

REGIMEN DE TRASPASO DE PERDIDAS EN LA HIPOTESIS DE FUSION DE EMPRESAS EN MATERIA DE IMPUESTO SOBRE LA RENTA

Oswaldo Padrón Amaré
*Profesor en la Facultad de Derecho de la
Universidad Católica Andrés Bello*

Se ha planteado el problema de si al producirse una fusión de sociedades, en la cual A incorpora a B, el derecho existente en B de traspaso de pérdidas a fines fiscales, se transfiere a la sociedad incorporante, pudiendo esta última, en consecuencia, compensar el monto de dichas pérdidas con enriquecimientos propios percibidos después de perfeccionada la fusión o, en su defecto, considerar las pérdidas transferidas de la sociedad incorporada a los fines de futuros traspasos.

I) La Ley venezolana admite y regula dos clases de fusión: la que implica la consolidación de dos o más sociedades y la constitución de una nueva sociedad que es la fusión propiamente dicha y la denominada *incorporación* en la que una sociedad absorbe a otra, produciéndose en la sociedad incorporante, que preexiste y sobrevive, una fusión patrimonial. (Código de Comercio, artículos 340, ordinal 7º y 346). En el caso consultado se trata de este último caso.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 340, ordinal 7º, del Código de Comercio, la incorporación a otra sociedad es una causal de disolución y ello explica por qué el artículo 15 del Reglamento de la Ley de Impuesto sobre la Renta se refiere a la fusión como una causal de "cesación de negocios y demás actividades..." cuya ocurrencia da lugar a la terminación del ejercicio de la sociedad incorporada.

Sin embargo, está claro que la disolución en esta hipótesis es una disolución técnica que no implica en forma alguna la liquidación de la sociedad.

Roberto Goldschmidt¹ señala con precisión que no obstante su *inclusión* como causal de disolución en el régimen venezolano de la fusión, "la sociedad incorporante o la sociedad que resulta de la fusión, asumirá los derechos y las obligaciones de las que se hayan extinguido" y, en consecuencia, "no debe mencionarse la fusión entre las causales de disolución". Continúa expresando el citado autor, lo siguiente:

"En efecto, en caso de fusión, no procede una liquidación, contrariamente a lo que ocurre en todos los demás supuestos de hecho en que opera una causal de disolución".

Es conveniente señalar que tal conclusión es la única admisible en el ordenamiento jurídico venezolano, puesto que la liquidación supone la realización de todos los créditos y activos de la sociedad y su aplicación a la satisfacción de los débitos y demás pasivos y, adicionalmente, la entrega a los accionistas del remanente que subsista, si fuere el caso, a título de reembolso del capital social, previamente aportado o, si tal entrega fuera superior a dicho capital, el excedente sería considerado como dividendo a fines fiscales.

Nada de ello ocurre en la hipótesis de fusión; por el contrario, la esencia da la incorporación radica, como lo dice Messineo² en el hecho de que "Una sociedad...

1. "La Fusión de Sociedades en el Derecho Venezolano", en *Nuevos Estudios de Derecho Comparado*. Caracas, 1962, Facultad de Derecho, U.C.V.
2. *Manual de Derecho Civil y Comercial*, tomo V, p. 563, EJE, Buenos Aires.

absorbe enteramente a la otra, denominada *incorporada*. . . asumiendo todas sus obligaciones (comprendido el débito constituido por el capital) y *adquiriendo todos sus derechos*, o sea, el patrimonio. . .”

Por ello, además, el perfeccionamiento de la fusión supone el transcurso de un lapso en el cual los terceros pueden oponerse a ella; pero, no mediando oposición, y perfeccionada la fusión, no ocurre nada, ningún acto, que implique liquidación, lo cual es importante porque la fusión significa, desde el punto de vista económico, que el patrimonio de la sociedad incorporada continúa afectado al ejercicio de una actividad económica determinada.

II) Pero, además, como lo indicamos antes, en el Derecho venezolano, la consecuencia de la fusión es que la *sociedad incorporante* o la sociedad que resulta de la fusión, asume los derechos y obligaciones de las que se hayan extinguido (Código de Comercio, artículo 346). Se trata, según la doctrina más autorizada, de una sucesión a título universal. Messineo, en su obra ya citada (p. 561) expresa que en la incorporación se realiza “un fenómeno análogo al de la sucesión a título universal (en los débitos y en los créditos), que veremos es característico de la Sucesión por causa de muerte de la persona física; sin embargo, aquí la sucesión a título universal no parece concepto fuera de lugar. . .”. Goldschmidt, por su parte, es más explícito dentro de la misma línea de pensamiento: “Realizada la fusión, la sociedad subsistente, o sea, la incorporante, o la que resulte de la fusión, asumirá los derechos y obligaciones, de las que se hayan extinguido. *Se trata, según la opinión dominante, de una sucesión universal*” (*ob. cit.*, p. 319).

Vivante³ sostiene que “hecha firme la fusión, la sociedad que se fusiona deja de existir, pierde su personalidad jurídica, su nombre, su patrimonio y sus administradores, ocupando su puesto en la nueva sociedad, *como un sucesor a título universal*”.

Precisamente porque ocurre un fenómeno de sucesión a título universal se materializan las siguientes consecuencias señaladas por Vivante (citas textuales): “La sociedad que continuare viviendo podrá exigir de terceros el cumplimiento de todos los contratos en curso. . . a menos que la ejecución de tales contratos esté por su naturaleza personal subordinada a la existencia de la sociedad. . .”

b) “Junto con el activo pasan a la sociedad supérstite, las deudas, tanto las que sean anteriores a la fusión, como las contraídas por razón de la misma, *verbigracia, los impuestos*”.

c) “La sociedad supérstite se hace deudora particularmente como continuadora de la sociedad extinta”.

De lo anterior se infiere que, en caso de fusión, existe una propia y verdadera sucesión a título universal, existiendo dudas en relación con la transferencia del patrimonio sólo en algunos casos específicos, tales como:

a’) En relación a la trasmisión de algunos derechos como el *usufructo*, el cual, de conformidad con el artículo 619 del Código Civil, se extingue por la muerte del *usufructuario* cuando no ha sido establecido por tiempo determinado (Goldschmidt, p. 320).

b’) En los “Contratos pendientes de carácter personal que presuponen una relación de confianza” (*Idem*, p. 320).

c’) En las llamadas obligaciones elásticas (*Ibidem*, p. 320 y 321), o sea, que generan prestaciones sucesivas cuyo contenido carece de precisión y predeterminación (Ej. Convenios de participación en las ganancias de un negocio o de contratos de reaseguros, o convenios sobre delimitación de la competencia entre empresas, etc.). Eloy Maduro Luyando⁴, por último, señala que “los derechos de crédito y de obligaciones pueden también transmitirse a causahabientes universales o a título universal

3. *Tratado de Derecho Mercantil*, tomo 2 pp. 519 y 520. Edit. Reus, Madrid, 1932.

4. *Curso de Obligaciones*, Derecho Civil III, UCAB, Manuales de Derecho, 1972.

por actos entre vivos. Ello ocurre en diversas situaciones, entre las cuales podemos señalar:

“Fusión de Sociedades. En la fusión de sociedades, con el consentimiento de todos los acreedores, tanto el activo como el pasivo de las sociedades fusionadas pasan a la nueva sociedad, que es *causahabiente universal de aquéllas*”.

III) Produciéndose con la fusión y por efectos de ella una Sucesión a título universal que implica la transferencia de la totalidad del patrimonio (derechos y obligaciones) de la sociedad incorporada a la sociedad incorporante, no cabe la menor duda de que, así como se transfieren los activos y derechos de crédito frente a terceros, se transfieren igualmente todos los pasivos, incluyendo las pérdidas acumuladas de la empresa incorporada, puesto que debe tenerse en cuenta que la existencia de tales pérdidas en el balance de la sociedad incorporada es factor determinante de la contraprestación que reciben los accionistas de dicha sociedad, o sea, es elemento de importancia para determinar el monto de las participaciones accionarias que aquéllos recibirán de la sociedad incorporante. No debe olvidarse que, como lo afirma Vivante (*ob. cit.*, p. 512), “como base de toda fusión existe necesariamente la estimación del patrimonio presente de las sociedades que concurren a la fusión”.

En efecto, de acuerdo con el Código de Comercio (artículo 344), el Acuerdo de Fusión, por parte de cada compañía, debe presentarse al Registro de Comercio y éstas “también presentarán sus respectivos balances”.

Perfeccionada la fusión se produce una consolidación de las situaciones patrimoniales reflejadas en los balances correspondientes, de modo que, el de la sociedad incorporante después de la fusión, será el resultado de la combinación de la totalidad de los elementos activos y pasivos comprendidos en los Estados, tanto de la sociedad incorporante como de la sociedad incorporada, para la fecha de la fusión.

El resultado será una especie de suma algebraica y reflejará, según los casos, el superávit o pérdida que resulte de tal suma algebraica.

IV) Un aspecto muy particular y complejo de las fusiones es el que se refiere a la transferencia o subsistencia de derechos otorgados por las leyes fiscales en beneficio, en especial, de una sociedad absorbida por otra como consecuencia de la incorporación. En particular es interesante el caso consultado, o sea, el régimen de las pérdidas liquidadas y reconocidas en la sociedad absorbida y que, como tales, podían ser traspasadas a futuros ejercicios de haber permanecido la sociedad, o, una vez ejecutada la fusión, compensadas con ingresos de la sociedad incorporante y, en última instancia, traspasadas, por esta última, como sociedad resultante del proceso de fusión, a futuros ejercicios.

Jurídicamente hablando, la sucesión a título universal implica que la sociedad que subsiste asume todos los derechos y obligaciones de la sociedad absorbida, lo que significa que, por una parte, los créditos fiscales a cargo de esta última obligan a la primera; y por la otra, que los derechos adquiridos de acuerdo con el ordenamiento fiscal se transfieren también a la sociedad incorporante, pues no se trata de ninguno de los casos en que existe duda acerca de su transferencia, de acuerdo con la enumeración del tratadista Goldschmidt.

Las pérdidas de operación existentes en la sociedad absorbida para la fecha de la fusión deben reflejarse en su balance y, por lo tanto, al producirse la consolidación de balances como resultado lógico de la fusión, dichas pérdidas se incorporan y se asumen, a todos los efectos, por la sociedad incorporante, comprendiendo en esta última afirmación, desde luego, el derecho a la compensación y traspaso de las pérdidas desde el punto de vista fiscal, en el supuesto de que las pérdidas de la sociedad incorporada no puedan ser compensadas por la incorporante en el momento en que la fusión se perfeccione, ya que la ley en la materia no lo prohíbe y tal solución

es consecuencia lógica y directa de la sucesión a título universal implicada en toda fusión, de acuerdo con lo anteriormente expuesto.

Las legislaciones fiscales poco desarrolladas en puntos tan especializados no contienen disposiciones que permitan inducir consecuencias jurídicas derivadas de la legislación tributaria propiamente dicha y por ello habrá que recurrir siempre al Derecho Común, por ser este último de aplicación supletoria como regla de carácter general.

A ello debe agregarse que desde el punto de vista económico —y lo económico tiene especial trascendencia en lo que concierne a la interpretación y aplicación del Derecho Tributario— la sociedad incorporante asume la actividad, el riesgo y el patrimonio global de la sociedad incorporada, y, como es lógico, su potencial de generación de ingresos y de beneficios gravables, por lo que no obedecería a una racionalidad aceptable desconocer la asunción, por la sociedad incorporante, de los beneficios y cargas que conforman el régimen fiscal de la sociedad incorporada.

V) La legislación, la doctrina y la práctica judicial norteamericana tratan *in extenso* el punto bajo consideración, como corresponde a un país con elevado grado de desarrollo y en el cual las fusiones y consolidaciones de empresas constituyen alternativas normales en el desarrollo de las actividades económicas.

Es lógico, por lo tanto, que en ese país exista un largo y detenido tratamiento del tema.

En primer término, conviene destacar que la fusión por incorporación a que alude la legislación venezolana existe igualmente en los Estados Unidos bajo la denominación específica de "merger".

"En una fusión (merger) —expresan Bittker y Eustice— una sociedad (o corporación) absorbe la empresa corporativa de otra sociedad (o corporación) con el resultado de que la compañía adquirente se coloca en los zapatos de la sociedad que desaparece en lo que concierne a sus activos y sus obligaciones"⁵.

De manera que el concepto de "merger" se identifica con el de fusión por incorporación y el de "consolidation" con el de la fusión propiamente dicha, a que nos referimos antes. En efecto, los mismos autores señalan que "las consolidaciones envuelven típicamente la combinación de dos o más sociedades en una entidad de nueva creación, quedando extinguidas las viejas sociedades".

También en el derecho norteamericano las "mergers" y las "consolidations" suponen una disolución técnica de las sociedades adquiridas y, como veremos, la necesidad, por parte de la sociedad incorporada, de presentar una declaración de rentas como ocurre en el caso venezolano.

Después de un largo proceso de elaboración jurisprudencial el Internal Revenue Code de 1954 reguló expresamente el tema en consideración, en el sentido de que, en caso de fusión por incorporación (merger), los beneficios fiscales y en general los atributos fiscales de la entidad incorporada o absorbida se transfieren o traspasan a la incorporante, sin que sea necesario, desde luego, que, de tratarse la entidad incorporada de una sociedad titular de pérdidas netas de operación, ésta tuviera que subsistir legalmente como contribuyente, o, lo que es lo mismo, que al operarse la fusión y por efectos de ella la entidad incorporante se sustituye a la incorporada en el derecho a compensar o traspasar las pérdidas que arroje esta última a ejercicios futuros y aun a ejercicios ya cumplidos (bajo determinadas condiciones, en este último caso), supuesto que admite la legislación norteamericana (carry back).

La disposición correspondiente a esta materia (Sección 381) establece que si una transacción se cumple bajo la forma de una incorporación (entre otras que el mismo texto señala) la sociedad adquirente sucederá y tomará en consideración los

5. Bittker, Boris and Eustice, James. *Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders*. Federal Tax Press, Inc.; Branford, Conn., U.S.A., p. 516.

apartados (Items) especificados en la Sección 381 (c), tales como traspasos de pérdidas netas de operación; ganancias y utilidades, traspasos de pérdidas de capital, métodos de contabilidad y otros..."⁶.

En el caso de las fusiones los "atributos fiscales del transferente (sociedad incorporada) se traspasan al transferido (sociedad incorporante). En cada una de estas situaciones, la sociedad transferente es en efecto absorbida por la sociedad transferida, pero no se requiere, como era el caso antes de la Ley de 1954, que los contribuyentes pasen por el ritual de mantener a la sociedad que tuviera pérdidas (loss corporation) como una entidad legal sobreviviente..."

Conviene advertir, por último, que, tal como sucede en el derecho venezolano, la fusión por incorporación implica la cesación de negocios, a fines fiscales, de la sociedad incorporada, surgiendo, en consecuencia, la obligación de presentar una declaración de rentas por el ejercicio fiscal abreviado y transcurrido hasta la fecha de la fusión, lo cual tiene importancia porque en esta declaración "se computa la deducción por pérdidas netas de operación que se traspasan a la sociedad transferida"⁷.

VI) *En Venezuela, al menos que nosotros sepamos, no existen antecedentes sobre la materia en consideración.* Como lo señalamos anteriormente, en nuestro derecho rige el principio, criticado por Goldsmichdt, de que la fusión implica disolución, pero sin que ello signifique la liquidación de la sociedad puesto que no se cumple en la realidad ningún acto que la implique. Acordada la fusión por las asambleas de accionistas de las respectivas empresas, corre un lapso dentro del cual los acreedores de las sociedades que pretenden fusionarse pueden oponerse a dicha fusión (artículo 345, Código de Comercio), pero, transcurrido dicho lapso (tres meses), sin oposición "podrá realizarse la fusión y la compañía que quede subsistente asumirá los derechos y obligaciones de las que se hayan extinguido" (artículo 346, *ejusdem*), operando así una sucesión a título universal.

Desde el punto de vista fiscal, la fusión implica "cesación de negocios" para la sociedad incorporada y, por lo tanto, la necesidad de presentar declaración de rentas por el período que transcurra del ejercicio fiscal de dicha sociedad hasta la fecha en que la fusión se lleve a cabo.

Sin embargo, es evidente que en la hipótesis de una fusión, tanto la disolución de la sociedad como la "cesación de negocios" son conceptos técnicos que no implican la extinción de los derechos, créditos, obligaciones, pérdidas y demás elementos patrimoniales de las sociedades que concurren a la fusión, puesto que en este caso *no existe liquidación* y opera, por disposición de la ley, una sucesión universal. Hasta tal punto es ello cierto que la doctrina nacional más autorizada sostiene que "dentro del régimen ítalo-venezolano, según el cual la sociedad incorporante o la sociedad que resulte de la fusión asumirá los derechos y obligaciones de las que se hayan extinguido (artículo 346, Código Venezolano), no debe mencionarse la fusión entre las causales de disolución. En efecto, en caso de fusión no procede una liquidación, contrariamente a lo que ocurre en todos los demás supuestos de hecho en que opera una causal de disolución..."⁸.

A los efectos, entonces, de emitir un pronunciamiento sensible en esta materia, en ausencia de norma legal expresa y de doctrina judicial o administrativa, procede el análisis de antecedentes indirectos y de principios generales e inclusive del enfoque fundado en la realidad económica subyacente.

La Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, en sentencia de fecha 12-11-59 (Granjas El Marqués), ha sostenido que "el ordenamiento fiscal tiene sus fines y sus principios, a menudo de carácter específico, que son de preferente aplica-

6. Bittker and Eustice, *ob. cit.*

7. Bittker and Eustice, *ob. cit.*

8. Goldsmichdt, *ob. cit.*, p. 306.

ción en el derecho fiscal y sólo a falta de los cuales son aplicadas —generalmente como normas supletorias— disposiciones de otras ramas de derecho positivo”⁹.

De ese párrafo se induce que en la aplicación de la norma jurídico-tributaria ha de atenderse, en primer lugar, a los principios explícitos o implícitos del ordenamiento tributario y en defecto de aquellos a los del ordenamiento común por ser éstos de naturaleza supletoria.

En esta materia no existen normas expresas en el ordenamiento fiscal; éste se limita a reconocer el derecho del contribuyente a la compensación de pérdidas con ingresos y al traspaso de pérdidas a ejercicios futuros en los casos en que la compensación no fuere posible en el ejercicio en que se liquiden las pérdidas. El principio que sirve de base a tal derecho, excepcional en relación al más general de la autonomía del ejercicio fiscal, es que, en definitiva, como lo ha señalado el maestro Luigi Einaudi en sus *Mitos y Paradojas de la Justicia Tributaria*, la división de la vida económica del contribuyente en ejercicios fiscales no pasa de ser una solución arbitraria, aunque conveniente, puesto que sólo al fin de la vida efectiva del contribuyente puede emitirse juicio cierto acerca de si aquél ha tenido ganancias o pérdidas. Por ello la ley trata de compaginar dos situaciones antitéticas y para ello admite una solución intermedia: reconocer el derecho al traspaso de pérdidas limitado, en el caso venezolano, a un número determinado de ejercicios futuros. Este derecho, por su propia naturaleza, es un derecho incondicionado y anejo al patrimonio perdido. Siendo ello así, cuando el patrimonio afectado por la pérdida se transfiere a una nueva entidad jurídica que hace las veces de continuador de la personalidad jurídica (y económica) de la entidad incorporada, no sólo porque aquélla asume los derechos y obligaciones de esta última sino porque continúa sus negocios, apropia su patrimonio a esos fines y asume los riesgos de la actividad que ha venido generando pérdidas, evitando así la extinción absoluta de una entidad potencialmente productiva, no cabe otra alternativa que reconocer que, a fines fiscales, no existiendo principio regulador, debe admitirse el principio general de la sucesión universal, reconocido en el artículo 346 del Código de Comercio, puesto que, además, ello resulta fundado desde el punto de vista económico y contable.

El antiguo Tribunal de Apelaciones del Impuesto sobre la Renta, en su sentencia Nº 180¹⁰, reconoce implícitamente la validez del argumento en un párrafo del tenor siguiente:

“La improcedencia de la deducción de esa suma es pues evidente, pues la apelante *es una entidad distinta y autónoma* de la que experimentó la pérdida y, en consecuencia, mal puede la recurrente *pretender la creación arbitraria de una identidad de sujetos tributarios* que legalmente no existe”.

Tal decisión fue correcta porque, en el caso de autos se trataba de dos contribuyentes corporativos legalmente distintos y económicamente diferenciados, por lo que no podría haber “creación arbitraria de una identidad de sujetos tributarios”, pero, por argumento a contrario, cuando la identidad es real y absoluta por efectos de la fusión (de formas y patrimonios) y *por disposición de la ley*, no cabe otra solución que la de reconocer la existencia, en la sociedad resultante, de los derechos anejos al patrimonio fusionado.

En la doctrina judicial norteamericana anterior al Código de Rentas Internas de 1954, que admitió claramente el principio expuesto, los conceptos que habían permitido fundamentar la subsistencia de los atributos fiscales de la sociedad incorpo-

9. *Jurisprudencia de Impuesto sobre la Renta 1943-1965*, tomo III, p. 246. M. de Hacienda, Caracas, 1967.

10. *Jurisprudencia... cit.*, tomo II, p. 465.

rada o fusionada o participante en una consolidación, no son en lo absoluto extraños a una solución racional del problema dentro de un ordenamiento jurídico como el nuestro.

Los tribunales norteamericanos manejaron tres criterios profundamente lógicos, a saber:

(a) El criterio de la continuidad de los negocios de la empresa ("continuity of bussines enterprise o continuity of interest").

(b) Criterio o teoría de la entidad (entity theory).

(c) Criterio de la fusión de identidad por disposición de la ley (merger of identity by operation of law).

La primera se fundamenta en la idea de que en una fusión (merger) ocurre un fenómeno de continuidad de interés entre las sociedades que concurren a la fusión y la sociedad resultante de ella, lo cual, sin duda, es el principio que sirve de base a la sucesión a título universal admitida en la legislación venezolana. La tesis subyacente, pues, es que una fusión presupone "la continuidad del interés de parte del transferente en las propiedades del transferido".

El criterio o "teoría de la entidad" fue mucho más restrictivo por exigir que la subsistencia de los atributos fiscales dependía de la subsistencia de la entidad legal o jurídica que los generó, pero, como toda tesis postiza e irracional por desconocer la realidad, su aplicación dio lugar a lo que se denominó el fenómeno de "la sardina tragándose a la ballena" (minnows swallowing whales), para distinguir el gran número de casos de fusiones en que empresas débiles y pequeñas "absorbían" a empresas gigantes con el solo objeto de vadear el curso de la ley ¹¹.

El criterio de la fusión de identidad por disposición u operación de la ley, por último, significó, en esencia, que los "atributos fiscales se traspasan a una corporación sucesora en los casos en que la reorganización tomara la forma de una fusión o incorporación (statutory merger):

Los tribunales observaron que "la personalidad corporativa del transferente es ahogada en la del transferido" ¹² y la tesis, de nuevo, tiene su asiento en la idea de la sucesión a título universal.

En los casos y principios que se dejan expuestos, la idea subyacente es la de subsumir los atributos fiscales de la sociedad incorporada en la incorporante por ser esta última un sucesor a título universal, un continuador del interés jurídico y económico de la primera, tal como ocurre en el derecho venezolano. Y es importante observar que tal desarrollo jurisprudencial concluye con la admisión expresa de las soluciones apuntadas o inferidas en los diversos fallos en el Código de 1954, como tuvimos oportunidad de indicarlo con anterioridad.

CONCLUSIONES

1. En el derecho venezolano la fusión por incorporación supone la existencia de una sucesión a título universal, por efectos de la cual la sociedad incorporante se sustituye en los derechos y obligaciones que constituyen la situación jurídico-patrimonial de la sociedad incorporada.

2. La legislación fiscal no contiene disposición legal expresa que regule el destino de los derechos de la sociedad incorporada, una vez operada la fusión, pero, sin duda alguna, por no tratarse de derechos personalísimos, sino de elementos atinentes a la situación patrimonial de la empresa, deben aplicarse los principios de derecho común en lo que concierne a la sucesión a título universal.

11. Bitker and Eustice, *ob. cit.*, p. 607.

12. *Idem*, p. 607, *in fine*.

3. Como consecuencia, las pérdidas existentes en la sociedad absorbida se transfieren a la sociedad incorporante junto con los demás elementos constitutivos del patrimonio y con todas las consecuencias que de tal transferencia se derivan en relación con la situación patrimonial de la sociedad incorporante, una vez perfeccionada la fusión.