) Para los bienes del activo fijo, cuando se trate de bienes respecto de los cuales se realicen transacciones frecuentes, será el que corresponda a dichas transacciones; cuando se trate de bienes respecto de los cuales no se realicen transacciones frecuentes será el valor de mercado.
- 4) Para las transacciones entre empresas vinculadas económicamente, el que normalmente se obtiene en las operaciones que la empresa realiza con terceros no vinculados, en condiciones iguales o similares; debiendo tenerse en cuenta todos los elementos que sean pertinentes. De no poder determinarse este valor, será el que establezca el mercado.



constituiría, Este hecho implicaría que la sucursal mantendría su existencia e identidad tributaria en tanto exista algún saldo pendiente de devolución a ella.

- *Opción de continuar con el sistema de pago a cuenta de la entidad* - La sociedad que se constituye no podría continuar con el sistema de pagos a cuenta del impuesto a la renta en base a coeficientes que pudiese haber llevado la sucursal, puesto que la sociedad recién iniciaría sus actividades. Por ende, el sistema que le resultaría aplicable, no obstante que el mismo negocio continuaría en marcha, es el sistema del 2% de los ingresos netos del mes.
- *Opción de continuar con el método de inventario elegido* - Conforme lo establece el Artículo 62 de la Ley y el literal e) del Artículo 34 del Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 122-94-EE los contribuyentes que hayan adoptado un método de valuación de sus inventarios deberán aplicarlo uniformemente de ejercicio en ejercicio y no podrán variarlo sin autorización de la SUNAT.

En tal sentido, mediante la transformación de la sucursal la sociedad que se constituye no estaría obligada a continuar con el método de valuación de existencias que hubiese tenido la sucursal.

- *Cargos diferidos que aún no han sido deducidos:* - No existen normas que regulen sobre el particular, y en tal sentido las diferencias temporales entre los resultados contables y tributarios, que hayan sido registradas como cargos diferidos por la sucursal no podrán transferirse a la sociedad que se constituye para que ésta pueda deducirlos.
- *Pérdidas tributarias* - La sociedad que se constituye no podría utilizar las pérdidas tributarias acumuladas que pudiese haber tenido la sucursal, en vista que nuestra legislación tributaria no permite la transferencia de éstas,
- *Beneficios tributarios otorgados:* - Los beneficios tributarios que pudiesen haber sido otorgados a la sucursal no se trasladarían a la sociedad que se constituye, puesto que estaríamos ante una entidad con identidad tributaria distinta.



### 3.1.2. Propuesta: La transformación de sucursales implica un cambio de forma jurídica, no de identidad tributaria.

Sin perjuicio de las implicancias anteriormente señaladas, resulta curioso observar que el legislador ha contemplado que la transformación de sociedades, para efectos tributarios no constituye una reorganización societaria. Con ello se diferencia del legislador societario que sí calificó la transformación como una reorganización empresarial<sup>23</sup>. En efecto, el Artículo 106 de la Ley del Impuesto a la Renta, establece que la reorganización de sociedades o empresas sólo se configura en los casos de fusión o división de las mismas.

Asimismo, la Ley 26283 y sus normas ampliatorias y reglamentarias (las cuales exoneran de tributos a las transferencias patrimoniales derivadas de acuerdos de fusión o división de toda clase de personas jurídicas), no hacen referencia alguna a la transformación de sociedades.

La razón por la cual el legislador no ha querido regular esta figura mercantil resulta clara: la transformación de sociedades no implica una transferencia de patrimonio. Estamos ante la misma entidad que continúa con la explotación de su actividad económica. Sólo cambia la forma del titular de la empresa, pero ésta subsiste.

Ciertamente, para efectos mercantiles una sociedad tiene personalidad jurídica propia distinta a la de sus miembros. No obstante, para efectos tributarios, las sucursales, las sociedades de hecho, las asociaciones en participación, los joint ventures, y demás contratos de colaboración empresarial tienen también "personalidad jurídica" (aunque reservada para los efectos tributarios).

Una sociedad, desde el punto de vista mercantil, es la unión de personas que se reúnen para llevar a cabo una empresa en nombre de la asociación, la cual puede ser llevada bajo distintas formas de organización. La sociedad es típicamente un contrato asociativo con existencia distinta a la de sus miembros. Esta identidad distinta de la de sus miembros es lo que entendemos como personalidad jurídica en estricto sentido mercantil. De

---

<sup>23</sup> Tanto la transformación de sociedades como la transformación de sucursales se encuentran dentro de la Sección Segunda ("reorganización de sociedades") del Libro IV ("normas complementarias") de la Ley General.



tal forma que, si la sociedad se transforma, ésta cambia su forma jurídica, su estructura; pero mantiene su personalidad jurídica, Así lo establece el Artículo 333 de la Ley General, el que señala que “La transformación no entraña cambio de la personalidad jurídica”.

La posición que sustentamos es recogida en los considerandos de una resolución emitida por la entonces Dirección General de Contribuciones (hoy SUNAT), la cual establece que “... por el hecho de la transformación no cambia la sociedad transformada su identidad sino únicamente la forma legal de su constitución ...”<sup>24</sup> (el subrayado es nuestro). En ese sentido, no existe una transformación de empresas, se transforma sólo la forma jurídica de su titular, Las empresas carecen de personalidad jurídica, quien la ostenta es el titular de ellas.

Sin embargo, el Artículo 14 de la Ley del Impuesto a la Renta ha establecido que, para efectos de esta Ley, las sucursales tienen “personería jurídica” propia. Con ello lo que la norma realmente otorga no es dicha “personalidad”, sino más bien concede una identidad tributaria a la sucursal. Creemos que el legislador ha cometido un error al interpolar el concepto mercantil de persona jurídica al campo tributario.

En efecto, las sucursales, para efectos mercantiles, carecen de personalidad jurídica independiente de su principal<sup>25</sup>. Lo que entendemos quiso decir el Artículo 14 de la Ley del Impuesto a la Renta es que las sucursales, así como cada una de los entes ahí indicados son contribuyentes del impuesto, y para ello se les concede una identidad tributaria propia, distinta a la de su titulares (i.e. sociedad, sucursal, contrato asociativo, etc.).

Como hemos notado anteriormente, la “transformación de sucursales” no es igual a una transformación de sociedad. Aquélla implica la realización del aporte del patrimonio de una empresa en marcha para la constitución de una nueva sociedad, verificándose una transferencia de propiedad.

---

<sup>24</sup> Resolución Directoral No 469-84-EFC/74 del 24 de Mayo de 1984, ante una consulta formulada por la Cámara de Comercio e Industrias de Arequipa. Publicada el 26 de mayo de 1984. En: LAGUNA CABALLERO, Javier. “Consultas Tributarias Vinculantes 1981 ñ 1988”. Ediciones Justo Valenzuela V.E.I.R.L., Lima, 1989, pág. 110.

<sup>25</sup> Ley General, Artículo 396.





En efecto, la empresa en marcha pasaría de un contribuyente (la sucursal) a otro (la nueva sociedad). La ganancia derivada de esta transferencia, como hemos visto en los apartados precedentes, podría estar gravada con el Impuesto a la Renta.

Ahora bien, nótese que la intención del Artículo 395 de la Ley General ha sido facilitar la conversión de las sucursales establecidas en el Perú sin que se requiera disolver y liquidar éstas. Con ello, si bien el titular (la sucursal) se reorganiza como una nueva persona jurídica, la empresa se mantiene incólume y subsiste.

En tal sentido, se debería - mediante una norma especial- conceder (a través de una ficción) a la nueva sociedad la misma identidad tributaria de la sucursal (como si fuera ésta una transformación de sociedad). Con ello, pese a que se verificaría una transferencia a partir del aporte, ésta no existiría para efectos tributarios.

Al generar esta ficción, no se produciría una transferencia de bienes; no se gravaría la ganancia derivada de la operación y, adicionalmente, la nueva sociedad al asumir la identidad tributaria de la sucursal podría utilizar los saldos a favor del impuesto a la renta; las pérdidas tributarias; los cargos diferidos, entre otros; que tuviese la sucursal. Asimismo, mantendría el costo computable de los activos y su valor depreciable sin modificación.

De tal forma que, si bien la sucursal se extingue para efectos mercantiles y se convierte en una sociedad por el aporte de la empresa que hace su casa matriz; para efectos tributarios, la identidad tributaria de la sucursal -"su personalidad jurídica para efectos tributarios"- se mantiene, y ésta última es asumida por la nueva sociedad.

A nuestro entender, creemos que éstos serían los efectos que buscaría el Artículo 395 de la Ley General: que la sociedad que se constituye continúe con la empresa que llevaba la sucursal, sin que ésta deba disolverse y liquidarse.



### 3.2. Impuesto General a las Ventas.

#### 3.2.1. Posición actual: traspaso de empresa.

El literal a) del Artículo 1 del Decreto Legislativo 821, Ley del Impuesto General a las Ventas (IGV), establece que la venta en el país de bienes muebles se encuentra gravada con este impuesto. Asimismo, el numeral 3, inciso a) del Artículo 2 del Reglamento de la Ley, aprobado por Decreto Supremo 29-94-EF<sup>26</sup>, precisa que por "venta" se entiende "todo acto a título oneroso que conlleve la transmisión de propiedad de bienes, independientemente de la denominación que le den las partes, tales como venta propiamente dicha, permuta, dación en pago, expropiación, adjudicación por disolución de sociedades, aportes sociales, adjudicación por remate o cualquier otro acto que conduzca al mismo fin" (el subrayado es nuestro).

Bajo esta premisa, en principio pareciera que se encontraría gravada con IGV la transferencia de los bienes que se produzca con motivo de la transformación de la sucursal, puesto que, como hemos visto, la empresa en marcha (asignada a la entidad que se extingue) es transferida por aporte a un nuevo ente que se constituye.

No obstante que la transferencia de bienes encuadra dentro de la hipótesis de incidencia de la norma, este hecho concreto, al efectuarse como un traspaso de empresa, podría no implicar un hecho imponible que origine el nacimiento de la obligación tributaria. Sobre el particular, el literal c) del Artículo 2 de la Ley del IGV establece que la transferencia de bienes realizada como consecuencia de la reorganización o traspaso de empresa se encuentra exenta del impuesto.

Ahora bien, para efectos de esta Ley ¿la transformación de una sucursal es una reorganización o un traspaso de empresa?

El reglamento de la norma ha establecido que por "reorganización" de empresas se entiende a la operación resultante de la fusión o división de las mismas. Asimismo, establece que por "traspaso de empresa" se entiende a

---

<sup>26</sup> El título primero del reglamento de la Ley del Impuesto General a las Ventas fue sustituido por el Decreto Supremo 136-96-EF.



la transferencia, en una sola operación, de los activos fijos y existencias con sus pasivos correspondientes que conforman una unidad de producción, comercialización, servicios o construcción, a un único adquirente, con el fin de continuar la explotación de la actividad económica a la cual estaban destinados<sup>27</sup>.

En tal sentido, entendemos que las consecuencias de la transformación de la sucursal se encuentran dentro del presupuesto de inafectación respecto al traspaso de empresas, y consecuentemente, la misma está fuera del ámbito de aplicación del impuesto.

Asimismo, el Artículo 24 de la Ley permite que el crédito fiscal acumulado que tuviese la empresa que se transfiere producto de sus operaciones gravadas pueda transferirse a la sociedad que se constituye.

### 3.2.2. Propuesta: reorganización del titular.

Sin perjuicio de las implicancias anteriormente señaladas, cabría indicar que las normas sobre traspaso de empresa no estuvieron pensadas ni para la transformación de sociedades, ni tampoco para la transformación de sucursales. En efecto, en el primer supuesto, la personalidad jurídica de la sociedad se mantiene: con ello no se produce una transferencia del patrimonio; mientras que el segundo supuesto sólo ha aparecido con la nueva Ley General<sup>28</sup>.

La intención de las normas sobre traspaso de empresas fue no gravar la venta de unidades de negocios efectuadas de un titular a otro, siempre que el adquirente asuma el negocio para continuar con la explotación del mismo.

Nosotros consideramos que la transformación de sucursales no debería estar afecta al IGV por una razón distinta al traspaso de empresa. Entendemos que, no obstante para efectos mercantiles nos encontramos ante dos entidades jurídicas distintas (sucursal y sociedad nueva), desde un punto de vista económico, se mantiene una misma entidad:

---

<sup>27</sup> Decreto Supremo 136-96-EE Artículo 7, literales a) y b).

<sup>28</sup> La Ley General de Sociedades, aprobada por Ley 26887, fue publicada el 9 de diciembre de 1998, no obstante la Ley del Impuesto General a las Ventas, aprobado por Decreto Legislativo 821, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 136-96-EF, fueron publicados el 23 de abril de 1996 y el 31 de diciembre de 1996, respectivamente.



la empresa, cuyo titular se está reorganizando o transformando para continuar, de una manera más eficaz, con la marcha de la empresa que lleva.

En este sentido, consideramos que la inafectación respecto al IGV que debiera tener la transformación de sucursales, debería basarse en que esta operación es en realidad una reorganización del titular de la empresa y no un traspaso de negocio.

Esta posición guardaría congruencia con el criterio de identidad tributaria al que nos hemos referido en el punto anterior.

### 3.3. Impuesto de Alcabala.

El Decreto Legislativo 776, Ley de Tributación Municipal, establece en su Artículo 21 que se encuentra gravada la transferencia de inmuebles urbanos y rústicos, cualquiera sea su forma o modalidad, con una tasa del tres por ciento. No estarán gravadas con este impuesto, las transferencias cuyo valor de venta no exceda de 25 Unidades Impositivas Tributarias (el monto equivale actualmente a S/. 65,000).

En tal sentido, si la sucursal es titular de la propiedad de inmuebles, su transformación, para efectos de este impuesto, implica la transferencia de los mismos a la sociedad que se constituye. Consecuentemente, ésta resultará gravada con este impuesto, en la medida y sólo por la diferencia, que el valor de los inmuebles que se transfieren superen el monto antes indicado.

No obstante, si como hemos sostenido el legislador tributario estableciera que la "transformación de sucursal" es una reorganización que implica sólo el cambio de la forma jurídica del titular de la empresa, manteniéndose su identidad tributaria, los efectos respecto al Impuesto de Alcabala diferirían. Ya no estaríamos ante la ficción jurídica de una transferencia de bienes inmuebles, sino sólo ante la modificación de la forma jurídica del titular.

Lima diciembre de 1998

