



Fiscalidad de las retribuciones pagadas a personas naturales por acuerdos de no competencia en el marco de la transferencia de acciones

Carlos Llosa
Jorge Pesantes
Jesús Ramos



Fiscalidad de las retribuciones pagadas a personas naturales por acuerdos de no competencia en el marco de la transferencia de acciones

Fiscalidad de las retribuciones pagadas a personas naturales por acuerdos de no competencia en el marco de la transferencia de acciones

Carlos Llosa • Jorge Pesantes • Jesús Ramos



Fiscalidad de las retribuciones pagadas a personas naturales por acuerdos de no competencia en el marco de la transferencia de acciones

ISBN 978-612-4110-86-3

Serie Gerencia para el Desarrollo 74

ISSN de la serie: 2078-7979

© Carlos Llosa, Jorge Pesantes, Jesús Ramos, 2018

© Universidad ESAN, 2018

Av. Alonso de Molina 1652, Surco, Lima-Perú

www.esan.edu.pe

esanediciones@esan.edu.pe

Primera edición digital

Lima, julio del 2018

DIRECCIÓN EDITORIAL

Ada Ampuero

CORRECCIÓN TÉCNICA Y EDICIÓN

Juan Carlos Soto

CORRECCIÓN DE ESTILO

Santiago Soberón

DISEÑO DE CARÁTULA

Alexander Forsyth

DISEÑO DE INTERIORES Y DIAGRAMACIÓN

Ana María Tessey

PUBLICADO

Julio del 2018

Índice

Introducción	8
Capítulo 1. Los acuerdos de no competencia en el marco de la venta de acciones y la adquisición de empresas	11
1. Marco contextual y conceptual sobre los acuerdos de no competencia	12
2. La adquisición de empresas	13
2.1. Concepto jurídico de la adquisición de una empresa	15
2.2. Modalidades de toma de control en las compras de acciones	18
3. Adquisición de empresas por compra de acciones en la modalidad cesión de control	21
3.1. Contrato de compraventa de acciones (modalidad cesión de control)	21
3.2. Los <i>covenants</i> en los SPA de cesión de control	26
4. Los acuerdos de no competencia celebrados en un SPA de cesión de control	30
4.1. Racionalidad económica de los NCA	32
4.2. Necesidad de contratar expresamente un NCA	35
4.3. Modelos de NCA	37
4.4. Fórmulas usuales de la obligación de no competencia	40
4.5. Incumplimiento de NCA	46

Capítulo 2. La fiscalidad de las rentas pagadas a personas naturales por obligaciones de no hacer	48
1. Aspectos generales del impuesto a la Renta en el Perú	49
1.1. El IR peruano sobre personas naturales	51
1.2. Condición de domiciliado	52
1.3. El IR aplicable a personas naturales domiciliadas	53
1.4. El IR aplicable a personas naturales no domiciliadas	54
2. Tratamiento en la LIR de las retribuciones por obligaciones de no hacer obtenidas por personas naturales domiciliadas	55
2.1. El test de recalificación de la renta por obligaciones de no hacer	55
2.2. Exégesis inicial del inciso f) del artículo 24 de la LIR	56
2.3. El test de calificación de la renta por obligaciones de no hacer	57
3. Tratamiento en la LIR de las retribuciones por obligaciones de no hacer obtenidas por personas naturales no domiciliadas	62
Capítulo 3. Las retribuciones por obligaciones de no hacer y el concepto de renta de la Ley del Impuesto a la Renta	69
1. Trascendencia del concepto de renta para la aplicación del impuesto sobre obligaciones de no hacer	69
2. Las teorías de afectación del Impuesto a la Renta en la doctrina	70
2.1. Teoría de la renta producto	71
2.2. La teoría del flujo de riqueza	73
2.3. La renta como consumo más incremento patrimonial	75
3. El concepto «legal» de renta en la legislación peruana	76
3.1. Las teorías de la renta frente al concepto legal de renta	76
3.2. Las teorías de la renta y el concepto legal de renta recogido en la LIR aplicable a personas naturales	79
4. El concepto legal de renta recogido en la LIR aplicable a personas naturales y las rentas por obligaciones de no hacer	82
4.1. Determinación del concepto de renta aplicable a un ingreso de persona natural	82
4.2. El caso de las sumas pagadas por obligaciones de no hacer	83

Capítulo 4. Análisis y crítica a la posición de la Sunat	89
1. La posición de la administración tributaria sobre el IR aplicable a las sumas pagadas a personas naturales domiciliadas por acuerdos de no competencia	89
2. El informe N° 069-2015-SUNAT/5D0000	90
3. El informe N° 093-2015-SUNAT/5D0000	97
4. El informe N° 096-2016-SUNAT/5D0000	103
5. El informe N° 076-2016-SUNAT/5D0000	107
Capítulo 5. Nuestra postura frente a la posición de la administración tributaria	112
1. Nuestra posición sobre el IR aplicable a las sumas pagadas a personas naturales domiciliadas por acuerdos de no competencia	113
2. La retribución por suscribir el NCA califica como renta producto para efectos del Impuesto a la Renta	114
3. Categorización de las rentas que retribuyen los NCA a favor de personas naturales domiciliadas	117
4 Recordando el test de calificación	117
5. Primer caso: No ser accionista de una sociedad competidora	118
5.1. La fórmula del NCA	118
5.2. El hecho positivo del NCA	119
5.3. La calidad de accionista no genera <i>per se</i> renta alguna	120
5.4. ¿Puede el accionista de una sociedad de la competencia llevar a cabo actividad empresarial mediante dicha sociedad?	122
5.5. Renta empresarial (activa) <i>versus</i> renta del capital (pasiva)	124
5.6. Sistemas de imposición a la renta: renta societaria <i>versus</i> renta personal	126
6. Segundo caso: No controlar a la sociedad competidora	133
7. Tercer caso: No hacer negocios con clientes	135
8. Cuarto caso: No prestar servicios a clientes	135
9. Quinto caso: No ejercer el cargo de gerente o director	136
10. Sexto caso: No trabajar o asesorar a la sociedad competidora	137
11. Séptimo caso: No emplear a colaboradores de la sociedad transferida	137
12. El caso de los acuerdos de no competencia cuyo precio no se pacta expresamente en el SPA	138

12.1. Inviabilidad práctica	139
12.2. Valoración del NCA	140
12.3. Accesoriedad jurídica	144
13. Tratamiento en el IGV de los NCA suscritos por personas naturales domiciliadas	146
Conclusiones generales de la investigación	152
Bibliografía	155
Anexos	172
1. Metodología de la investigación	173
2. Informe N° 069-2015-SUNAT/5D0000	176
3. Informe N° 093-2015-SUNAT/5D0000	180
4. Informe N° 096-2016-SUNAT/5D0000	184
5. Informe N° 076-2016-SUNAT/5D0000	189
Sobre los autores	194

Introducción

A raíz del crecimiento de la economía peruana, la apertura del mercado y el crecimiento de la inversión privada, se han generado situaciones novedosas en el ámbito empresarial, tales como la adquisición de empresas peruanas consolidadas por parte de nuevos inversionistas o la concentración de negocios.

Dentro de este escenario, la compraventa de empresas o el traspaso de negocios han adquirido especial relevancia, en tanto que este tipo de operaciones se encuentra compuesto, por lo regular, de un importante componente multijurisdiccional, ya que las partes intervinientes —vendedor o comprador— pertenecen a jurisdicciones distintas de la peruana.

Ahora bien, el traspaso de negocios viene acompañado de complejidades contractuales, societarias, mercantiles, financieras y empresariales. Dentro de las contractuales, este tipo de operaciones presenta convenios, acuerdos, cláusulas o pactos (el acuerdo de intenciones, el acuerdo de confidencialidad, los mecanismos de aseguramiento de inversión o la disminución de riesgos), entre otros, que regulan cuestiones tan relevantes como la propia transferencia del negocio y pueden impactar de forma positiva o negativa en este, pero también en el vendedor o en el comprador.

Por lo tanto, en el presente trabajo de investigación no se pretende desarrollar los distintos tipos de acuerdos que complementan o acompañan

los traspasos de negocios, sino, por el contrario se empezará con el estudio de los compromisos complementarios denominados *covenants* para luego enfocarse en una especie de estos que forma parte del objeto de estudio: los denominados «acuerdos de no competencia» (*non-compete agreement*).

La investigación consta de cinco capítulos. En el primero se presenta y estudia en extenso el marco y contexto general de los acuerdos de no competencia (NCA, por sus siglas en inglés) celebrados por los accionistas —en este caso personas naturales— ante la compraventa de un paquete accionario con toma de control (estos, por lo general, son los que justifican, la adopción de un NCA) y se evaluarán sus características, configuración legal y modelos o formas más usuales de contratación práctica.

A partir de este punto, se buscará determinar el tratamiento tributario en el Impuesto a la Renta de las sumas pagadas a las personas naturales que suscriben este tipo de acuerdos negativos, para lo cual, en el anexo 1, se describe el proceso metodológico utilizado en esta investigación.

En vista de que el eje central de la investigación es determinar si la renta obtenida por el suscriptor del acuerdo negativo constituye una renta de tercera categoría, conforme ha opinado la administración tributaria peruana en diversas oportunidades, se relacionarán una serie de razonamientos y argumentos con el fin de obtener el sustento adecuado de nuestra postura. Por ello, en el segundo capítulo se estudia el tratamiento tributario que la legislación del Impuesto a la Renta les confiere a las retribuciones por obligaciones de no hacer, en general, tanto de personas naturales domiciliadas como de no domiciliadas.

En el tercer capítulo se plantea determinar en qué concepto de renta recogido por la legislación se enmarca la suma pagada por obligaciones de no hacer, a fin de dar directrices para interpretar la aplicación del tratamiento tributario dado por la ley.

El cuarto capítulo expone la posición del fisco sobre la categoría de renta que constituye la retribución percibida por el sujeto suscriptor de un NCA, analizaremos y criticaremos extensamente esta postura manifestada tanto en informes institucionales como en los argumentos sostenidos por la autoridad tributaria en vía de fiscalización.

Finalmente, en el capítulo quinto se sustentará la posición sobre la calificación y tratamiento tributario aplicable a la renta percibida por el individuo domiciliado suscriptor de un NCA, ya sea que la abstención consiste en no ser accionista o inversionista de una sociedad competidora o en otros tipos de fórmulas contractuales de NCA. Se aplicará un enfoque casuístico al analizarlos.

Por último, se presentan las principales conclusiones de la investigación.

1

Los acuerdos de no competencia en el marco de la venta de acciones y la adquisición de empresas

Es común, en la actualidad, la venta de empresas y el traspaso de negocios entre grupos económicos. Los accionistas, personas naturales que forman parte de sociedades de prestigio en el mercado y tienen gran poder económico, transfieren onerosamente sus valores (acciones) hacia terceros adquirentes, quienes buscan ser propietarios de sus empresas por diversos motivos. Mediante la transferencia de acciones, se toma el control o se adquiere la totalidad del paquete accionario de una empresa y en, forma indirecta, se pasa a ser dueño de su operativa, clientela, activos corporales e intangibles, pasivos, patrimonio, etcétera.

En efecto, aparte de las complejidades contractuales, societarias, mercantiles, financieras y empresariales habituales en este tipo de operaciones, uno de los aspectos más relevantes de las transacciones de empresas son los acuerdos negativos u obligaciones de no hacer que las partes celebran en forma complementaria a la venta de las acciones.

Por ello, en este capítulo se presenta y estudia en extenso el marco conceptual y el contexto general de los acuerdos de no competencia (NCA) celebrados principalmente por los accionistas personas naturales ante la compraventa de un paquete accionario con toma de control, también se evalúan sus características, configuración legal y modelos o formas más usuales de contratación práctica. Asimismo, se presenta el marco metodológico para el desarrollo de esta investigación.

1. Marco contextual y conceptual sobre los acuerdos de no competencia

En las transacciones de empresas son muy particulares las obligaciones de no hacer; mediante ellas, luego de la transferencia accionarial, los transferentes se comprometen a no competir en el mercado con el adquirente, asegurando así que su experiencia, conocimientos o prestigio no obstaculicen los objetivos de la operación de compra del negocio. Las obligaciones de este tipo se denominan cláusulas o acuerdos de no competencia.

Ahora bien, los acuerdos de no competencia son obligaciones de no hacer o de abstenerse a realizar actos de competencia respecto de la empresa cuyas acciones han sido transferidas. La amplitud de las prestaciones restringidas varía de acuerdo a la tipificación contractual de cada transacción.

El problema fiscal en torno a los acuerdos de no competencia pactados por personas naturales que venden sus acciones es si las retribuciones a estas obligaciones de no hacer pactadas califican como rentas gravadas de segunda o de tercera categoría.

El inciso f) del artículo 24 de la Ley del Impuesto a la Renta (LIR) califica como renta «las sumas o derechos percibidos en pago de obligaciones de no hacer» e indica que si tales ingresos no fuesen calificables en la cuarta, quinta o tercera categoría, estos se considerarán renta de segunda categoría.

En consecuencia, resulta relevante para el presente estudio determinar qué tipo de renta se hubiera obtenido de haberse efectuado la prestación cuya abstención se pactara en el acuerdo de no competencia, pues ese mismo tratamiento deberá dispensarse a las rentas que retribuyen el no hacer. La diferencia es sustantiva pues, si el no hacer consiste en no efectuar actividad empresarial, la renta será de tercera categoría y estará afecta a la tasa de 28% sobre renta neta; pero si se trata de una renta de segunda categoría (cuando no es tercera, cuarta ni quinta), la tasa será de 5% sobre la renta bruta (6.25% sobre renta neta). La divergencia en el tratamiento es material, sin considerar aún los intereses y multas en la eventualidad de un reparo de la autoridad tributaria.

2. La adquisición de empresas¹

Como parte del tráfico jurídico, todos los días se transan bienes y servicios en función de la lógica económica de la oferta y la demanda, a partir de esa interacción se forma el precio y se determinan las relaciones entre consumidores y proveedores. Las transacciones de compraventa son, pues, un elemento importante en el comportamiento de los agentes económicos del mercado.

Pero, en las últimas décadas cada vez son más comunes las operaciones complejas que tienen como objeto de venta personas jurídicas, empresas en marcha e, incluso, grupos económicos. La compraventa de empresas, comúnmente denominada traspaso de negocio, es ciertamente uno de los fenómenos corporativos típicos de nuestro siglo. Muy a menudo, la adquisición de empresas va de la mano con la fusión de empresas. Estas dos transacciones, fusiones y adquisiciones (*mergers and acquisitions*, M&A), son formas jurídicas contemporáneas de gestionar el crecimiento empresarial y resultan fundamentales como estrategias para competir en los mercados internacionales globalizados (Feito-Ruiz & Menéndez-Requejo, 2011, p. 51).

Como anota Córdova Arce, «[l]as empresas son entidades dinámicas que se encuentran en permanente evolución con el fin de adaptarse de la manera más eficiente posible a la realidad económica con la que se encuentran involucradas, procurando mejorar su productividad y rentabilidad» (2010, p. 7). Así, continuaba explicando que:

Factores como la globalización y la libre competencia obligan a las empresas a desarrollar nuevas formas organizativas y estrategias de negocio que implican, de un lado, la reducción de sus costos e incremento de utilidades y, de otro, la elaboración de productos y servicios de mejor calidad que redundan en beneficio de los consumidores (Córdova Arce, 2010, p. 7).

1. Para efectos de la investigación, utilizaremos los términos empresa, compañía o corporación como sinónimos de sociedad anónima, a pesar de que jurídicamente no son equivalentes. En tanto este trabajo trata sobre la fiscalidad de los acuerdos de no competencia celebrados en el marco de compraventa de acciones, resulta claro e implícito que estamos tratando de sociedades mercantiles emisoras de este tipo de valores mobiliarios.

Los procesos de concentración mediante adquisiciones y fusiones con otras empresas del mercado constituyen instrumentos estratégicos para alcanzar los fines económicos de las firmas. Así, como anota Zozaya (2007):

La compra de una empresa por parte de otra (adquisición) o la unión de dos empresas, dando lugar a otra de mayor tamaño (fusión), constituyen una de las maneras más recurrentes en la actualidad para ganar dimensión y competitividad. Generalmente, este tipo de operaciones empresariales están provocadas por la identificación de una amenaza o de una oportunidad en el mercado (p. 2).

En efecto, el fenómeno M&A se justifica claramente en la indagación activa y constante de sinergias productivas o financieras por parte de las empresas modernas, pero también encuentra explicación en la globalización, las economías a escala, el afán expansivo de las compañías, el interés de consolidación económica, la creación de valor para los accionistas, la optimización de la gestión de la empresa adquirida, la búsqueda de productos y servicios complementarios, la alineación de estrategias e intereses, la optimización del uso de recursos e, inclusive, como estrategia defensiva frente a fases de estancamiento, a fin de dar imagen de fortaleza.

De cualquier modo, desde el punto de vista jurídico peruano, las M&A abarcan operaciones que a simple vista no son comprendidas en la nomenclatura utilizada.

De hecho, por «fusiones» debe entenderse, en general, a los procesos de reorganización societaria, que además de las fusiones —por constitución y por absorción —propriadamente dichas (Garrigues, 1947)², incluyen también las escisiones o divisiones de empresas, las reorganizaciones simples y las transformaciones.

2. Desde el punto de vista jurídico se pueden encontrar dos puntos de definición dentro del concepto de la palabra fusión: la fusión propriadamente dicha por la cual dos o más compañías, al unir sus elementos, desaparecen como personas ideales para dar nacimiento a un nuevo ente; y la absorción o anexión, también denominada incorporación, caso en el que una de las sociedades es la que deja de existir como persona distinta al confundir su caudal y las personas físicas que la componen, con otra que subsiste (Garrigues, 1947, p. 51-60).

En cambio, por «adquisiciones» se entiende, más bien, la compraventa de las acciones de una empresa (o de los valores mobiliarios que emita) y de los activos, pasivos y demás elementos componentes de la empresa adquirida³. Así, la compraventa de empresas implica el traslado de la titularidad universal de una serie de bienes, tales como acciones, propiedades inmuebles, activos financieros, intangibles de distinto tipo, traspaso de personal, pero también de los pasivos de la empresa adquirida.

Estas operaciones son complejas y por lo general sumamente sofisticadas. En el mismo sentido opina Payet (2009) cuando afirma que:

A diferencia de la mayoría de las operaciones de compraventa que se realizan en el mercado (me refiero, especialmente, a las transacciones de consumo), las ventas de empresas no son normalmente operaciones simples y requieren un procedimiento y de unos acuerdos contractuales crecientemente sofisticados y complejos (p. 66).

Definido el marco conceptual de investigación de nuestro estudio, en los puntos siguientes se abordará exclusivamente la adquisición de negocios y no los procesos de fusión u otros tipos de reorganización societaria.

2.1. Concepto jurídico de la adquisición de una empresa

Desde el punto de vista jurídico, las adquisiciones de empresas implican un proceso por el cual una parte (persona natural o jurídica), en la posición de adquirente, compra acciones o activos de otra, en la posición de vendedor (persona jurídica o natural, según sea la empresa o el accionista enajenante), con el fin de tomar el control operacional de la actividad empresarial que esta última desarrolla. Tal y como lo define Lazo del Castillo (2015):

Cuando se habla de adquisición empresarial o adquisición de empresas se refiere a un término más amplio que implica la posibilidad de adquirir el control de un negocio o empresa, sea a través de la adquisición de los activos que componen el negocio o de la adquisición de la entidad jurídica titular de estos (sociedad, asociación, cooperativa, comité, fundación, etc.). La adquisición societaria (o adquisición corporativa) está incluida dentro del concepto de adquisición de empresas (p. 10).

3. Muchas veces, para poder optar a una fusión, es necesario efectuar la adquisición de la empresa previamente.

El objetivo principal de las adquisiciones es la toma de control de un negocio (Cisneros & Jiménez, 2003), «entendido este último como el conjunto de activos capaz de generar rentabilidad, flujos de caja y/o beneficios futuros» (Lazo del Castillo, 2015, p. 11). Este es el resultado de un proceso de compra directa de:

- (i) La cantidad de activos suficientes o idóneos para obtener dicho control (control de activos), incluyendo, especialmente, el fondo de comercio y los *key assets* (activos clave) del negocio. Este tipo de adquisición de empresa es conocido como *asset deal*.
- (ii) La cantidad de acciones suficientes para tomar el control de la sociedad anónima (control societario), esto puede suceder en forma instantánea o mediante compras periódicas (acumulación de acciones en distintos momentos para lograr el control). En este último caso, se adquiere indirectamente el negocio al comprar la titularidad de la entidad jurídica que lo desarrolla. Este tipo de adquisición de empresa se denomina *shares deal*.

Como se observa, adquirir una empresa no significa necesariamente comprar todas sus acciones, activos o pasivos, sino una parte suficiente para asegurar el control, que es el objeto de la adquisición.

En lo subsiguiente, el análisis se enfocará en la adquisición de empresas por compra de acciones (*shares deal*) y no de activos (*assets deal*), por escapar del objeto de nuestra investigación.

Ahora bien, a diferencia de las reorganizaciones societarias, especialmente de las fusiones, en las adquisiciones no media necesariamente un proceso de negociación; es decir, no hay negociación de la plana directiva en la adquisición de un paquete accionario (o todo el accionariado), pues se trata de una transacción directa con los accionistas. Es posible que las operaciones se realicen solo entre accionistas de las empresas intervinientes.

Como ejemplifican Roberts, Wallace y Moles (2010), usualmente en las adquisiciones de negocios se da que:

[L]a compañía A compra la compañía B. La compañía B es ahora de propiedad de la compañía A. La compañía B puede ser totalmente absorbida

por A y dejar de existir como una entidad separada o la compañía A puede mantener a la compañía B en su forma pre adquirida» (Roberts, Wallace, & Moles, 2010, p. 3).

La última de las estrategias mencionadas suele aplicarse con el fin de evitar un «rechazo» en el mercado ante el cambio de control que pueda afectar la marcha regular de la empresa adquirida o, en todo caso, cuando el adquirente procura generar rentabilidad por la eventual venta futura de la compañía.

Lo usual es que el adquirente busque controlar la empresa *target* comprando sus acciones hasta el punto ser legal y económicamente el propietario; aunque, como hemos indicado, también puede lograr ello si adquiere sus activos e incluso sus pasivos.

En general, las adquisiciones de empresas (por compra de acciones) pueden ser amistosas u hostiles. Son amistosas (*friendly takeover*) cuando la empresa *target* desea y busca ser adquirida, algo explicable en casos de una oportunidad de crecimiento conjunto para esta o de usar los recursos del adquirente en aras de desarrollar nuevas o mejores líneas de negocio. Usualmente, para la empresa *target* el adquirente es un inversionista que potencia sus oportunidades de consolidación económica mediante la alineación de intereses y la concentración de los negocios. Por eso, este tipo de adquisición es común cuando la empresa *target* es una compañía pequeña en comparación con el adquirente.

En cambio, la adquisición es hostil cuando la empresa *target* se opone a esta (*hostile takeover*), lo que usualmente —aunque no de manera exclusiva— se da en escenarios de compra de acciones mediante oferta pública, a través de mecanismos centralizados de negociación de valores.

Como las acciones se transan en un mercado abierto, su valor de compra suele subir mientras mayor sea la cantidad adquirida y el tiempo que pase entre una compra y otra, por efecto de la demanda; por ello, una adquisición de este tipo implica una clara y manifiesta voluntad del adquirente de tomar control de la empresa *target*, aun cuando el precio sea alto. Las empresas *target* escapan de estas compras hostiles cuando son absorbidas por otra empresa (*white knight*), con la cual prefieren fusionarse antes que ser adquiridas por la presunta compradora.

2.2. Modalidades de toma de control en las compras de acciones

El modo de adquirir el control societario por compra de acciones de una o más sociedades anónimas ha sido estructurado, clásicamente, bajo tres modalidades⁴ cuyo común denominador es que un cambio de control en la sociedad *target* no requiere el consentimiento de los administradores de esta (Sala-I-Andrés, 2000, p. 41):

- i) Toma de control a mercado abierto
 - a. Negociación directa
 - b. Las compras a goteo o *ramassage*
 - c. Las cesiones de control
- ii) Las ofertas públicas de adquisición (OPA)
- iii) Emisiones directas

Para efectos de la investigación, se comentará someramente cada una de estas modalidades, luego se estudiarán las cláusulas de no competencia pactadas como complemento a los contratos de compraventa de acciones utilizados en la adquisición de empresas, por ser objeto de nuestra investigación.

Las tomas de control a mercado abierto presuponen que el accionista es ya propietario de las acciones que el adquirente desea comprar; dicho de otro modo, las acciones han sido previamente emitidas y tienen ya un titular. Se diferencian de las OPA (las trataremos más adelante) porque en estas el adquirente compra acciones (con derecho a voto) que son emitidas en oferta pública para la adquisición de la empresa *target* que, como es de esperarse, cotiza en bolsa.

En las transacciones a mercado abierto, una primera modalidad de toma de control societario es la negociación directa. Esta operación supone que el adquirente efectúe transacciones extrabursátiles individuales con cada uno de los accionistas (o los suficientes para lograr el control) de la

4. Aunque las tomas de control mencionadas son las más usadas en la dinámica corporativa, no son las únicas. De hecho, otros medios reconocidos para tener el control societario son el aumento de capital, la reorganización simple, la emisión de valores, la ejecución de la prenda sobre valores, entre otros. (Sánchez Calero, 1971, p. 6-7).

empresa *target*, negociándose en forma independiente los términos de cada adquisición.

Asimismo, una segunda modalidad de adquisición a mercado abierto es la denominada compra al goteo o *ramassage*. El *ramassage* (del francés, coleccionar) es un tipo de operación que, a decir de Manne (1965), consiste en la adquisición progresiva de acciones de una sociedad en el mercado de valores (compra bursátil)⁵ y de distintos propietarios (accionistas) realizada por el adquirente hasta alcanzar una cantidad suficiente de acciones con la cual ejercer el control de la sociedad (Sala-I-Andrés, 2000, p. 43)⁶.

Es más usual, sin embargo, estructurar la adquisición de acciones por mercado abierto con las denominadas cesiones de control. Las cesiones, según Sala-I-Andrés (2000), son operaciones extrabursátiles a mercado abierto en las cuales el adquirente compra un paquete de acciones de un accionista o un grupo de accionistas, de modo que logra el control de esa sociedad. A cambio del paquete, el adquirente paga el valor de mercado de las acciones y, por lo general, una prima de control; esto último es un sobreprecio por encima del valor de esas acciones en el mercado para remunerar el poder societario que significa el traspaso conjunto de las acciones (Sala-I-Andrés, 2000, p. 42).

La cesión constituye una negociación privada entre dos partes de una determinada cantidad de acciones y el precio de ellas, de modo que el adquirente tenga la seguridad de alcanzar el número suficiente de acciones para tomar el control de la sociedad *target*.

Tal como se mencionó en líneas anteriores, una OPA⁷ es una oferta planteada públicamente por el potencial adquirente a los accionistas de la sociedad *target* —que lista en bolsa— (Lazo del Castillo, 2015, p. 33), con el

5. Compra bursátil pero sin OPA, sino mediante compra indirecta a los accionistas, utilizando un mecanismo centralizado de negociación.
6. Un trabajo representativo a la opinión señalada corresponde a Kanashiro, Lora del Águila, Mesía y Villanueva (2012).
7. En nuestro país, las OPA son obligatorias en caso se pretenda adquirir una participación significativa, conforme señala el artículo 68° de la Ley de Mercado de Valores y la Resolución CONASEV 009-2006-EF/94.10 y sus modificatorias (Reglamento de OPA).

fin de que compren sus acciones a un precio determinado y en una cantidad determinada para ejercer el control societario (Sala-I-Andrés, 2000, p. 44).

Asimismo, como enseñan Maquieira y Godoy, la OPA es una operación de adquisición en las que el potencial adquirente expresa:

[P]úblicamente su voluntad de adquirir acciones de sociedades anónimas que hagan oferta pública de sus acciones o valores convertibles en aquellas, hasta alcanzar la cantidad determinada por el oferente durante el lapso fijado por este (...) las OPA's permiten que todos los accionistas de una compañía vendan a un nuevo controlador sus acciones a un precio superior al vigente en el mercado, el cual podría eventualmente administrar la empresa en forma más eficiente y por tanto aumentar el valor de la empresa (Maquieira & Godoy, 2000, p. 30).

Las OPA no son únicamente un tipo de operación característica del mercado de capitales dirigida a la adquisición de valores emitidos por una compañía, sino un mecanismo fundamental en la configuración de lo que se ha venido a denominar el mercado de control societario. De este modo, la OPA se convierte en un instrumento altamente dinamizador del mercado pero también conflictivo, toda vez que en su regulación están involucrados diversos intereses que no siempre son fáciles de coordinar (González-Espejo & Zambrini, 2003).

Por último, la modalidad de adquisición de acciones por emisiones directas (también extrabursátil) se produce cuando la sociedad *target* emite acciones para que, exprofesamente, sean adquiridas por el comprador. Esta modalidad es análoga a un aporte de capital (*equity*) de tal magnitud que, luego del aumento de capital social respectivo, la suscripción de las nuevas acciones emitidas le otorga al comprador el control societario, sobre la base de su nueva participación accionarial. Como se observa, la emisión directa está más cercana a la negociación directa que al resto de modalidades.

3. Adquisición de empresas por compra de acciones en la modalidad cesión de control

Según lo que se ha desarrollado metodológicamente a este punto de la investigación, existen varias modalidades para la adquisición de una sociedad, en función de la toma de control de esta. Existen herramientas a mercado abierto, de oferta pública e, inclusive, de emisión directa.

El objeto de estudio que nos hemos propuesto se centra únicamente en la modalidad de adquisición por cesión de control, es decir, en la compra fuera de bolsa de un paquete accionariado a uno, varios o todos los accionistas del grupo, en la medida y calidad suficiente como para acceder al control societario.

Esta decisión se debe, primero, a que esta forma de adquisición de empresa es la que tradicionalmente acompaña las transacciones que se celebran en el país, por el limitado número de compañías que cotizan en bolsa. Segundo, porque las cláusulas del contrato de compraventa de acciones que estructura las cesiones de control son muy estándar y no requiere de tantas operaciones cruzadas, contratos complementarios y otras aristas complejas, como las que usualmente tiene, por ejemplo, una OPA. Ello ofrece una ventaja metodológica, pues permitirá centrarse en los acuerdos de no competencia —y particularmente su fiscalidad— sin distraer la atención en otros tópicos.

3.1. Contrato de compraventa de acciones (modalidad cesión de control)

El contrato de compraventa de acciones (*stock purchase agreement*, SPA) es, sin duda, el mecanismo jurídico más usado para adquirir el control societario, aunque puede instrumentalizarse para la transferencia de acciones que no conlleven traspaso de control societario. La celebración de un SPA, por lo general, busca la cesión del control (se le conoce como SPA de cesión de control), convirtiendo al adquirente en propietario indirecto no solo de la actividad empresarial, esto es, de sus operaciones y patrimonio neto, sino del fondo de comercio (que incluye otros elementos intangibles no necesariamente activados en la contabilidad de la empresa y, por tanto, no conformantes del patrimonio neto contable, como el prestigio, el nombre,

la clientela, el derecho de llave, etc.), aunque usualmente se pacta la transferencia de estos elementos incorporales de manera expresa.

De esta forma, aun cuando alrededor de la adquisición de una empresa gira una serie de acuerdos que buscan proteger al comprador o al vendedor (contratos complementarios o satélites), los SPA constituyen el negocio jurídico principal y fundamental por celebrarse en este tipo de operaciones.

Pues bien, un SPA —de cesión de control— es un acto jurídico patrimonial en virtud del cual uno, varios o todos los accionistas de una sociedad transfieren la titularidad de sus acciones (paquete accionario) en favor de un sujeto adquirente que busca así tomar control de la sociedad. En contraprestación, el adquirente paga al transferente un precio⁸. La transmisión de propiedad de las acciones tiene por efecto el cambio en su titularidad, de manera que los adquirentes asumen los derechos políticos y económicos —así como las obligaciones y responsabilidades— que emanan de la condición de accionista⁹.

Como se apreciará en las siguientes líneas, concebir los SPA como un contrato de compraventa no es una afirmación sencilla y pacífica.

Según una primera postura, mediante el SPA se transfiere el derecho de propiedad sobre las acciones, lo que identifica el contrato con una compraventa típica, dado que el artículo 886° del Código Civil (en adelante, CC) califica como bienes muebles a las acciones que cada socio tenga en sociedades, estas acciones son objeto de derecho y transferibles en la modalidad de compraventa; además, el artículo 91° de la Ley General de Sociedades (Ley 26887, en adelante LGS) denomina propietario de la acción a quien aparezca como tal en el libro matrícula de acciones de la sociedad emisora, de modo que reconoce un derecho real de propiedad sobre la acción, lo que,

8. Regularmente este no se corresponde con el valor nominal ni patrimonial de las acciones (más aún si la empresa está en marcha con resultados positivos), sino con su valor de mercado, el cual es representado por los flujos futuros estimados que, razonablemente, la sociedad debe generar a sus accionistas en los próximos años (traídos a valor presente, claro está).
9. Según el tipo de sociedad emisora.

según la definición de «propiedad» contenida en el artículo 923° del CC, es un poder jurídico que recae necesariamente sobre un bien¹⁰.

Esta lectura dista de una segunda posición que, más bien, identifica los SPA con cesiones de posición contractual y se fundamenta en que las acciones son una representación de una cuota del capital social, con los derechos y obligaciones emanados del estatus jurídico de accionista, lo que guarda coherencia con el artículo 82° de la LGS cuando estatuye que las acciones representan partes alícuotas del capital. Así, el SPA no transmitiría la propiedad de las acciones, de la misma forma que no se puede transmitir la propiedad sobre derechos u obligaciones, sino la titularidad de tal derecho u obligación. En consecuencia, lo que se transmite, en realidad, es una condición contractual subjetiva (la de socio respecto de la parte alícuota de la sociedad que representa la acción o acciones transferidas) y, con ello, las prerrogativas y obligaciones que emanan de tal estatus jurídico.

Una posición sincrética reconoce en la acción más de un significado legal posible, le atribuye una doble dimensión semántica y jurídica. Por tanto, considera que existe una convivencia jurídica entre el contrato de compraventa y el de cesión de posición contractual, aunque en cuanto a su eficacia contractual termina potenciando la fuerza de la cesión.

En cuanto a la compraventa, esta lectura parte por reconocer que las acciones son objeto de tráfico jurídico autónomo desde que la ley les confiere la calidad de bienes muebles y, en consecuencia, reconoce al accionista un derecho real de propiedad sobre tales bienes. Así, sin duda, es posible estructurar un contrato de compraventa de acciones, con validez legal, en los términos del artículo 1529° del CC: «[p]or la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y este a pagar su precio en dinero».

No obstante, en cuanto a la causa fin del contrato, también reconoce que el adquirente no pretende la propiedad de la acción, como ocurriría con la mayoría de bienes que son objeto de compraventa (v.gr. un inmueble), sino los derechos económicos y políticos que a partir de tal título se originan

10. Poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar dicho bien.

(con las consecuentes obligaciones y responsabilidades que lo acompañan). Así, lo que se buscaría transferir con el SPA son las acciones como partes alícuotas del capital social, pues tal participación es la que otorga la calidad de accionista, con los derechos subjetivos derivados de tal estatus legal.

Bajo esta óptica, cuando se hace referencia a la transferencia de acciones, en realidad se pretende transferir los derechos y obligaciones del accionista, que emanan de la participación del capital social que tales acciones significan, y no los títulos representativos. Esto tiene aún mayor sentido cuando estamos ante un SPA de cesión de control, pues con la transferencia del paquete accionario, lo que busca el adquirente es la toma de control societario, lo que solo ocurre con ocasión de la transmisión de los derechos participativos sobre el capital social.

Como se aprecia, dadas las características del SPA, la naturaleza jurídica de la obligación matriz de este contrato es más bien la de una cesión de posición contractual, antes que de una compraventa, como típicamente es concebida y nominada (Lorenzetti, 1999), aunque la venta ciertamente ocurra, según se ha indicado. Tal cesión de postura subjetiva se gatilla en forma instantánea con ocasión de la transmisión de las acciones de la sociedad *target*. Es decir, se trata de una compraventa cuya causa fin no es la transmisión de la propiedad sobre la cosa, sino de los efectos jurídicos de ser titular de esta.

Aun esta postura tiene objeciones, cuando se resuelve que en las cesiones de posición contractual «[e]l cedente garantiza la legitimidad y existencia del título, pero no la solvencia» (Lorenzetti, 1999, p. 394), mientras que en los SPA es posible que el adquirente de un paquete accionario se encuentre con pasivos ocultos. La doctrina sostiene, al respecto, que en los SPA:

[E]l enajenante solo transmite los derechos de socio, pero no una cuota parte del patrimonio, razón por la cual no es garante del estado del patrimonio social. La regla es entonces, según este criterio, que media una cesión que, salvo pacto en contrario, no garantiza la solvencia (Lorenzetti, 1999, p. 394).

De la misma forma, también se ha debatido en cuanto a que un SPA no garantiza *per se* la cesión de los derechos adicionales a la sola condición

de accionista, como son los derechos de participación y control. Esto es así porque la cesión de una acción no necesariamente otorga al cesionario derechos de voto, participación mayoritaria ni posibilidad de control societario. Ante ello, la doctrina ha reaccionado con objetivo consenso, ha diferenciado entre la cesión de una acción y la de un paquete accionario (como conjunto de títulos representativos de una cantidad determinada de acciones emitidas por una misma sociedad anónima), pues solo en este último caso es razonable que el cesionario aspire: «[a] una participación activa en el gobierno de la sociedad, entendiendo por tal las decisiones tendientes a designar el directorio, aprobar los balances, fijar la distribución de utilidades y reformar los estatutos sociales» (Lorenzetti, 1999, p. 395).

Por ello, en los SPA de cesión de control, ya no se está ante una mera cesión de la posición contractual de accionista «[s]ino de una posición jurídica que también incluye derechos de participación y control específicos que le dan un valor adicional» (Lorenzetti, 1999, p. 395), por esa razón, como ya se ha comentado, su precio incluye una prima de control, como sobreprecio respecto del valor de las acciones.

Para la doctrina, los SPA de cesión de control de paquete accionario superan el concepto de cesión de posición contractual civil y se convierten en una verdadera compraventa, aunque de naturaleza mercantil, en tanto su objeto es distinto (no se busca ser accionista, sino controlador de la sociedad *target*). De esta calificación:

[S]e desprende la conclusión de que el vendedor de un paquete accionario de control asume una garantía también respecto de la solvencia patrimonial, porque la transferencia se frustraría si hubiera pasivos ocultos que desnaturalizaran el funcionamiento de la empresa, constituyendo un supuesto de vicios redhibitorios (Lorenzetti, 1999, p. 395).

Esto justifica, entonces, que en este tipo de SPA el vendedor busque defender el precio relativizando los pasivos encontrados en la sociedad luego del *due diligence* previo a la venta, mientras que el adquirente se protege del riesgo de pasivos ocultos mediante el requerimiento del depósito de un sobreprecio en una cuenta *scrow*, para garantizar el pago de los daños generados por circunstancias futuras que afecten el control societario.

Pero este tipo de SPA también supera el concepto de compraventa, pues esta solo transmite la propiedad o dominio del bien, mientras que en las cesiones de paquete accionario se transmiten otros derechos de participación y de control societario, con lo cual estaríamos frente a un híbrido contractual de estas dos figuras que puede calificarse como «[c]esión de estatus social o venta de cualidad comprometida» (Lorenzetti, 1999, p. 396), se trata, en cualquier caso, de un contrato atípico.

Sin duda, el objeto de un SPA de cesión de control no es una acción ni un grupo inconexo de ellas, sino una posición jurídica de accionista que permite la participación y el control societario. Por consiguiente, mientras que desde una perspectiva las acciones pueden ser consideradas objeto de la compraventa por ser bienes muebles (inmateriales) que pueden ser objeto de propiedad; desde otro enfoque, las acciones son títulos valores transmisibles por cesión, conforme a las normas mercantiles; por lo que:

[D]e la interpretación armónica de estas disposiciones surge que se trata de la cesión-venta, es decir, de una cesión de derechos onerosa a la que se le aplican las reglas de la compraventa, y el régimen de la ley de sociedades. El objeto es una pluralidad de acciones conexas constituido por: a) Un número plural de acciones; y b) calificadas por los derechos de control y participación que otorgan (Lorenzetti, 1999, p. 396).

Finalmente, indicaremos que se reconoce en el SPA (de cesión de control) una verdadera compraventa mercantil atípica, cuya causa fin u objeto no es la mera transmisión de la propiedad del paquete accionariado, sino de la posición jurídica de accionista, con todos los efectos jurídicos de ser titular de las acciones transferidas, pero especialmente de los derechos que emanan de la titularidad del paquete, como es el control societario, y no de la condición de accionista.

3.2. Los *covenants* en los SPA de cesión de control

Según lo referido, al margen del modo de adquisición de las acciones de una empresa (con cesión y toma de control), queda claro que se está ante un acuerdo entre dos o más partes (vendedor y adquirente) para crear una relación jurídica que consiste en la transferencia de la titularidad de las acciones (o el paquete, en su caso), a cambio de un precio, y, como consecuencia, el adquirente toma control sobre la sociedad emisora de las

acciones transferidas y de manera directa se convierte en accionista, pero indirectamente se torna en propietario de su operativa, clientela, activos corporales e intangibles, pasivos, patrimonio, etc.

En ese orden de ideas, con autonomía de las complejidades contractuales, societarias, mercantiles, financieras y empresariales propias de este tipo de operaciones, las empresas —en franco ejercicio de su libertad de configuración contractual¹¹— a menudo implementan convenios, acuerdos, cláusulas o pactos para regular cuestiones de igual relevancia que la propia transferencia de las acciones, pues tienen como finalidad proteger los efectos deseados de tal negocio jurídico principal. A nivel económico, representan un incentivo a los contratantes para maximizar el valor de la operación, en tanto permiten asignar eficientemente los recursos que median en esta.

En efecto, los SPA de cesión de control, más allá de su naturaleza jurídica, requieren una serie de acuerdos satélites o complementarios para asegurar la eficacia del contrato principal o proteger los intereses de las partes contratantes frente a sucesos futuros, esperados o no. Así, los SPA son acompañados por los *reps and warranties* (representaciones y garantías), *covenants* (compromisos u obligaciones), *indemnities* (indemnizaciones), entre otros tipos de acuerdos que, aunque provienen del sistema jurídico anglosajón, cada vez son más utilizados en las transacciones de compraventa de empresas en nuestra país (Payet, 2009).

No se pretende en esta investigación estudiar los distintos tipos de acuerdo, sino repasar brevemente uno de los tipos de *covenants*, el acuerdo de no competencia, para llegar a nuestro objeto de estudio.

Ahora bien, con relación a los *covenants* celebrados en un SPA, estos deben ser entendidos como acuerdos o pactos (Belaunde, 2015), según su estricta traducción al español. A través de un acuerdo o pacto se pueden originar situaciones que crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas.

11. Debemos recordar que nuestra legislación ha establecido la libertad contractual al indicar en el artículo 1354° del CC que «las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo».

Por tanto, el término *covenant*, desde el punto de vista jurídico¹² es asimilable a una fuente de derechos y obligaciones (Beiruth & Lopes Fávero, 2016).

En efecto, bajo esta óptica, los *covenants* son compromisos complementarios que asumen las partes contratantes en el contexto de un SPA y, más allá de la terminología anglosajona, son tratados en los contratos en español como obligaciones de hacer y no hacer. Al respecto, se ha indicado que tal denominación es impropia, dado que en muchos casos contiene obligaciones de dar, aun cuando fuese en retribución a una obligación de hacer o no hacer (Payet, 2009). Por lo tanto, podemos decir que, mediante los *covenants*, las partes intervinientes en la operación pueden comprometerse a realizar conductas complementarias diversas —adicionales a la transferencia de las acciones— tales como dar una cosa (obligación de dar), ejecutar una actividad (obligación de hacer) e, incluso, pactar en negativo la no realización de una conducta (obligación de no hacer), esto es, comprometerse a no llevar a cabo una actividad.

Como se aprecia, en los *covenants* se estipulan obligaciones que el comprador o el vendedor deben cumplir. El cumplimiento de estos compromisos puede variar en función del tipo de acuerdo pactado, de manera que, por lo general, se distingue entre aquellos acuerdos que deben cumplirse durante la operación de venta de la sociedad *target*, de aquellos que deben cumplirse con posterioridad al cierre y hasta un momento determinado, pactado en el *covenant*.

En cuanto a los primeros *covenants*, buscan regir el correcto traspaso empresarial durante el periodo transitorio que surge entre la fecha de firma

12. Desde el punto de vista financiero, en realidad ajeno a esta investigación (es decir, en el contexto de un contrato de financiamiento), un *covenant* es un conjunto de restricciones y obligaciones impuestas al deudor para que la posición de los acreedores, quienes han aceptado prestar en consideración de la situación financiera del deudor y de una posición otorgada a los acreedores, no se deteriore indebidamente, más allá de los riesgos inevitables que han asumido de manera razonable (Belaunde, 2015). Smith y Warner (1979, citado en Beiruth & Lopes Fávero, 2016, p. 6) destacan que los *covenants* son insertados en contratos de financiamiento con la función de mitigar los conflictos existentes en la relación financiador-accionista, de ese modo reducen los costos financieros de la operación y aumentan el valor total de empresa prestadora.

del SPA y la fecha de cierre de la operación. En la medida que en este lapso el comprador ya ha asumido gran parte del riesgo operacional, reputacional y financiero de la compañía, al comprometerse en firme a comprar las acciones y pagar el precio, pero sin controlar aún la sociedad en forma efectiva, se ve seriamente expuesto ante la eventual falta de diligencia debida en la gestión de la compañía, por parte del transferente.

Por esta razón, es usual que se pacten *covenants* con el fin de proteger al comprador durante este lapso; el más usado de ellos es el que obliga al vendedor a conducir los negocios de la empresa *target* tal como regularmente lo ha venido haciendo, sin que la operación de compra afecte su debida diligencia. También es común acordar qué actividades no podrá llevar a cabo el transferente durante el periodo transitorio (como, por ejemplo, la venta de activos clave, incursionar en una nueva línea de negocio, despedir o no retener a la plana gerencial clave, emitir deuda o financiarse para inversiones nuevas, etc.), aunque cada vez es más frecuente o habitual no oponerse a estas actividades, sino obligar al vendedor a que el comprador participe en la dirección del negocio durante el plazo transitorio (por ejemplo, incluyéndolo en un comité interino, en el directorio o cambiando al gerente general por uno que pertenezca al grupo adquirente, etc.).

En cuanto a los *covenants* que deben cumplirse luego del cierre de la venta de la sociedad, es decir, cuando el adquirente ya ha tomado el control societario, estos acuerdos buscan salvaguardar los términos en los que se ha pactado el SPA y evitar que acciones futuras de las partes contratantes —en especial, el transferente— mermen la eficacia del contrato y la toma de control en las condiciones ya previstas. Así, es posible pactar que el vendedor permita al comprador el uso de ciertos bienes por un tiempo definido o que entregue determinada información en caso surja un reclamo o conflicto, etc.

4. Los acuerdos de no competencia celebrados en un SPA de cesión de control

Según el IE Business School (2015, p. 21), dentro de los *covenants* «poscierre» más usados en los SPA¹³, destacan, sin duda alguna, los acuerdos de no competencia, también conocidos por su denominación anglosajona *non-compete agreement* (NCA), aunque contractualmente también se utilizan como equivalentes los términos *non-competition agreement*, *non-compete covenant*, *restrictive covenants*, *negative covenants* o *covenants not to compete*.

Un NCA, su nombre lo indica, es planteado por el comprador para proteger el negocio adquirido de la eventual y probable competencia futura por parte del vendedor (Azevedo, Pereira, & Rodrigues, 2016). En efecto, como anota Payet, los NCA establecen: «[l]a obligación del vendedor de no competir con el comprador en el negocio que desarrolla la empresa durante un cierto plazo» (Payet, 2009, p. 92).

Al respecto, Pivateau considera que los NCA constituyen un tipo de acuerdo que:

[G]eneralmente parte de un contrato de trabajo o un contrato de venta de negocio, en el que una de las partes se compromete, durante un periodo de tiempo específico y en un área determinada, a no competir con la otra parte (Pivateau, 2008, p. 675).

De manera coincidente, DePencier Wright enseña que los NCA son

Acuerdos que buscan frenar ciertas acciones. En el contexto de una transacción de compra y venta, frecuentemente el comprador requiere al vendedor entrar a un acuerdo de no competencia como un término de la venta para asegurar que el vendedor no desarrolle un nuevo negocio que compita contra el comprador durante un periodo de tiempo luego de cerrada la transacción (DePencier Wright, 2016, p. 7).

13. De hecho, estadísticas recientes muestran que aproximadamente el 70% de las adquisiciones de empresas incluye compromisos de este tipo.

Saulsbury también afirma que en los NCA:

[U]na parte está de acuerdo con la otra en abstenerse a participar en una particular línea de negocio o de solicitar clientes a otra persona (...) pueden ser ejecutados tanto como un acuerdo separado auxiliar a un contrato principal o como una cláusula o provisión dentro de un único contrato (Saulsbury, 2012, p. 715).

Como se ha podido colegir, desde el más puro sentido jurídico, una cláusula NCA impone al transferente del SPA una obligación negativa de no hacer¹⁴ de manera que puede ser definida como una relación jurídica patrimonial vinculante —en este caso, *ex voluntatis*¹⁵—, en virtud de la cual un sujeto (transferente o vendedor del SPA) se obliga a abstenerse, omitir, inhibirse o no ejecutar una actividad determinada que pueda ser considerada «competitiva» para la sociedad cuyas acciones y control societario fueron transferidos con ocasión del SPA, todo en función de los términos, condiciones y parámetros contractuales específicos previstos en el acuerdo suscrito por las partes.

En cualquier caso, desde una óptica corporativa, resulta manifiesto que el objeto de estos acuerdos es el compromiso del transferente de no competir en el mercado con el adquirente (o en forma más específica, con la sociedad adquirida) durante un tiempo establecido y en una región determinada, se

14. Las obligaciones pueden ser positivas —de dar (con carácter temporal o permanente) y de hacer— o negativas. Aunque nada dice el CC, la doctrina clasifica las obligaciones negativas en dos tipos: *de non facere* y *de pati o ad patiendum*. Las primeras, como se deduce de su nomenclatura latina, son obligaciones de no hacer propiamente dichas, en tanto el acreedor tiene el derecho a omitir una conducta, a abstenerse de un acto o una serie de actos que constituyen pura y simple inactividad (por ejemplo, el obligarse a no vender una cosa o a no trabajar en una empresa de un sector económico determinado). En cambio, en las obligaciones negativas *de pati o ad patiendum* la sustancia prestacional no se encuentra en la mera inhibición conductual, sino en tolerar, permitir o soportar determinadas actividades que, de no existir la obligación negativa, hubieran sido repelidas en ejercicio de sus derechos. En efecto, según Egúsquiza (1990, p. 39) en este tipo de obligación negativa el acreedor impacta en la esfera jurídica del obligado deudor, pero este no reacciona ante la intromisión, por cuanto se ha obligado a tolerar o soportar la actividad.
15. Por cuanto la fuente de la obligación es el acuerdo de voluntades manifestado en el contrato celebrado por las partes.

asegura así que su experiencia, conocimientos o prestigio no obstaculicen los objetivos de la operación de compra del negocio.

Esto último resulta relevante, pues es lo que esencialmente procura la adopción de este tipo de acuerdos, dado que en muchas oportunidades los transferentes de un negocio (los accionistas primigenios) han participado de la actividad empresarial misma y han contribuido a crear el valor por el que fue traspasada la sociedad (en concreto, el paquete accionario y la prima de control), y bien podrían tener suficientes incentivos para utilizar sus conocimientos, prestigio, experiencia, relaciones comerciales, vínculos con los clientes, entre otros, con el fin de competir con la empresa, luego de haber transferido la sociedad *target* o el paquete accionario con toma de control.

Como detalla Binder, cuando los transferentes están en posición de controlar o afectar el *goodwill*¹⁶ del negocio «[u]n componente clave a considerar en conexión con la venta de una empresa es la suscripción por parte del vendedor de un *covenant* en el que este acuerde no competir con su anterior negocio» (Binder, 2007, p. 2).

4.1. Racionalidad económica de los NCA

Como se observa, los NCA tienen como fin maximizar el valor del negocio adquirido, por ese motivo se restringe al vendedor de la posibilidad de competir con el comprador en un área geográfica específica y en un margen de tiempo determinado.

16. El *goodwill*, fondo de comercio o plusvalía mercantil, es el mayor valor que se paga por una empresa en comparación con el valor en libros de esta; dicho de otro modo, es la diferencia positiva que se paga por encima del valor contable de la empresa vendida. Este mayor valor es la representación económica de una serie de elementos intangibles que no registra la contabilidad, como por ejemplo la buena reputación de la empresa en el mercado, sus estrategias comerciales, la fidelidad de los clientes, la imagen de las marcas frente a los consumidores, etc. El *goodwill* se genera porque los activos de la empresa han sido registrados a su valor histórico (valor de adquisición) y no muestran su valor de mercado real, o porque simplemente no fueron adquiridos, sino autogenerados por la empresa en el transcurso de su actividad.

Se prohíbe competir directamente al transferente, pero como usualmente por lo general este no es una sociedad sino una persona física (accionista transferente), la proscripción alcanza también a cualquier entidad que este pueda utilizar para tal fin. En realidad es una suerte de prohibición restrictiva tanto directa como indirecta, aunque dependerá de las condiciones pactadas en el contrato.

Aun así, debe reconocerse que los NCA protegen la rentabilidad esperada por los compradores al momento de adquirir, pues —sin duda— han proyectado flujos económicos que se verían alterados o mermados si el vendedor compitiese mediante una nueva empresa —u otra ya existente— con la sociedad transferida.

De esta manera, el NCA se convierte en una garantía —no absoluta, es cierto, pero sí potente— de que el valor de la empresa transferida no se verá afectado por la actividad empresarial competitiva que pudiese llevar a cabo el vendedor mediante un negocio impulsado por su prestigio, conocimiento, experiencia o nombre en un mercado, lugar y tiempo específico (la duración estándar de un NCA es de dos años, aunque no hay una regla para esto).

Como enseñan Azevedo, Pereira y Rodrigues, los acuerdos de adquisición

... [d]e empresa en los que el transferente puede reingresar al mercado luego de la venta llevan siempre a cambios negativos en la rentabilidad del adquirente. Este tipo de adquisición, por tanto, está económicamente justificada solamente si genera suficientes sinergias como para compensar la pérdida de rentabilidad (Azevedo, Pereira, & Rodrigues, 2016, p. 61).

En efecto, los adquirentes usualmente sobrevaloran los beneficios de la adquisición de la empresa cuando no toman en cuenta que el transferente puede reinsertarse al mercado. Así tenemos que:

... [p]ara los adquirentes el efecto negativo en la rentabilidad es causado por la existencia de competencia ex post entre las dos firmas y por el costo de inversión del vendedor para reingresar al mercado (...) este efecto negativo es mitigado por el uso de *covenants de no competencia* que prohíban al vendedor reingresar al mercado durante un determinado

periodo de tiempo y que la pérdida de rentabilidad del adquirente se reduzca significativamente durante dicho periodo (Azevedo, Pereira, & Rodrigues, 2016, p. 61).

Los NCA, entonces, buscan asegurar que la sociedad transferida continúe funcionando en las mismas condiciones de competencia en que lo hacía antes de la venta, sin otros agentes competidores adicionales a los que el mercado ya tenía o incorpore naturalmente, y sin crear nuevos agentes como consecuencia de la transferencia. El NCA actúa, así, como una salvaguarda para impedir que los transferentes, ya desvinculados de la propiedad de la empresa *target*, compitan con ella. Por esta razón, aunque históricamente ha tenido un valor residual respecto del valor de la compraventa del paquete accionario (DePencier Wright, 2016), aún es fundamental la prestación económica por la adopción del acuerdo sea suficientemente satisfactoria como para incentivar al vendedor a rechazar tal oportunidad de negocio.

Visto así, se puede decir que estos acuerdos se estructuran a través de un compromiso del transferente de no realizar determinadas conductas de inversión o empresariales, para no obstaculizar, la normal marcha de la empresa *target* en el mercado, a cambio de una retribución.

Es menester acotar que el acuerdo también beneficia al vendedor — más allá de la retribución del NCA—, ya que su celebración genera en el comprador mayor confianza sobre la materialización de los rendimientos que esperaba obtener con la adquisición. Esto le permite al transferente gestionar a su favor el precio de transferencia de las acciones (incrementándolo) y, especialmente, de la prima por la toma del control. Aun así esto es un aspecto que depende de las negociaciones de la venta y varía en función de cada caso concreto, por lo que no constituye una regla general.

En fin, lo cierto es que la importancia económica de los NCA es tal en las adquisiciones de empresas (siempre en la modalidad de toma de control) que el incumplimiento de la prestación negativa por parte del transferente prevé el pago de una penalidad cuyo importe depende del valor de la operación, pero también del desincentivo económico de la actividad competitiva.

4.2. Necesidad de contratar expresamente un NCA

Aunque nada en la legislación peruana regula de manera específica la adopción de este tipo de cláusulas vinculadas al traspaso de empresas, la doctrina reconoce que el comprador puede recurrir a ellas en forma implícita y expresa.

Así, Binder (2007) comenta la existencia de NCA implícitos que vinculan al transferente cuando su actividad competitiva disminuya el valor del negocio transferido. Es decir, un NCA es implícito cuando pese a no haberse pactado uno en el SPA u otro contrato, resulta inconsistente con el propósito de venta del paquete accionario, que el vendedor desarrolle una actividad competitiva con la empresa *target* que destruya o reduzca el valor de la marca, las operaciones, el *goodwill* o las relaciones comerciales de esta, pues ello fue precisamente lo que motivó la compra de las acciones desde el inicio.

Así, por ejemplo, la corte de Massachusetts en el caso *United Tool & Industrial Supply Co. versus Anthony Torrisi* ha sostenido esta doctrina en varias oportunidades¹⁷ (Trial Court Law Libraries, 1969, p. 106-107) fundamentando su posición en que ante la ausencia de tal acuerdo, el comprador perdería el *goodwill* valioso de la empresa adquirida (Binder, 2007). Es decir, que aunque no se haya celebrado el NCA, resulta evidente que existía un compromiso negativo de competencia, pues de lo contrario se perdería el *goodwill* que fue la causa última por la que se transfirió la empresa.

Lamentablemente, este ejercicio interpretativo no es una solución contractual recomendable pues supone un litigio judicial o arbitraje a fin de reconocer la existencia «implícita» del NCA, lo que genera costos de transacción adicionales. Además, resta certeza y seguridad jurídica a los contratantes (especialmente al adquirente), en tanto la existencia jurídica del NCA depende del entendimiento subjetivo y hermenéutico del operador jurisdiccional. Por ello, contratar un SPA sin un NCA expresamente pactado es, sin duda, una carencia de practicidad contractual y un riesgo que reduce el valor del contrato.

17. Revisar también el caso *Tobin versus Cody* (Trial Court Law Libraries, 1962, p. 716-722).

Es más, sosteniendo la posición de la corte estadounidense que encuentra un NCA implícito en el hecho de que entender lo contrario supondría no haber transferido eficientemente el *goodwill* con la venta de acciones, tampoco resulta recomendable esta fórmula de negociación. En efecto, muchas veces los elementos intangibles más valiosos de la empresa no son parte de su contabilidad (como el *goodwill*) y, por tanto, no son transferidos *per se* con la venta de las acciones o el paquete accionario, sino que es necesario generar un contrato separado que, de no haberse celebrado, traería abajo el argumento sostenido por la corte, o cuando menos dificulta defenderlo.

Los bienes de naturaleza intangible son regularmente autogenerados en la empresa, pero no siempre hay registro legal o contable de este dominio, por lo que existen casos —aunque son los menos— en los que los intangibles más valiosos pueden ser considerados propiedad de los accionistas y no de la sociedad. De cualquier manera, si al celebrar el SPA, no se ejecuta simultáneamente una compraventa de *goodwill* u otros intangibles clave para el negocio, se corre el riesgo de que estos sigan en poder legal del transferente, quien podrá utilizarlos a su libre albedrío para competir con la sociedad transferida. Nuevamente, estos inconvenientes de practicidad contractual pueden evitarse pactando un NCA que proteja al adquirente.

Pero aunque el problema práctico se resuelve con la adopción de este acuerdo, también se puede afirmar que aun sin pactar un NCA ni una compraventa de *goodwill*, en la adquisición de una sociedad se pretende obtener el *goodwill* de la compañía, como muchas veces se refleja en el valor de la operación por encima del valor contable. Por lo tanto, es lógico que el comprador exija *de facto* que el vendedor no emprenda actividades de ningún tipo que afecten o mermen dicho valor.

El precio pagado por la sociedad (valor de las acciones más valor de la prima de control) es, en realidad, el valor que el propio mercado le asigna a esta como un todo empresarial inescindible (asumamos que es una venta en condiciones de partes independientes), pero al ser el *goodwill* un bien intangible, es posible que el transferente pretenda hacer uso de ese mismo *goodwill* (por ejemplo, las relaciones con clientes), o más bien, de la huella que en él —que es parte de su *know-how* personal— para emprender una nueva aventura empresarial luego de la compraventa y competir con la

sociedad transferida en el mercado. Es razonable suponer que este no es el fin deseado por el comprador al celebrar la transferencia, ni tampoco cumple las condiciones de la oferta estructurada por el vendedor, por lo que debe existir necesariamente un NCA implícito que equilibre estas relaciones prohibiendo la competencia cuando disminuya el valor de la compañía o del *goodwill* mismo¹⁸.

Evidentemente surgen problemas de seguridad jurídica y de predictibilidad al dejar a la libre interpretación de los jueces los alcances de un pacto implícito de no competencia, además de no fijar sus límites temporales ni geográficos y, más importante aún, no delimitar qué es lo que permiten y prohíben las partes. De este modo, los términos competencia y mercado son demasiados amplios para dejarlos a merced de los órganos jurisdiccionales, que por su naturaleza no conocen los negocios en cuestión ni sus particularidades, todo lo cual conlleva a las partes a contratar en forma expresa los alcances y condiciones del NCA.

4.3. Modelos de NCA

Como se ha anotado previamente, una cláusula o acuerdo de no competencia, conforme a su naturaleza jurídica, tiene el concepto y estructura propios de una obligación patrimonial. Sin embargo, un NCA se diferencia del resto de obligaciones en que su objeto está compuesto por una «conducta» negativa, es decir, de una abstención por parte del deudor.

Así vistos, los NCA son obligaciones negativas (en contraposición a las obligaciones positivas), dado que su núcleo prestacional es el compromiso voluntario y vinculante de una parte de no efectuar un comportamiento o una prestación no deseada por su contraparte (la no competencia).

Como anota la doctrina, las obligaciones negativas pueden ser de dos tipos, en función de si la omisión o conducta negativa pactada es de *non facere* (de no hacer) y de *pati o ad patiendum*¹⁹ (de tolerar o permitir). En vista

18. Criterio también compartido en el caso *Alexander versus Alexander* de 1986, como lo muestra Binder (2007).

19. Como señala Egúsquiza (1990), el contenido de las obligaciones de *non facere* prevé que el acreedor posee un derecho de omisión, es decir, que la actividad del deudor

de que en los NCA el deudor (adquirente del SPA) se compromete a no efectuar actividades definidas como competencia con la sociedad transferida, estamos ante una obligación negativa de *non facere*, lo que supone el compromiso de un comportamiento negativo absoluto (Egúsuiza, 1990).

Sin embargo, según del tipo de prestación pactada en el acuerdo, es posible también incluir alguna obligación de tolerar por parte del acreedor, lo que supone un deber de abstención relativo como permitir o tolerar alguna situación de competencia, por ejemplo. De igual modo, es factible que la obligación de tolerar esté a cargo del deudor (transferente), como el compromiso de permitir que el adquirente efectúe algún tipo de acción fiscalizadora para garantizar el cumplimiento del NCA, aunque esto es algo evidentemente casuístico.

En líneas generales, en la práctica contractual, según Vanko (2002, p. 9) las obligaciones más comunes que contienen los NCA son:

- (i) la obligación de no competir;
- (ii) la prohibición de contratar con antiguos clientes de la sociedad transferida;
- (iii) la prohibición de contratar a antiguos trabajadores;
- (iv) la obligación de no desarrollar de forma independiente el mismo negocio (o similar) del que se era parte, etc.

En todos los casos, las obligaciones son remuneradas y, además, tienen límites temporales y geográficos, entre otras medidas complementarias que permiten su cumplimiento y verificación.

ha de prestar será la abstención de un acto o una serie de actos determinados que constituyen pura y simple inactividad (por ejemplo: no edificar en el fundo o no contratar con persona determinada). Por su parte, las obligaciones negativas *pati o ad patiendum* tienen intromisión del acreedor en la esfera jurídica del obligado deudor, ya que este último se obliga a soportar determinadas actividades que, de no mediar obligación, hubiera podido repeler o impedir. Es decir, el comportamiento exigido lo configura omitir una actuación para tolerar o permitir la de su acreedor (por ejemplo: el propietario se obliga a respetar ciertos actos que en otro caso podía haber rechazado).

Ahora bien, a continuación se comentarán en forma más detallada los modelos de cláusulas NCA más utilizadas en la práctica, ya sea dentro del SPA de venta de paquete accionario con toma de control o como contrato accesorio a este.

a) Obligación «general» de no competir con la sociedad transferida

Este tipo de NCA es general y no es tan común en la contratación contemporánea, dada su amplitud y, en muchos casos, falta de seguridad jurídica. Consiste en establecer una prestación de no hacer en virtud de la cual el deudor (transferente) se obliga a no realizar ninguna actividad de competencia en el giro empresarial de la *target*.

El alcance de la prestación de no hacer general se puede estructurar en forma simple o compleja, según el grado de definición las partes contratantes le den a lo que debe entenderse por «competencia».

Cuando es simple, solo se incluye en el NCA la prohibición general de competir (o, si se quiere, la obligación de no competir) contra la sociedad transferida en la actividad que esta lleva a cabo, durante un lapso de tiempo y espacio geográfico determinado, sin dar mayores detalles sobre lo que se entiende por una situación de competencia.

En cambio, cuando la obligación general de no competir es compleja, las partes contratantes desarrollan un concepto más o menos extenso de la situación de competencia, el cual varía según cada contrato.

Sin embargo, este modelo de NCA es difícil de aplicar por la falta de tipicidad taxativa en cuanto a la definición de situaciones consideradas «de competencia», así como excepciones o normas complementarias que direccionen la aplicación de la prestación. De ese modo, una defensa legal en sede judicial o arbitral por parte del deudor, especialmente en el caso del modelo simple, podría terminar en la ausencia de real contenido coactivo de la cláusula, lo cual la hace incluso más insegura que el contratar el SPA sin pactar ningún NCA (cláusulas implícitas).

b) Obligación «específica» de no competir con la sociedad transferida

Este modelo de NCA, a diferencia del tipo anterior, supone contratar bajo un listado taxativo de supuestos que son calificados como situaciones de competencia. Aunque ofrece mayor seguridad jurídica para las partes contratantes, tiene el inconveniente congénito de verse potencialmente vulnerado por supuestos no previstos en la lista *numerus clausus* que lo estructura, ya sea por la imposibilidad fáctica o jurídica de anticiparlos, la deficiencia en la técnica contractual o debido a una planificación o estrategia legal del deudor para escapar del contenido obligatorio de la cláusula.

A fin de cumplir con los principios de equilibrio contractual y equidad de las prestaciones y dotar de certeza legal al deudor (transferente), suele incluirse una lista complementaria de actividades que no constituyen situaciones de competencia.

c) Obligación «sincrética» de no competir con la sociedad transferida

Este modelo de NCA es una mixtura contractual de los modelos general y específico. Incluye una cláusula *numerus apertus*, frecuente en el tipo «complejo», que define lo que se entiende por una situación de competencia (características generales de esta, así como el límite temporal y geográfico) y una cláusula *numerus clausus* en la que se enumera, en forma taxativa pero no excluyente, supuestos puntuales que siempre son considerados situaciones de competencia, sin perjuicio de la regla general.

Así, una conducta del deudor (transferente) puede considerarse competencia «prohibida», dentro de los límites del NCA, tanto cuando está específicamente prevista en la lista taxativa o cuando, sin estarlo, se encuentra comprendida en el tipo descrito en la cláusula general. De ahí la necesidad de una prolijidad técnica al redactar este modelo de NCA.

4.4. Fórmulas usuales de la obligación de no competencia

El contenido de la obligación negativa (en cualquiera de los modelos mencionados), es decir, lo que se quiere prohibir, depende del concepto de situación de competencia que las partes contratantes hayan pactado, por lo que este concepto es variable y sumamente casuístico.

No obstante, enumeraremos algunas de las obligaciones de NCA más usuales, las que grafican en cada caso lo que se debe entender por «situación de no competencia», a partir de la conducta que se compromete a no realizar el deudor. Estas prestaciones, lógicamente, pueden ser utilizadas de manera individual o conjunta, según el tipo de configuración contractual y el modelo de NCA utilizado.

a) Obligación de no realizar actividad empresarial o no emprender un negocio en competencia

Esta obligación es muy usual en cualquiera de los modelos expuestos de NCA. Como es evidente, consiste en obligar al transferente a no llevar a cabo actividad empresarial o emprender un negocio que suponga competencia para el adquirente de la sociedad transferida.

Resulta fundamental en este tipo de obligación definir lo que se entiende por actividad empresarial, pues mientras más general sea el término, el abanico de actividades prohibidas para el transferente será mayor. La falta de claridad en la definición suele crear confusiones al momento de diferenciar el papel de empresario con el de inversionista (mero accionista sin control), por lo que suele incluirse una lista de actividades económicas iguales o similares a las realizadas por la *target*, que son calificadas como «empresariales». Así, por ejemplo, es común considerar empresarial el constituir, dirigir, gestionar, gerenciar o promover una empresa usando los conocimientos, experiencias, prestigio, contactos o relaciones comerciales obtenidos en la empresa transferida; pero también se entiende como actividad empresarial hacer lo propio mediante *partnerships*, grupos económicos, *trusts*, fideicomisos empresariales, *joint ventures*, asociaciones en participación, etc.

La idea central de este tipo de cláusula trasciende el mero hecho de ser propietario, accionista o inversionista directa o indirectamente de la sociedad competidora, pues lo que se prohíbe en definitiva es que el transferente use los conocimientos y experiencias adquiridos en la marcha de la empresa (y que en cierta forma fueron parte del *goodwill* de esta) para influir positivamente en la gestión empresarial de otra entidad de la misma o similar actividad, restando valor al contrato y mermando la rentabilidad proyectada por el adquirente.

b) Obligación de no participar como accionista

Bajo este NCA, las partes pactan que el transferente no debe participar como accionista de otra sociedad que se encuentre en competencia con la sociedad transferida.

Así, existe una prohibición de adquirir acciones de empresas de la competencia, este término se define usualmente en cuanto a las actividades o sector empresarial, tamaño, tipo de consumidor, volumen de operaciones, antigüedad, nacionalidad o mercado objetivo. La intención es que el transferente no sea accionista de una sociedad que efectúe parcial o totalmente cualquier actividad de la sociedad transferida o que se asemeje o sea igual a su actividad principal.

Dependiendo de lo que pacten las partes contratantes, la prestación de no hacer puede ser más restringida o amplia y abarcar cualquier forma de adquisición de titularidad de manera onerosa o gratuita, como puede que específicamente se prohíba la compra (compraventa) de las acciones, las que sería posible adquirir a través de otras figuras contractuales.

Asimismo, puede que se prohíba tener la calidad de accionista de cualquier tipo de entidad o de un tipo particular de sociedad, incluso, definiendo si esta es propia, preexistente, nueva, de capitales nacionales, capitales extranjeros, local o no domiciliada, etc.

También es posible que la conducta a no realizar consista en ser titular (propietario) de las acciones, poseedor o usufructuario de estas y que se distinga el tipo de título valor, diferenciando entre géneros (por ejemplo, participaciones, acciones, certificados, etc.) o especies (clases de acciones, derechos que otorga o forma de emisión).

En algunos casos se prohíbe solamente ser accionista de una sociedad en competencia directa o de otra entidad que, a su vez, sea accionista de la sociedad que rivaliza con la *target* (competencia indirecta a través del grupo económico). Inclusive, es posible que el no hacer también abarque el usar terceros o sociedades interpuestas con el fin de ocultar la calidad de accionista.

En cualquier caso, queda claro que la prohibición recae sobre ser accionista, es decir, inversionista en el capital de una sociedad que compita con la entidad transferida. Este tipo de NCA no supone, por tanto, la proscripción de realizar actividad empresarial competitiva mediante otra entidad usando los conocimientos, experiencias, contactos, relaciones u otros factores ganados en la empresa transferida, para competir con esta; salvo, por ejemplo, que otras condiciones en el contrato deven lo contrario, como cuando se incluye un mínimo de control accionarial u otro tipo de control.

En efecto, el NCA puede prohibir ser accionista directa o indirectamente de una sociedad en competencia con la unidad transferida en más del 50% del capital o en una proporción que suponga la mayoría de la Junta General de Accionistas (JGA); sin duda, no solo se trata de evitar que sea inversionista, sino que controle y dirija la sociedad. En este caso, se distingue tácitamente entre el accionista inversionista y el accionista empresario, quien busca no solo rentabilizar su inversión, sino llevar a cabo actividad empresarial, como desarrollaremos más adelante al tratar la fiscalidad de este tipo de acuerdos.

Además, en algunos casos se incluye la prohibición de tener un determinado grado de control en los votos, con independencia del capital. Esto está pensado en ciertos tipos de sociedades híbridas (como las singapurenses, por ejemplo), las cuales emiten acciones que dan derecho a dividendos pero no a votos, y otras solo a votos, de manera que un sujeto podría controlar los votos pero no el capital de una sociedad competitiva de la *target* transferida.

c) Obligación de no invertir o financiar en empresas o personas del sector

Esta obligación es más amplia que la anterior, pero muy clara respecto de que no trata de evitar alguna actividad empresarial, sino conductas de inversión o de financiamiento, ya sea mediante *equity* (aporte de capital de accionistas o compra de acciones emitidas en forma privada o pública) o deuda, considerando préstamos, bonos corporativos, *debentures*, fideicomisos, fondos, bonos convertibles en acciones y otros instrumentos financieros.

En algunos casos se incluye la prohibición de ejercer control financiero o los resultados (en determinado grado o porcentaje) de la compañía en competencia, además de los financiamientos por deuda o capital, el actuar como fiduciario, *trustee*, mejorador, estructurador, garante u otras situaciones en las que rentabilidad del transferente depende o se ve influida por la de la sociedad en competencia.

También hay situaciones en las que la prohibición de invertir o financiar rige tanto para compañías como individuos que utilicen los fondos captados (o proyecten utilizarlos) con el propósito de financiar o invertir en una sociedad en competencia. Esta última, sin embargo, es una fórmula poco frecuente porque es difícil verificar su cumplimiento, dado el carácter personal, subjetivo y posterior de la conducta del tercero, lo que impide sancionar de manera objetiva al transferente, salvo que pueda probarse que este conocía *ab initio* las intenciones de aquel.

d) Obligación de no llevar a cabo negocios con clientes o proveedores

Este tipo de NCA busca evitar una probable competencia del transferente consistente en contratar negocios o acordar actividades con clientes de la sociedad transferida, ya sea en forma independiente o mediante una empresa, propia o de terceros.

Muchos factores pueden variar en esta fórmula contractual. Por ejemplo, el alcance de la obligación dependerá de la definición de «clientes» prevista por las partes contratantes: es posible incluir solo a quienes mantengan contrato vigente con la sociedad transferida a una fecha de corte determinada, o no incluir a los que no sostienen una relación comercial en un mínimo de años, o podría incluir a cualquier cliente que esté en una lista adjunta al contrato, etc.

En suma, esta fórmula tiene por función preservar la clientela y, a través de ello, el *goodwill* de la sociedad transferida, de modo que no quede vacía de contenido la adquisición de la empresa y los flujos estimados no se vean impactados por una «fuga» de clientes promovida por la confianza o relaciones comerciales con el anterior propietario.

En el caso de proveedores aplican los mismos comentarios, en particular a los estratégicos, es decir, a aquellos proveedores que son vitales para el funcionamiento de la empresa. Así, lo que se busca proteger es la continuidad funcional y operativa de la sociedad transferida, esto es, su marcha regular.

e) Obligación de no detentar, directa o indirectamente, algún tipo de función estratégica

Esta obligación de no hacer impide al transferente ocupar una posición o función estratégica en una entidad competidora, como por ejemplo, la de gerente, director, consejero o asesor.

El alcance de la obligación varía por distintos factores. Por ejemplo, puede especificar el tipo de gerencia o asesoría que el transferente está impedido de ejercer o prohibir ser miembro del directorio de una compañía en competencia, pero no del de la matriz de esta. Asimismo, es posible restringir las funciones ejercidas en virtud de un contrato laboral pero no civil o, por el contrario, incluir en la prohibición cualquier relación contractual. Incluso cabe la posibilidad de considerar en la prohibición la asesoría a favor de una entidad en competencia, no como asesor o empleado de esta, sino como consultor externo empleado o contratado por una tercera empresa especializada en servicios de consultoría. De la misma forma, puede restringirse la aplicación del NCA a algún tipo de materia o especialidad.

Este tipo de NCA va dirigido a transferentes técnicos, esto es, a accionistas que además de propietarios son emprendedores o profesionales especializados en el rubro al que se dedica la sociedad transferida. Así, la finalidad de este NCA es evitar que el transferente use ese conocimiento o experiencia para gerenciar, aconsejar, absolver consultas, laborar o dirigir una entidad en competencia, pues su influencia positiva podría impactar en la eficiencia de la adquisición hecha.

Finalmente, una variante «indirecta» de esta fórmula sería incluir la obligación de que el transferente no asista o colabore con una sociedad competidora para seleccionar, intermediar, reclutar o iniciar una relación laboral o contractual con sujetos empleados o contratados por la sociedad

transferida, cuya función sea estratégica para el negocio (deberán definirse bien las funciones, cargos, sujetos, etc.).

Como es claro, esta variante «indirecta» busca evitar la salida de colaboradores clave en el crecimiento o el mantenimiento de la productividad de la sociedad transferida (activos humanos clave para el desarrollo del negocio), neutralizando la posibilidad de que sea el transferente quien los coloque, contacte o relacione con una entidad competidora que contrate sus servicios.

En fin, son varios los aspectos que pueden contener los NCA al definir los alcances de una situación de competencia que no debe llevar a cabo por parte del transferente.

En todos los casos, lo trascendental no solo es definir la conducta a la que está prohibido el transferente, sino también cuando se considera que la sociedad tercera califica como «competidora», en forma directa o indirecta, respecto de una, varias o todas las actividades económicas que realiza la sociedad transferida, parcial o en su totalidad.

4.5. Incumplimiento de NCA

Todo incumplimiento de una obligación conlleva a sanciones para el responsable de esa omisión. Esta lógica no es ajena a los NCA, pues la inobservancia de la prestación negativa pactada también genera una reparación que es entendida como el daño ocasionado o la penalidad pactada.

El incumplimiento del NCA puede afectar el valor de la sociedad transferida depreciándolo, con lo cual el precio pagado por el adquirente resulta mayor a su valor actual y potencialmente el negocio se torna en ineficiente. Ello supone para el adquirente una desventaja financiera que incluso pone en riesgo la posibilidad de continuar con el negocio. Por este motivo, se agrega en el contrato una regla de penalidad pecuniaria o de resarcimiento económico, es decir, el pago de un monto por concepto de reparación del daño o penalidad. Este monto puede ser igual por el cumplimiento del NCA; o, inclusive mucho mayor, según se haya pactado.

Sin perjuicio a lo señalado, se debe indicar que el monto por pagar como reparación por el daño o penalidad, no es parte de la estructura obligacional de un NCA; sino que, por el contrario, es una obligación independiente y distinta que se origina como consecuencia de la inobservancia de un NCA; por lo tanto, está fuera de la óptica analítica de esta investigación.

2

La fiscalidad de las rentas pagadas a personas naturales por obligaciones de no hacer

En el capítulo anterior se revisó la naturaleza, caracterización contractual, tipología y fórmulas de redacción de los NCA. Los NCA, según pudo verse, son obligaciones de no hacer que impiden al transferente de la sociedad cuyas acciones son materia del SPA (venta de paquete accionarial con toma de control) realizar actividades posibles de interpretarse como una situación de competencia para la sociedad transferida. De esta forma, la contratación de los NCA se justifica en asegurar los objetivos del SPA, proteger el valor de la operación y evitar la competencia desleal del transferente frente a la sociedad transferida.

Si bien el alcance de las conductas consideradas «competencia» (que son el núcleo de la abstención impuesta al transferente) depende de los términos acordados por las partes en el contrato, se mencionó que al ser el NCA una garantía para el adquirente de la *target* y, a la vez, un sacrificio económico del transferente, es justificable y entendible que se pacte una retribución a favor del segundo. Esta retribución económica (puede ser dineraria o pactarse en especie) busca compensar al obligado por la conducta que dejará de hacer e incentivarlo al cumplimiento de la abstención materia del NCA.

Esta investigación pretende determinar si dicha retribución se encuentra gravada con el Impuesto a la Renta (IR) y, de ser así, si califica como renta de segunda o tercera categoría. Sin embargo, en conformidad con su planteamiento metodológico, la investigación se ha centrado en el tratamiento

impositivo de las rentas que retribuyen la celebración de un NCA (como parte de un SPA de venta de paquete accionarial con toma de control) entre personas naturales. Corresponde, entonces, determinar el tratamiento fiscal para las rentas que remuneran este tipo de actividades a personas naturales domiciliadas.

1. Aspectos generales del impuesto a la Renta en el Perú

El impuesto representa «la categoría tributaria fundamental, en la que más visiblemente se aprecian las notas propias del tributo y, de modo especial, la coactividad» (Pérez Royo, 2007, p. 47). En forma más específica, siguiendo a Griziotti²⁰ y enfocándolo desde las finanzas públicas, Jarach ha indicado, que el impuesto es:

[E]l tributo que se establece sobre los sujetos en razón de la valorización política de una manifestación de la riqueza objetiva (independientemente de la consideración de las circunstancias personales de los sujetos a los que esta riqueza pertenece o entre los cuales se transfiere) o subjetiva (teniendo en cuenta las circunstancias personales de los sujetos pasivos, tales como: estado civil, cargas de familia, monto total de ingresos y fortunas) (Jarach, 1996, p. 255).

En una perspectiva más jurídica, el Modelo de Código Tributario para América Latina (MCTAL) de la CIAT (Centro Interamericano de Administraciones Tributarias), ha definido el impuesto como el tributo cuya obligación se genera por una situación independiente de toda actividad relativa al contribuyente²¹, esto es, un tributo no vinculado. Análogamente, Carvalho (2005) lo ha definido como «[e]l tributo que tiene por hipótesis de incidencia un hecho ajeno a cualquier actuación del poder público» (p. 36). De la misma opinión o sentido es la señalada por Silveira (2008).

20. Benvenuto Griziotti inicia en 1914 una intensiva actividad en el derecho financiero, fundando la que vendría a llamarse la Escuela de Pavia, conformada por Dino Jarach, entre otros como Vanoni, Pugliese, Di Paolo, Forte y Pomini.

21. Esta definición también ha sido adoptada por uno de los creadores del MCTAL, el profesor uruguayo Valdés Costa (2001).

Dicho de otra forma, el impuesto es el tributo en el que, ante la verificación del hecho imponible, el sujeto pasivo «deberá» cumplir la prestación tributaria sin que, como contrapartida, el Estado «deba» realizar alguna actividad o servicio público específico. De igual modo, García Vizcaíno enseña que:

[E]l impuesto es toda prestación obligatoria, en dinero o en especie, que el Estado, en ejercicio de su poder de imperio, exige, en virtud de ley, sin que se obligue a una contraprestación, respecto del contribuyente, directamente relacionada con dicha prestación²². Es decir, hay independencia entre el pago del obligado y toda actividad estatal relativa a este (...) por medio del impuesto son retribuidos servicios indivisibles prestados por el Estado (v.gr., defensa, actividad legislativa), es decir, aquellos que si bien son útiles, a toda la comunidad, no se da la posibilidad práctica de efectuar su particularización en personas determinadas (García Vizcaíno, 1996, p. 67).

De forma clásica, los impuestos gravan las tres formas de riqueza que son exteriorizadas mediante la capacidad contributiva, es decir, el consumo, el patrimonio o la renta.

La renta, rédito o ganancia es la base de imposición más representativa de capacidad económica en el Estado moderno, y además, constituye el «[í]ndice de participación de los contribuyentes en los beneficios que deparan los servicios públicos» (Jarach, 1996, p. 477).

Al respecto, Balbi afirma que los impuestos a la renta son tributos que atribuyen la carga tributaria en función del ingreso, este cumple el papel de indicador para apreciar la capacidad contributiva de los sujetos pasivos (Balbi, 1987).

El IR es, por tanto, el impuesto que grava la «ganancia» obtenida por los contribuyentes; es un tributo no vinculado y directo que recae sobre la obtención de rentas gravadas y depuradas hasta llegar a una base imponible neta conforme a los procedimientos estipulados en la ley.

22. En esa misma perspectiva también opina Valdés Costa (2001) cuando indica que «la obligación impositiva es, pues, independiente de toda actividad del Estado respecto del contribuyente».

1.1. El IR peruano sobre personas naturales

La Ley del IR²³ (LIR) grava las rentas que obtienen sujetos domiciliados y no domiciliados, sean personas naturales o jurídicas, aunque en forma claramente diferenciada. En efecto, como anota Castillo Balarezo (2000), «nuestro ordenamiento tributario vincula la condición de contribuyente del Impuesto a la Renta con el domicilio y con la fuente generadora de la renta, mientras que en otros países, el criterio adoptado ha sido el de la nacionalidad» (p. 38).

Así, los sujetos domiciliados son gravados por sus rentas de fuente peruana (RFP, en adelante) y extranjera, mientras que los no domiciliados se encontrarían gravados únicamente por sus RFP.

En forma previa a definir lo que es una RFP o sus categorías, debe verificarse si la ganancia obtenida por un sujeto, domiciliado o no, está incluida dentro del «concepto» de renta previsto por la legislación. De lo contrario, más allá de la regulación fiscal específica que desarrolle la ley, se entenderá que tal ingreso no es «renta» para los fines del impuesto y, en consecuencia, no podrá estar contenido en los alcances del gravamen.

Nótese que este análisis no define si la renta se encuentra gravada, exonerada o inafecta del IR, solo determina si califica como renta en primer lugar, es decir, si está contenida en el ámbito de aplicación del tributo. Se trata, pues, de un primer filtro del aspecto material de la hipótesis de incidencia tributaria del IR.

Ahora bien, si el ingreso obtenido se encuentra comprendido en los alcances de la ley, será considerado «renta» para los fines de la LIR, de manera que corresponderá recién determinar si tal concepto se encuentra gravado con el impuesto.

Para tal efecto, corresponde distinguir, como habíamos anticipado, entre el tratamiento aplicable a personas naturales (PN) domiciliadas y no domiciliadas, conceptos que se definen en la ley tributaria con su propia técnica.

23. Cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado mediante Decreto Supremo 179-2004-EF.

1.2. Condición de domiciliado

A fin de aplicar el IR, los ordenamientos tributarios implementan en sus legislaciones internas criterios de conexión para vincular la potestad tributaria del Estado con las rentas obtenidas por los sujetos que desean gravar (contribuyentes) en el devenir de sus actividades económicas. Es decir, se regulan determinadas condiciones fácticas, económicas o jurídicas que, de ser cumplidas por el contribuyente, dan derecho al Estado a gravar con el IR la renta en cuestión.

Estos criterios de conexión pueden ser de tipo subjetivo (como la residencia, el domicilio, la nacionalidad o la ciudadanía) o de tipo objetivo (como es la fuente). Así, cuando el contribuyente cumple los criterios que la ley ha establecido se aplica el gravamen.

El IR peruano, como la gran mayoría de sistemas tributarios contemporáneos, adopta el sistema de residencia para sus contribuyentes domiciliados y el sistema de la fuente para los no domiciliados. Esto supone que a los sujetos domiciliados se les grava por sus rentas de fuente mundial (fuentes nacional y extranjera), mientras que los no domiciliados deben tributar sus RFP, es decir, solo por rentas originadas en nuestro país.

En cuanto al concepto de domicilio aplicable a personas naturales, distinto del concepto de residencia que de manera regular se aplica en tributación internacional, la ley peruana ha señalado las siguientes reglas:

- Como pauta general, las PN de nacionalidad peruana son domiciliadas cuando conforme a las reglas de derecho común residen en el país.
- Las PN extranjeras son consideradas domiciliadas cuando residan o permanezcan en el Perú más de 183 días calendario durante un período cualquiera de 12 meses.
- En ambos casos, nacional o extranjero, una vez ganada la condición de domiciliado, el contribuyente la perderá cuando adquiera residencia fiscal en otro país y haya salido del Perú²⁴.

24. Lo que debe acreditarse con la visa correspondiente o con contrato de trabajo por un plazo no menor de un año, visado por el Consulado Peruano, o el que haga sus veces.

- Si no es posible acreditar la condición de residente en el exterior, las PN mantendrán su condición de domiciliadas, salvo cuando se ausenten del Perú más de 183 días calendario dentro de un periodo cualquiera de 12 meses.
- En el caso de sujetos no domiciliados de nacionalidad peruana, recobran la condición de domiciliados al retornar al país, salvo que su permanencia sea transitoria, es decir, no supere 183 días calendario en un periodo cualquiera de 12 meses.
- Todos los cambios en la condición domiciliaria de PN nacionales o extranjeras efectuados durante un ejercicio gravable solo producirán efectos a partir del 1 de enero del ejercicio siguiente (salvo que se acredite la adquisición de residencia en el exterior y la salida del país, en cuyo caso es inmediato el cambio una vez cumplidos ambos requisitos).

1.3. El IR aplicable a personas naturales domiciliadas

Si estamos ante una PN domiciliada, se gravarán sus rentas de fuente nacional y extranjera. En cuanto a la RFP, estará afecta en tanto se encuentre comprendida en la lista de rentas de primera (arrendamientos y cesiones de bienes), segunda (rentas del capital y ganancias de capital), cuarta (rentas del trabajo independiente) o quinta categoría (rentas del trabajo dependiente).

Sobre las rentas brutas de primera y segunda categoría, conocidas en conjunto como rentas del capital, se aplica una deducción fija del 20%²⁵. La renta neta del capital es gravada con una tasa de 6.25%, que se reduce a 5% al considerar la deducción antes indicada.

Los dividendos y otras formas de distribución de utilidades, a pesar de ser rentas de segunda categoría, son gravados en forma cedular bajo una tasa de 5% (ejercicio 2017).

25. En el caso de ganancias de capital es deducible el costo computable del bien enajenado.

Las rentas de cuarta y quinta categoría son las denominadas rentas del trabajo. A la renta de cuarta categoría se le aplica una deducción fija del 20%. Sobre la suma de la renta bruta del trabajo (cuarta y quinta) se practica una deducción fija de 7 UIT²⁶ (Unidad Impositiva Tributaria), incluso, desde el ejercicio 2017, es posible deducir en forma facultativa hasta 3 UIT correspondientes a gastos de vivienda, salud, servicios, entre otros. A la renta neta del trabajo obtenida se le suma la renta neta de fuente extranjera y, sobre la renta neta mundial imponible se aplica la tasa acumulativa progresiva, cuya tasa marginal superior es 30%.

En caso la persona natural realice actividad empresarial (por ejemplo, un negocio propio sin constituir una persona jurídica), el tratamiento tributario aplicable es el de tercera categoría (rentas empresariales), ya sea porque la ley la califique *per se* como persona jurídica (empresas unipersonales, por ejemplo) o porque, sin hacerlo, encuentre condiciones o circunstancias por las cuales amerite un tratamiento empresarial (como en el caso de la habitualidad por enajenación de inmuebles).

1.4. El IR aplicable a personas naturales no domiciliadas

Si se está ante una PN no domiciliada, aquella solo se encontrará afecta por sus rentas gravadas de fuente peruana. Si bien la LIR dispone que las RFP son las de primera, segunda, tercera, cuarta o quinta categoría, estas solo serán gravadas a un sujeto no domiciliado en tanto cumplan, primero, con la regla de fuente que rige su afectación como RFP.

Las reglas de fuente son aquellos criterios de conexión que deben cumplirse para que la renta obtenida por el no domiciliado sea afectada en el Perú. Estos criterios buscan determinar cuándo una renta tiene como origen económico el Perú, esto es, que su fuente se ubica en el territorio nacional.

Existen varios criterios de conexión, tales como ubicación física del bien, utilización económica, lugar en que se realizó la prestación, lugar del pago o, incluso, el domicilio del que paga la renta, etc. Todos ellos buscan establecer cuándo una renta se obtiene en un determinado país.

26. Que para el ejercicio 2017 fue de S/ 4,050.00.

Los artículos 9, 10 y 11 de la LIR establecen diversos tipos de RFP, con sus respectivos criterios de fuente. Estas rentas son gravadas en forma bruta o neta, según su categoría. Las tasas varían de 4.99% en el caso de intereses hasta 30% en el caso de servicios (distintos a asistencias técnicas) y otras rentas.

El pagador domiciliado de una RFP obtenida por un no domiciliado debe ejecutar la retención cuando pague o acredite esta. El importe retenido debe ser abonado al fisco en los plazos establecidos en el cronograma de vencimientos aprobado por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria y Aduanera (Sunat) para obligaciones mensuales.

En algunos casos, como regalías, intereses y servicios, se deberá abonar al fisco el importe «equivalente a la retención» cuando el gasto o costo se haya contabilizado, aunque aún no se haya acreditado ni pagado la renta.

2. Tratamiento en la LIR de las retribuciones por obligaciones de no hacer obtenidas por personas naturales domiciliadas

Como se apreció en el primer capítulo, las personas pueden comprometerse a realizar conductas diversas tales como dar una cosa o hacer una actividad, pero también pueden pactar en negativo, es decir, eximirse de una actividad o abstenerse de un comportamiento. Esto último, en términos jurídicos se conoce como una obligación de no hacer.

2.1. El test de recalificación de la renta por obligaciones de no hacer

El IR peruano grava las rentas obtenidas como contraprestación de una obligación de no hacer. No corresponde en este punto discutir el tratamiento tributario, pues luego se analizará en detalle, sino justificar por qué el legislador incluyó en el texto normativo de la LIR una renta que se sustenta en no realizar algo, es decir, en un concepto tan etéreo e intangible como la «nada».

La pregunta correcta no es, entonces, ¿por qué gravar con el IR el pago que se hace por algo que no se hizo? Lo que en realidad debe preguntarse es ¿por qué gravar el pago que se hace *a cambio de abstenerse a realizar algo*?

En efecto, una obligación de no hacer no es un mero y simple «no hacer nada», más bien es hacer algo pero en forma negativa, pues implica el compromiso obligatorio *ex voluntatis* de abstenerse de realizar una acción. Sin duda existe un esfuerzo y sacrificio por parte de quien se obliga a un «no hacer», pues acepta abstenerse de ejecutar una actividad aun cuando tenga legítimo derecho de, llevarla a cabo o le pueda generar ingresos que no podrá obtener, como producto de la obligación contractual.

Así las cosas, el gravamen encuentra lógica en una política fiscal de equidad, pues el legislador reconoce la misma capacidad contributiva en quien obtiene una renta por realizar una actividad, y en el que la obtiene por no llevar a cabo la misma actividad. El razonamiento es muy sencillo, pues quien acepta obligarse a un no hacer a cambio de un pago, debe estar recibiendo cuanto menos el mismo beneficio económico que habría obtenido por dicha actividad, pues de lo contrario no encontraría incentivos económicos para contratar, lo cual no es coherente, racional ni eficiente.

A partir de ahí, por simetría fiscal, si la renta que se obtendría por la realización de esa conducta hubiera estado gravada, también debería encontrarse gravada la renta obtenida por no haberla realizado y, bajo el mismo criterio, si no se encontraría gravada la primera, tampoco debería afectarse la segunda.

2.2. Exégesis inicial del inciso f) del artículo 24 de la LIR

Ahora bien, concretamente, en cuanto al tratamiento tributario en el IR de las obligaciones de no hacer, la primera parte del inciso f) del artículo 24 de la LIR considera como renta de segunda categoría a «las sumas o derechos recibidos en pago de obligaciones de no hacer (...)».

De esta manera, cuando una persona natural domiciliada obtiene rentas como pago por obligaciones de no hacer, estas se encuentran gravadas como rentas de segunda categoría, bajo una tasa efectiva de 5% sobre el importe percibido²⁷. La renta obtenida por la obligación de no hacer, como

27. Si el perceptor fuese una persona jurídica, esta se consideraría renta de tercera categoría bajo la regla universal del artículo 28° de la LIR y se computaría dentro de las demás rentas netas del ejercicio, aplicándose anualmente la tasa de 29.5% (desde el 1 de enero de 2017).

se deduce de la norma en mención, puede ser pagada en dinero («sumas») o en «derechos», mas no en otro tipo de bienes, de tal modo que la obligación de no hacer remunerada en especies distintas a «derechos» (si se diera el caso) no generaría la producción de este hecho imponible ni la obligación tributaria para su perceptor.

Nótese también que la renta que se encuentra gravada es aquella que es «recibida» en «pago» de la obligación de no hacer, lo que supone, además de una percepción de tal renta (lo que ya se colegía del criterio del percibido contenido en el artículo 57 de la LIR, aplicable a rentas de segunda categoría), que para materializarse el hecho imponible deberá haberse producido jurídicamente un efecto de pago, como medio de extinción de obligaciones.

2.3. El test de calificación de la renta por obligaciones de no hacer

Pero más allá de las consideraciones anotadas, esta primera sección del inciso f) del artículo 24 de la LIR no presenta mayores dificultades interpretativas: se considera renta de segunda categoría la suma pagada a una persona natural domiciliada (la perceptora) como contraprestación por una obligación de no hacer.

Sin embargo, el legislador ha incluido una segunda parte al texto normativo anotado, por el que se introduce un test de recalificación de la renta que remunera una obligación de no hacer, convirtiéndola en renta de tercera, cuarta o quinta categoría, en función del tipo de conducta que se pacta no llevar a cabo, es decir, a la prestación negativa contratada.

En efecto, el texto completo del inciso f) del artículo 24 de la LIR señala que son rentas de segunda categoría:

[L]as sumas o derechos recibidos en pago de obligaciones de no hacer, *salvo* que dichas obligaciones consistan en no ejercer actividades comprendidas en la tercera, cuarta o quinta categoría, en cuyo caso las rentas respectivas se incluirán en la categoría correspondiente.

Como se observa, el legislador tributario ha previsto una regla general y una exclusión. En primer lugar, se considera que todas las rentas que retribuyan obligaciones de no hacer son de segunda categoría; pero cuando

estas obligaciones consistan en no hacer actividades cuyas rentas correspondan a la tercera, cuarta o quinta categoría, se computarán como renta de la categoría correspondiente a la actividad aludida.

Así pues, el monto pagado por obligaciones de no hacer resulta ser una renta de segunda categoría, a menos que las «(...) obligaciones de no hacer estén vinculadas a otra categoría de renta, en cuyo caso calificarán bajo esa otra categoría» (Hernández Berenguel, 1994, p. 13).

En realidad, el test consiste en identificar qué tipo de renta remunera la actividad objeto de la obligación de no hacer, si el contribuyente la hubiese ejecutado. Si se determina que la renta calificaría como de tercera (actividad empresarial), cuarta (trabajo independiente) o quinta categoría (trabajo dependiente), se deberá gravar esta bajo las reglas de la categoría que corresponda; si la renta, en cambio, no calza en ninguna de ellas, opera la regla matriz según la cual tal ingreso se reputa *per se* una renta de segunda categoría.

Pero nuestra ley va más allá y establece una suerte de cajón de sastre, según el cual si tales ingresos no fuesen calificables en la cuarta, quinta o tercera categoría, se considerarán renta de segunda categoría.

Puede que sea cuestionable la técnica normativa usada por el legislador, es decir, ¿por qué no calificar todas las rentas por obligaciones de no hacer como tercera categoría, salvo que sean de segunda, cuarta o quinta? ¿Por qué no calificarlas de cuarta?

Desde la presente investigación, se considera que la razón es más bien práctica y de enfoque residual, pues por naturaleza son pocas las obligaciones de no hacer cuya conducta matriz sería de segunda categoría; mientras que en la mayoría de los casos se trataría de prestaciones de servicios, relaciones laborales o empresariales, de manera que la calificación como «renta de segunda categoría» en realidad funciona como un cajón de sastre, esto es, como una norma residual para los casos no comprendidos en las demás categorías.

En efecto, en una lectura preliminar, la norma empieza por establecer que son rentas de segunda categoría las sumas pagadas por obligaciones de

no hacer, pero una interpretación sistemática e integral nos lleva a concluir que, en realidad, la norma comunica lo siguiente: las sumas pagadas por obligaciones de no hacer son rentas de tercera, cuarta o quinta categoría, según sea el caso, cuando la renta que se hubiese obtenido, de haberse llevado a cabo la actividad objeto del «no hacer», hubiera estado gravada bajo alguna de las citadas categorías; de lo contrario, la renta calificará automáticamente como de segunda categoría.

Bajo este test de calificación de la renta, por ejemplo, el pago hecho a un individuo por celebrar un pacto de no trabajar para una empresa de la competencia se consideraría renta de quinta categoría y no de segunda, puesto que las rentas obtenidas (de ejecutarse el trabajo) calificarían como de quinta categoría por tratarse de una relación laboral bajo subordinación y dependencia.

De manera similar, la suma pagada a un individuo por no vender varios lotes de bienes que importó para comercializarlos en distintos momentos calificará como renta de tercera categoría, pues de haberse llevado a cabo la actividad, la renta obtenida sería de tercera categoría, aun cuando el sujeto sea una persona natural. Efectivamente, el inciso a) del artículo 28 de la LIR dispone que son rentas de tercera categoría, entre otras, las derivadas del comercio y, en general, «de cualquier otra actividad que constituya negocio habitual de compra o producción y venta, permuta o disposición de bienes».

Como ejemplo adicional, puede decirse que la suma pagada a un abogado independiente por obligarse a no prestar sus servicios de asesoría a una empresa del mismo rubro comercial califica como renta de cuarta categoría pues la renta de tal asesoría (de haberse realizado), sería una de cuarta categoría, por tratarse de servicios civiles no laborales (sin relación de dependencia).

Por lo expuesto, queda demostrado que el legislador incluyó el supuesto de renta por obligaciones de no hacer en la segunda categoría solo por una función residual, para reunir, en una especie de cajón de sastre todas las rentas que no cumplan con el test. Por ello, una vez superado el test de calificación de la renta sin que se haya identificado que esta corresponde a la tercera, cuarta o quinta categoría, no cabe ya verificar si califica como renta de segunda categoría pues automáticamente se reputa como tal.

Así, por ejemplo, una persona natural propietaria de un inmueble colindante a un centro de salud decide arrendarlo a una empresa que piensa utilizarlo como bar o pub. Al tomar conocimiento de esto, el centro sanitario le ofrece una adecuada retribución para que no alquile el inmueble durante un plazo determinado. Si se aplica el test de calificación, la renta que el individuo obtendría, de llevar a cabo la actividad que es objeto de la obligación de no hacer, sería de primera categoría por tratarse del arrendamiento de un inmueble. Sin embargo, la renta que retribuye la obligación de no hacer será considerada como segunda categoría, en virtud de la regla del test de calificación.

En otros casos, en cambio, puede haber una coincidencia entre la categoría de renta que retribuye el no hacer y la que se hubiera obtenido de haberse llevado a cabo la actividad. Veamos, por ejemplo, un caso plantado por Bernal Rojas, en el que un ingeniero químico,

[h]a creado una fórmula de una reconocida bebida gaseosa de mucha aceptación por los consumidores, la empresa que fabrica dichas bebidas que está utilizando su fórmula solicita al mencionado ingeniero que no ceda el uso de dicha fórmula a cualquier competidor interesado en elaborar bebidas gaseosas con su fórmula, para lo cual conviene pagarle la suma de S/. 70,000 (...) (Bernal Rojas, 2010, p. 11).

Como se puede observar, si el ingeniero hubiese cedido en uso su fórmula hubiese obtenido una regalía, la que es calificada como renta de segunda categoría por el artículo 24 de la LIR. Sin embargo, no es esa la razón por la que la renta por la obligación de no hacer (no ceder en uso la fórmula) también califica en la segunda categoría, sino porque la renta que retribuiría la actividad, no califica como renta de tercera, cuarta o quinta categoría. Es pues, un efecto residual que, una vez descartadas las demás categorías, automáticamente la ubica en la segunda.

Sin perjuicio de lo anterior, no es ocioso mencionar que, desde un punto de vista netamente práctico, el calificar la renta como de primera o segunda categoría no tiene un impacto real pues, en cualquier caso, se encontrará gravada con una tasa efectiva del 5%.

En cambio, la calificación sí es muy importante en el resto de casos: mientras una renta de segunda categoría se grava con 5%, una de cuarta

o quinta soporta una tasa progresiva acumulativa cuya alícuota marginal superior es 30%, y las rentas empresariales se afectan bajo una tasa de 29.5% (a partir del 1 de enero de 2017) pero con pagos a cuenta, obligaciones formales y el consecuente impacto en el IGV.

Ahora bien, se debe comentar que existe una excepción bastante lógica para la regla: si la renta que retribuye el no hacer no es de tercera, cuarta o quinta, siempre será de segunda categoría (y nunca de primera). En efecto, como resulta evidente, si la renta no califica como de fuente peruana, esta deberá tratarse como una ganancia de fuente extranjera, de modo que resultaría irrelevante la aplicación del test del inciso f) del artículo 24 de la LIR, pues como bien se sabe solo las RFP son categorizables.

Es decir, si la renta que percibe una PN en retribución de una obligación de no hacer tiene su fuente generadora en el exterior, el tratamiento tributario variará si es domiciliada o no domiciliada. En el primer caso, se deberá agregar la renta dentro de las demás ganancias netas de fuente extranjera que haya percibido tal persona; luego, se sumarán estas a las rentas netas del trabajo de fuente peruana, aplicándose sobre el resultado la tasa progresiva acumulativa del impuesto, cuya tasa marginal superior es 30%. Si, en cambio, el sujeto fuese un no domiciliado, la renta simplemente no se encontrará gravada en Perú al no ser de fuente nacional.

En consecuencia, lo relevante para determinar el origen de la fuente en estos casos es definir si la renta que se percibiría, de llevarse a cabo el objeto del «no hacer», sería de fuente peruana o extranjera, a fin de darle el mismo tratamiento al pago por la abstención contratada. Así, por ejemplo, si la obligación consiste en no llevar a cabo actividad laboral en las filiales europeas de una compañía, la renta que remunera tal compromiso es una de fuente extranjera, pues de llevarse a cabo abstención, la fuente productora estará sin duda en Europa y no en Perú, por lo que no es necesario calificarla en ninguna categoría, tan solo agregarla al resto de rentas de fuente externa. En cambio, si la obligación consistiera en no prestar servicios personales en el Perú como asesor independiente de una compañía local competidora, quedaría claro que en el supuesto de realizarse la actividad, generaría una renta de fuente peruana calificada como de cuarta categoría, por lo que la renta por el no hacer seguiría el mismo tratamiento.

No obstante lo anterior, en la práctica no es fácil determinar la fuente de la renta que contrapresta un acuerdo negativo, sobre todo cuando las partes no han diseñado en detalle el espectro geográfico de su abstención, por lo que resulta muy importante el rol intérprete del operador tributario.

3. Tratamiento en la LIR de las retribuciones por obligaciones de no hacer obtenidas por personas naturales no domiciliadas

En el punto anterior, hemos concluido que el tratamiento que el IR dispensa a las rentas pagadas por obligaciones de no hacer a personas naturales domiciliadas depende de la calificación atribuible a la renta (segunda, tercera, cuarta o quinta categoría), después de aplicar el test de calificación. Así, se trata de un análisis puramente casuístico variable en función de lo que las partes hayan pactado en cada contrato.

No obstante, surge la interrogante de si se aplica el mismo tratamiento y test de calificación en el caso de una persona natural no domiciliada a quien se obliga no hacer una actividad a cambio de una renta.

Pues bien, como ya se ha detallado, el IR peruano solo alcanza a los sujetos respecto de sus RFP. Así, corresponde determinar si la suma pagada por un domiciliado a favor de un no domiciliado por la obligación de un no hacer ha sido considerada una RFP gravada con el IR, para lo cual es importante identificar si se cumplen las descripciones materiales previstas en la ley y los criterios de conexión que impulsan el nacimiento de la potestad tributaria nacional.

De una revisión de los artículos 9, 10 y 11 de la LIR, solo se aprecian dos supuestos que podrían, preliminarmente, contener la figura descrita:

- Inciso e), artículo 9 de la LIR.- Rentas de fuente peruana originadas en actividades civiles, comerciales, empresariales o de cualquier índole realizadas en territorio nacional.
- Inciso f), artículo 9 de la LIR.- Rentas de fuente peruana originadas en el trabajo personal dentro del territorio nacional²⁸.

28. No se encuentran comprendidas en los incisos e) y f) mencionados las rentas obtenidas en su país de origen por personas naturales no domiciliadas, que ingresan

En cuanto a ambos supuestos, nótese que el criterio de conexión establecido por el legislador es que la actividad civil o empresarial, o el trabajo personal se efectúen en el territorio nacional; es decir, como anota el fisco en el Informe N° 087-2014-SUNAT/5D0000²⁹, el criterio que se ha adoptado para establecer la existencia o no de rentas de fuente peruana es el del *lugar en que se lleven a cabo dichas actividades*.

En forma similar, en el Informe N° 045-2007-SUNAT/2B0000, con relación a las normas mencionadas, el fisco opinó que:

... para que las rentas obtenidas por sujetos no domiciliados en el país por la prestación de servicios a sujetos domiciliados sean consideradas rentas de fuente peruana y consecuentemente gravadas con el Impuesto a la Renta en el Perú, debe existir una prestación de servicios en el país.

Así, para que estemos ante un supuesto de renta de fuente peruana, la realización del servicio, actividad o trabajo, según sea el caso, debe ejecutarse dentro del país, independientemente de si el pago se hace en el exterior.

Ahora bien, al centrarnos nuevamente en el objeto del presente estudio, recordemos que las «obligaciones de no hacer», como lo ha reconocido el Tribunal Fiscal en la Resolución N° 7374-2-2007, consisten « (...) en abstenerse de realizar cierto tipo de conductas o tolerar ciertas actividades del acreedor (...)».

De este modo, contractualmente se entiende cumplida la prestación de no hacer con la sola abstención del deudor a realizar o exteriorizar una particular conducta o, simplemente, con la tolerancia de este respecto de los comportamientos de un tercero, sin que el deudor tenga intervención alguna. Sin embargo, sin perjuicio de la ejecución jurídica de la obligación,

al Perú temporalmente con el fin de efectuar actividades vinculadas con: actos previos a la realización de inversiones extranjeras o negocios de cualquier tipo; actos destinados a supervisar o controlar la inversión o el negocio, tales como los de recolección de datos o información o la realización de entrevistas con personas del sector público o privado; actos relacionados con la contratación de personal local; actos relacionados con la firma de convenios o actos similares.

29. Haciendo referencia al caso de actividades civiles, comerciales o empresariales, pero que resulta igual de aplicable al caso del trabajo personal.

materialmente no hay un comportamiento que se lleve a cabo en el mundo físico y fenoménico, precisamente porque la obligación consiste en no realizar algún tipo de prestación, cualquiera que sea esta.

En ese sentido, dos exigencias copulativas estatuyen los incisos e) y f) del artículo 9 de la LIR, para considerar que la suma pagada por una obligación de no hacer configura una renta de fuente peruana:

- Que la renta se origine en una actividad (civil, comercial, empresarial o de cualquier índole) o, en todo caso, en el trabajo personal; y,
- Que la actividad o el trabajo se lleve a cabo en el territorio nacional.

Al respecto, tratándose de una obligación de no hacer cuyo objeto es una prestación de abstenerse o tolerar, según sea el caso, conceptualmente es difícil equiparar un hecho negativo con una actividad o con el trabajo personal.

En efecto, aunque la legislación nacional precisa lo que debe entenderse por «actividad» (verbo rector del hecho imponible descrito en el inciso e) del artículo 9 de la LIR), el diccionario jurídico de la Real Academia Española (RAE, 2016) define este vocablo como «la facultad de *obrar*», pero también como «el conjunto de *operaciones o tareas* propias de una persona o entidad, siendo relevante la calificación de la actividad de que se trate (...)». Por su parte, la RAE define «operación» como la «acción y efecto de *operar*» o la «ejecución de algo»; mientras que «operar» es entendido como «realizar (llevar a cabo algo)» u «obrar, trabajar, ejecutar diversos menesteres u ocupaciones». Luego, la RAE define «*tarea*» como «obra o trabajo» o «trabajo que debe hacerse en tiempo limitado».

Como se aprecia, el término actividad (más allá de que sea comercial, empresarial o civil) tiene un contenido semántico que está ligado indisolublemente a una acción, a la realización efectiva de algo, a una operación, obra o la ejecución material de «algo». Así, se concluye que no es posible identificar el concepto «actividad» con el de una obligación o prestación de «no hacer», pues esta —más allá de que jurídicamente pueda «ejecutarse» o «cumplirse»—, por definición consiste en no ejecutar, no obrar, no realizar algo ni accionar de ninguna forma material.

Con relación al término «trabajo personal» al que hace referencia el inciso f) del artículo 9 de la LIR, la doctrina define trabajo como «la actividad física o mental que se desarrolla con el fin de crear o transformar una cosa» (Bermúdez Cisneros, 2004, p. 4). Mientras que en la RAE (2016) el «trabajo» es la «acción y efecto de trabajar», significando «trabajar» el «ocuparse en cualquier actividad física o intelectual».

Luego, es lógico concluir que «trabajo personal» es la actividad física o intelectual que desarrolla una persona a favor de su empleador.

Esta noción es respaldada por la legislación nacional, que aunque no ofrece un concepto de «trabajo», sí suficientes directrices para verificar el sentido que debe darse al término. Así, el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (aprobado mediante el Decreto Supremo 003-97-TR), dispone en su artículo 5 que:

... los servicios, para ser de naturaleza laboral, deben ser prestados en forma personal y directa solo por el trabajador como persona natural. No invalida esta condición que el trabajador pueda ser ayudado por familiares directos que dependan de él, siempre que ello sea usual dada la naturaleza de las labores.

Complementariamente, el artículo 9 establece que «(...) el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador (...)».

Como se puede colegir de lo anterior, el concepto de «trabajo personal» que recoge la legislación laboral implica una prestación directa del servicio por parte del trabajador a favor de su empleador, haciendo clara alusión a que el servicio sea de naturaleza activa, es decir, que se exteriorice en el mundo material física o intelectualmente, pues solo así podría ser ayudado en su ejecución por terceros o ser dirigido en la prestación del mismo.

Por lo expuesto, al igual que en el caso anterior, no es posible indicar que la suma pagada por la obligación de no hacer se origina en el «trabajo personal», pues no puede entenderse como trabajo el no llevar a cabo algo; todo lo contrario, el trabajo es una actividad que requiere un esfuerzo físico e intelectual en aras de obtener un resultado.

Lo anterior es de aplicación, inclusive, cuando la obligación de no hacer tiene como prestación el no llevar a cabo una actividad laboral (v.gr. se pacta el no trabajar para una empresa de la competencia), pues en ese caso, el trabajo personal sería realizar efectivamente tal conducta, pero no el pacto de no hacer, el cual, aunque pueda calificarse como renta de quinta categoría por mandato de la ley cuando el contribuyente es domiciliado, no se convierte por tal circunstancia en «trabajo personal» debido a que no existe una actividad, ni esfuerzo físico o mental dispuesto a la obtención de un resultado, todo lo contrario, se trata de contratar una inactividad, una ausencia de comportamiento.

A partir de lo sostenido hasta el momento, la siguiente reflexión cae de madura. Si la obligación de no hacer consiste en no realizar algo, en abstenerse de ello o tolerar la conducta de un tercero sin intervenir, no es posible decirse que esta se lleva a cabo en el territorio peruano, dado que un no hacer consiste en abstenerse de realizar algo y no puede concretarse en un tiempo y espacio.

Sin perjuicio de ello, alguien podría afirmar que la ejecución de la obligación, esto es, el cumplimiento del contrato (con lo cual se produce el no hacer) sí es factible de llevarse a cabo en el territorio nacional. Así las cosas, si el sujeto no realiza en territorio peruano la actividad objeto del pacto negativo, estaría llevando a cabo o ejecutando la obligación de no hacer en el país, por incongruente que parezca.

Esta interpretación no tiene ningún sustento jurídico, pues el punto de conexión no hace alusión a un criterio contractual (el lugar donde se celebra o se cumple el contrato), sino material, en tanto hace referencia a que la actividad se realice «en el territorio nacional», lo que para ser verificable debe entenderse necesariamente vinculado a la ejecución física y material del servicio en cuestión.

Además, recuérdese que el primer párrafo del artículo 9 de la LIR, donde se enuncian los supuestos de RFP analizados, dispone que se consideran tales, con independencia de —entre otros— el lugar de celebración o cumplimiento de los contratos; de manera que lo único relevante en el caso de los incisos e) y f) del citado artículo es la ejecución de la actividad o trabajo dentro del territorio nacional en forma física y material, lo que no es posible las prestaciones de no hacer.

En consecuencia, consideramos que no se genera renta de fuente peruana por el pago que retribuye la contratación de una obligación de no hacer (cualquiera que sea esta), por cuanto (i) no ha sido regulada su afectación en forma expresa; (ii) los hechos imponderables de fuente peruana que podrían potencialmente contenerla hacen clara referencia a prestaciones positivas en las que existe una conducta exteriorizada y no a prestaciones negativas consistentes en no realizar una actividad; y (iii) porque, al margen de lo anterior, no es posible que se configure el criterio de conexión que justificaría la renta de fuente peruana, pues no es posible realizar dentro del país una obligación que consiste, precisamente, en no ejecutar algo.

Así las cosas, la suma pagada a favor de una persona natural no domiciliada, en contraprestación de una obligación de no hacer, no puede considerarse como renta de fuente peruana, por lo que no tributará en nuestro país, ni es aplicable retención alguna en caso el pagador sea un sujeto domiciliado.

Ahora bien, puede que la conclusión anterior parezca contradictoria con el razonamiento vertido en líneas previas de este capítulo, con respecto a que el pago por la obligación de no hacer seguirá un tratamiento tributario no determinado por la abstención, sino por el resultado que se habría obtenido de realizarse operación (lógica que sustenta el test de calificación del inciso f) del artículo 24 de la LIR). Así, no parecería muy coherente sustentar que, para establecer si existe o no renta de fuente peruana en este tipo de acuerdos negativos, se deba analizar si el criterio de fuente se presenta con el no hacer, dejando de lado el efecto de lo que habría ocurrido si se hubiese ejecutado la actividad.

No se está de acuerdo con dicha lectura porque aunque la lógica fiscal expuesta por el test de calificación es correcta y se comparte, se encuentra tipificada en el artículo 24 de nuestra ley para determinar si estamos o no dentro de una renta de segunda categoría y no en los artículos 9, 10 y 11 de la LIR, que regulan cuándo una renta es de fuente peruana; lo cual supone calificar una renta que ya se entiende como de fuente peruana.

Así, dado que para el caso de la renta obtenida por un no domiciliado esta se encuentre gravada en el Perú, primero debe calificar como de fuente peruana y, luego, recién aplicar el tratamiento fiscal según la categoría; de

igual manera, no puede aplicarse el test de calificación ni su lógica sin haber establecido si la renta por la obligación de no hacer es de fuente nacional. El test solo determina qué categoría de renta es y cómo será gravada, pero no su conexión con la potestad tributaria del Estado peruano. Por esta razón, primero debe determinarse ineludiblemente un criterio de conexión que ubique la fuente productora en el Perú y, de existir tal, recién procederá a aplicar la regla de calificación para saber el tratamiento que se deberá dispensar.

El razonamiento de qué tratamiento se le daría a la abstención de llevarse a cabo no puede utilizarse para determinar la fuente de la renta, pues sobre la base del principio de legalidad solo deberá atenderse a los lineamientos dispuestos expresamente por el legislador como puntos de conexión.

Sin embargo, tal como está redactada la ley, no es posible que se cumpla un criterio de conexión que ubique la fuente de las rentas por obligaciones de no hacer en el Perú. Así, no es que se prescinda de determinar si, de realizarse la conducta materia de abstinencia, la renta obtenida hubiera sido de fuente peruana o extranjera, a fin de darle la misma naturaleza a la renta que retribuye el no hacer; es que simplemente no es necesario tal análisis por cuanto, en lo jurídico, nunca será jurídicamente posible que se produzca una renta de fuente peruana en tal caso. Para el no domiciliado la renta que obtiene por una obligación de no hacer será siempre de fuente extranjera para efectos del Perú, dicha ganancia nunca será alcanzada con nuestro IR.

3

Las retribuciones por obligaciones de no hacer y el concepto de renta de la Ley del Impuesto a la Renta

En este capítulo se plantea determinar en qué concepto de renta, recogido por la legislación, se enmarca la suma pagada por obligaciones de no hacer, con el fin de dar directrices que permitan interpretar la aplicación del tratamiento tributario dado por la ley.

1. Trascendencia del concepto de renta para la aplicación del impuesto sobre obligaciones de no hacer

El IR debe contemplar necesariamente la equidad y seguridad jurídica, entendidas estas a través del principio de capacidad contributiva. El gravar en forma justa y proporcional la manifestación de riqueza sobre la que recae el tributo, a fin de no afectar la capacidad contributiva, hace patente que el legislador diseñe en forma certera y exacta el ámbito de aplicación sobre del IR, para lo cual se vale de las directrices del principio de reserva de ley y de legalidad.

Resulta fundamental, en ese contexto, qué entiende por «renta» el legislador pues, con independencia del resto de reglas que desarrolle el texto normativo, si un ingreso no califica como tal para efectos impositivos, no podrá considerarse gravado, exonerado ni inafecto. Así, si un concepto generador de riqueza no es contenido en el ámbito de aplicación material

del IR, ello imposibilitará que se le pueda dar de un tratamiento tributario, en tanto jurídicamente no existirá en los alcances del impuesto.

El análisis del concepto de renta es de gran importancia, en particular, en el caso de las sumas pagadas por obligaciones de no hacer, pues, como se verá más adelante, existen situaciones en las que dicho pacto podría no contenerse en los alcances de la ley, situación en la que y en tal situación carece de todo sentido el tratamiento dispensado por el inciso f) del artículo 24 de la LIR.

El razonamiento es bastante lógico, pues aun cuando se esté ante una obligación de no hacer que es retribuida en favor del obligado, persona natural domiciliada, que como se ha visto supondría evaluar qué categoría de renta le corresponde, si tal ingreso no es calificado como renta por la LIR, simplemente estará fuera de los alcances de la tributación. Ello no significará que la suma abonada constituya renta inafecta o exonerada del impuesto, sino que se tratará de un ingreso que, de plano, no califica como «renta» a efectos de la ley y, por ende, está fuera de los linderos del IR en todos los sentidos posibles.

Por tanto, como paso previo a analizar el caso concreto de los NCA (incluso si la suma que los remunera califica como renta o el tratamiento fiscal es aplicable) corresponde encuadrar las retribuciones por obligaciones de no hacer en alguno de los conceptos de renta que prevé nuestra ley.

2. Las teorías de afectación del Impuesto a la Renta en la doctrina

El IR se estructura, como es comprensible, sobre la concepción de renta inserta en cada legislación tributaria; de ello se deriva una serie de implicancias prácticas trascendentes, aunque parezca un mero esfuerzo dogmático³⁰. Se trata, pues, de identificar, definir, describir y caracterizar la materia imponible que se pretende gravar con este impuesto; de esta acción dependerá la efectiva configuración del hecho imponible, en la realidad de

30. Por ejemplo, el ya conocido debate en torno al *drawback* como concepto gravado o no, o el caso de los subsidios o indemnizaciones dadas por ley.

los hechos y que determinará el grado de cumplimiento del contribuyente con la obligación tributaria del Impuesto a la Renta.

De este modo, en doctrina pueden diferenciarse dos grandes corrientes teóricas en cuanto a la definición de renta. Por un lado, las teorías económicas de renta —que no pensamos ahondar por no estar relacionadas con nuestro objeto de estudio—, más vinculadas al concepto de beneficio y al de satisfacción de necesidades (subjetivo), y de otro, las teorías fiscales o tributarias, que se constituyen por las distintas demarcaciones conceptuales que la política fiscal ha venido desarrollando, a fin de ser implementadas por el legislador (García Belsunce, 1966).

Las teorías fiscales de renta nacen por necesidad pragmática, debido a la «insuficiencia o limitación de los conceptos teóricos de los economistas frente a los fines prácticos de la imposición» (García Vizcaíno, 1996, p. 5), con el fin de dar lugar a la renta como hecho imponible de las normas tributarias.

En tal sentido, son tres las principales «teorías» fiscales que definen el concepto de «renta» y que, como veremos posteriormente, han sido recogidas en mayor o menor medida por nuestra legislación tributaria.

2.1. Teoría de la renta producto

La primera, denominada teoría «de la renta producto» o «de la fuente», elucubrada por Friedrich von Hermann³¹, denomina renta a aquel ingreso proveniente de una fuente productora durable, susceptible de generarse de forma periódica, como resultado de la habilitación racional de la fuente (García Mullín, 1978, p. 14), es decir, de su puesta en explotación para generar beneficios.

La teoría de la fuente se estructura sobre la base de una concepción de la renta de tipo económico objetivo, y sostiene que únicamente son categorizables como «rentas», los enriquecimientos que:

31. Y defendida según Muñoz Berger (1978), con ciertas posiciones encontradas, por Quarta, Gerbino, Battistella, Colin, Allix, De Viti de Marco, Laufenburger, Valdés Costa, etc.

- i) Sean un producto;
- ii) Provengan de una fuente durable;
- iii) Sean periódicos;
- iv) La fuente haya sido puesta en explotación (habilitación).

El que la renta sea un producto implica que se trata de una riqueza nueva, distinta y separable de la fuente que la produce. Por ello, como anota García Mullín (1978), «[n]o es renta, en esta concepción, el mayor valor que experimente un bien» (p. 18). No se refiere, sin embargo, a cualquier riqueza nueva, sino a una de tipo material, es decir, que se trate de un medio objetivo para obtener satisfacciones, pero no la satisfacción económica, sino el beneficio o rendimiento real como renta neta³².

De otro lado, la renta debe provenir de una fuente productora durable, a lo que debe su nombre esta teoría. La fuente es, pues, «[u]n capital, corporal o incorporeal que teniendo un precio en dinero, es capaz de suministrar una renta a su poseedor. En ese concepto entran básicamente las cosas muebles o inmuebles, los capitales monetarios, los derechos y las actividades» (García Mullín, 1978, p. 19). La fuente puede también puede estar representada por otro factor de producción además del capital, como el trabajo o capital humano, e incluso por la combinación del capital y el trabajo, a la que comúnmente denominamos empresa.

De cualquier forma, la fuente, para ser tal, debe ser durable, en el sentido de que sobreviva a la producción de la renta y mantenga su capacidad de generar nuevas rentas en el futuro, aunque no es imprescindible que estas se produzcan. La renta pasa a ser, entonces, un producto periódico, como consecuencia del carácter durable de la fuente, pero esta periodicidad no es una exigencia material, es decir, no es necesario que la renta en la realidad fáctica se produzca en forma periódica o repetida, sino que bastará con que exista tal posibilidad, de acuerdo con la naturaleza de la fuente. Con ello, «se excluye la consideración como renta de las ganancias de capital, pues en ellas, la fuente se agota (para la persona [natural o jurídica]) en el momento en que la ganancia se realiza» (García Mullín, 1978, p. 19); y, en

32. Dejando de lado las rentas imputadas, que se sustentan más en las teorías del consumo más incremento patrimonial bajo el modelo de Schanz-Haig-Simons.

tanto ello, no podría hablarse ni de una fuente durable, ni de una renta que sea producto periódico de la fuente que la genera.

Como es lógico, en la teoría de la renta producto, para que se obtenga ganancia será necesario que la fuente sea puesta en explotación, es decir, que haya sido habilitada racionalmente para ello (racionalidad económica, en el sentido de que el objetivo y finalidad de la explotación de la fuente era obtener un beneficio o rédito de ello) o sea afectada a destinos productores de renta (García Mullín, 1978).

Finalmente, coherente con la técnica del impuesto sobre la renta neta moderno, la teoría de la fuente también señala que la renta debe ser un producto neto, esto es, «[s]e acepta que solo constituya renta aquella riqueza que excede los costos y gastos incurridos para producirla, así como para mantener la fuente en condiciones productivas» (García Mullín, 1978, p. 16).

2.2. La teoría del flujo de riqueza

La denominada teoría del flujo de riqueza, cuya primera aproximación es atribuida a Seligman, concibe como renta cualquier ingreso proveniente de cualquier fuente durante un periodo dado, sin importar que sea periódico o no. La única salvedad que tiene esta teoría es que el ingreso que fluye hacia el contribuyente, para ser renta, debe tratarse de una «ganancia realizada», esto es, de una ganancia real, en tanto se obtiene por diferencia de los ingresos y los costos o gastos asociados a la operación realizada (cualquiera que sea), excluyendo del concepto de renta a las «ganancias no realizadas», en las que solo hay un aumento de valor de un bien de un periodo a otro (Seminario Dapello, 1994).

Dada su amplitud conceptual, la renta como flujo de riqueza comprende a las rentas producto (que más allá de sus características propias, provienen de una fuente, cualquiera que sea esta), pero también a otro tipo de ingresos, como las ganancias de capital, las rentas por servicios, los ingresos eventuales, ingresos accidentales e ingresos a título gratuito. Quedan excluidas de esta teoría, como se ha señalado, las ganancias no realizadas o variaciones patrimoniales.

Se trata, pues, de un concepto de renta que en principio pareciera discordar con relación a los objetivos técnicos del impuesto³³, pues gravaría, por ejemplo, donaciones y herencias, los cuales propiamente no serían considerados beneficios producto de la habilitación racional de una fuente bajo la teoría de renta producto; sin embargo, con una razonabilidad propia sustentada en el principio de universalidad fiscal —generalidad—, esta teoría tiene la manifiesta intención de gravar de forma general y omnicompreensiva el flujo de rentas de los contribuyentes y, en particular, de las empresas. Quizás, por ello, no es común adoptar esta teoría como regla principal en el caso de la imposición sobre personas físicas, aunque sí en el caso de empresas³⁴.

La teoría del flujo de riqueza, como doctrina autónoma de la teoría de la fuente, mantiene un eje siempre alrededor de la irrelevancia de que el rédito provenga de una fuente o no, sino de que provenga de la asignación de recursos por parte de terceros, es decir, que no se traten de incrementos de valor en el patrimonio del contribuyente (por efecto de la explotación del mismo patrimonio, del mercado o del ahorro), sino que se trate de ganancias obtenidas por la realización de los bienes, la prestación de servicios o la simple transferencia o flujo de recursos sin ningún tipo de habilitación racional ni contraprestación por parte del contribuyente (como en los ingresos accidentales, eventuales y gratuitos).

De esta forma, se busca gravar el hecho imponible en el momento en que se realizan los activos y no en las revaluaciones periódicas de los mismos, cuando no se han realizado aún; en otras palabras: «[grava] el total de ingresos materiales que recibe el individuo, o sea el total de enriquecimientos

33. No ha estado exenta de críticas la teoría del flujo de riqueza, se ha llegado a afirmar que es una variante de la teoría del incremento patrimonial más consumo, en la modalidad de incremento patrimonial por flujo de riqueza, tal como sostiene Bravo Cucci (2005).

34. Al respecto, el fisco peruano ha señalado en el Informe N° 252-2005-SUNAT/2B0000, que:

... en cuanto a la teoría del flujo de riqueza que asume nuestra legislación del Impuesto a la Renta, una de sus características es que para que la ganancia o ingreso derivado de operaciones con terceros califique como renta gravada debe ser obtenida en el devenir de la actividad de la *empresa* en sus relaciones con otros particulares, en las que los intervinientes participan en igualdad de condiciones y consienten el nacimiento de obligaciones.

que provienen de fuera del individuo, cualquiera sea su origen y sean o no periódicos» (García Mullín, 1978, p. 17).

El origen dogmático de la teoría del flujo de riqueza, tal como la identificamos modernamente, se encuentra —como indican Due y Friedlander (1990)— en una interpretación del concepto de renta en los ojos de la legislación de Estados Unidos y de Canadá como se señala en el Informe Carter (Instituto de Estudios Fiscales, 1975), de la que se obtiene un concepto práctico y pragmático que lo concibe como un flujo de ganancias hacia el sujeto pasivo del impuesto, durante un periodo de tiempo dado (García Belsunce, 1966).

No es ocioso anotar, sin embargo, que Irving Fisher también compuso su teoría de la renta (aunque sobre la base del consumo y la variación de patrimonio) a partir de considerarla un «flujo», aunque no de rentas, sino de los servicios que los bienes de propiedad del contribuyente le proporcionan en un determinado periodo (Jarach, 1996) —variante del flujo de satisfacciones—, por lo que es posible siempre atisbar otra influencia en la renta flujo, como aplicación pragmática de la teoría de Schanz-Haig-Simons.

2.3. La renta como consumo más incremento patrimonial

La teoría del consumo más incremento o variación patrimonial, formulada por primera vez por Davidson en 1889, definida por Schanz en 1896 (como lo ha anotado García Añoveros, citado por Zuzunaga & Zegarra, 2004, p. 5)³⁵, y concretada en la técnica fiscal por Haig y Simons, considera renta a la variación positiva del patrimonio de un sujeto entre dos puntos de tiempo —un ejercicio— más los consumos realizados por el mismo en tal periodo³⁶.

35. Zuzunaga y Zegarra (2004) también señalan que han defendido esta teoría —con distintos matices y reservas—, entre otros, Gartner, Ricci, Griziotti, Giannini, Einaudi, Vanoni, Musgrave, Pugliese, Romani, Hewet, David, Friedlander y Due.

36. Resulta relevante anotar que fue en el informe Carter donde por vez primera se analizó la aplicabilidad de esta teoría de renta en un sistema fiscal concreto. Como mencionan Zuzunaga y Zegarra (2004, p. 5), el informe Carter fue rendido por la Comisión Real de Imposición que presidió Kenneth LeM en 1966 para dotar al Canadá de un nuevo y revolucionario sistema fiscal.

Como ha enseñado García Mullín (1978), «esta doctrina supone un concepto de renta que tiene su centro en el individuo y busca captar la totalidad de su enriquecimiento (capacidad contributiva) a lo largo de un periodo» (p. 18), gravando por ello el conjunto de satisfacciones de las que se disponen en dicho tiempo. Esas satisfacciones,

... en definitiva, tienen dos formas de manifestarse: o se transforman en consumo o terminan incrementando el patrimonio al fin del periodo. Por eso, la suma algebraica³⁷ de lo consumido más los cambios en el valor del patrimonio constituyen la renta del periodo (García Mullín, 1978, p. 19).

Dada su amplitud de enfoque, pues además de los consumos comprenden de todo tipo de incremento patrimonial en un periodo de tiempo, en su seno alberga tanto las rentas producto de una fuente periódica, como los flujos de riqueza, pero también las ganancias no realizadas y los incrementos no justificados, entre otros³⁸.

3. El concepto «legal» de renta en la legislación peruana

3.1. Las teorías de la renta frente al concepto legal de renta

La teoría de la renta producto puede reputarse como la «teoría madre» en cuanto a la estructura técnica del concepto de renta en la mayoría de legislaciones, esta suele ser complementada —especialmente en la imposición a personas físicas— con conceptos traídos de la teoría del consumo más incremento patrimonial (como en el caso del gravamen sobre incrementos patrimoniales). La renta como flujo de riqueza, en cambio, no es tan difundida a nivel dogmático, pero es la más relevante y amplia al gravar las rentas empresariales, se le considera como una superación de las anteriores.

37. Por ejemplo, si al comienzo del periodo una persona tenía 100 unidades, consumió 60 y al final de periodo quedó con 120, su renta ha sido de 80, pues le permitió consumir 60 e incrementar el patrimonio en 20.

38. No consideramos necesario llevar a cabo un análisis más profundo de las teorías de la renta; no obstante, si se desea profundizar nos remitimos a los desarrollos expuestos por autores como García Belsunce, Reig, Giuliani Fonrouge, García Mullín y Villegas.

Ahora bien, más allá de las cuestiones teóricas, en lo pragmático el legislador tiene libertad para configurar el aspecto material del hecho imponible y diseñar —por acción u omisión, por acierto o por error— el concepto de renta que más convenga a sus intereses fiscales, a su política tributaria estatal, a su esquema jurídico o su sistema económico.

En efecto, un ordenamiento tributario puede, por ejemplo, adoptar una sola de las teorías mencionadas y plasmarla en su legislación con estricto calco técnico, pero también implantar una teoría que restrinja sus alcances o los amplifique a medida; inclusive, como usualmente sucede, podrían adoptarse varias teorías y combinarlas en función de los fines de técnica y política fiscal que plantea el legisferante.

Visto así el panorama, que algunas teorías económicas o fiscales atribuyan distintas naturalezas y contenidos a la idea de renta no influirá decisivamente en la determinación del impuesto, si es que el concepto no ha sido adoptado por el ordenamiento jurídico, esto es, transcrito positivamente en la norma. Dicho de otro modo, la relevancia del concepto de renta radica en su instrumentalización por parte de la normativa fiscal y no en su mera construcción teórica o técnica, aunque sin duda tiene un carácter orientador y una función ilustrativa.

Se trata, pues, de la más pura demostración de poder de imperio del Estado constitucional tributario instrumentalizado a través de la reserva de ley³⁹, como límite constitucional que trasciende en la imposición sobre la renta, más allá de la técnica fiscal (Ramos Angeles, 2010a)⁴⁰.

39. Esta reserva normativa significa, inclusive históricamente, una validación del tributo mismo en la voluntad de quienes serán finalmente obligados a coadyuvar al sostenimiento del gasto público del Estado, pues es la ley el mecanismo normativo que jurídica —y políticamente— manifiesta el consentimiento de la nación representada en el órgano parlamentario, como garantía democrática de la autoimposición. A esto se ha nominado, en nuestra rama, el principio de reserva de ley tributaria, y constituye —como se ha colegido— una limitación de la potestad tributaria del Estado que contiene *una regla general relativa a las competencias y a la legitimación para intervenir en los procedimientos de producción normativa*. De cualquier forma, el principio de reserva de ley debe entenderse en una doble vertiente: horizontal y vertical. La primera está relacionada con establecer qué elementos del tributo deberán ser introducidos, de manera predeterminada, en el ordenamiento mediante un vehículo

Esta exigencia de la reserva de ley tributaria implica que cualquier hecho económico no tipificado en el aspecto material de la hipótesis de incidencia de la norma tributaria (que tiene rango de ley) no constituye renta gravada, no obstante sea identificado (en lo dogmático) como renta por alguna una concepción o teoría. Tal hecho económico no estará —simple y llanamente— dentro de su campo de imposición y, en consecuencia, no podrá calificarse como renta a efectos del impuesto; por lo tanto, no podrá ser gravada con este, aun cuando sea manifiesta la capacidad contributiva. Así, cuando económicamente pueda decirse que se trata de «renta», es finalmente la ley (concepto legal de renta) la que determinará si en definitiva constituye tal.

legal. El segundo, implica la exigencia del contenido material que deberá contener la ley como mínimo para considerar debidamente establecido el tributo o sus elementos, y por ende, satisfecha la reserva de ley. Nuestro Tribunal Constitucional ha indicado, en la Sentencia N° 02302-2003-AA/TC, publicada el 29 de junio del 2005, que el principio de reserva de ley *significa que el ámbito de creación, modificación, derogación o exoneración de tributos se encuentra reservada para ser actuada mediante una ley*. No obstante, en la Sentencia N° 00042-2004-AI/TC, publicada el 11 de agosto del 2005, ha advertido que dicha reserva en nuestro ordenamiento es relativa, por cuanto *puede admitir, excepcionalmente, derivaciones al reglamento, siempre y cuando, los parámetros estén claramente establecidos en la propia Ley o norma con rango de Ley*, lo que implica que la norma reglamentaria no pueda exceder ni suplir el grado de concreción de los elementos esenciales del tributo. La misma sentencia diferencia luego el principio de legalidad del de reserva de ley, indicando que *mientras el principio de legalidad implica la subordinación de los poderes públicos al mandato de la ley, el de reserva de ley, es un mandato constitucional sobre aquellas materias que deben ser reguladas por esta fuente normativa. Así, la potestad tributaria está sujeta en principio a la Constitución y luego a la ley, y, además, sólo puede ejercerse a través de normas con rango de ley, la cual tiene como fundamento la fórmula histórica “no taxation without representation”, es decir que los tributos sean establecidos por los representantes políticos de quienes deben contribuir*. Trabajos representativos al respecto corresponden a Uckmar (2002), Luqui (1993), Fernández Cartagena (2005) y Gamba Valega (2003).

40. En ese contexto, consideramos como Estado Constitucional Tributario a aquel Estado cuyo modelo económico constitucional no solo se financia primordialmente de los recursos tributarios, sino que además adopta —en forma explícita o implícita— los principales principios fiscales que ilustran la imposición (igualdad, equidad, neutralidad, capacidad contributiva, no confiscatoriedad, etc.), conteniendo de forma estructural y necesaria, determinadas garantías de seguridad jurídica, de respeto a la supremacía constitucional y a los derechos fundamentales, las que se materializan en una norma que limite el poder tributario del Estado mediante el mecanismo de la reserva de ley. En Ramos Angeles (2010b) también se tuvo la oportunidad de esbozar esta definición.

En ese orden de ideas, con irrelevancia de cómo se haya concebido económica o fiscalmente lo que debe entenderse por «renta», en términos tributarios primará el concepto legal que de renta se hubiese tipificado (García Vizcaíno, 1996, p. 7).

En consecuencia, solo es útil el concepto teórico de renta cuando un ingreso concreto, ya incluido en el supuesto de hecho de la norma fiscal (esto es, ya tipificado como renta según el texto legal), deba caracterizarse, explicarse o interpretarse según la teoría a la que se adhirió la ley a la hora de diseñar su objeto de gravamen. Y esto, solo con la finalidad de interpretar el espíritu que tuvo la ley cuando decidió optar por una y no por otra concepción de renta en la técnica de imposición respectiva, esto es, únicamente con una función orientadora.

3.2. Las teorías de la renta y el concepto legal de renta recogido en la LIR aplicable a personas naturales

El artículo 1 de la LIR expone las rentas que se encuentran bajo el ámbito de aplicación del impuesto. La norma señala en un inicio que grava las rentas provenientes del capital, del trabajo y de la aplicación conjunta de ambos factores, entendiéndose como tales aquellas originadas de una fuente durable y susceptible de generar ingresos periódicos; se hace clara referencia a la teoría de la renta producto, de manera que, en general, los contribuyentes del impuesto están afectos por las rentas-fuente que obtengan. De hecho, una revisión de los artículos 23, 24, 28, 33 y 34 de la LIR nos muestra una mayoritaria presencia de rentas producto en el diseño de los hechos imposables⁴¹.

Al respecto, el Tribunal Fiscal ha señalado en la Resolución 17694-4-2012 y 00601-5-2003, definiendo la teoría de la renta producto recogida en nuestra legislación, que esta «renta es la utilidad o ganancia susceptible de obtenerse periódicamente de una fuente más o menos durable en estado

41. Dentro de las rentas producto, independientemente de lo regulado en otras disposiciones, el legislador ha considerado incluir las regalías, los resultados de la enajenación de algunos inmuebles bajo sistemas de urbanización, lotización o cuando fueron adquiridos o edificados para su enajenación, así como los resultados de la venta habitual de bienes; en cuyos casos se les considera renta empresarial.

de explotación, de tal manera que los ingresos eventuales no quedan comprendidos dentro del campo del impuesto (...).

Posteriormente, el artículo analizado enumera «las ganancias de capital» y «otros ingresos que provengan de terceros» (tema desarrollado en el artículo 3 de la ley), lo cual hace clara referencia a la teoría del flujo de riqueza. Sin embargo, en este punto la legislación difiere de la teoría fiscal, pues dicho concepto no es de aplicación a todo tipo de contribuyente y renta, como sustentaba esta doctrina originalmente con base en el principio de universalidad fiscal, sino solo a empresas.

De hecho, los ingresos provenientes de terceros que constituyen «renta», conforme al artículo 3 de la ley, son las indemnizaciones⁴² y, en general, cualquier ganancia o ingreso derivado de operaciones con terceros, así como el resultado que obtienen las empresas por exposición a la inflación, conforme a la legislación vigente.

Con relación a lo anterior, el Tribunal Fiscal ha señalado en la Resolución 1760-5-2003, que:

... será renta de las empresas toda aquella ganancia que provenga de operaciones con terceros, sin que importe la naturaleza del acto que origina el enriquecimiento, ni el título bajo el cual se realiza, pues lo importante es que sean obtenidos en el devenir de la actividad de las empresas en sus relaciones con terceros.

Un razonamiento similar se aprecia en la Resolución 616-4-99 y 3205-4-2005 del Tribunal Fiscal. En particular, la Resolución 616-4-99, publicada con carácter de jurisprudencia de observancia obligatoria, ha interpretado que por ingresos provenientes de operaciones con terceros (a los que se refiere el último párrafo del artículo 3 de la LIR) «deben entenderse aquellos

42. Son rentas de las empresas: a) Las indemnizaciones en favor de empresas por seguros de su personal y aquellas que no impliquen la reparación de un daño, así como las sumas a que se refiere el inciso g) del artículo 24; y b) Las indemnizaciones destinadas a reponer, total o parcialmente, un bien del activo de la empresa, en la parte en que excedan del costo computable de ese bien, salvo que se cumplan las condiciones para alcanzar la inafectación total de esos importes que disponga el Reglamento.

obtenidos en el devenir de la actividad de la empresa en sus relaciones con otros particulares, en las que los intervinientes participan en igualdad de condiciones y, por lo tanto, consienten en el nacimiento de obligaciones».

En efecto, la jurisprudencia comentada recoge la definición dada en el artículo 1 del Reglamento de la LIR⁴³, según el cual las ganancias e ingresos derivados de operaciones con terceros son los obtenidos «en el devenir de la actividad de la empresa en sus relaciones con otros particulares (...)», de manera que «(...) constituye ganancia o ingreso para una empresa la proveniente de actividades accidentales, los ingresos eventuales y la proveniente de transferencias a título gratuito que realice un particular a su favor».

Así las cosas, los ingresos provenientes de terceros que obtengan las personas naturales sin negocio (excepto las ganancias de capital por enajenación de valores mobiliarios e inmuebles) solo podrán gravarse cuando cumplan con el concepto de renta producto (intereses, regalías, dividendos, rentas del trabajo, rentas de servicios independientes, etc.) o cuando estén consideradas como rentas imputadas (fictas o presuntas), como es el caso de las rentas por intereses presuntos, la renta ficta por arrendamientos o cesiones gratuita de bienes o la renta por dividendos presuntos.

Precisamente, las rentas imputadas son el último tipo de renta que contiene el ámbito conceptual de la LIR, incluyendo a las de goce o disfrute, siempre que hayan sido establecidas por la ley en forma expresa. Además de las rentas imputadas ya mencionadas, también es conocida la renta presunta por incremento patrimonial no justificado tipificada en el artículo 52 de la LIR.

Debe agregarse que nuestra legislación solo ha recogido la teoría del consumo más variación patrimonial en el caso del incremento patrimonial no justificado o desbalance patrimonial; sin embargo, dado que no lo hace como un gravamen sobre renta real sino sobre rentas presuntas, se considera dentro de la categoría de rentas imputadas y no en forma separada o autónoma.

43. Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo 122-94-EF.

4. El concepto legal de renta recogido en la LIR aplicable a personas naturales y las rentas por obligaciones de no hacer

Puede observarse que el concepto legal de renta para personas naturales solo se circunscribe a las rentas producto (definidas en forma detallada por la ley, a partir el criterio de la teoría de la fuente), a las ganancias de capital (como único flujo de riqueza gravado para estas) y a las rentas imputadas. Cualquier otro tipo de ingreso, aunque represente un enriquecimiento económico para el sujeto, no supondrá la obtención de una renta; esto no quiere decir que se trate de un concepto inafecto o exonerado, simplemente lo que no se contendrá en los linderos de la ley, no será renta.

4.1. Determinación del concepto de renta aplicable a un ingreso de persona natural

Sin duda, los dos conceptos de renta más importantes en la LIR para personas naturales son los de renta producto y flujo de riqueza restringido a las ganancias de capital. Por ello, determinar cuándo un ingreso califica en una u otra concepción de renta debe seguir los patrones orientadores que ofrece la legislación, pero también la jurisprudencia.

En esa perspectiva, el Tribunal Fiscal ha afirmado en las resoluciones 17694-4-2012, 5233-4-2003 y 3832-1-2005, entre otras, que:

... de las normas del Impuesto a la Renta se infiere que nuestra legislación recoge las teorías de renta producto y de flujo de riqueza, siendo que acoge el criterio de renta producto en forma general, esto es, sin requerir establecer expresamente cada uno de los ingresos que constituyen renta bajo el criterio indicado [sin perjuicio de que deban cumplir la definición del inciso a) del artículo de la LIR], y excepcionalmente grava también los ingresos considerados como renta bajo el criterio de flujo de riqueza, siendo que en tal caso deben estar expresamente indicados en la norma, tal como los previstos en el artículo 3 de la citada ley, lo que evidencia que no podría considerarse como gravado bajo este criterio un ingreso distinto a los contenidos en esta.

Lo anterior lleva a concluir que para determinar si un ingreso califica como renta producto, se deberá llevar a cabo una labor interpretativa y de tipificación para determinar si cumple los elementos previstos por la ley

para tal tipo de renta; mientras que en el caso de flujos de riqueza habrá de efectuarse una labor de verificación, observando solo si el ingreso está taxativamente contenido en los artículos 1, 2 o 3 de la LIR (lo que en algún caso puede suponer una labor interpretativa, ciertamente).

De ahí que, en el caso de personas naturales, bajo la teoría del flujo de riqueza, solo puedan considerarse como renta las ganancias de capital realizadas (tipificadas en el artículo 2 de la LIR) y no los ingresos de terceros, ingresos accidentales (como las indemnizaciones), eventuales (como los premios de lotería) o a título gratuito (como las donaciones o herencias), regulados en el artículo 3 pero únicamente para empresas.

Otro aspecto por contemplar, a fin de deslindar si un ingreso cabe dentro de la teoría de renta producto o flujo de riqueza, es identificar el núcleo objetivo que define cada teoría. Al respecto, el Tribunal Fiscal ha señalado en la Resolución 2016-3-0421, citando a García Mullín (1978), que:

... en la concepción de renta producto, el énfasis se coloca sobre el fenómeno de producción y el eje de la imposición está en la consideración objetiva de que una fuente produce; y que en el criterio del flujo de riqueza, la consideración más relevante es la del tránsito patrimonial desde los terceros al perceptor.

4.2. El caso de las sumas pagadas por obligaciones de no hacer

Ahora bien, al considerar las teorías de la renta desarrolladas y el concepto legal previsto en la LIR, se concluye que los ingresos percibidos por personas naturales en contraprestación de obligaciones de hacer se enmarcan en el concepto de renta producto.

Mientras que los ingresos por no hacer parecen no estar contenidos en el concepto de renta producto establecido por la ley, al tratarse de un acto negativo o la carencia de este y al no existir la «fuente» que origine los ingresos periódicos. También se puede sustentar —aunque con débiles fundamentos— que en un «no hacer», no se lleva a cabo acción alguna y tampoco es posible referirse a la explotación de una fuente (si la hubiera).

Sin embargo, resulta más acertado recordar que, al definir las rentas producto, el inciso a) del artículo 1 de la LIR dispone que estas surgen

«del capital, del trabajo y de la aplicación conjunta de ambos factores, entendiéndose como tales aquellas que provengan de una fuente durable y susceptible de generar ingresos periódicos». Así, debe entenderse que el capital, el trabajo o la combinación de estos factores de producción son las fuentes que la ley reconoce como productoras de rentas, en tanto sean durables y puedan generar, al menos potencialmente, ingresos periódicos.

En particular, téngase presente que, conforme al artículo 22 de la LIR, el trabajo independiente y dependiente, como fuente, originan las rentas de cuarta y quinta categoría respectivamente. En efecto, mientras el artículo 33 de la LIR define las rentas de cuarta categoría como las obtenidas por «el ejercicio individual, de cualquier profesión, arte, ciencia, oficio o actividades no incluidas expresamente en la tercera categoría», entre otros, el artículo 34 de la LIR denomina rentas de quinta categoría a las obtenidas por «el trabajo personal prestado en relación de dependencia (...) y, en general, toda retribución por servicios personales», además de otros.

Como vemos, el trabajo como fuente de las rentas producto no solo incluye los ingresos originados en la relación laboral (que legalmente son los únicos posibles de ser considerados rentas «del trabajo», en principio), también genera las rentas que obtiene un sujeto por la prestación de servicios sin que medie una relación laboral; esto es, cuando lleva a cabo una actividad de orden civil y no empresarial ni laboral.

De este modo, resulta imperativo que el término «trabajo» al que se refiere el artículo 1 de la LIR no deba entenderse referido al concepto de «trabajo» que la legislación identifica como relativo a una relación laboral de prestación de servicios personales en la que media subordinación y dependencia a cambio de una remuneración. En la LIR, el origen del trabajo no está en su vínculo laboral; es fuente de rentas o fuente productora; es un «factor de producción», al igual que el capital o la empresa (combinación del capital y el trabajo) y debe entenderse por tal a cualquier conducta, prestación o actividad humana positiva o negativa que sea remunerada a cambio de su ejecución, aun cuando no medie un vínculo laboral. En suma, no debe ser entendido en su sentido legal o jurídico, sino económico (IPDT, 2016).

Fernández Cartagena parece entenderlo así cuando afirma que la teoría de la renta producto «descansa sobre la definición de renta como el producto

periódico proveniente de una fuente durable habilitada para su explotación por la actividad humana» (2004, p. 2); y luego sostiene que la posibilidad de repetición periódica de la ganancia...

...significa que la fuente productora del rédito o la profesión o actividad de la persona cuando, en este último acaso, es la actividad humana la que genera la renta, pueden generar los mismos rendimientos, si se vuelven a habilitar racionalmente para fines generadores de rentas (Fernández Cartagena, 2004, p. 2).

Como se observa, Fernández Cartagena (2004) no hace referencia al trabajo sino a la actividad humana como fuente productora de las rentas, e implícitamente descarta la idea de restringir este concepto al vínculo laboral. Se trata de una concepción amplia de «trabajo», como «aplicación de la actividad humana y su capacidad creadora al mundo exterior» (Svarcic, 1999, p. 49) y no limitado por una relación jurídico-laboral, ni tan siquiera por el Derecho.

García Mullín coincide con esta idea, pues define el trabajo humano como la «aplicación de facultades físicas o mentales a una actividad» (1978, p. 82), pero que bien puede exteriorizarse de dos maneras: el trabajo dependiente (originado en la relación jurídico-laboral) y el trabajo independiente (originado en otro tipo de relaciones jurídicas de orden civil, mas no laboral ni empresarial).

En el primer caso, estamos ante «el trabajo realizado por cuenta ajena, es decir, cuando la persona arrienda su fuerza de trabajo a otro, normalmente un empresario, que es quien combina ese factor productivo con el capital» (García Mullín, 1978, p. 82). Reconoce el autor que estas rentas se caracterizan por originarse en una relación de dependencia y son las únicas «que pueden considerarse rentas puras del trabajo, por cuanto en su generación no interviene el capital del propio empleado» (García Mullín, 1978, p. 82).

En cambio, contrapuesta a las rentas del trabajo por cuenta ajena, García Mullín identifica a las que derivan del trabajo por cuenta propia e indica que en ellas «en primer lugar, ya no se presenta la relación de dependencia, puesto que el contrato que regula las relaciones entre el pagador y el perceptor de renta *ya no es típicamente laboral*, sino de otro tipo [v.gr. civil] (...)» (García Mullín, 1978, p. 84).

Queda en evidencia que García Mullín (1978) también le da un sentido económico al término «trabajo» y lo aleja de aquella concepción que lo limita a ser entendido como relación laboral, a diferencia de otras formas de locación de servicios donde no se da este tipo de vínculo. De este modo, encuentra en la fuente «trabajo» tanto las conductas organizadas en el contexto de la actividad laboral, como todas aquellas que, sin ser laborales ni empresariales, son realizadas por la persona humana y remuneradas por un pagador determinado.

Por ello, para una mejor conceptualización y aplicación impositiva, la fuente en referencia no debe ser el trabajo, sino la actividad humana y, con mayor detalle aún, debe reconocerse que la fuente última de la renta es la persona humana, pues es esta quien con su esfuerzo, energía, tiempo, constancia, habilidades, conocimientos, despliegue físico y mental desarrollará, en definitiva, las conductas que originarán las rentas.

Luego, en tanto que el «no hacer» es objeto de la obligación, pese a que se trata de una conducta negativa, sigue siendo una conducta dirigida por la persona humana, pues hay una abstención voluntaria de su parte, a fin de cumplir con la obligación; prueba de ello es que, sin existir tal compromiso, el individuo podría desarrollar el comportamiento que se abstiene a ejecutar. Debe entenderse que tal «no hacer» es indirectamente la fuente de las rentas, y la fuente directa o última es la persona misma y su actividad.

En ese sentido, dicho «no hacer» como conducta humana negativa está comprendida en la fuente «trabajo» al que hace alusión la LIR y, por ende, estamos —al menos inicialmente— ante una renta producto. Por ello, la suma pagada por una obligación de no hacer sería una renta producto en tanto un sujeto explota económicamente la no realización de una conducta y él mismo, como persona humana, es la fuente de tales rentas.

Sin perjuicio de lo anterior, falta aún clarificar dos aspectos: (i) ¿se está ante una fuente «durable»? y (ii) si lo fuera, ¿es una fuente susceptible de generar ingresos periódicos?

En cuanto a lo primero, afirmar que «la fuente debe ser durable no quiere decir sostener que ella sea eterna» (García Mullín, 1978, p. 14). De este modo, si la fuente inmediata es la actividad humana y la mediata, la

persona humana *per se*, ambas son de naturaleza «durable»; quiere decir que sobrevivirán a la producción de la renta, manteniendo su capacidad para repetir ello en el futuro. Dicho de otro modo, luego de producida la renta, la fuente puede ser explotada para producir nuevamente la misma renta, aunque nunca se haga.

Con relación a lo segundo, el requisito de la periodicidad de la renta es consecuencia del carácter durable de la fuente, pero al ser esta de «durabilidad» relativa, como hemos visto, también lo es la periodicidad. Como lo afirma García Mullín, «es importante destacar que no es necesario que la periodicidad se concrete en los hechos (es decir, que realmente se repita la renta), sino que basta con que sea posible» (1978, p. 15).

Así las cosas, bastará con que la fuente analizada permita la potencialidad o posibilidad de generar una renta en forma periódica, lo que se presenta «cuando la fuente tiene la capacidad de volver a repetir el producto, si es nuevamente habilitada a tal efecto» (García Mullín, 1978, p. 15), o dicho de otro modo, cuando la fuente cumple una función productiva regular.

En el caso de las obligaciones de no hacer, al ser la fuente inmediata la actividad humana (trabajo) y la mediata o última la propia persona humana, estamos ante un factor que, de ser habilitado nuevamente a fin de producir rentas, podrá repetir al menos potencialmente la renta obtenida anteriormente. No se trata de que efectivamente se vuelva a repetir la producción de la renta, sino de reconocer que materialmente es posible, si se quisiese, repetirla mediante una nueva obligación negativa o su prolongación, ampliación o la renovación de su plazo de operatividad.

Por lo expuesto, cuando una persona natural obtiene una renta por celebrar una obligación de no hacer, se está ante una renta producto porque un sujeto explota económicamente una fuente durable que es el ser humano y su actividad, incluso negativa. Así, la renta se origina en la no realización voluntaria y sacrificada de una conducta que el sujeto podría haber realizado y obtenido un ingreso económico, si no hubiese contratado la abstención de esa conducta. Existe, además, una potencial periodicidad de la renta, aunque esta pueda no verificarse en la práctica.

No se trata de un flujo de riqueza porque el único supuesto gravado para personas naturales es el de ganancias de capital, y no estamos frente a la enajenación de un bien de capital ni tampoco hay un desprendimiento de la fuente.

Asimismo, es oportuno mencionar que no se está ante una renta imputada, puesto que las sumas recibidas por obligaciones de no hacer son reales y efectivas, requiriéndose incluso, su percepción para ser gravadas; no es un supuesto presuntivo, alejado de la real percepción de riqueza.

Finalmente, es evidente que tampoco se está ante un incremento patrimonial, aunque es innecesario este análisis al no ser una teoría acogida directamente por el legislador, según señalamos anteriormente.

4

Análisis y crítica a la posición de la Sunat

El presente capítulo tiene por objeto describir y analizar la posición de la administración tributaria con relación al tratamiento de las rentas que retribuyen los NCA suscritos por personas naturales domiciliadas. El fisco, en líneas generales, considera que sí califican como rentas de tercera categoría.

1. La posición de la administración tributaria sobre el IR aplicable a las sumas pagadas a personas naturales domiciliadas por acuerdos de no competencia

Es de gravitante importancia evaluar y determinar si la posición de la Sunat es correcta, conforme al ordenamiento tributario peruano, pues parece que este ente —al menos en los casos consultados a la Intendencia Nacional Jurídica y que han sido materia de pronunciamiento oficial— ha generalizado la calificación como renta empresarial a todas aquellas que retribuyen NCA, sin importar el tipo o variación del acuerdo.

Así, a la fecha la Sunat se ha pronunciado sobre el tratamiento tributario en el IR de los NCA pactados por personas naturales en los informes N° 069-2015, 093-2015, 076-2016 y 096-2016. Los pronunciamientos de Sunat fueron emitidos como respuesta a consultas institucionales efectuadas en aplicación de lo dispuesto en el artículo 93 del Código Tributario. Ello significa que los criterios del fisco vertidos en las respuestas dadas a las

consultas solo suponen su opinión respecto del sentido y alcance de las normas tributarias y son obligatorias únicamente para sus funcionarios (por ejemplo, durante una fiscalización).

Así, al no tratarse de normas jurídicas, no existe obligación de ser cumplidas en forma coactiva por los contribuyentes, sin perjuicio de que sirvan de mecanismo previsor y predictor de la posición que tomará la autoridad tributaria frente al contribuyente, especialmente ante una eventual fiscalización o revisión tributaria.

A partir de lo mencionado anteriormente, describiremos y analizaremos cada uno de los pronunciamientos que el fisco ha emitido con carácter de opinión oficial.

2. El informe N° 069-2015-SUNAT/5D0000

En el informe N° 069-2015-SUNAT/5D0000 (ver texto completo en el anexo 2), la consulta planteada fue determinar la categoría de renta y la tasa del IR aplicable a la suma pagada a una persona natural domiciliada por el NCA que suscribía, como consecuencia de la transferencia de sus acciones en otra empresa domiciliada a otra empresa domiciliada.

En este caso, el NCA consistía en no realizar, de manera directa o indirecta, a favor de algún tercero (empresa o individuo) que se dedique parcial o totalmente a la misma actividad ejecutada por la sociedad cuyas acciones eran objeto de transferencia, lo siguiente según el informe Sunat N° 076 del año 2016:

- a) Ser accionista, directa o indirectamente, de una sociedad de cualquier tipo societario que se dedique parcial o totalmente a la actividad desarrollada por la sociedad transferida.
- b) Llevar a cabo negocios con clientes de la sociedad transferida o persuadirlos de que reduzcan o finalicen su relaciones comerciales con la misma.
- c) Emplear o asistir a otra entidad para iniciar una relación laboral con colaboradores de la sociedad transferida.
- d) Prestar a algún cliente servicios iguales o similares a los prestados por la sociedad transferida.

- e) Ejercer el cargo de gerente o director en sociedades que se dediquen parcial o totalmente a la misma actividad desarrollada por la sociedad transferida.
- f) Mantener una relación laboral o llevar a cabo actividades de consultoría a favor de sociedades que se dediquen parcial o totalmente a la misma actividad desarrollada por la sociedad transferida (Sunat, 2016a).

Sobre el particular, el fisco concluyó que las obligaciones de no hacer materia del NCA consistían, en general, en no realizar la misma actividad económica empresarial de la sociedad cuyas acciones se transfieren, o actividades similares, vinculadas o competitivas con la de esta; de manera que calificó la retribución por la suscripción del NCA como una renta de tercera categoría; en consecuencia era aplicable la tasa del IR de 28% (vigente en los ejercicios 2015 y 2016).

Los fundamentos que sustentaron esta conclusión fueron, en síntesis, los siguientes:

- (i) En aplicación de la regla de calificación contenida en el inciso f) del artículo 24 de la LIR,

... las prestaciones económicas recibidas por el cumplimiento de obligaciones de no hacer son consideradas como rentas de segunda categoría; excepto si el objeto de dichas obligaciones es no ejercer actividades generadoras de rentas de la tercera, cuarta o quinta categoría, en cuyo caso, aquellos ingresos calificarán como rentas de estas categorías, según corresponda.

El fisco encuentra justificación al tratamiento dado por esta norma, en el hecho de que «el ingreso generado por el no desarrollo de actividades reemplaza el ingreso que se hubiera generado de haberse llevado a cabo tales actividades», cuestión con lo que estamos plenamente de acuerdo, como sostuvimos al desarrollar el capítulo 2 de esta investigación.

- (ii) Luego, desarrolla en qué consisten los NCA, para lo cual toma como base doctrinaria un reconocido comentario a la Constitución Política del Perú, sin citar en ningún momento, en forma directa, autores especializados destacados cuya rama de investigación jurídica sea derecho corporativo, derecho de los contratos, fusiones

y adquisiciones de empresas o derecho empresarial. A nuestro parecer, estas consultas eran ineludibles, teniendo en cuenta que ni la ley peruana ni la jurisprudencia han desarrollado esta temática.

La doctrina citada (que data de hace 20 años) indica que cuando se produce el traspaso de una empresa a un tercero, el comprador normalmente buscará que el vendedor no compita con él, pues ello reduciría el valor del negocio al estar expuesto a que el transferente se lleve la clientela; de manera que celebrarán un acuerdo de no competencia, esto es, una cláusula que lo obligue a no competir con él.

Tómese en cuenta que la doctrina utilizada —y que no pretende abarcar a detalle la problemática de los NCA, pues se trata de un texto de derecho constitucional— hace una definición general de este tipo de acuerdos y, de hecho, solo acota que el valor del negocio se ve afectado por situaciones de competencia, lo que motiva la suscripción de estos contratos, lo cual sin duda es verdad, pero que no significa en ningún caso que el término «competencia» —en el contexto de los NCA— deba entenderse como sinónimo de concurrencia empresarial, como infiere Sunat, según veremos a continuación.

De hecho, en el capítulo 1 vimos que el contenido esencial de un NCA varía según lo dispongan las partes contratantes y, si bien es cierto que buscan evitar la disminución del valor del negocio por situaciones de competencia que pueda generar el transferente posteriormente, no todas las modalidades de NCA definen estas situaciones como prohibición de llevar a cabo actividad empresarial.

(iii) Pues bien, con la base teórica «constitucional» citada, el fisco concluye que:

... en general, el compromiso de no competencia que se pacta en los acuerdos en cuestión consiste fundamentalmente en la abstención de desarrollar actividades económicas que concurren con las de la empresa materia del traspaso, lo cual supone el impedimento para el transferente de participar, en competencia, en el mismo mercado, con bienes o servicios iguales o similares a los producidos por la empresa objeto del traspaso.

Basado este criterio afirma que:

... quien transfiere la empresa asume el compromiso de no incursionar en la misma actividad económica que desarrolla la empresa que se traspasa (...) por lo que su contenido principal es el impedimento para el transferente de realizar directa o indirectamente, a través de personas naturales y/o jurídicas, la misma actividad económica de la empresa materia del traspaso, o actividades similares, vinculadas o competitivas con la de esta.

Nótese que el fisco, al definir el propósito de los NCA, esboza un razonamiento muy general, que ciertamente aplica a la mayoría de estas cláusulas, pero no a todas, lo cual significa que existen excepciones que debieron desarrollarse y se omitieron en el informe. Además, el propio fisco indica que los NCA se pactan «fundamentalmente» (pero no únicamente) para que el transferente se abstenga de llevar a cabo actividades económicas concurrentes con las de la empresa. El uso del término «fundamentalmente» supone que no es la única razón por la que se pactan los NCA, sino que existen otras que, como mencionamos, no desarrolla en la consulta.

La generalización de su razonamiento es tan voraz y omnicomprendensiva al indicar que, en virtud de un NCA, el transferente asume el compromiso de no incursionar en la misma actividad económica que desarrolla la empresa que se traspasa, cuando en realidad, como vimos en el capítulo 1, las formas de ejecutar la no competencia es variopinta y en algunos casos nada tiene que ver con la actividad empresarial en sí, sino en simplemente no usar el prestigio de la empresa transferida, las relaciones personales; en no trabajar en otra empresa; en mantener confidencialidad sobre los tratos hechos; en no asesorar a terceros sobre una materia específica; en abstenerse de ser accionista (inclusive minoritario) o en tolerar conductas del adquirente, etc.

En fin, es evidente que el espectro de posibilidades de contratación contemporánea en los NCA supera la concepción «generalista» del fisco, quien parece encontrar en la idea de «competencia» solo la concurrencia en la actividad empresarial, lo que pone en manifiesto su carencia de sustento teórico y técnico sobre este tipo de *negative covenants*, amén de la doctrina constitucional que sustenta sus argumentos.

- (iv) La consulta fue efectuada respecto de seis distintas obligaciones de no hacer que componían el NCA; sin embargo, el fisco omitió pronunciarse sobre cada uno de estos compromisos, y se limitó a sostener que:

... todos ellos están orientados, finalmente, a que la persona natural domiciliada en el Perú que transfiere sus acciones en una sociedad constituida en el país, a favor otra, no realice, directa o indirectamente, la misma actividad económica empresarial de la sociedad cuyas acciones se transfieren, o actividades similares, vinculadas o competitivas con la de esta.

Nuevamente el fisco efectúa erradamente un razonamiento de generalización, pues de una lectura de los compromisos de no hacer, cuyo tratamiento tributario es consultado a Sunat, se puede observar claramente que en al menos un caso la prestación contratada no consistía en abstenerse de llevar a cabo, directa o indirectamente, la actividad empresarial.

En efecto, en la primera obligación de no hacer consultada se dispone que el transferente no podrá ser accionista, «directa o indirectamente», de una sociedad de cualquier tipo societario que se dedique parcial o totalmente a la actividad desarrollada por la sociedad transferida. Como resulta claro, y detallaremos más adelante, la conducta que no debe llevar a cabo el suscrito es ser accionista de una empresa competidora o de una sociedad que sea a su vez propietaria de una sociedad competidora. Nada más que eso.

Como es lógico, ser accionista (y menos minoritario, cuestión que ni se plantea en la consulta aunque no es irrelevante) no supone en absoluto ser empresario, sino inversionista o, si se quiere, propietario de una parte alícuota del capital social de una sociedad mercantil. Afirmar lo contrario equivaldría a aseverar que todos los accionistas de sociedades son empresarios de estas, lo cual es un despropósito que desconoce la realidad económica de este tipo de empresas y su estructura de capital.

De igual modo, la segunda obligación de no hacer analizada consiste en que el transferente no debe llevar a cabo «negocios» con clientes de la sociedad transferida o persuadirlos de que reduzcan o

finalicen su relaciones comerciales con la misma. Como es razonable, el término negocios es muy amplio y puede referirse a actividades empresariales como también civiles o financieras, incluso vinculadas a actividades económicas ajenas al giro de negocio principal o accesorio de la sociedad transferida.

De la misma forma, que el transferente persuada a un cliente para que finalice o reduzca su relación comercial con la sociedad transferida seguramente impactará en el valor del negocio y supondrá una conducta desleal que debe evitarse mediante un NCA, pero tal comportamiento, *per se*, no consiste en una actividad empresarial, y menos en una que concurra en competencia con las que lleva a cabo la sociedad transferida. Es decir, sin duda, tal conducta afecta a la sociedad transferida pero no porque el transferente realice actividad empresarial competidora, sino porque lleva a cabo gestiones en detrimento de la empresa transferida, por las razones que sean. Por lo que no se puede concluir ello apriorísticamente.

Tampoco analiza el fisco el compromiso de no emplear a una entidad para iniciar una relación laboral con colaboradores de la sociedad transferida. La obligación consiste, esencialmente, en no contratar laboralmente con los empleados de la transferida. El accionista no contrata (mucho menos el accionista sin poder de control), lo hace la empresa como entidad con personería jurídica separada, mediante su plana gerencial. Si una sociedad competidora de la empresa transferida contrata a un empleado de esta, mediante una entidad especializada (un *headhunter*, por ejemplo), ¿cómo es posible reputarle al accionista que ha llevado actividad empresarial por una decisión y acción que no es suya, mucho menos si es un accionista minoritario?

En fin, podemos estar de acuerdo o discrepar con los razonamientos de Sunat, pero lo que no podemos dejar de apuntar es que simplemente decidió no pronunciarse sobre los compromisos de no hacer que le fueron consultados y, mediante un argumento muy general optó por considerar a todos los NCA como iguales y, a partir de ello, concluyó su tratamiento tributario como rentas de tercera categoría.

Una opinión similar es sostenida por Loayza Jordán, quien afirma que:

[E]n rigor, la conclusión del Informe se basa en una premisa equivocada: la retribución pactada no se recibirá únicamente por no realizar la misma “actividad económica empresarial”, sino también por no comprar acciones, por no trabajar para determinados empleadores, por no ejercer el cargo de director, entre otras obligaciones de no hacer, cada una de las cuales debió analizarse específicamente (2016, parr. 28).

De hecho, un razonamiento de «generalización» como este no es otra cosa que una falacia (falso argumento aparentemente válido). Se está en realidad ante una falacia conocida en lógica jurídica como «generalización apresurada» o falacia *secundum quid*, la cual consiste en inferir una conclusión general a partir de una prueba insuficiente o, si se quiere, en generalizar apresuradamente, de manera que se realiza una mala inducción que conlleva inexorablemente a una conclusión errónea.

En ese sentido, constituye una falacia de «generalización apresurada» cuando el fisco, a partir de un comentario de doctrina no especializada —y que no tiene vocación totalitaria ni universalista—, sostiene que todos los NCA buscan evitar que el transferente lleve a cabo actividad empresarial en competencia con la sociedad transferida⁴⁴, elude el análisis pormenorizado de cada uno de los seis modelos de obligaciones de no hacer que le son consultados y a partir de esa premisa inválida formula la siguiente conclusión:

... se puede afirmar que en la medida que el objeto del Acuerdo de No Competencia a que se refiere el supuesto de la presente consulta es, en buena cuenta, establecer la obligación de no ejercer, directa o indirectamente, la misma actividad económica empresarial de la sociedad

44. Además, como veremos más adelante, cualquier emprendimiento empresarial es usualmente gestionado a través de un vehículo legal con personería jurídica distinta a quien recibe el pago por el NCA. Es el vehículo y no la persona natural quien desarrolla la actividad empresarial. Si bien las personas naturales pueden realizar actividades empresariales, no en todos los negocios ese modo de actuar puede ser aplicado. No es posible una generalización de este tipo.

cuyas acciones se transfieren, o actividades similares, vinculadas o competitivas con la de esta...

Y en consecuencia califica la renta como de tercera categoría en aplicación del inciso f) del artículo 24 de la LIR.

3. El informe N° 093-2015-SUNAT/5D0000

Poco después de la consulta anterior, el fisco emitió un segundo criterio en el informe N° 093-2015-SUNAT/5D0000 (ver texto completo en el anexo 3), en el cual es consultado con mayor detalle sobre el IR aplicable a la renta obtenida por una persona natural domiciliada que suscribía un NCA con el adquirente de las acciones que transfería. Las particularidades de esta consulta, a diferencia de la anterior, eran las siguientes:

- La sociedad emisora de las acciones que eran objeto de transferencia llevaba a cabo actividad empresarial.
- El transferente era accionista mayoritario, por lo que la transferencia de todas sus acciones supone toma de control por parte del adquirente.
- El transferente recibe una compensación económica por la suscripción de un NCA consistente en «no invertir en acciones y/o participaciones representativas del capital social de personas jurídicas domiciliadas en el Perú que compitan, directa o indirectamente, con los negocios que realiza la sociedad cuyas acciones transfiere, durante un plazo determinado».
- Además, la consulta agrega que el NCA «no incluye restricción alguna para que la persona natural pueda realizar todo tipo de actividades empresariales ni comprende limitaciones para que pueda prestar servicios personales de algún tipo, sea bajo la modalidad dependiente o independiente».

Sobre dicha base, se le consulta a Sunat: (i) ¿Qué categoría tendrá la renta obtenida como contraprestación por asumir la referida obligación de no hacer? Y, ¿cuál sería la tasa del IR aplicable?

Los fundamentos que sustentaron esta conclusión fueron, en síntesis, los siguientes:

- (i) Se desarrolla brevemente el test de calificación contenido en el inciso f) del artículo 24 de la LIR, con lo que estamos de acuerdo.
- (ii) Se citan textualmente los argumentos y razonamiento vertido en el informe N° 069-2015-SUNAT/5D0000, así como la misma doctrina. De manera que, como es presumible, se continúa en el error de limitar la aplicación de un NCA a compromisos de no llevar actividad empresarial competidora.
- (iii) Con dicha base, señala que sobre el supuesto materia de consulta:

... queda claro que no es objeto de la obligación de no hacer el impedir el desarrollo de actividades comprendidas en la cuarta o quinta categorías. Sin embargo, sí lo es, y se pacta expresamente, que el sujeto de esta obligación no podrá efectuar inversiones en acciones y/o participaciones del capital, no en cualquier sociedad, sino específicamente en aquellas que, por su giro de negocio, puedan competir (directa o indirectamente) con la sociedad domiciliada cuyas acciones se transfieren.

Luego, Sunat anota sobre el NCA materia de consulta que:

... la obligación de no hacer que se exige a la persona natural a que se refiere la presente consulta busca que esta no invierta en alguna sociedad que compita con la sociedad domiciliada cuyas acciones se transfieren, y así dicha persona natural resulte finalmente compitiendo indirectamente, a través de aquella sociedad, con la otra sociedad.

Como se aprecia, el fisco considera que abstenerse a ser inversionista o accionista del capital de una sociedad en competencia es lo mismo que estar impedido a llevar a cabo actividad empresarial mediante una empresa en competencia. En nuestra opinión, como desarrollaremos con mayor alcance luego, hay una gran diferencia entre una obligación de no invertir y otra de no emprender, pues en el primer caso el eje de la prestación es no adquirir acciones o no aportar capital, mientras que en el segundo es no competir empresarialmente, lo cual puede hacerse sin necesidad de ser inversionista.

El hecho de que la obligación de no hacer consista en no invertir en acciones de una sociedad en competencia y no abarque cualquier tipo de empresa no convierte tal abstinencia en una de no llevar a cabo actividad empresarial, pues lo que se busca con tal parámetro contractual no es anular la libertad de empresa del transferente ni su libertad de contratación o configuración contractual, sino prevenir que el transferente efectúe inversiones de capital en una empresa que se encuentra en competencia.

Ciertamente, en algún caso la experiencia, los conocimientos, las relaciones personales, las relaciones comerciales y el prestigio del transferente vuelto accionista competidor pueden significar un motor que potencie el desempeño de la empresa competidora y afecte con ello el valor del negocio transferido, pero ello solo podrá influir la interpretación de la cláusula cuando en el NCA se regule explícitamente tal circunstancia o un limitante, lo que no se produce en el caso que es materia de consulta.

En efecto, dado que el NCA no limita un nivel mínimo de control accionarial o de participación en el capital, votos o resultados de la sociedad competidora, para que aplique la abstinencia o sea vinculante el no hacer debe entenderse que la obligación de no ser accionista o participacionista opera a cualquier grado o nivel de inversión, en tanto sea una sociedad competidora. Así, es vinculante la obligación de no hacer tanto para que el transferente se abstenga de comprar una sola acción de una sociedad competidora, como para adquirir un paquete mayoritario.

Sin embargo, en el primer caso no es posible hablar de actividad empresarial sin lugar a dudas, pues ser accionista no le permite influir en ningún grado —al menos jurídicamente— en la dirección o manejo de la sociedad competidora; ¿cómo puede llevarse a cabo actividad empresarial sin siquiera tener representación, control o poder de influencia en la Junta General de Accionistas y, mucho menos, en el Directorio?

La consulta precisa que ninguna obligación del contrato le impide al transferente llevar a cabo actividades empresariales o prestar servicios personales como dependiente o independiente. De ello, se colige que el transferente, mientras no sea accionista de una

sociedad competidora, puede prestar servicios personales a esta. Asimismo, sin ser accionista de una sociedad competidora, es posible que la gestione, financie o maneje de tal forma que lleve a cabo actividades empresariales que compitan con las que desarrolla la sociedad transferida.

Si el objeto del acuerdo hubiese sido, simplemente, que el transferente no lleve a cabo actividad empresarial, hubiese bastado que las partes contratantes lo hayan tipificado expresamente así, lo que no hicieron en el caso materia de consulta. En cambio, las partes únicamente acordaron que el transferente se abstenga de ser inversionista en acciones de una sociedad competidora, permitiendo expresamente que lleve actividades empresariales o de prestación de servicios, en tanto no califique como accionista competidor.

Ello lleva a considerar que, en el caso concreto consultado, las partes contratantes reconocieron que la real «competencia» por evitar era que el anterior propietario iniciara o continuara invirtiendo en otro negocio que ejecutase similar o igual actividad económica, por lo que decidieron limitar dicha posibilidad a fin de proteger el valor del negocio transferido. Por el contrario, las partes contratantes no reconocieron el mismo riesgo (o al menos no lo valoraron tanto, tan es así que no lo contiene el NCA) en el caso de que dicho transferente (el expropietario) prestara servicios personales independientes (consultor) o dependientes (trabajador) a la misma empresa competidora, sin ser accionista de ella.

Así, el transferente podría haber sido contratado como CEO (*chief executive officer*) de la sociedad competidora sin que ello signifique el incumplimiento del NCA, en tanto no sea accionista de esta. Dicha conducta, que sí es a todas luces competidora a nivel empresarial, no ha sido objeto del acuerdo de no hacer, lo que demuestra que las partes contratantes —y en particular el adquirente— no encuentra un real riesgo ni contingencia frente al conocimiento, la experiencia o el prestigio del transferente, sino frente a su capacidad económica y de financiamiento, motivo por el cual contratan de esta forma. Inclusive, en caso de reconocer el riesgo, es posible que no lo valoren de la misma forma que el transferente en la sociedad competidora.

También puede tratarse de un error contractual; en fin, son demasiadas las posibilidades pero sobre la base del principio de tipicidad contractual solo cabe analizar las prestaciones efectivamente pactadas por las partes, complementándolas con las que se permiten o excluyen de tal contexto.

En consecuencia, consideramos que el NCA consultado en este informe no podía tener como objeto de la abstención el no realizar actividad empresarial mediante una sociedad competidora, sino el no invertir como accionista (directa o indirectamente) en una sociedad competidora. Además, de la consulta planteada se deriva que se excluye de los alcances de la obligación de no hacer la prohibición de realizar actividad empresarial (permitiéndolo, entonces, en tanto no sea como accionista); incluye solo la de no ser inversionista en el capital social de la competidora, lo cual no solo se desprende el propio acuerdo, sino de lo que no regula el mismo.

- (iv) Por supuesto, ninguna de las premisas ni inferencias aquí expuestas fueron tratadas por la autoridad tributaria al resolver la consulta, amén de un criterio sesgado que pareciera estar desde un comienzo, ya direccionado a gravar cualquier renta que retribuya una NCA como de tercera categoría, con el mayor efecto recaudatorio que ello significa.

Pero luego de señalar que la renta que retribuye el NCA constituye una de tipo empresarial, agrega que es «(...) irrelevante el hecho que su percepción se produzca por única vez, más aún cuando su monto compensa el no ejercicio de las actividades materia de la obligación de no hacer durante un plazo determinado».

Esto último fue planteado por el consultante cuando indicó que se «suscribe un Convenio de Obligación de No Hacer por el que recibirá una compensación económica por una sola vez». Se infiere que ello fue planteado con motivo de dar pie a que se evaluara la periodicidad de la renta, en el sentido de cuestionar que se tratase de una renta producto y de esa manera excluirla del ámbito de aplicación del IR. No obstante ello, el asunto no fue analizado por Sunat, basada en su aparente «irrelevancia», más aún si la renta compensa un no hacer durante un periodo de tiempo.

Sin perjuicio de criticar la falta de análisis respecto de si cumple o no el concepto de renta la suma pagada por el NCA, en esta oportunidad sí hubo acierto del fisco en la conclusión. En efecto, aunque no es un tema irrelevante, el hecho de que se pague una sola vez la contraprestación por el no hacer no enerva la circunstancia de que tal pago retribuye una prestación de tracto sucesivo, por cuanto el no hacer se debe ejecutar por un plazo de tiempo determinado y no en forma sinalagmática o instantánea.

Además, como se ha visto en el capítulo 3, el hecho de que la renta se produzca en una sola oportunidad no significa que la fuente no sea durable ni que no exista una potencial periodicidad en la producción de la renta, pues se trata de que la fuente esté en la posibilidad de obtener nuevas rentas en caso sea habilitada racionalmente de nuevo, esto es, en caso vuelva a ser explotada. Así, queda claro que si el transferente decide ampliar el plazo, renovarlo o contratar un nuevo NCA con su contraparte, este se encontrará en la capacidad de exigir un nuevo pago, de manera que existe una potencial periodicidad de la renta.

No se tratará más este punto, pues en el siguiente capítulo se analizará si las rentas que remuneran este tipo de NCA (de no ser accionista o no invertir en acciones) califican o no como renta, bajo el concepto legal previsto por la LIR.

- (v) Dada esta situación, con un razonamiento y argumentación calcada del informe N° 069-2015-SUNAT, en el informe N° 093-2015-SUNAT la Sunat concluye, sin mayor innovación y en forma automática —en aplicación del inciso f) del artículo 24 de la LIR— que la compensación económica percibida en pago de la obligación de no hacer revisada califica como una renta de tercera categoría.

Es evidente que se está ante un asunto casuístico, pero también es evidente la falta de lógica en el enfoque del fisco, pues vuelve a cometer una falacia de generalización apresurada que patenta la invalidez de su conclusión.

Lo más grave es que, a pesar de ser consultado por un supuesto específico de NCA, no se plantea un mayor ejercicio analítico y se opta por no distinguir entre un accionista inversor y un empresario,

aun cuando el consultante le da las herramientas para hacer una discriminación. Decide tratar nuevamente a todos los NCA como iguales en propósito y finalidad, a pesar de que, como se ha visto, esto no es así en la práctica.

4. El informe N° 096-2016-SUNAT/5D0000

En junio de 2016, el fisco emitió un tercer criterio en el informe N° 096-2016-SUNAT/5D0000 (ver texto completo en el anexo 4), en el cual es consultado nuevamente sobre el IR aplicable a la renta obtenida por una persona natural domiciliada que suscribía un NCA con el adquirente de las acciones que transfería. Las particularidades de esta consulta eran las siguientes:

- El SPA en que se enmarcaba el NCA suscrito transfería un paquete mayoritario de acciones de una empresa peruana, lo que significa que no era una mera venta de acciones, sino una que incluía la toma de control societario.
- Se pactó un precio total por la transacción del paquete accionario, incluyendo el valor de la suscripción del NCA; esto es, no se había pactado expresamente un precio por el NCA ni se había discriminado este del valor de la contraprestación por las acciones adquiridas.
- Se plantea que el contenido exacto del NCA consiste en que el transferente «no podrá adquirir, directamente o a través de una persona jurídica, acciones o participaciones sociales en empresas ubicadas en el país que sean competencia de la persona jurídica cuyas acciones fueron transferidas». Es decir, los consultantes específicamente hacen referencia a un NCA en el que la obligación de no hacer es concretamente la de no ser accionista de una empresa local competidora.
- Transferente y adquirente son partes independientes (no vinculados).

Sobre dicha base, se le consulta a Sunat: (i) ¿cuál sería la tasa del Impuesto a la Renta que le es aplicable? Y (ii) teniendo en cuenta que se ha

acordado un precio total por la transacción, el cual incluye dicha retribución, ¿cómo se determinaría el importe de esta?

El fisco concluyó que la retribución pagada por la obligación de no hacer materia del NCA antes expuesto constituía una renta de tercera categoría, por lo que la tasa del IR aplicable es del 28% (alícuota vigente al ejercicio 2015). Además, determinó que en tanto no se ha discriminado la retribución por la suscripción del NCA del pago por la transferencia del paquete accionario,

... el importe de la retribución por dicha obligación de no hacer, acordado por las partes, será la diferencia entre el precio total de la transacción y el valor de mercado de la transferencia de las acciones. Dicho importe se considerará para el cálculo del Impuesto a la Renta.

Los fundamentos que sustentaron esta conclusión fueron, en síntesis, los siguientes:

- (i) Se citan textualmente los argumentos y razonamiento vertidos en el informe N° 093-2015-SUNAT/5D0000 (que a su vez fueron reproducidos del informe N° 069-2015-SUNAT/5D0000), de este modo el fisco se reafirmó en su postura de que la renta que retribuye los NCA consistentes en no adquirir —directa o indirectamente— la calidad de accionista de una sociedad competidora es renta de tercera categoría.
- (ii) Se señala que si bien el supuesto planteado en el informe N° 093-2015-SUNAT (tomado como referencia) sí se estableció en forma independiente el valor correspondiente a la compensación económica por la suscripción del NCA, mientras que en la presente consulta no se discrimina ese precio del correspondiente a la transferencia del paquete accionario mayoritario, se trata del importe mas no de la naturaleza de la operación, por lo que no justifica adoptar un criterio distinto al expuesto.

Respecto de ello, concordamos con el fisco en que la forma en que se pacte el pago o las retribuciones en el SPA no influye en la calificación jurídica de la naturaleza de dicho acuerdo; sin embargo, no enerva el hecho de que tal calificación (como renta de tercera) continúa basándose en un error de razonamiento que se calca sin

intención de enmendarlo. En todo lo demás, siendo la consulta esencialmente igual (salvo en cuanto al pago), el fisco concuerda con el informe N° 093-2015-SUNAT.

- (iii) Ahora bien, a nuestro entender, el hecho de que se haya pactado un único precio para la transferencia del paquete accionario, sin discriminar el valor o contraprestación del NCA y otros acuerdos que pueda contener el SPA, ha sido interpretado por el fisco en una forma errónea.

En efecto, dado que la renta que se percibe por la enajenación de valores mobiliarios representativos del capital social de una sociedad constituida en el Perú constituye una ganancia de capital gravada como renta de segunda categoría, con una tasa efectiva de 5%, mientras que la renta que se percibe a cambio de una obligación de no hacer puede calificar como de segunda, tercera, cuarta o quinta, y que en este caso, para Sunat, califica como de tercera categoría y, por tanto, debe tributar sobre el tipo empresarial de 28% (tasa vigente en los ejercicios 2015 y 2016), resulta relevante determinar cómo deben tributarse tales rentas, puesto que el valor de cada prestación no ha sido discriminado.

La posición de Sunat en el informe N° 093-2015-SUNAT es que debe diferenciarse el valor de cada retribución, a fin de darle a cada una el tratamiento tributario que le corresponde.

Así, el fisco sostuvo que:

... dado que en el supuesto materia de consulta las rentas obtenidas en cumplimiento del Acuerdo de No Competencia califican como rentas de tercera categoría mientras que las rentas obtenidas por la transferencia de acciones califican como rentas de segunda categoría, resulta necesario que el valor correspondiente a cada una de ambas prestaciones se discrimine a efecto de otorgarles el tratamiento tributario que corresponde a cada una de ellas en forma individualizada.

Para efectuar tal diferenciación, en tanto que la consulta versa sobre partes no vinculadas, la Sunat considera que son de aplicación las reglas de valor de mercado previstas en el artículo 32 de la LIR. Esta norma señala que en los casos de ventas, aportes de bienes y demás transferencias de propiedad, de prestación de servicios y cualquier

otro tipo de transacción a cualquier título, el valor asignado a los bienes, servicios y demás prestaciones, para efectos del impuesto, será el de mercado. Si el valor asignado difiere al del mercado, sea por sobrevaluación o subvaluación, la Sunat procederá a ajustarlo tanto para el adquirente como para el transferente.

El fisco recuerda que el inciso 2) del artículo 32 de la LIR dispone que en caso de valores mobiliarios el valor de mercado será el que resulte mayor de comparar el valor de transacción y (i) el valor de cotización (si cotizan en bolsa) o (ii) el valor de participación patrimonial (si no cotizan en bolsa); luego indica que ni la LIR ni su reglamento han previsto reglas de valoración para transacciones que involucren obligaciones de no hacer.

En la medida que sí existen reglas que determinan el valor de mercado en el caso de valores, estas deberán aplicarse para establecer el valor de la contraprestación por la transferencia de las acciones. Así, se tiene que:

... toda vez que se ha pactado contractualmente un precio total por todas las prestaciones objeto del contrato (transferencia de acciones y obligación de no hacer), una vez determinado el valor de mercado de la transferencia de las acciones se podría afirmar que el valor asignado implícitamente por las partes contratantes como contraprestación por la obligación de no hacer sería la diferencia entre dicho precio total y el valor de mercado de la transferencia de las acciones.

La conclusión parece, en principio, razonable; sin embargo, no toma en cuenta (1) su inviabilidad práctica, (2) el hecho de que sí existe forma de valorar individualmente el NCA y, sobre todo, (3) no toma en cuenta que el contenido de los contratos es diseñado por las partes en atención a su libertad de configuración contractual, debiendo aplicarse el tratamiento tributario sobre las prestaciones que pacten los contratantes y no de forma distinta. Estos argumentos serán tratados en forma detallada más adelante en las Conclusiones generales de la investigación.

5. El informe N° 076-2016-SUNAT/5D0000

En mayo del 2016, el fisco emitió un nuevo criterio⁴⁵ respecto del tratamiento de los NCA, pero ahora en cuanto al Impuesto General a las Ventas (IGV). Se trata del informe N° 076-2016-SUNAT/5D0000 (ver texto completo en el anexo 5), en el cual el fisco es consultado sobre si forma parte de la base imponible del IGV la retribución percibida por una persona natural domiciliada por la suscripción de un NCA, como parte de la transferencia de sus acciones en una sociedad local, a favor de una persona jurídica no domiciliada.

Las particularidades de esta consulta eran las siguientes:

- La retribución por el NCA se percibía una sola vez a cambio de obligarse durante un periodo establecido a determinadas conductas de no hacer.
- Se plantea que el contenido exacto del NCA consiste en que el transferente:
 - No controle ni sea titular de acciones o cualquier participación, ni se relacione como socio, accionista o equivalente en forma directa e indirecta, con cualquier persona domiciliada en el Perú que participe en cualquier actividad económica objeto de la transferencia.
 - No invierta, directa o indirectamente, en cualquier persona cuyo negocio sea la comercialización y venta minorista al público de productos de consumo o servicios, cuando dicha persona realiza a su vez, directa o indirectamente, cualquiera de las actividades económicas de la sociedad cuyas acciones se transfieren.

El fisco concluyó, como era de esperarse, que la retribución percibida por la suscripción del NCA referido en la consulta constituye base imponible del IGV de la prestación de servicios que se configura con motivo de dicho acuerdo.

45. En realidad, cronológicamente fue el tercero y no el cuarto, pero es el primero que no trata sobre el Impuesto a la Renta, por lo que ponemos al final.

No se ahondará demasiado en este informe, salvo en cuanto sea necesario para nuestro objeto de estudio, dado que trata sobre la afectación al IGV y no el IR de las rentas que retribuyen el NCA. Los principales fundamentos que sustentaron esta conclusión fueron, en síntesis, los siguientes:

- (i) Recordemos que, conforme al inciso b) del artículo 1 de la Ley del IGV (en adelante, LIGV)⁴⁶, este impuesto grava, entre otros, la prestación de servicios. Al respecto, el numeral 1 del inciso c) del artículo 3 de la ley dispone que, para efectos del IGV, se entiende por servicio:

... toda prestación que una persona realiza para otra y por la cual percibe una retribución o ingreso que se considere renta de tercera categoría para los efectos del Impuesto a la Renta, aun cuando no esté afecto a dicho impuesto (cursivas de los autores).

Debiéndose entender que el servicio es prestado en el país cuando el sujeto que lo ofrece se encuentra domiciliado en él para efecto del IR, sea cual fuere el lugar de celebración del contrato o del pago de la retribución.

Además, se cita una serie de criterios del Tribunal Fiscal, bastante conocidos, en los cuales se señala que, a efectos del concepto de «servicio» contenido en la LIGV «el término prestación comprende tanto las obligaciones de dar (salvo aquellas en las que se da en propiedad el bien, en cuyo caso estaríamos ante una venta), como las de hacer y no hacer»⁴⁷.

Asimismo, el inciso b) del artículo 13 de la ley indica que la base imponible del IGV está constituida por el total de la retribución, en la prestación de servicios.

En virtud de ello, lo trascendental a fin de establecer si la retribución por el NCA se debía incluir en la base imponible del IGV (que es muy similar a determinar si está o no gravado dicho concepto) era analizar si la renta obtenida por la suscripción del acuerdo

46. Texto Único Ordenado de la Ley del IGV e Impuesto Selectivo al Consumo, aprobado por el Decreto Supremo 055-99-EF.

47. Entre otras, las resoluciones del Tribunal Fiscal N° 05130-5-2002, N° 15495-10-2011 y N° 03897-1-2012.

negativo era considerada de tercera categoría pues, en tal caso, se cumpliría el concepto de servicio. Luego, al ser el suscrito un sujeto domiciliado, el servicio se entendería prestado en el país, solo quedaría por clarificar si este es un contribuyente del impuesto, para lo cual se debía analizar si se trataba o no de una operación habitual.

- (ii) El fisco se basa en los argumentos del informe N° 069-2015-SUNAT/5D0000 a fin de determinar si la retribución del NCA califica como renta de tercera categoría.

A partir de dichos argumentos, indica que las obligaciones materia del NCA consultado «están orientadas a impedir la participación del vendedor de las acciones en las mismas actividades comerciales de la sociedad cuyas acciones son objeto de transferencia» (Sunat, 2016a, p. 3), lo cual no es exacto pues lo que se busca impedir no es una participación absoluta, sino como controlador, accionista o inversionista de la entidad competidora domiciliada (esto lo aclara más adelante el informe).

A partir de este punto concluye inexplicablemente que:

... la persona natural que suscribe el 'Acuerdo de No Competencia' se encuentra impedida de realizar, directa o indirectamente, cualquier tipo de actividad comercial a través de la cual compita en el mercado con la sociedad adquirente de sus acciones.

Por lo que implica «no realizar, directa ni indirectamente, la misma actividad económica empresarial de la sociedad cuya acciones se transfieren», de manera que en aplicación del inciso f) del artículo 24 de la LIR «la retribución correspondiente a dicha obligación de no hacer califica como renta de tercera categoría» (Sunat, 2016a, p. 3-4).

Nuevamente la autoridad tributaria pasa de una premisa a una inferencia sin que medie un razonamiento apropiado. En este caso, parte de señalar que el NCA busca impedir que el transferente tenga control, accionariado o invierta en una sociedad competidora; es decir, que hay otra serie de conductas no consideradas en el NCA que son distintas a ser accionista, controlador o inversionista y que aun así pueden significar un riesgo para el valor del negocio, pero que las partes contratantes no han incluido como parte de la abstención del NCA.

Sin embargo, a continuación Sunat concluye que el NCA implica el impedimento de llevar a cabo cualquier tipo de actividad comercial competidora, lo que evidentemente escapa y trasciende de los alcances de la obligación de no hacer que en definitiva es materia de consulta, la cual solo pretende evitar que el transferente controle (a falta de definición, entendemos que ello significa ser propietario de más del 50% del capital, votos o resultados de dicha entidad), sea accionista o inversionista de una sociedad de la competencia, pero no restringe, por ejemplo, que este lleve a cabo un negocio directo con ella, que contrate personal de una y lo coloque en la otra, o que trabaje para esta entidad competidora como asesor o gerente. Es más, la limitación de ser inversionista no aplica frente a cualquier entidad competidora, sino únicamente a aquellas entidades competidoras que se dediquen, además, a la comercialización y venta minorista al público de productos de consumo o servicios.

Dadas estas circunstancias, resulta muy forzado concluir, como lo hace Sunat, que el NCA materia de consulta consiste en que el transferente se abstenga de llevar a cabo *cualquier tipo de actividad comercial competidora; en lugar de solo algunas específicas*. Las demás funciones o prestaciones de los NCA jamás son advertidas por la autoridad fiscal.

A partir de ello, nuevamente el fisco arma su conclusión habitual: dado que el objeto del NCA consiste en impedir que se realice cualquier tipo de actividad empresarial en competencia, la renta que retribuye la suscripción de tal pacto negativo califica como renta de tercera categoría, de donde se concluye entonces que «la suscripción de dicho acuerdo se configura una prestación de servicios para efectos del IGV, conforme a lo dispuesto por el numeral 1 del inciso c) del artículo 3 del TULO de la Ley del IGV» y, por tanto, «la retribución percibida en el marco del 'Acuerdo de No Competencia' materia de consulta, constituye base imponible del IGV de la prestación de servicios que se configura con motivo de dicho acuerdo».

El razonamiento planteado requiere algunos matices que no se han considerado: el solo hecho de cumplirse el concepto de servicio (asumiendo que se está ante una renta de tercera categoría) no gatilla automáticamente el gravamen del NCA con el IGV en

cabeza del suscriptor persona natural. Se expondrán los fundamentos posteriormente, cuando se tome posición sobre el tratamiento aplicable al IGV de este tipo de acuerdos negativos, en el siguiente capítulo.

5

Nuestra postura frente a la posición de la administración tributaria

Los primeros tres capítulos han sido desarrollados como prolegómenos y fundamentos para el análisis central de la presente investigación. En el primer capítulo, se estudiaron los NCA, su naturaleza, características y modelos de contratación. Luego, en el segundo capítulo, se analizó el tratamiento que la LIR les ha dispensado a las rentas por obligaciones de no hacer, sobre la base del test de calificación; posteriormente, en el tercer capítulo, se desarrolló su inclusión en el concepto legal de renta previsto en la legislación.

En el cuarto capítulo, ya entrados en materia de esta investigación, se desarrolló la posición del fisco sobre el problema materia de investigación y se procedió a analizar y criticar tales criterios.

Todos estos capítulos son, sin duda, insumos conceptuales jurídicos indispensables para el presente capítulo final, en el cual se dilucidan las inferencias y razonamientos con los cuales validaremos las suposiciones y postulados de nuestra investigación.

En efecto, en este capítulo pretendemos sentar nuestra postura sobre el problema concreto que es objeto de esta investigación, esto es, determinar si las sumas pagadas a accionistas personas naturales por NCA, en el contexto de un SPA de venta de paquete accionarial con toma de control,

se encuentran gravadas con el IR y, de ser así, si el tratamiento tributario por dispensar corresponde al de rentas de segunda o de tercera categoría.

1. Nuestra posición sobre el IR aplicable a las sumas pagadas a personas naturales domiciliadas por acuerdos de no competencia

La cuestión planteada no es de fácil resolución pues la postura institucional del fisco, aunque deficiente, ha sido sostenida tanto a nivel de informes oficiales como en fiscalizaciones. Así, la Sunat ha venido calificando estas rentas como de tercera categoría, lo que ha generado consecuencias fiscales, económicas y financieras de gran impacto en los transferentes de las acciones, pues su tributación pasa de ser 5% (segunda categoría) a 29.5% (tercera categoría, a partir del 1 de enero de 2017), a lo que deben incluirse los pagos a cuenta adeudados y el IGV no gravado, al tratarse de un servicio empresarial, bajo la posición de Sunat. Además, podrían también aplicarse multas por incumplimientos formales como, por ejemplo, el no llevar contabilidad, comprobantes de pago o no presentar las declaraciones juradas mensuales o anuales correspondientes. A todo lo anterior deben agregarse los intereses moratorios que corren desde el día en que es exigible la obligación tributaria.

Por lo tanto, no es de menor importancia establecer una postura desde la doctrina que busque clarificar objetivamente el tratamiento tributario correspondiente a este tipo de rentas; pues si Sunat utiliza su deficiente postura casi como única fuente para sostener reparos en vía de fiscalización es porque, entre otras cosas, hay un vacío de la jurisprudencia, ausencia de la doctrina y silencio de la legislación.

En efecto, si bien la LIR ha incluido lo que hemos denominado, un test de calificación a fin de determinar el tratamiento tributario para las obligaciones de no hacer, en función al tipo de renta que gravaría la prestación abstenida, en caso de haberse llevado a cabo, no ha incluido reglas especiales para los acuerdos de no competencia. Estos, por su variopinta posibilidad de configuración contractual y la complejidad de las prestaciones que se producen en los SPA, no encuentran inmediata solución fiscal en el texto legal. A ello, agreguemos que el reglamento no ha previsto ninguna disposición sobre la tributación de las obligaciones de no hacer.

Además, no existen precedentes administrativos en el Tribunal Fiscal ni jurisprudencia casatoria sobre el tratamiento en el IR de las rentas que retribuyen obligaciones de no hacer y menos los NCA. De hecho, la única resolución del Tribunal Fiscal (RTF) que analiza la naturaleza de las obligaciones de no hacer, en cuanto al IR, solo lo hace para determinar si el pago hecho califica como gasto deducible, a efectos de establecer la renta neta empresarial, para lo cual determina si este es causal o no para la empresa, respecto de la generación de rentas gravadas o el mantenimiento de la fuente.

Con respecto a la doctrina nacional, a excepción de dos breves artículos que citaremos más adelante, no existe un desarrollo por parte de la palestra académica tributaria que haya ahondado en esta temática, quizás por falta de necesidad práctica o de interés profesional, en tanto son recientes los reparos «materiales» efectuados por la autoridad tributaria a este tipo de acuerdos negativos.

2. La retribución por suscribir el NCA califica como renta producto para efectos del Impuesto a la Renta

Consideramos que un paso previo ineludible, antes de tomar posición sobre la categoría de renta a la que pertenecen las retribuciones percibidas por las personas naturales que suscriben un NCA, es determinar —aunque parezca evidente— si tales sumas califican como renta bajo el concepto que nuestra legislación ha previsto.

Como señalamos en el capítulo 3, si la retribución no calificara en alguna de las teorías recogidas en la LIR, tal ingreso no se encontrará gravado, exonerado ni inafecto, sino que simplemente no constituirá renta, de manera que se encontrará fuera del ámbito de aplicación del Impuesto a la Renta y no se vería afectado tributariamente.

Así, en el citado capítulo se concluye que *cuando una persona natural obtiene una renta por celebrar una obligación de no hacer (en general), estamos ante una renta producto porque un sujeto explota económicamente una fuente durable que es el ser humano y su actividad, incluso negativa*. Así, la renta se origina en la no realización voluntaria y sacrificada de una conducta que, si no se

hubiese contratado, podría haber realizado el sujeto e inclusive haber significado un ingreso económico; existe, además, una potencial periodicidad de la renta, aunque no pueda verificarse en la práctica.

Lamentablemente, la Sunat, luego de un ligero análisis de los hechos consultados en cada uno de los informes emitidos, concluye reiteradamente que la retribución por este tipo de acuerdos califica *per se* como renta de tercera categoría, sin un análisis adecuado al respecto; pero aun peor, asume que en todos los casos estaremos ante «renta» y, por tanto, dentro de los alcances del impuesto.

Debe recordarse que en el caso de las personas naturales nuestra ley acoge las teorías de la renta producto, flujo de riqueza (solo por ganancias de capital de venta de acciones e inmuebles) y las rentas imputadas (presuntas o fictas)⁴⁸. En el capítulo 3 ya se expuso sobre la imposibilidad jurídica de que las obligaciones de no hacer se encuentren contenidas en el concepto de renta flujo de riqueza, al no tratarse de una ganancia de capital. Asimismo, se descartó que lo percibido por estas obligaciones califique como renta imputada en tanto, más allá de que se esté ante abstenciones, la renta que percibe a cambio el obligado es una real y no presuntiva ni ficta.

Por consiguiente, el análisis se debe restringir a determinar si se está o no ante una renta producto, bajo la definición dada en el inciso a) del artículo 1 de la LIR, el cual establece que el IR grava, entre otros, «las rentas que provengan del capital, del trabajo y de la aplicación conjunta de ambos factores, entendiéndose como tales aquellas que provengan de una fuente durable y susceptible de generar ingresos periódicos».

Ya se ha definido que la fuente de las rentas por obligaciones de no hacer es el trabajo, entendido como actividad humana en su más amplia concepción y no como relación laboral, de manera que la fuente última es el propio ser humano que destina su esfuerzo, energías y tiempo para conseguir un resultado a cambio de una contraprestación, ya sea en forma

48. Como vimos, también recoge la teoría de la renta por consumo más incremento patrimonial, pero solo en el caso de incrementos patrimoniales no justificados, por lo que no será materia de análisis.

dependiente o independiente, mediante conductas de hacer pero también de abstinencias.

Esta misma conclusión aplica a los NCA, en general, al margen de la configuración contractual y detallada de la prestación, pues en todos los casos estaremos ante una abstinencia, por lo que la renta encuentra su fuente en la determinación y sacrificio del ser humano para no realizar una conducta con la intención de conseguir una retribución.

Sobre el particular, el Tribunal Fiscal en la Resolución 1760-5-2003, citando la doctrina de García Mullín, ha indicado que, bajo la teoría de la renta producto, es renta:

... el producto periódico que proviene de una fuente durable en estado de explotación (...). Por consiguiente solo son categorizables como rentas, los enriquecimientos que llenen estos requisitos: a) sean un producto; b) provengan de una fuente durable; c) sean periódicos; d) la fuente haya sido puesta en explotación.

Además, como es notorio, si la fuente es la indicada, se encuentra separada de la renta obtenida, de modo que la retribución es un producto de la explotación de la actividad humana (o la inactividad, en este caso). Además, la fuente es durable por cuanto sobrevive a la producción de la renta, es razonable que se mantenga en el tiempo y porque si se extinguiese (muerte del transferente), dejaría de producirse la renta. La renta es también potencialmente periódica, en tanto podrá volver a producirse si el transferente, por ejemplo, decide volver a contratar un NCA nuevo con ocasión de otra transferencia de acciones de la misma sociedad o, incluso, si se amplía o renueva el plazo del contrato, en cuyo caso explotará nuevamente la fuente mediante la restricción de su capacidad libre para llevar a cabo determinadas conductas, absteniéndose de estas a fin de cumplir su obligación.

De esta manera, la retribución que obtiene una persona natural domiciliada por la suscripción de un NCA, independientemente del contenido contractual y pormenorizado de la abstinencia en cuestión, califica como renta bajo la teoría de la renta producto, estando incluida en el inciso a) del artículo 1 de la ley, por lo que se encuentra dentro de los alcances de la LIR.

3. Categorización de las rentas que retribuyen los NCA a favor de personas naturales domiciliadas

Al ser la retribución por la celebración de un NCA una renta para efectos de la LIR, lo que corresponde ahora es determinar a qué categoría de renta pertenece, a fin de definir su tratamiento fiscal.

De hecho, ese es el problema fiscal esencial en torno a los NCA pactados por personas naturales que transfieren paquetes accionariales con toma de control, mediante SPA. Es determinante establecer si las retribuciones pagadas por los adquirentes califican como rentas gravadas de segunda o de tercera categoría para el transferente persona natural domiciliada. Esta última categoría empresarial es la que Sunat considera que debe aplicarse, en forma general⁴⁹.

A continuación se expondrá la postura que en el presente trabajo sostenemos sobre el tratamiento fiscal aplicable. Sin embargo, dado que cada contrato es distinto y las prestaciones que los vendedores de acciones se obligan a no realizar en los NCA varían en cada transacción, para fines expositivos se calificarán las rentas de algunas fórmulas de NCA en forma particular (aquellas consultadas a Sunat), a manera de una casuística.

4. Recordando el test de calificación

Como se ha estudiado en el capítulo 2, el inciso f) del artículo 24 de la LIR dispone que son rentas de segunda categoría «las sumas o derechos percibidos en pago de obligaciones de no hacer», si tales ingresos no fuesen calificables en la cuarta, quinta o tercera categoría.

Según el test de calificación aplicado, en buena cuenta, consiste en determinar si la renta que se hubiera generado, de haberse llevado a cabo la

49. Como hemos visto, la posición «general» de Sunat es que los NCA, como obligaciones de no hacer, consisten en una abstención de llevar a cabo actividad empresarial que compita con la sociedad emisora de las acciones transferidas, de manera que la renta que retribuye el NCA es una de tercera categoría, con las consecuencias sustantivas y formales que de ello se derivan.

conducta objeto de la abstinencia, califica como renta de tercera, cuarta o quinta categoría, en cuyo caso la retribución por el NCA calificará también como renta de la misma categoría. Sin embargo, si no es posible calificar tal renta en ninguna de las categorías mencionadas, se considera de pleno derecho que esta es una renta de segunda categoría.

Así, al tomar algunos ejemplos de Medrano Cornejo, se tiene lo siguiente:

[S]i la obligación consiste en no llevar a cabo operaciones mercantiles y se pacta, por ejemplo, que no podrá establecer una empresa unipersonal con un objeto igual al de la sociedad interesada o que no actuará como agente mediador de comercio en ese campo, la retribución sería considerada como renta de tercera categoría.

En cambio, si el contrato se refiere a no ejercer una profesión en forma independiente o no integrar un directorio (cuarta categoría) o no trabajar en relación de dependencia (quinta categoría), resultaría aplicable la escala progresiva que se inicia en 8% y concluye en 30% (Medrano Cornejo, 2015, parr. 6-7).

En ese sentido, resulta relevante determinar qué tipo de renta se hubiera obtenido, de haberse llevado a cabo la prestación cuya abstención se pacta en el acuerdo de no competencia, pues ese mismo tratamiento deberá dispensarse a las rentas que retribuyen el no hacer. Para ello, se efectuará un análisis casuístico, en tanto que no se pretende generalizar una conclusión sin haber tomado en cuenta, al menos, una muestra relevante sobre la variedad de formas de tipificar contractualmente los NCA.

5. Primer caso: No ser accionista de una sociedad competidora

5.1. La fórmula del NCA

El primer modelo de NCA analizado y, de hecho, el que más ha sido consultado a la administración tributaria, aunque con distintas redacciones contractuales, es el siguiente:

[N]o ser accionista (o no adquirir o no invertir en acciones, dependiendo del contrato), directa o indirectamente, de una sociedad de cualquier tipo

societario (usualmente se exige que sea domiciliada) que se dedique parcial o totalmente a la actividad desarrollada por la sociedad transferida (o que compitan directa o indirectamente con los negocios o actividad económica principal, accesorias o principales de la sociedad transferida).

El núcleo de la abstinencia radica en no ser accionista de la sociedad competidora, ya sea mediante compra directa de estas, aporte de capital o una tercera sociedad que, a su vez, sea accionista de la entidad competidora. En todos los casos mencionados, la obligación de no hacer está limitada al hecho de que el transferente no adquiera la calidad de accionista, es decir, que tenga derechos políticos y económicos sobre la sociedad en competencia.

5.2. El hecho positivo del NCA

Así, la conducta positiva del NCA consiste, en esencia, en ser accionista de la sociedad competidora, bajo cualquiera de las modalidades mencionadas, o ser accionista de una sociedad que, a su vez, es accionista de dicha sociedad.

Nótese que en ningún caso se ha señalado en el NCA la prohibición de que el transferente sea accionista en determinado grado de participación sobre el capital, sino que esta operará a cualquier nivel de propiedad accionarial, tenga solo una o la mayoría las acciones de la compañía.

De plano, es incuestionable que la renta retribuable por ser accionista de la sociedad competidora no sería ni de cuarta ni de quinta categoría. De modo que solo queda determinar si constituiría una renta de tercera, pues de no ser así, sería calificada como una de segunda categoría.

En este trabajo se sostiene que la circunstancia que el transferente invierta en la sociedad competidora, aportando en su capital o comprando acciones de esta, solo lo convierte en propietario en una parte alícuota del capital social de dicha sociedad; obtiene la calidad de accionista, con los consecuentes derechos económicos y políticos que ello significa.

De un lado, la obligación de no invertir en acciones o participaciones de sociedades competidoras implica una conducta de no competir con la sociedad como propietario, aunque ello no suponga tener el control directo

de la empresa (accionista mayoritario) o tomar las decisiones empresariales de tal sociedad (por ejemplo, ser director o gerente). Por otra parte, una obligación de no realizar actividad empresarial en determinados sectores que supondrían competencia con la empresa transferida no implica *per se* la prohibición de ser propietario —salvo que así se tipifique expresamente en el contrato, que no es el caso—, sino la de no gestionar la actividad empresarial de un competidor, lo cual es una restricción evidentemente más amplia que la de ser un mero inversionista.

Puede concluirse, por consiguiente, que la obligación de no hacer acordada en la cláusula de no competencia no supone la restricción de realizar actividad empresarial, sino de ser propietario de una empresa que realiza dicha actividad, aunque ello suponga inclusive no tener ninguna participación en la gestión mercantil de la empresa. Dicho de otro modo, ser inversionista-accionista no significa *per se* la realización de una actividad empresarial, pero bien puede transgredirse la obligación del NCA al ser accionista minoritario de una empresa competidora, a pesar de no tener ninguna injerencia en su control, gestión o las decisiones mercantiles de esa entidad, por lo que, como es evidente, el NCA no contiene en este caso una abstención de realizar actividad empresarial.

5.3. La calidad de accionista no genera *per se* renta alguna

Sin embargo, tal calidad de accionista no genera, en principio, ninguna renta. Es decir, ser accionista de una sociedad no produce por sí misma la obtención de dividendos, pues esa decisión dependerá, primero, del desempeño económico de la empresa y, segundo, de la política de distribución de utilidades que en última instancia descansa en la junta de accionistas.

Se hace necesario plantear un escenario extremo para ilustrar el razonamiento presentado. Es posible, por ejemplo, que el transferente adquiera acciones de la sociedad competidora y esta produzca pérdidas durante la vigencia del NCA; inclusive, las pérdidas pueden ser de tal magnitud que fueren su disolución y posterior liquidación. En este caso, el accionista no habrá recibido nunca dividendos en tanto no habría utilidades que distribuir, y, a pesar de tener un grado de propiedad sobre la sociedad, no se le considerará contribuyente del IR por no haber obtenido rentas gravadas (en referencia al dividendo como renta de segunda categoría).

Esta situación, que puede presentarse a cualquier tipo de accionista, se hace más patente en el caso de accionistas sin control societario, pues su voto no es siquiera definitorio para la distribución de utilidades de la sociedad competidora; de manera que, en realidad, lo único que existe es un derecho expectativo de percibir en algún momento futuro utilidades, como rentabilidad de su inversión en el capital social. Este derecho económico no implica, en ningún caso, el derecho firme y exigible a recibir una renta, pues se perfecciona en cada oportunidad en que la junta de accionistas acuerde la distribución de las utilidades (después de impuestos y reservas legales o voluntarias).

Así las cosas, en este trabajo se sostiene que el test de calificación enfrenta, en el NCA analizado, una situación no prevista por el legislador, en caso se llevara a cabo la abstención; es decir, si el transferente adquiere el título de accionista de la sociedad competidora, en principio, materialmente no se produciría ninguna renta, ni siquiera existirá un derecho real, exigible y actual de obtener un dividendo, sino hasta que se produzcan otras circunstancias.

De ese modo, si se trata de calificar la renta por el NCA en la misma categoría de la renta que se produciría de llevar a cabo la conducta objeto de la abstención, dado que aparentemente no se producirá ninguna renta con el mero hecho de ser accionista, no se podría calificar una renta no existente en ninguna categoría.

Sin embargo, este impase ofrece tres posibles soluciones interpretativas:

- (i) La primera implica que si la conducta objeto del no hacer (ser accionista) no genera ninguna renta, de llevarse a cabo, no es posible calificarla; de manera que, por simetría fiscal, tampoco podrá calificarse la renta que retribuye el NCA bajo el test del inciso f) del artículo 24 de la LIR. La lógica es que si el método del legislador establece equidad entre el tratamiento de la renta por el NCA y el de la renta que se obtendría de ejecutarse la conducta, entonces, al no poder calificar esta segunda por no existir, tampoco correspondería calificar la renta de NCA.

Sin embargo, esto no significa que la renta por el NCA no sea gravada; por el contrario, bajo esta postura termina calificando como

de empresarial (gravada con 29.5%), en aplicación del inciso g) del artículo 28 de la LIR, que dispone que se considera renta de tercera categoría «cualquier otra renta no incluida en las demás categorías».

- (ii) La segunda, consiste en aplicar la regla del inciso f) del artículo 24, de manera que, al no ser renta de cuarta, quinta ni tercera categoría la obtenida como accionista de la sociedad competidora (puesto que no renta que gravar por la mera calidad de accionista), se aplica la regla residual (cajón de sastre) que la califica automáticamente como de segunda categoría. Así, la retribución por el NCA se gravaría con la tasa de 5% en tanto renta del capital.
- (iii) La tercera posición, aunque llega al mismo resultado que la anterior, es más armónica y coherente con la intención del legislador. Consiste en reconocer que si bien la calidad de accionista no genera dividendos, el diseñar el test de calificación busca ubicar en una misma categoría a la renta por obligaciones de no hacer y a las que se hubiesen obtenido de llevar a cabo la conducta.

Solo mediante esta lectura puede analizarse cualquier obligación de no hacer, pues al tratarse de un test que examina una prestación no realizada y que no ha generado rentas reales, tiene que ser interpretado como una calificación respecto de las rentas que se hubiera podido haber obtenido, de llevarse la conducta a cabo. Estamos, entonces, ante un análisis estimativo.

En esta investigación nos adscribimos a la tercera postura, por ello se concluye que, aun cuando ser accionista no implica la obtención de dividendos, si se percibieran rentas, estas serían dividendos calificados como rentas de segunda categoría y no de tercera. Así, al no ser rentas de cuarta, quinta ni tercera, debe aplicarse la regla residual y calificarse como renta de segunda categoría a la retribución por suscribir este tipo de NCA, por lo que estará gravada con una tasa de 5% y no de 29.5%.

5.4. ¿Puede el accionista de una sociedad de la competencia llevar a cabo actividad empresarial mediante dicha sociedad?

Aunque el razonamiento expuesto en el ítem anterior, aunado a las críticas realizadas a los informes de Sunat, parecen ser suficientes para asegurar que a este tipo de NCA le corresponde el tratamiento propio de una renta

de segunda categoría y no una empresarial; se acompañarán a continuación algunos argumentos que dejarán en evidencia la deficiencia resolutive de las consultas de Sunat.

El texto contractual del NCA no prohíbe la actividad empresarial en forma personal o a través de una entidad, salvo que se participe como accionista o inversor de una sociedad competidora. La diferencia es trascendental pues, en el primer caso, la renta que se deja de obtener es sin duda empresarial, mientras que en el segundo caso se trataría de rentas del capital, completamente pasivas, como corresponde a un emprendedor o inversionista.

Pero lo realmente destacable es que la única renta que jurídicamente puede percibir el accionista de la sociedad competidora, por su calidad de titular de acciones del capital social, son dividendos distribuidos de los resultados de la empresa (incluso también intereses, en caso de inversiones mediante otorgamiento de financiamientos).

Las rentas empresariales solo las puede percibir la sociedad competidora, mas no el accionista de dicha sociedad, incluso cuando fuese mayoritario. En efecto, de los artículos 14 y 28 de la LIR se colige que las rentas de tercera categoría tienen como contribuyentes necesariamente a personas jurídicas, como entes con personería fiscal y legal separada de la de sus propietarios, titular, socios, accionistas o participacionistas.

En forma excepcional, un accionista persona física puede obtener rentas empresariales solo si ejerce actividad empresarial en forma personal (como persona natural con negocio), pero si fuese mediante una persona jurídica, esta sería el contribuyente de tales rentas y no el propietario, titular o accionista⁵⁰.

50. Al respecto, recordemos que en las resoluciones del Tribunal Fiscal N° 3791-5-2005 y N° 6513-1-2010, entre otras, se ha señalado que «una persona natural con negocio puede ser contribuyente del Impuesto a la Renta como persona natural, por sus rentas de primera, segunda, cuarta y quinta categorías, y como titular de una empresa unipersonal por sus rentas de tercera categoría».

5.5. Renta empresarial (activa) *versus* renta del capital (pasiva)

Las rentas del capital (como los dividendos) son rentas de tipo pasivo, mientras que las rentas empresariales son operativas o activas. Al respecto, García Mullín (1978) afirma que las rentas del capital «son generalmente consideradas de tipo pasivo, en cuanto se producen por la simple afectación del capital a actividades productivas, diferenciándolas en consecuencia de las rentas de tipo activo, caracterizadas por la actividad del titular (trabajo, empresariales, etc.)» (p. 91).

Si bien las clásicas rentas del capital puro mobiliario (como la inversión en acciones) implican cierta actividad, «ella es dirigida normalmente solo a la habilitación de la fuente productora, esto es, a colocarla en condiciones de producir rentas» (García Mullín, 1978, p. 91), ello no significa que sean rentas activas.

Mientras los dividendos tienen como única fuente el capital, las rentas empresariales derivan de una mezcla de dos factores productivos, el capital y el trabajo. Así, las rentas empresariales encuentran su fuente en la «aplicación del capital al trabajo humano» (García Mullín, 1978, p. 111). No puede, por tanto, reputarse como una renta empresarial una inversión en acciones que solo importa ello, un aporte en el capital de la sociedad transferida.

En efecto, recuérdese que las empresas *son organizaciones de personas* cuya finalidad es obtener beneficios y utilidades para el empresario (los propietarios de la empresa), como fruto de la explotación de una actividad económica determinada, ya sea transfiriendo bienes o prestando servicios. Se trata, entonces, «de una organización funcional y activa de medios, apta para la producción o el intercambio de bienes o servicios para el mercado, con ánimo de lucro» (Farina, 1999, p. 19), o en otros términos:

[E]ntidades dinámicas que se encuentran en permanente evolución con el fin de adaptarse de la manera más eficiente posible a la realidad económica con la que se encuentran involucradas, procurando mejorar su productividad y rentabilidad (Córdova Arce, 2010, p. 7).

Por su parte, el Tribunal Fiscal ha distinguido entre un concepto económico y otro jurídico de empresa en la Resolución N° 7114-1-2004. Así,

... desde el punto de vista económico se define a la empresa como el conjunto de factores de producción coordinados, cuya función es producir y cuya finalidad viene determinada por el sistema de organización económica en que la empresa se halle inmersa, siendo que en la economía capitalista se concentra en el lucro.

Continúa el colegiado señalando que «desde el punto de vista jurídico, se puede calificar a la empresa como una universalidad de bienes organizada hacia un fin de lucro determinado en la que participan el empresario, sus empleados, proveedores, clientes y acreedores».

Obsérvese que, sea cual fuere la definición de empresa, el objetivo de esta es siempre obtener utilidades mediante la explotación del capital aportado por los accionistas o la deuda con terceros, este capital financia los activos de la compañía y permite la realización del negocio mediante el trabajo de sus elementos humanos. Consecuentemente, solo puede ser renta empresarial aquella que, combinando ambos factores, capital (activos, recursos dinerarios, tecnología, intangibles, etc.) y trabajo (fuerza humana remunerada en relación de dependencia o independencia) crea una fuente de rentas al someterla a explotación cuando efectúa una actividad económica determinada.

Como es evidente, este no es el caso de los accionistas, pues aunque sin lugar a dudas aportan capital para llevar a cabo una empresa y participan de los riesgos inherentes del negocio, no llevan a cabo por sí mismos la actividad empresarial, ni siquiera indirectamente, pues no ponen en explotación los demás elementos necesarios para ejercer empresa (como el intangible inmovilizado o los recursos humanos). Es tal la falta de identidad entre las rentas empresariales y las del capital, que mientras una es activa, la otra es pasiva, como hemos visto. Por esta razón el legislador les da tratamientos fiscales distintos.

No puede calificarse en forma apresurada y falaz, sin el mínimo esfuerzo analítico, como hace el fisco, a las rentas obtenidas por la suscripción de un NCA como una renta empresarial; más aún cuando una inversión en acciones, que solo es un aporte en el capital de la sociedad transferida, no supone la combinación de dicho capital con el trabajo, a fin de que la fuente pueda ser de tipo empresarial.

Si lo que pretende en el NCA es impedir que el transferente, ahora inversionista en la sociedad competidora, no lleve a cabo actividad empresarial, es menester incluir la segunda fuente en el núcleo de la abstención (el trabajo, pues con el capital no basta).

Así, podría complementarse el NCA (lo cual no se hizo en ninguno de los casos consultados al fisco), señalando, por ejemplo, que el transferente debe abstenerse de ser accionista de la sociedad competidora en determinado grado de control o de cumplir una función directiva, gerencial o laboral en dicha empresa. En ese caso, no se impediría el ser mero inversionista (generador de rentas de capital) sino el ser empresario, al combinarse capital más trabajo.

En buena cuenta, si en el pacto del NCA no es evidente que la abstención se refiere a no llevar a cabo la explotación conjunta de capital y trabajo, entonces no puede ser calificada como empresarial la renta que la retribuye.

5.6. Sistemas de imposición a la renta: renta societaria *versus* renta personal

Es cierto que la doctrina reconoce la dificultad, en algunos sistemas fiscales, para distinguir, en las rentas por distribuciones societarias qué es renta del capital (dividendo puro) y cuál es en realidad renta mixta (capital y trabajo, lo que se produce cuando la inversión de capital va de la mano con la participación del inversionista en la empresa misma)⁵¹.

Sin embargo, esta confusión fiscal desaparece —como anota García Mullín— cuando «la participación personal del inversionista se remunere separadamente, mediante sueldo, y la legislación lo admita, [por lo que] (...) lo restante es retribución pura del capital» (García Mullín, 1978, p. 96).

Así, dado que la legislación peruana permite el pago de remuneraciones a los accionistas, titulares y socios (con la limitante del valor de mercado, a efectos de su deducción, como sabemos) y el sistema de imposición socie-

51. Pero esto solamente sucede cuando se trata de sociedades personales y de sociedades cerradas.

taria diferencia entre accionista y empresa, al tributar de forma separada y bajo tipos distintos los dividendos y la renta empresarial, en nuestro IR no se presenta esta dificultad de diferenciación jurídica entre rentas del capital y societarias. Esto se ve «determinado por la solución que se dé al problema (...) referido a la conexión entre la imposición a la empresa y la imposición al empresario» (García Mullín, 1978, p. 96).

En efecto, cuando se establece un régimen de tributación separada en lugar de un régimen de transparencia fiscal, la legislación misma reconoce un tratamiento fiscal discriminado entre las rentas del accionista y las que devenga la sociedad, tal como lo hace la LIR al regular en el artículo 28 las rentas de tercera categoría y señalar que son las obtenidas en el devenir de sus actividades por parte de las personas jurídicas tipificadas en el artículo 14 de la ley, entre las cuales no se encuentran las personas naturales sin negocio (es decir, que no llevan a cabo en forma directa y personal ninguna actividad empresarial).

Que la Sunat en sus informes y fiscalizaciones desconozca este fundamento técnico y normativo genera graves distorsiones al sistema, pues en vías de interpretación quiebra la estructura de nuestro IR, calificando arbitrariamente como renta empresarial una renta del capital, a pesar de no haber combinación de capital y trabajo; además, obvia la propia norma donde se establece que los dividendos son rentas de tercera categoría aunque quien los perciba sea una persona natural sin negocio, en tanto que la renta empresarial solo la puede obtener la sociedad competidora y no sus accionistas.

Esta postura del fisco transgrede el último párrafo de la Norma VIII del Título Preliminar del Código Tributario, el cual prescribe que en vía de interpretación no podrán, entre otros, extenderse las disposiciones tributarias a personas o supuestos distintos de los señalados en la ley.

Pues bien, la cuestión de diseñar el sistema de imposición societaria es una de los asuntos más primarios y medulares del IR.

Al amparo de la teoría de la transparencia, según la cual «las empresas no son más que el velo tras el cual se ocultan los socios (...)» (Omar Fernández, 2002, p. 251), bastaría un gravamen personal sobre las rentas de los

propietarios y no estaría justificado, por tanto, la existencia de un impuesto societario separado. Esta doctrina, como enseña García Mullín (1978),

... parte de la base de que las personas físicas son los únicos entes cuya capacidad contributiva importa y que las entidades intermediarias son meras conductoras de renta hacia ellas. En consecuencia, busca la “integración plena” de las rentas obtenidas por las sociedades, en el impuesto de la persona física (p. 113).

Las legislaciones que adoptan esta técnica no tienen un gravamen societario separado del personal, pues consideran que, en tanto el beneficiario final de los réditos empresariales será siempre un individuo, este siempre podría ser gravado bajo un sistema de imposición personal integrado⁵².

La teoría de la transparencia se sustenta en concepciones jurídicas ajenas a la naturaleza y estructura económica del Impuesto a la Renta provenientes de quienes sostienen «que la sociedad es una mera ficción, tras la cual se ocultan los intereses personales de los socios» (Omar Fernández, 2002, p. 251); se presupone que todos los socios guardan una misma relación con la sociedad, pero no siempre es así, como ha anotado oportunamente Jarach (1996). El maestro ítalo-argentino identifica tres tipos de accionistas con distintos niveles de interés y vinculación con la sociedad:

- (i) El accionista inversor, quien posee acciones con el propósito único de lucrar con los dividendos que la sociedad eventualmente distribuya;
- (ii) El accionista especulador, quien compra acciones en determinada coyuntura para lucrar con los cambios y fluctuaciones en su precio de cotización en bolsa, y cambia asiduamente la propiedad de unas acciones por otras; y,
- (iii) El accionista empresario, quien detenta la titularidad de acciones con ánimo empresario de quien es el dueño de su propio negocio, ligándose y participando en la obtención de sus resultados de manera directa (Jarach, 1996).

52. Un sistema global, cedular, mixto, dual, etc.; pero al fin y al cabo, se gravarían todas las utilidades del accionista como cualquier persona física.

En todos los casos de accionistas mencionados existen distintos niveles de interés en los resultados de la empresa, por lo que no podría sostenerse que los intereses de los propietarios van en la misma dirección que los de la sociedad. Así, para el accionista especulador la compraventa de acciones es una mera operación con el fin de generar ganancias de capital, sin que se proponga, en principio, la detentación de la propiedad accionarial con la intención de generar dividendos.

Asimismo, el accionista inversor solo adquiere acciones con el objeto de obtener una renta periódica en forma de dividendos; no muestra un real interés en el manejo o gestión de la sociedad, tan solo en sus resultados netos. Distinto es el caso del accionista empresario, quien busca la estabilidad del negocio en el tiempo. Se trata del accionista emprendedor, dueño de las acciones, porque ha visto en la forma de organización societaria el medio idóneo para obtener rentas como producto de la actividad económica que desempeña la empresa; su preocupación no se restringe a los dividendos que esta pueda generar, sino, de manera general, se amplía a la completa marcha empresarial, la salud financiera de la empresa y, sobre todo, su continuidad y desarrollo.

Como vemos, si bien los intereses del accionista empresario se alinean con los de la empresa —cumpliéndose la teoría de la transparencia—, no sucede lo mismo con los otros tipos de accionistas, quienes pueden simplemente estar especulando con la compra de acciones. En un ejemplo extremo, podría darse el caso —y de hecho es así en la realidad corporativa— de que se compren acciones paulatinamente para, adquirir toda la empresa después y absorberla por fusión; incluso se puede sacar la marca del mercado, con el fin de cerrar la valla de competencia de otra empresa. En este supuesto, los intereses del accionista inversor y especulador no se ven alterados, mientras que sí existe un impacto y todo un proceso negocial en el accionista empresario.

La cuestión, en todo caso, no deja de ser discutible, debido a la subjetividad que implica «conocer» el ánimo e intención real del accionista al invertir en el capital de una sociedad.

No puede, por lo tanto, establecerse un criterio totalizador o generalizador sobre los intereses de la sociedad y sus accionistas para justificar

la inclusión de un sistema de transparencia, pues aquellos no constituyen un conjunto homogéneo; y, en consecuencia, si se impusiera el gravamen únicamente en cabeza del accionista, no se llegaría en todos los casos a la real capacidad contributiva del sujeto, puesto que dicha capacidad puede verse alterada por los intereses que fluctúan entre los *shareholders* (accionistas) y la sociedad, en su calidad de ente económico y jurídico autónomo de los socios.

El sistema de imposición separada, en cambio, reconoce una capacidad contributiva⁵³ propia en la empresa, distinta a la de las personas que la constituyeron o de los accionistas que la integran, consignándola como contribuyente y sujeto pasivo autónomo de la obligación tributaria que nace con ocasión de las rentas generadas en su actividad empresarial. De esta forma, el accionista tributará solo por las rentas que percibe en forma personal, incluyendo, claro está, los dividendos que le distribuya ocasionalmente la sociedad⁵⁴.

53. La capacidad debe ser entendida para fines del Impuesto a la Renta como «las manifestaciones económicas que el legislador decide adoptar como indicios de renta o riqueza gravable», es decir, conforme a la ley lo establezca. Esta definición comprende tanto a las rentas de personas físicas como a las rentas empresariales (Omar Fernández, 2002, p. 53). La capacidad contributiva empresarial se hace manifiesta a través de la función económica de la empresa, precisamente, como agente que viabiliza el intercambio de bienes y servicios en pos de la obtención de utilidades y beneficios, mediante la asignación de recursos. Esta asignación, que siempre buscará ser eficiente, se conoce normalmente como el carácter lucrativo de la empresa. En esa lógica, con la finalidad de obtener rentabilidad, la compañía asumirá costos y gastos en el devenir de su actividad, procurándose a su vez, ingresos y rentas propias, dado que se trata de un ente jurídico individual al de sus constituyentes (aunque estos gozarán de los beneficios o sufrirán las pérdidas en última medida, ciertamente, pero ello es casi imperceptible en la mayoría de los casos), por lo que el derecho ha visto en ella un sujeto con capacidad económica para colaborar y contribuir al sostenimiento de los gastos del Estado, que le permite participar en el mercado, concurrir en competencia, y generarse beneficios económicos.

54. Este sistema genera, como es evidente, doble imposición económica que según cada legislación puede ser aliviada o eliminada mediante diversos mecanismos, como el de la exención, el crédito o la deducción. En el Perú solo se alivia la triple imposición, dejando inafectos los dividendos distribuidos desde una sociedad domiciliada a otra y gravándose siempre las rentas empresariales. Luego, el dividendo distribuido al accionista domiciliado persona natural se encuentra igualmente gravado, aunque con una tasa reducida (5%), que es una forma indirecta de aplicar el método de la exención.

En efecto, como enseña García Mullín (1978), esta doctrina establece que:

[P]arte de la base de que la entidad intermediaria es un sujeto distinto y diferente de la persona física. Por consiguiente, la imposición operará en dos momentos: primero a nivel de entidad, y luego independientemente, en cabeza de las personas físicas, por las utilidades que a estas proporcione la entidad (p. 133).

De esta forma, en un sistema de imposición societaria separada de la imposición personal, como el que recoge nuestro IR, «en materia de sociedades anónimas, se entiende que el accionista es un auténtico inversionista, que coloca su capital en un tercero, razón por la cual la remuneración, bajo forma de dividendo, entra en esta categoría [renta de capital]» (García Mullín, 1978, p. 96); en cambio, la renta obtenida por la sociedad en el devenir de su actividad económica deberá tributar en cabeza de dicha entidad y no del inversionista, gravada como renta empresarial.

El argumento que el fisco sostiene en los informes analizados en el capítulo anterior se resume, en esencia, *en que ser accionista de una sociedad es una forma de realizar indirectamente actividad empresarial*. En nuestra opinión, esta lectura no se condice con las normas y principios técnicos del IR antes enunciados.

Como hemos señalado, en la técnica de la imposición societaria se discutió por décadas si se debía reconocer a las empresas una capacidad fiscal distinta a la de los accionistas, desarrollándose la teoría de la transparencia y de la imposición separada, a partir de las cuales surgieron tres modelos legislativos, a saber: (i) el que grava las rentas solo al accionista y desgrava a la sociedad, al no reconocerle personería fiscal; (ii) el que grava las rentas solo a la sociedad y desgrava a los accionistas, y (iii) aquel que grava tanto a la sociedad y los accionistas, reconociendo capacidad fiscal a ambos.

Nuestra LIR ha adoptado la última opción técnica, de modo que el accionista es un tercero frente a la sociedad, ambos con derechos y obligaciones fiscales distintas, e incluso, en el pago de dividendos uno es agente de retención del otro, conforme a ley. En virtud de ello, si en la LIR se hubiese querido considerar a los accionistas como empresarios —siquiera indirectos—, se hubiesen catalogado los dividendos como rentas empresariales o simplemente se hubiese optado otro sistema de imposición. En cambio,

en la LIR se ha preferido gravar a los accionistas en forma separada de las sociedades, con una categoría y tasa distinta, reconociendo que dicho rédito (segunda categoría, renta del capital) no es el mismo que busca gravar bajo el concepto de rentas de tercera categoría (rentas empresariales), amén del sistema de imposición a la renta elegido por el legislador.

Así las cosas, cuando una persona natural suscribe un NCA que la obliga a no invertir o no adquirir acciones de una sociedad competidora, debe concluirse que la renta que obtendría tal sujeto, de llevar a cabo la conducta restringida (es decir, si fuese accionista), sería una renta del capital (segunda categoría) y no una de tipo empresarial. Esto es así no solo porque el dividendo es el único tipo de renta que puede obtener un accionista, o porque no hay una combinación de capital y trabajo a nivel de fuente, o por no tratarse de una renta activa sino evidentemente pasiva; sino, especialmente, porque es jurídicamente imposible que nuestro sistema de imposición considere que una persona natural perciba rentas empresariales, salvo cuando estamos ante una persona natural con negocio o actividades habituales.

Como es claro, la mera circunstancia de ser accionista o inversionista no configura ninguno de tales supuestos (empresa unipersonal o actividad habitual), por lo que la renta que recibe el transferente por suscribir dicho NCA debe ser de segunda categoría, al no ser de tercera (ni cuarta ni quinta), en aplicación del test de calificación residual contenido en el inciso f) del artículo 24 de la LIR.

Debe indicarse que esta conclusión podría variar, pero solo si también varía el texto contractual del NCA. Así, si al NCA se le agregan otros elementos que puedan llevar al intérprete a considerar que la abstención no se vincula solo con tener la mera condición de inversionista o accionista de la sociedad competidora, sino a no llevar a cabo actividad empresarial, podría terminar calificándose la renta por el NCA como de tercera categoría.

Algunas condiciones que podrían eventualmente influir en ello serían, por ejemplo, que el accionista no lleve a cabo actividad empresarial personal competidora (como persona natural con negocio) o no deba actuar como gerente o director con poder suficiente para influir en los resultados de la empresa, o tal vez, que no se pueda ser accionista con un grado mínimo

de control societario o de participación accionarial (v. gr. 50%) al punto de ser considerado un accionista-empresario.

En dichos casos podría variar la conclusión anterior y encontrar un matiz más empresarial que el del caso del NCA inicialmente estudiado. Nuevamente, es un tema casuístico y no es posible generalizar una conclusión *erga omnes*.

6. Segundo caso: No controlar a la sociedad competidora

El segundo modelo de NCA que se analiza es el siguiente: *no controlar, en forma directa e indirecta, cualquier persona domiciliada en el Perú que participe en cualquier actividad económica objeto de la transferida.*

Como es claro, el núcleo de la abstinencia radica en no ser controlador de la sociedad competidora, ya sea directa o indirectamente.

A diferencia del primer caso, este NCA no se centra en que el transferente se abstenga de ser inversionista o accionista de una sociedad de la competencia, sino en que no deba controlar dicha entidad, con independencia de si tiene o no participación en su capital social. En el NCA anunciado el control no se ha definido ni se ha parametrado, por lo que debe entenderse en su sentido más amplio, como facultad de dominar, mandar o dirigir con preponderancia la sociedad (RAE, 2017).

Así, la conducta positiva del NCA analizado es que el transferente, por la modalidad que sea, controle la sociedad competidora, es decir, que detente un poder de mandar, dominar o gestionar con preponderancia su actividad (con autoridad, fuerza, jerarquía o superioridad).

La renta que obtendría este sujeto, de llevar a cabo tal acción, puede variar, según la posición o cargo desde el cual ejerce tal control: gerente trabajador (renta de quinta categoría), director (renta de cuarta categoría) o accionista mayoritario.

En este último caso, se estará ante la figura del accionista-empresario, ya mencionada en el primer caso de NCA analizado. En tal situación, si bien

la renta que percibiría en la realidad son dividendos, su conducta puede influir respecto de los resultados de la empresa y la actividad económica que esta desarrolle; por consiguiente, el NCA buscaría evitar que lleve a cabo actividad empresarial. En ese caso, la renta obtenida al ejercer la actividad de control, cuando el obligado es accionista mayoritario, constituye una renta de tercera categoría, aunque exclusivamente para fines del test de calificación del inciso f) del artículo 24 de la LIR (pues los dividendos que efectivamente perciba siempre estarán gravados como segunda categoría).

Una segunda lectura sería sostener que, en el caso del accionista mayoritario con poder de control sobre la sociedad transferida, es irrelevante el grado de control para efectos de la calificación porque no influirá en el tipo de renta (dividendos de segunda categoría), pues no obtendrá rentas empresariales en forma directa, sino solo la sociedad.

Aunque esta postura es correcta en estricto sentido, no la compartimos porque no toma en cuenta la función del test de calificación y, sobre todo, porque en ese caso el NCA claramente pretende evitar una actividad empresarial del transferente. Dicho de otro modo, el contrato estaría haciendo una equivalencia entre la conducta materia de abstinencia (controlar a una sociedad competidora) y el llevar a cabo actividad empresarial en competencia, por lo que es esa la naturaleza que debe reconocerse al brindar tratamiento fiscal, el cual surge, como se indicó, del análisis casuístico del contrato y los acuerdos tomados por las partes.

Lógicamente, la calificación será más sencilla cuando en el NCA se tipifique el tipo y grado de control exigido para determinar el deber de abstinencia; por ejemplo, que no se controle en más del 50% el capital social de la sociedad, que no se tenga una función directiva o de gerencia con implicancia en el manejo de las decisiones comerciales o financieras de la compañía, o que no haya control en forma mayoritaria de los votos de la sociedad o no se tenga derecho en más del 50% a los resultados de la entidad.

7. Tercer caso: No hacer negocios con clientes

El tercer modelo de NCA por analizar es el siguiente: *No llevar a cabo negocios con clientes de la sociedad transferida o persuadirlos de que reduzcan o finalicen su relaciones comerciales con la misma*. Lo que constituye el núcleo de la abstinencia.

El hecho positivo del NCA claramente consiste en llevar a cabo negocios con clientes de la sociedad transferida o persuadirlos de que dejen de hacer negocios con ella. Tal conducta es, a todas luces, de tipo empresarial, aun cuando no pretenda el obligado que los clientes contraten directamente con él (como persona natural), sino con un tercero (una entidad en la que puede o no tener intereses accionariales).

Sobre la base del análisis efectuado en el penúltimo párrafo del ítem anterior, el contrato entiende tal conducta como competitiva y empresarial, más aún si en definitiva consiste en hacer negocios. Así, la renta que obtendría el obligado de llevar a cabo la conducta sería una de tercera categoría, por lo que la renta que retribuye el NCA también deberá considerarse como tal.

8. Cuarto caso: No prestar servicios a clientes

El cuarto modelo de NCA que se analiza es el siguiente: *No prestar a algún cliente servicios iguales o similares a los prestados por la sociedad transferida*.

La abstinencia radica en que el transferente no preste servicios empresariales o personales (en forma dependiente o independiente) que sean similares o iguales a los que presta la sociedad transferida. El hecho positivo de esta abstinencia, expresada en las líneas anteriores, consiste en prestar el servicio igual o similar a los ofrecidos por la sociedad transferida, bajo cualquier modalidad.

Si el servicio lo presta en forma empresarial (mediante una entidad o como persona natural con negocio), la renta será de tercera categoría y el NCA tendrá tal naturaleza. Sin embargo, el servicio también podría ser prestado como locación o vía contrato de trabajo y calificar como cuarta o

quinta categoría. Esto genera un problema aplicativo pues al momento de calificar la renta no se sabe con certeza cuál de las vías adoptaría el transferente, de manera que debe optarse por una de ellas (salvo que el contrato sea más específico).

Así las cosas, consideramos que la renta del NCA debe tratarse como de tercera categoría, en tanto es un NCA cuyo núcleo de la abstención consiste en no prestar servicios, sin haberse especificado la modalidad; lo razonable en este caso es entender que el tipo de competencia es empresarial.

Un argumento que fortalece nuestra postura es que la clientela forma parte del *goodwill* de la empresa, por lo que el adquirente espera conservarlo pues, de seguro, ha sido tomado en cuenta al valorizar el negocio y el precio de traspaso; de manera que esta cláusula busca evitar un impacto en el valor de la operación por efecto que el transferente, aprovechando sus relaciones personales o comerciales con los clientes, efectúe actos competitivos en detrimento del adquirente.

9. Quinto caso: No ejercer el cargo de gerente o director

El quinto modelo de NCA que se analiza es el siguiente: *No ejercer el cargo de gerente o director en sociedades que se dediquen parcial o totalmente a la misma actividad desarrollada por la sociedad transferida.*

Se entiende que, si el NCA únicamente consiste en no ejercer dichos cargos, la renta que lo retribuye podrá calificar como quinta (gerente) o cuarta (director) categoría, según sea el caso. Sin embargo, es posible que el NCA se perfeccione agregando otros elementos como, por ejemplo, que se trate de un gerente con determinado grado jerárquico, poder o control, en cuyo caso son aplicables nuestros comentarios a la sección 3 del capítulo 3 sobre los NCA de no controlar una sociedad competidora, y calificaría como renta de tercera categoría.

10. Sexto caso: No trabajar o asesorar a la sociedad competidora

El sexto modelo de NCA por analizar es el siguiente: *No mantener una relación laboral o llevar a cabo actividades de consultoría a favor de sociedades que se dediquen parcial o totalmente a la misma actividad desarrollada por la sociedad transferida.*

Como se observa, el hecho positivo detrás del NCA consiste en que el transferente trabaje en forma dependiente para la sociedad competidora o preste servicios como consultor independiente a favor de esta. En el primer caso, la renta producida calificaría como de quinta categoría, y en el segundo caso, como cuarta categoría. De este modo, la renta que compensa económicamente el NCA debe seguir el mismo tratamiento, según sea el caso.

11. Séptimo caso: No emplear a colaboradores de la sociedad transferida

El séptimo modelo de NCA por analizar es el siguiente: *No emplear o asistir a otra entidad para iniciar una relación laboral con colaboradores de la sociedad transferida.*

En este caso, el hecho positivo del NCA consiste en que el transferente emplee (contrate como empleado, lo que supone una relación laboral) a colaboradores (sean o no trabajadores) de la sociedad transferida; o, en todo caso, que asistan a una entidad para llevar a cabo tal contratación.

De suyo, ni la contratación de un trabajador por parte del transferente, ni la asistencia para que otra entidad lo haga, genera algún tipo de renta; de manera que, en aplicación de la regla residual, al no tratarse de renta de tercera, cuarta ni quinta categoría, corresponde calificarla como de segunda categoría.

Una segunda lectura sería reconocer que la intención de las partes contratantes es evitar que el transferente persuada a los funcionarios y colaboradores clave de la sociedad transferida a dejar dicha empresa y contratar con otra, aprovechando sus relaciones personales, comerciales o profesionales con sus antiguos trabajadores. Lógicamente, la razón de esta acción sería utilizarlos para llevar a cabo una actividad empresarial en competencia.

Así, se reconoce un componente empresarial implícito en el NCA, por el hecho de que los contratantes han visto tal abstención como equivalente a no efectuar una competencia empresarial que afecte el valor del negocio; por consiguiente, la renta que se percibiría debería calificarse como de tercera. A pesar de ello, en este caso se debe considerar que la interpretación es muy subjetiva, por lo que sería ideal que el contrato ofrezca otras condiciones o reglas para alcanzar una mejor calificación.

Una tercera lectura más o menos sincrética, pero con mayor lógica, sería reconocer que si bien la conducta materia de abstención, de llevarse a cabo, no produciría *per se* ninguna renta, en definitiva el transferente contrata a un trabajador con fines productores de renta, es decir, que el fin último de la contratación es gozar de sus conocimientos o experiencia para que se optimice una actividad empresarial de competencia con la sociedad transferida; por lo que las rentas que buscaría obtener el obligado serían de tipo empresarial (busca aumentar las rentas de la empresa). Así, en aplicación del test de calificación la renta por el NCA calificaría también como de tercera categoría.

12. El caso de los acuerdos de no competencia cuyo precio no se pacta expresamente en el SPA

Como se recuerda, en el capítulo anterior se analizó el informe N° 096-2016-SUNAT/5D0000, en el cual se consultaba sobre un NCA cuyo valor económico o retribución no había sido pactado en forma expresa ni discriminada. En cambio, el único precio pactado en el contrato era el de la transferencia del paquete accionario.

Sin duda, hay intereses fiscales en colisión. De parte de los contribuyentes, es más beneficioso tratar todo como una renta de segunda categoría (ganancia de capital), de ese modo la tasa efectiva es 5%; posiblemente por ese motivo la mayoría de contratos, los NCA u otros *covenants* complementarios se pactan sin precio expreso ni discriminado. De otro lado, el interés del fisco es discriminar el valor por la suscripción del NCA del precio de venta de las acciones, pues en su postura interpretativa la renta que compensa económicamente el NCA constituye, en general, una renta de tercera gravada bajo la tasa de 29.5%, con las demás consecuencias asociadas, tanto en el IGV como en cuestiones formales.

Desde la posición sostenida en el presente trabajo, no se trata de diferenciar el valor de cada retribución, como sostiene Sunat, sino diferenciar las prestaciones. Si estas son autónomas e independientes, corresponderá valorarlas en forma separada; pero si se determina que se está ante prestaciones accesorias a una principal, que es la que tiene un valor en el contrato, estaremos ante una sola transacción que debe ser valorada, como se verá más adelante. El fisco, en cambio, considera que debe determinarse el valor de mercado (precio de transferencia, si fuesen vinculadas) de las acciones transferidas y la diferencia entre tal y el precio pactado es el valor de mercado del NCA.

Esta postura no toma en cuenta, como se señaló en el capítulo anterior, una serie de defectos que a continuación destacamos:

12.1. Inviabilidad práctica

En cuanto a lo primero, nótese que las cláusulas de no competencia no son el único *covenant* ni obligación que las partes pactan al contratar un SPA. En la realidad contractual existen otros *covenants* que las partes incluirán y sin duda tienen un valor económico para alguna o ambas partes contratantes; sin embargo, su valor muchas veces no se discrimina ni se pacta expresamente, sino que se entiende implícito en el precio final de la transacción, ya sea por pragmatismo o por la dificultad de valorar cada componente de la operación, muchos de ellos intangibles.

Así, no resultaría inusual que en el SPA se incluyan, además del NCA, otras obligaciones de no hacer como, por ejemplo, una cláusula de confidencialidad o de no divulgación, una de negociación exclusiva o de no ofertar las acciones a terceros. Inclusive, es posible que se incluyan otras obligaciones de hacer complementarias como desistir de procesos judiciales, renovar por un plazo determinado los contratos de funcionarios clave para la empresa o que el transferente se comprometa a dirigir por un tiempo de «adaptación» la empresa, no obstante e que el adquirente ya haya efectuado la toma de control.

Siguiendo la postura de Sunat, en estos casos la diferencia entre el valor de mercado de las acciones y el precio pactado en el contrato no representaría únicamente el valor del NCA, sino el de todos los acuerdos comple-

mentarios o accesorios contratados por las partes que tengan algún valor económico. En ese caso, ¿cómo podría determinarse el valor de mercado del NCA en forma individual?

Peor aún, el fisco no ha notado que su metodología tiene un impedimento práctico surgido de la propia ley. El inciso 2) del artículo 32 de la LIR dispone que el valor de mercado en caso de valores mobiliarios será el que resulte mayor de comparar el valor de transacción y (i) el valor de cotización (si cotizan en bolsa) o (ii) el valor de participación patrimonial (si no cotizan en bolsa); para luego señalar que ni la LIR ni su reglamento han previsto reglas de valoración para transacciones que involucren obligaciones de no hacer.

Pues bien, el valor de mercado de las acciones es el mayor obtenido de comparar el valor pactado por las partes en el contrato (el valor de transacción) y el de cotización o la participación patrimonial. Como sabemos, dado que al transferirse una empresa o un paquete accionarial con toma de control se consideran elementos intangibles que otorgan de valor al negocio, lo usual y esperado es que el valor de transacción sea mayor que cualquiera de los dos valores mencionados que se calculan sobre bases financieras y/o contables.

Así las cosas, el valor de mercado de las acciones será el mismo que se estableció en el contrato; luego, la metodología indicada por Sunat terminaría necesariamente en cero. Es decir, el valor de mercado (que es el valor de transacción) menos el valor pactado por las acciones en el contrato (que también es el valor de transacción) dará como resultado cero. Bajo la lógica de Sunat, el NCA terminaría no teniendo valor o, de modo aún más absurdo, su valor de mercado será cero.

Es claro que se trata de una metodología forzada que en la práctica no tendrá aplicabilidad pues los SPA no tienen a los NCA como única cláusula accesoria a la venta de las acciones y porque usualmente el valor de transacción es mayor que el de cotización o el de participación patrimonial.

12.2. Valoración del NCA

Lo anterior permite concluir que será posible establecer el valor de NCA cotizándolo en forma independiente y no por vía residual, pues la presencia

de una sola cláusula adicional con valor económico y sin precio discriminado volvería inviable la solución dada por el fisco; sin embargo, la Sunat indicó en el citado informe que ni la LIR ni su reglamento han previsto un método para calcular el valor de mercado en caso de obligaciones de no hacer.

En efecto, si bien el penúltimo párrafo del artículo 32 de la LIR establece que «mediante decreto supremo se podrá establecer el valor de mercado para la transferencia de bienes y servicios distintos a los mencionados en el presente artículo» y luego el inciso a) del artículo 19-A del Reglamento de la LIR (aprobado por Decreto Supremo 122-94-EF) desarrolla el valor de mercado de servicios y no el de obligaciones de no hacer; una interpretación coherente y sistemática nos lleva a concluir que las obligaciones de no hacer no califican como servicios a efectos de la LIR, pero que, a pesar de ello, sí existe regla de valoración (aunque sea general y no específica).

Pues bien, aunque la inclusión de las prestaciones de no hacer dentro del concepto de servicios es una cuestión clara para el caso del Impuesto General a las Ventas (dado que su ley así lo ha establecido al definir «servicio»), tal conclusión no resulta correcta en el caso del IR.

A pesar de la ausencia —en la LIR y su reglamento— de definición y distinción terminológica entre los conceptos de «servicio» y de «obligación de no hacer», el artículo 32 de la ley nos ofrece una solución sencilla a este vacío al sostener que, entre otros supuestos, en el caso de prestación de servicios y *a cualquier otro tipo de transacción a cualquier título*, el valor asignado a estos será el de mercado. Por su parte, el reglamento luego definió la forma de determinar el valor de mercado de los servicios, sin hacer alusión alguna a las obligaciones de no hacer.

Luego, solo son posibles tres lecturas:

- (a) La primera consiste en entender que el artículo 32 de la LIR incluye las obligaciones de no hacer dentro del concepto de servicios, por lo que a efectos de determinar su valor de mercado es aplicable la metodología tipificada en el inciso a) del artículo 19-A del Reglamento de la LIR.

- (b) La segunda considera que el artículo 32 incluye los servicios, pero entendiéndolos como prestaciones de hacer, de manera que no es que no se haya regulado en el reglamento el valor de mercado de las obligaciones de no hacer, como asevera Sunat, sino que en definitiva se ha excluido de tales obligaciones de la regla de valoración, siendo su valor irrelevante para propósitos tributarios.
- (c) Una tercera entiende que el artículo 32 de la LIR incluye a los servicios y, de forma separada, a las obligaciones de no hacer dentro de aquella categoría de «otro tipo transacción a cualquier título», sin embargo, solo ha regulado la metodología de valor de mercado en el primer caso, y el segundo ha quedado sometido a la regla general y no a una regla específica.

La primera postura resulta errada debido a que las obligaciones de no hacer no califican como servicio a efectos del IR, sin perjuicio de que ello sea así para fines de otros impuestos, no solo porque la LIR así no lo ha establecido expresamente, sino porque nada en el texto legal ni en el reglamentario del impuesto nos lleva a tal conclusión.

Así también lo entiende Ossorio cuando define a la obligación de hacer como aquella que «impone realizar un acto o prestar algún *servicio*» (Ossorio, s.f., p. 638), mientras que a la obligación de no hacer como un compromiso convencional que «impide hacer algo, posible y lícito en otro supuesto, y que puede configurar *abstenerse de prestar un servicio* o ejecutar otro acto (...)» (Ossorio, s.f., p. 638).

De la misma forma lo entiende Cabanellas de Torres cuando define la obligación de hacer como aquella «cuyo objeto consiste en realizar un acto o en prestar un servicio», mientras que una obligación de no hacer «construye a abstenerse de realizar algo o de prestar algún servicio» (Cabanellas de Torres, 1993, p. 219).

Nótese que mientras en las obligaciones de hacer importa prestar un servicio, las de no hacer consiste en la abstinencia de llevarlo a cabo; dicho así, mientras una prestación de hacer es en sí misma un servicio, una prestación de no hacer no puede ser tal, en tanto su objeto, por definición, implica no realizar tal conducta. Luego, un no hacer no puede ser un servicio, pues si lo fuera, sería un hacer y no una abstención.

De hecho, en la Resolución del Tribunal Fiscal N° 07374-2-2007, al definir las obligaciones de no hacer para efectos del IR, empieza por señalar «que de acuerdo con lo dispuesto por el Código Civil, las prestaciones en las obligaciones pueden manifestarse en tres modalidades: dar (un bien), hacer (servicio) y no hacer (abstenerse o dejar de hacer)».

Como se aprecia, en general, se identifica a los servicios con las obligaciones de hacer, mientras que las obligaciones de no hacer, precisamente, no consisten en servicios sino en no llevarlos a cabo o abstenerse de ellos. Consecuentemente, en nuestra opinión, cuando el artículo 32 de la LIR hace referencia al valor de mercado de servicios, debe entenderse que excluye a las obligaciones de no hacer de su campo semántico. Así, cuando el inciso c) del artículo 19-A del Reglamento de la LIR desarrolla el valor de mercado de servicios, este no es aplicable a efectos de establecer el valor de una obligación de no hacer (y menos un NCA) para efectos del IR.

La segunda posición tampoco resulta acertada, pues el hecho de que para efectos del artículo 32 de la LIR, los servicios se deban considerar restringidos a prestaciones de hacer y que en el Reglamento de la LIR no se haya regulado en forma expresa el valor de mercado de las obligaciones de no hacer, no significa que tales prestaciones se encuentren excluidas de la regla de valoración.

Debe tenerse presente, más bien, que el artículo 32 dispone que la regla de valoración es de aplicación no solo a venta de bienes y prestaciones de servicios, sino «a cualquier *otro* tipo de *transacción* a cualquier título», de manera que debe entenderse que en esa norma *numerus apertus* se encuentra incluida las prestaciones de no hacer.

Respecto de los alcances del término «transacción», Ossorio ha señalado que, además de su acepción como medio de extinción de las obligaciones y mecanismo alternativo de solución de conflictos, debe entenderse por transacción «cualquier negocio u operación de comercio» (Ossorio, s.f., p. 314), concordando con Cabanellas de Torres, quien afirma que una «transacción» es un «negocio o una operación mercantil» (Ossorio, s.f., p. 314).

Además, se debe tener en cuenta que la intención de la norma *numerus apertus* comentada es ser universal y omnicompreensiva, sin pretender dejar

fuera ninguna figura jurídica, sin importar si se celebra a título oneroso o gratuito, de manera que si las obligaciones de no hacer no se encuentran comprendidas en la categoría «servicios», necesariamente deberán estarlo en la regla de «otras transacciones».

Así, dado que un NCA como obligación de no hacer es un negocio jurídico y, sin duda, una operación mercantil encuadrada en el contexto de un SPA para la adquisición de una empresa, se concluye que esta se incluye en el concepto de transacción, por lo que le es de aplicación la regla de valor de mercado en forma independiente a lo dispuesto para servicios en el reglamento.

Luego, aunque no le sea aplicable la regla de valor de mercado de servicios y no exista otra regla específica para obligaciones de no hacer, solo queda concluir que el hecho de que no haya método especial para este tipo de operaciones no lo excluye del deber general de que, para efectos del primer párrafo del artículo 32 de la IR, debe asignársele un valor de mercado a la prestación.

Se puede sostener que un estudio técnico de valoración financiera podría funcionar como medio probatorio para determinar el valor de mercado. Asimismo, las metodologías de la ley para precios de transferencia, aunque no fuesen aplicables obligatoriamente, podrían ser usadas por el contribuyente a efectos de determinar que su transacción se encuentra a valor de mercado.

12.3. Accesoriedad jurídica

Sin perjuicio de lo anterior, la solución jurídica correcta a la consulta planteada no es establecer el valor del NCA ya sea en forma independiente o por un mecanismo residual, sino comprender que las partes contratantes negociaron un único precio por todas las prestaciones, a pesar de haberlo podido hacer en forma discriminada, según cada prestación con valor económico determinado (no solo el NCA).

Así, resulta importante considerar la voluntad contractual de los contratantes, manifestada en el hecho de que el negocio jurídico fue diseñado sin discriminar el valor de ninguna de las prestaciones porque estas son,

evidentemente, accesorias al acto jurídico patrimonial principal, que no es otro sino el de la transferencia del paquete accionario mayoritario.

Céntrese la atención en que ninguno de los acuerdos complementarios a un SPA tiene sentido alguno sin que exista la transacción principal y no habiéndose efectuado un contrato aparte, es lógico pensar que se trata de una cláusula satélite a la principal. Sin la transferencia de acciones, no tienen ninguna eficacia jurídica ni efectos fácticos las obligaciones de hacer o no hacer que hayan previstos las partes contratantes en forma simultánea al SPA, pues estas solo tienen por función complementar, viabilizar y perfeccionar el objeto primordial del contrato principal.

En consecuencia, si el NCA y demás cláusulas complementarias son accesorias frente a la prestación principal (transferir el paquete accionario), todo en ejercicio de la libertad de configuración contractual de las partes, entonces tiene sentido que se pacte también una sola contraprestación por la operación conjunta, sin necesidad de diferenciar el valor económico de cada prestación accesorio a fin de discriminarla de la principal; salvo, claro está, que las partes acuerdan voluntariamente lo contrario.

Es pues, un tema consensual y casuístico, pero el derecho tributario no puede incidir y recalificar las prestaciones pactadas por las partes (salvo cuando se trate de la aplicación de normas antielusivas generales⁵⁵, que no es el caso), sino que debe aplicar el tratamiento fiscal que emane de la ley, atendiendo a las redes obligacionales suscritas por aquellas.

La propia Sunat lo reconoce en su informe N° 096-2016-SUNAT/5D0000 —aunque finalmente no aplica lo que dice— cuando afirma que «en la medida que las partes contratantes determinan libremente el contenido de los contratos, el valor asignado por estos como retribución por la obligación de no hacer se considerará para el cálculo del Impuesto a la Renta» (Sunat, 2016b, p. 5).

55. Como la calificación económica del hecho imponible o a la cláusula antielusión o antifraude a la ley, ambas contenidas actualmente en el artículo XV del Título Preliminar del Código Tributario.

Siguiendo esta línea de pensamiento, si las partes libremente acordaron no discriminar el valor de las prestaciones accesorias de la principal, pues reconocen que todas dependen accesoriamente de esta, basta con determinar el valor de mercado de la prestación principal (la venta de acciones) y luego entender que el resto de prestaciones accesorias fueron celebradas a título gratuito.

Luego, al ser el transferente una persona natural, la renta que perciba por la venta de la acción estará gravada con 5% sobre la diferencia del valor de mercado y el costo de las acciones, mientras que los servicios no se encontrarán gravados por no aplicar el flujo de riqueza a las personas naturales y, además, por no existir ninguna renta imputada (presunta o ficta) expresamente regulada sobre este particular.

13. Tratamiento en el IGV de los NCA suscritos por personas naturales domiciliadas

Aunque no forma parte de esta investigación el análisis del IGV aplicable a los NCA, se planteará brevemente una posición sobre su fiscalidad, en tanto guarda relación con el problema impositivo del IR.

Así, como se ha mencionado en el capítulo anterior, el informe N° 076-2016-SUNAT/5D0000 concluyó que la retribución percibida por una persona natural domiciliada por la suscripción de un NCA⁵⁶, como parte de la transferencia de sus acciones en una sociedad local a favor de una persona jurídica no domiciliada, formaba parte de la base imponible del IGV por dicho servicio.

56. El NCA consistía en que no controle ni sea titular de acciones o cualquier participación, ni se relacione como socio, accionista o equivalente en forma directa e indirecta, con cualquier persona domiciliada en el Perú que participe en cualquier actividad económica objeto de la transferencia. Así también, en no invertir, directa o indirectamente, en cualquier persona cuyo negocio sea la comercialización y venta minorista al público de productos de consumo o servicios, cuando dicha persona realiza a su vez, directa o indirectamente, cualquiera de las actividades económicas de la sociedad cuyas acciones se transfieren.

Para llegar a esta conclusión, el fisco calcó los argumentos que ha sostenido en otros informes a fin de señalar que la renta que retribuye el NCA califica como de tercera categoría, de manera que cumplía la definición de servicio prevista en la LIGV.

Al respecto, se debe recordar que conforme al inciso b) del artículo 1 de la LIGV, este impuesto grava, entre otros, la prestación de servicios. Al respecto, el numeral 1 del inciso c) del artículo 3 de la ley dispone que, para efectos del IGV, se entiende por servicio:

... toda prestación que una persona realiza para otra y por la cual percibe una retribución o ingreso que se considere renta de tercera categoría para los efectos del Impuesto a la Renta, aun cuando no esté afecto a dicho impuesto.

La Sunat indicó que con «la suscripción de dicho acuerdo se configura una prestación de servicios para efectos del IGV, conforme a lo dispuesto por el numeral 1 del inciso c) del artículo 3 del TUO de la Ley del IGV» y, por tanto, «la retribución percibida en el contexto del 'Acuerdo de No Competencia' materia de consulta, constituye base imponible del IGV de la prestación de servicios que se configura con motivo de dicho acuerdo».

Ahora bien, debe quedar claro que, para la producción del hecho imponible y el consecuente nacimiento de la obligación tributaria, es necesario que confluyan todos los aspectos de la hipótesis de incidencia; sin embargo, el fisco no ha considerado el aspecto personal en la consulta antes glosada.

Nótese que en el supuesto negado de que la suscripción del NCA califique como un servicio a efectos del IGV (léase líneas arriba), el prestador de tal hecho gravado sería la persona natural domiciliada que lo suscribió. Sin embargo, como se sabe, las personas naturales que realizan actividad empresarial no son contribuyentes del IR.

En el caso planteado, si bien la retribución por la obligación de no hacer se califica como de tercera categoría, este análisis fue realizado exclusivamente para efectos del IR, toda vez que el concepto de servicio de la LIGV así lo exige, cuando el numeral 1 del inciso c) de su artículo dispone que, para efectos del IGV, se entiende por «servicio»:

... a toda prestación que una persona realiza para otra y por la cual percibe una retribución o ingreso que se considere renta de tercera categoría para los efectos del Impuesto a la Renta, aun cuando no esté afecto a dicho impuesto.

Lo conceptual de este análisis es tal que, inclusive, es posible que se califique como renta de tercera categoría una retribución, aun cuando el sujeto no esté afecto a dicho tributo.

Sin embargo, ello no convierte la actividad del sujeto en empresarial para fines del IGV, pues para ello deberá atenderse a las reglas propias de este impuesto. Dicho de otro modo, la única intromisión que permite la LIGV con respecto al IR es aquella que busca determinar el aspecto material de la hipótesis de incidencia «prestación de servicios», habiendo decidido el legislador que la retribución del servicio, para ser considerado como tal a efectos del impuesto, califique como renta empresarial. Es cuestionable la técnica normativa usada por el legisferante al introducir conceptos propios del IR a un impuesto indirecto al consumo como es el IGV; sin embargo, sobre la base del principio de legalidad no puede sino aplicarse tal disposición.

No obstante, también sobre la base del principio de legalidad y del último párrafo de la Norma VIII del Título Preliminar del Código Tributario, que consagra que «en vía de interpretación no podrá (...) extenderse las disposiciones tributarias a personas o supuestos distintos de los señalados en la ley», debe concluirse que tal referencia al IR no impacta, en lo absoluto, en los demás aspectos de la hipótesis de incidencia en cuestión. Así, tampoco influirá en la configuración del aspecto personal de la hipótesis de incidencia «prestación de servicios en el país», salvo que así lo haya querido el legislador y, como se verá a continuación, no es el caso dado que este ha dispuesto reglas propias y autónomas.

El IGV es un impuesto eminentemente empresarial, qué duda cabe. Como anota Ramos Angeles (2013),

[N]o cabe duda que el aspecto subjetivo de las distintas hipótesis de incidencia que el IGV grava, está constituido por un sujeto que debe realizar necesariamente actividad empresarial, pues de lo contrario no sería posible alcanzar los objetivos técnicos del gravamen, ni aplicar, en la práctica, los mecanismos que la ley ha implementado para instrumentalizar la

traslación del impuesto y la recuperación del mismo mediante el ejercicio del derecho al crédito fiscal (p. A2).

En efecto, el artículo 9 de la LIGV señala que «son sujetos del Impuesto en calidad de contribuyentes las personas naturales (...) *que desarrollen actividad empresarial* en tanto realicen alguno de los supuestos gravados por el impuesto, como por ejemplo, prestar en el país servicios afectos». Luego, indica que «tratándose de las personas naturales (...) *que no realicen actividad empresarial*, serán consideradas sujetos del impuesto cuando: i. Importen bienes afectos; ii. Realicen de manera habitual las demás operaciones comprendidas dentro del ámbito de aplicación del Impuesto».

Como queda claro de las normas glosadas, el legislador solo ha considerado contribuyentes del IGV a las personas naturales en tanto lleven a cabo actividad empresarial; cuando no realicen este tipo de actividad, únicamente tributarán en caso importen bienes afectos o ejecuten de manera habitual cualquiera de las demás operaciones comprendidas en el ámbito de aplicación del IGV.

La habitualidad, según se señala en la norma comprendida en el segundo párrafo del numeral 9.2 del artículo 9 de la LIGV, «se calificará en base a la naturaleza, características, monto, frecuencia, volumen y/o periodicidad de las operaciones, conforme a lo que establezca el Reglamento». Así, la habitualidad funciona como una suerte de presunción del carácter empresarial de las actividades del sujeto.

En el caso materia de estudio, se parte del supuesto negado (la postura de Sunat) de que el transferente persona natural domiciliada que suscribe un NCA a cambio de una retribución lleva a cabo un servicio gravado con el IGV; ¿ello significa que ha realizado actividad empresarial?, y si no fuese el caso, ¿implica que llevó a cabo dicha actividad con habitualidad?

De tal manera que, siendo las reglas del IGV autónomas del IR en cuanto al aspecto personal de la hipótesis de incidencia, corresponde determinar si cuando una persona natural suscribe un NCA en el marco de un SPA realiza *per se* actividad empresarial a efectos del IGV, de no ser el caso, deberemos establecer si, en cambio, estamos ante una actividad habitual. Si no fuese así, entonces la operación no se encontrará gravada con dicho impuesto.

En cuanto a lo primero, como ya se ha mencionado antes en este capítulo, las empresas son organizaciones de personas que buscan generar utilidades mediante la explotación de una actividad económica, organizando medios dinerarios, tecnológicos, físicos y humanos para tal fin. Es, ante todo, una «organización funcional y activa de medios, apta para la producción o el intercambio de bienes o servicios para el mercado, con ánimo de lucro» (Farina, 1999, p. 19).

En la resolución del Tribunal Fiscal N° 7114-1-2004 se entiende la empresa:

... como un conjunto de factores de producción *coordinados*, cuya función es producir y cuya finalidad viene determinada por el sistema de organización económica en que la empresa se halle inmersa, siendo que en la economía capitalista se concentra en el lucro.

Continúa el colegiado afirmando que «desde el punto de vista jurídico, se puede calificar a la empresa como una universalidad de bienes organizada hacia un fin de lucro determinado en la que participan el empresario, sus empleados, proveedores, clientes y acreedores».

Desde la perspectiva de esta investigación, cuando el transferente suscribe el NCA se obliga a no llevar a cabo una conducta, esto es, a ejecutar una abstención. Por ello, no puede pensarse que para cumplir tal hecho negativo deba llevar a cabo una organización funcional de medios productivos (como recursos dinerarios, infraestructura, trabajadores, etc.) para obtener un lucro económico, pues precisamente ello supondría efectuar un hacer, lo que es incongruente con la abstención contratada. En consecuencia, se debe considerar que no es posible que el suscribir un NCA por parte de una persona natural signifique llevar a cabo actividad empresarial alguna a efectos del IGV.

Ahora bien, si no se *está* ante un sujeto que realice actividad empresarial, entonces solo podría calificar como contribuyente del impuesto si lleva a cabo el servicio gravado (nuevamente, asumiendo la posición de Sunat) en forma habitual.

Como antes se manifestó, el artículo 9 de la LIGV señala que «la habitualidad se calificará en base a la naturaleza, características, monto,

frecuencia, volumen y/o periodicidad de las operaciones, conforme a lo que establezca el Reglamento. Se considera habitualidad la reventa». Por su parte, el inciso 1 del artículo 4 del Reglamento dispone que «tratándose de servicios, siempre se considerarán habituales aquellos servicios onerosos que sean similares con los de carácter comercial».

La transacción analizada es la suscripción de un acuerdo de no competencia, consistente en la obligación de no llevar a cabo alguna forma de actividad considerada competitiva según cada contrato en particular. Esta prestación de no hacer no parece ser similar a otras de carácter comercial.

Al respecto, Ossorio define el vocablo «comercial» como relativo al comercio, término que es definido como una «actividad lucrativa que consiste en intermediar directa o indirectamente entre productores y consumidores, con el objeto de facilitar y promover la circulación de la riqueza» (Ossorio, s.f., p. 178).

De modo que la naturaleza negativa y de abstención del NCA, tan particular y ajena de un mercado, impide ser calificada como similar a una actividad comercial, más aún si no es posible considerar que tenga productores o consumidores, sino que únicamente existe un solo sujeto pasible de beneficiarse de la abstención (que es el adquirente).

Se debe observar, entonces, que se está ante una operación privada con carácter económico pero ubicada fuera del ciclo de producción y distribución de bienes y servicios, de manera que más allá del monto de la operación, no podrá considerarse como habitual sobre la base de la regla específica aplicable a servicios que señala el Reglamento.

En consecuencia, independientemente del tratamiento aplicable al IR (gravado o no como renta de tercera categoría), la suscripción de un NCA por parte de una persona natural domiciliada (al margen de su contenido) no puede generar un hecho gravado con el impuesto, por no configurarse el aspecto personal de la hipótesis de incidencia de servicios, dado que no se trata de una actividad empresarial afecta por el IGV, ni de una operación habitual ni similar a una de carácter comercial.

Conclusiones generales de la investigación

- 1) Los acuerdos de no competencia definen lo que se debe entender por una situación de competencia, la cual varía según la voluntad contractual de las partes, sus necesidades e intereses.
- 2) La retribución que obtiene una persona natural domiciliada por la suscripción de un acuerdo de no competencia en una venta de acciones, independientemente del contenido específico de la abstención, califica como renta bajo la teoría de la renta producto recogida en nuestra ley.
- 3) Para determinar el tratamiento fiscal en el IR de la renta de fuente peruana por obligaciones de no hacer percibidas por una persona natural domiciliada, debe aplicarse lo que se ha denominado en este trabajo el test de calificación residual, por el cual, esta se tratará como renta de tercera, cuarta o quinta categoría si también calificase así la renta que se hubiese obtenido de haberse llevado a cabo el no hacer. Si la renta no califica en ninguna de esas categorías, se considerará de plano como de segunda categoría.
- 4) En aplicación del test anterior, se puede determinar que se está ante una renta de fuente extranjera, cuando de ejecutarse la actividad objeto de no hacer, resulta dicho tratamiento para la renta que se hubiese obtenido.

- 5) Bajo la aplicación del mismo test, las retribuciones que perciben personas naturales domiciliadas por acuerdos de no competencia celebrados en la compraventa de acciones pueden calificar tanto como rentas de segunda, tercera, cuarta o quinta categoría, o incluso como rentas de fuente extranjera, según se determine en cada caso concreto; es un análisis puramente casuístico que depende de las condiciones pactadas en cada contrato.
- 6) Las retribuciones que perciben personas naturales no domiciliadas por acuerdos de no competencia celebrados en la transferencia que hace de sus acciones en una sociedad domiciliada no se encuentran gravadas con el Impuesto a la Renta peruano, al no configurar un supuesto de fuente peruana.
- 7) Las rentas que retribuyen acuerdos de no competencia consistentes en no invertir o adquirir acciones o participaciones de sociedades competidoras constituye una renta de segunda categoría que, en ningún caso, podría calificar como renta empresarial. Esto es así por diversas razones expuestas en esta investigación, pero especialmente porque la única renta que jurídicamente es posible que perciba el accionista de una sociedad, por su mera calidad de titular de acciones del capital social de dicha entidad, son dividendos distribuidos de los resultados de esta.
- 8) Lo anterior se confirma cuando se advierte que en el caso de los accionistas solo hay un aporte de capital sometido a explotación pasiva que no está afectado a «trabajo», como factor fuente necesaria para que exista actividad empresarial generadora de rentas activas. Todo esto es reflejo del hecho de que nuestra Ley del Impuesto a la Renta ha optado por un sistema de imposición societaria separado de la imposición personal, al entender que el accionista persona natural es un tercero frente a la sociedad, reconociendo en ambos personerías, derechos y obligaciones fiscales distintos, gravándose a los accionistas en forma separada de las sociedades, con una categoría y tasa distinta, al punto que uno es agente de retención del otro.
- 9) Por varias razones es incorrecta la postura de Sunat con relación a que el valor de mercado de los acuerdos de no competencia, cuyo precio no se pacta expresamente ni en forma discriminada al de las acciones

o paquete accionario, se debe obtener por diferencia entre el valor de mercado de las acciones y el precio pactado en el contrato. En cambio, se debe reconocer que si la voluntad contractual de las partes es no pactar un precio específico ni expreso del acuerdo de no competencia, pudiendo hacerlo, es porque se trata de una obligación accesoria a la enajenación de acciones que las partes conceden gratuitamente. Así, estaremos ante una sola transacción que debe tributar como renta de segunda categoría bajo la tasa de 5%, sobre el valor de las acciones.

- 10) Con relación al tratamiento en el IGV de los acuerdos de no competencia celebrados por personas naturales domiciliadas, consideramos errada la postura de Sunat, la cual sostiene que la suscripción de esta obligación se encontraría gravada con dicho impuesto pues, con independencia de que se cumpla o no el aspecto material de la hipótesis de incidencia de prestación de servicios en el país (en función de si la renta por el acuerdo es de tercera categoría o no), en este tipo de obligaciones no se podrá verificar el aspecto personal, al tratarse de una persona natural que no lleva a cabo actividad empresarial ni realiza una actividad habitual.

Bibliografía

- Abbamonte, G. (2009). *Principios de derecho de la hacienda pública*. Bogotá, Colombia: Temis-Universidad del Rosario.
- Aliberti, C. A. (2003). *Cost-benefit analysis: Abstract answer or empirical relevance?* Recuperado de https://pdfs.semanticscholar.org/2705/132b4986df3daeda1fbae116be2b8385945a.pdf?_ga=2.166002046.179646865.1531996733-783938228.1531996733
- Amatucci, A. (2008). *El ordenamiento jurídico de la hacienda pública*. Bogotá, Colombia: Temis-Universidad del Rosario.
- Ataliba, G. (1987). *Hipótesis de incidencia tributaria*. Lima, Perú: Instituto Peruano de Derecho Tributario (IPDT). Recuperado de https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2201_2_hipotesis_de_incidencias_tributaria.pdf
- Auerbach, A. J. & Hines, J. R. (2007). *Taxing corporate income in the 21st Century*. New York, NY: Cambridge University Press.
- Auerbach, A. J., Devereux, M. P., & Simpson, H. (2008). *Taxing corporate income*. NBER Working Paper 14494. Cambridge, MA: University of Berkeley, University of Oxford & Institute for Fiscal Studies. Recuperado de <http://www.nber.org/papers/w14494.pdf>
- Auerbach, A. J. (2010). *A modern corporate tax*. Berkeley, CA: The Center for American Progress, The Hamilton Project. Recuperado de <https://cdn.americanprogress.org/wp-content/uploads/issues/2010/12/pdf/auerbachpaper.pdf>

- Ault, H. J. & Arnold, B. (2004). *Comparative income taxation. A structural analysis*. 2ª ed. La Haya, Países Bajos: Kluwer Law International.
- Avi-Yonah, R. S. (2000). Globalization, tax competition and the fiscal crisis of the welfare state. *Harvard Law Review*, 113(7), 1573-1676. Recuperado de <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1049&context=articles>
- Avi-Yonah, R. S. (2001). *Globalization and tax competition: Implications for developing countries*. Cepal Review N° 74. Santiago, Chile: Comisión Económica para América Latina y El Caribe, Banco Interamericano de Desarrollo (BID).
- Avi-Yonah, R. S. (2007). *International tax as international law. An analysis of the international tax regime*. Cambridge, MA: Cambridge University Press.
- Azevedo, A., Pereira, P., & Rodrigues, A. (2016). Non-competition covenants in acquisition deals. *Economics Letters*, 143(6), 61-65. Recuperado de <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0165176516300970>
- Balbi, R. (1987). *Mercado de capitales e imposición a la renta*. Boletín de la DGI N° 400. Buenos Aires, Argentina: AFIP.
- Barquero Estevan, J. M. (2002). *La función del tributo en el estado social y democrático de derecho*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC).
- Barreix, A., Bes, M., & Roca, J. (2010). *Breve historia del impuesto sobre la renta*. Documento N° 9/10. Madrid, España: Instituto de Estudios Fiscales.
- Beiruth, X. A. & Lopes Fávero, L. P. (2016). Um ensaio sobre a adoção das internacional financial reporting standards em covenants contratuais. *Revista de Finanças Aplicadas*, 7(1), 1-22. Recuperado de <http://www.financasaplicadas.net/index.php/financasaplicadas/article/view/322/pdf>
- Belaunde, G. (2015). Conociendo a los "covenants". *Diario Gestión*, Sección Riesgos Financieros. Recuperado de <https://gestion.pe/blog/riesgos-financieros/2015/05/conociendo-a-los-covenants.html>
- Benítez Rivas, A. (2008). El concepto de tributo. En García Novoa, C. & Hoyos Jiménez, C. (Coords.), *El tributo y su aplicación: perspectivas para el Siglo XXI*. 1ª ed. Buenos Aires, Argentina: Marcial Pons.
- Bermúdez Cisneros, M. (2004). *Derecho del trabajo*. México D.F., México: Oxford University Press.

- Bernal Rojas, J. A. (2010). *Operaciones frecuentes contables y tributarias con sujetos no domiciliados*. Lima, Perú: Instituto Pacífico.
- Bernard, Y., Colli, J. C., Waldaren, T., & Lewandowski, D. (1985). *Diccionario económico y financiero*. 4ª ed. Madrid, España: Asociación para el Progreso de la Dirección.
- Binder, K. L. (2007). *Non-compete issues in connection with the sale of a business*. Worcester, MA: Seder & Chandler. Recuperado de https://www.sederlaw.com/News-Publications/Non-Compete-Issues-In-Connection-With_The-Sale-Of-A-Business.pdf
- Bravo Cucci, J. (2005). Algunas meditaciones sobre el concepto de renta. *Vectigalia, Revista de Derecho Tributario*, 1(1), 30-48.
- Bravo Cucci, J. (2010). *Fundamentos del derecho tributario*. 4ª ed. Lima, Perú: Jurista Editores.
- Cabanellas de Torres, G. (1993). *Diccionario jurídico elemental*. 11ª ed. Buenos Aires, Argentina: Heliasta.
- Cahn-Speyer Wells, P. (2010). Fusiones y adquisiciones. Aspectos internacionales. En *XXV Jornadas Latinoamérica de Derecho Tributario*. Cartagena de Indias, Colombia: Abeledo Perrot.
- Caiña Vela, J. (2011). *Rentas del capital y rentas del trabajo: perspectiva peruana. Estudios de derecho constitucional tributario*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres.
- Calvo Ortega, R. (2010). *Curso de derecho financiero I, derecho tributario (parte general)*. 14ª ed. Madrid, España: Civitas.
- Carter, K. Le M. (1975). *Informe Carter de la Real Comisión de Investigación sobre Fiscalidad de Canadá (Royal Commission on Taxation)*. Madrid, España: Instituto de Estudios Fiscales.
- Carvalho, C. & De Mattos, E. J. (2008). *Análise econômica do direito tributário e colisão de princípios jurídicos: Um caso concreto*. Berkeley Program in Law & Economics, Latin American and Caribbean Law and Economics, Association (ALACDE). Annual Papers, Documento N° 052008-2. Berkeley, CA: University of California.
- Carvalho, P. de B. (2002). *Derecho tributario. Fundamentos jurídicos de la incidencia*. 2ª ed. Buenos Aires, Argentina: Ábaco de Rodolfo de Palma y Universidad Austral.

- Carvalho, P. de B. (2005). *Curso de direito tributário*. 17ª ed. Sao Paulo, Brasil: Saraiva.
- Cary Brown, E. (1948). Business-income taxation and investment incentives. En Metzler, L. A., *Income, employment and public policy: Essays in honor of Alvin H. Hansen*. New York, NY: Norton, W.W.
- Castillo Balarezo, J. A. (2000). Los contribuyentes domiciliados en el Perú: comentarios a la Ley del Impuesto a la Renta. *Themis, Revista de Derecho*, 41, 37-45. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11650/12189>
- Chau Quispe, L. (2010). Apuntes sobre la renuncia al derecho a recibir dividendos y otros supuestos de su no percepción por el accionista. En *XI Jornadas Nacionales de Derecho Tributario*. Lima, Perú: IPDT.
- Chirelstein, M. & Zelenak, L. (1999). *Federal income taxation*. New York, NY: Foundation Press.
- Chu Del Águila, I. & Tarazona Ospina, G. (2010). Participaciones emitidas en virtud de reorganizaciones societarias y su costo computable. En *XI Jornadas Nacionales de Derecho Tributario*. Lima, Perú: IPDT.
- Cisneros, C. & Jiménez, M. (2003). *Análisis comparativo de las fusiones y adquisiciones en los planes estratégicos de las empresas mexicanas*. Tesis de Licenciatura en Contaduría y Finanzas. Departamento de Contaduría y Finanzas, Escuela de Negocios, Universidad de las Américas de Puebla. Recuperado de http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/lcp/cisneros_t_c/capitulo_1.html
- Coase, R. H. (2000). La naturaleza de la empresa. En *Derecho y economía. Una revisión de la literatura*. México D.F., México: Fondo de Cultura Económica.
- Coll Frechina, L. (1997). *La determinación de la base imponible en el impuesto de sociedades*. Barcelona, España: Cedecs.
- Connelly, W. & Mitchell, R. (1956). *Federal tax course*. Englewood, NJ: Prentice Hall.
- Cooper, W. & Ijiri, Y. (2010). *Diccionario Kohler para Contadores*. 6ª ed. México D.F., México: LIMUSA.
- Córdova Arce, A. (2010). El régimen fiscal de las fusiones y adquisiciones de empresas. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, 49, 7-69. Recuperado de http://www.ipdt.org/editor/docs/01_Rev49_ACA.pdf

- CPA (Certified Public Accountants). (2007). Dividends as fresh working capital. *Zeta Estates Ltd. v. the Commissioner of Inland Revenue: A new approach to section 16(1) (a) of the Inland Revenue Ordinance? A Plus Magazine*, 3(3). Hong Kong Institute of Certified Public Accountants. Recuperado de <http://app1.hkicpa.org.hk/APLUS/0703/APLUS.php>
- De Juano, M. (1971). Curso de finanzas y derecho tributario. En *El sistema tributario y los tributos en particular (Tomo II)*. Rosario, Argentina: Molachino.
- De Mooij, R. A. & Devereux, M. P. (2011). Alternative systems of business tax in Europe: An applied analysis of ACE and CBIT reforms. *Journal International Tax and Public Finance*, 18. Recuperado de <http://www.springerlink.com/link.asp?id=102915>
- DePencier Wright, N. (2016). *Tax considerations in the purchase & sale of an incorporated company*. Toronto, Canadá: Osgoode Hall Law School of York University. Recuperado de <https://www.wrightbusinesslaw.ca/wp-content/uploads/2016/07/Nick-Wright-Tax-Considerations-in-the-Purchase-Sale-of-an-Incorporated-Company-160724.pdf>
- Due, J. & Friedlander, A. F. (1990). *Análisis económico de los impuestos y del sector público*. Madrid, España: Editorial de Derecho Financiero.
- Durán Rojo, L. A. (2005). Alcances del deber de contribuir en el Perú. A partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista Análisis Tributario*, 17(211).
- Durán Rojo, L. A. (2006). La noción del deber constitucional de contribuir. Un estudio introductorio. En *Temas de derecho tributario y de derecho público*. Lima, Perú: Palestra.
- Dwenger, N. (2010). *Corporate income taxation and firms' investment and financing decisions*. Tesis sustentada en el Departamento de Economía de la Universidad Libre de Berlín. Recuperado de http://www.diss.fuberlin.de/diss/servlets/MCRFileNodeServlet/FUDISS_derivate_000000007158/Dwenger_Dissertation.pdf?hosts=local
- Egger, P., Eggert, W., Keuschnigg, C., & Winner, H. (2009). *Corporate taxation, debt financing and foreign-plant ownership*. Working Papers Series in Finance N° 107, University of St. Gallen, Department of Economics. Recuperado de <https://econpapers.repec.org/paper/usgdp2009/2009-01.htm>
- Egúsqüiza, M. A. (1990). *La configuración jurídica de las obligaciones negativas*. Serie Biblioteca de Derecho Privado. Barcelona, España: Bosch.

- Ehrhardt, M. & Brigham, E. (2007). *Finanzas corporativas*. 2ª ed. México D.F., México: Cengage Learning.
- Esteve, M. L. (1996). *El impuesto sobre sociedades en la Unión Europea*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Falcón y Tella, R. & Pulido Guerra, E. (2010). *Derecho fiscal internacional*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Farina, J. M. (1999). *Contratos comerciales modernos. Modalidades de contratación empresarial*. 2ª ed. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Farromeque Vélchez, M. (2001). *Teorías sobre la causa y su expresión en el derecho civil peruano*. Tesis para optar el grado académico de magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial. Lima, Perú: Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Fedele, A. (2001). La reserva de ley [traducción de Antonio Vásquez]. En *Tratado de derecho tributario, Tomo I, El derecho tributario y sus fuentes*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Feito-Ruiz, I. & Menéndez-Requejo, S. (2011). Valoración de las fusiones y adquisiciones por los accionistas adquirentes. *Universia Business Review*, primer trimestre, 50-64. Recuperado de <https://goo.gl/y8Fd7C>
- Fernández Cartagena, J. (2004). *El concepto de renta en el Perú*. Ponencia individual a las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Tributario. Lima, Perú: Instituto Peruano de Derecho Tributario. Recuperado de http://www.ipdt.org/editor/docs/07_VIIIJorIPDT_JFC.pdf
- Fernández Cartagena, J. (2005). Algunas reflexiones en torno al principio de reserva de ley. *Análisis Tributario*, 18(209).
- Ferreiro Lapatza, J. J. (2003). *Derecho financiero. Volumen I*. 23ª ed. Madrid, España: Marcial Pons.
- Gamba Valega, C. (2003). Notas para un estudio de la reserva de ley en materia tributaria. En *Tratado de derecho tributario*. Lima, Perú: Palestra.
- Gamba Valega, C. (2004). La extensión de la reserva de ley en el ámbito tributario. *Análisis Tributario*, 17(196-197).
- García Belsunce, H. (1966). *El concepto de rédito en la doctrina y en el derecho tributario*. Buenos Aires, Argentina: Depalma.

- García Bueno, M. C. (2002). El principio de capacidad contributiva como criterio esencial para una reforma fiscal. En *Conceptos de reforma fiscal*. México D.F., México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).
- García García, A. & Zavala Rubach, D. (2009). *Derecho y economía*. México D.F., México: Oxford University Press y Centro de Investigación y Docencia Económica (CIDE).
- García Martín, A. M. (2008). La sociedad anónima. Los dividendos. *Revista CIMBRA*, 379.
- García Mullín, R. (1978). *Impuesto sobre la renta: teoría y técnica del impuesto*. Buenos Aires, Argentina: Centro Interamericano de Estudios Tributarios (CIET).
- García Novoa, C. (2000). *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*. Madrid, España: Marcial Pons.
- García Novoa, C. (2011). La concepción actual de los principios tributarios. En *Tópicos contemporáneos: homenaje al profesor Paulo de Barros Carvalho*. Lima, Perú: Instituto Brasileiro de Derecho Tributario y Grijley.
- García Prats, F. A., García Moreno, A., & Montesinos Oltra, S. (2010). *Tributación empresarial. Esquemas y supuestos prácticos*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- García Vizcaíno, C. (1996). *Derecho tributario. Tomo I. Consideraciones jurídicas y económicas*. 1ª ed. Buenos Aires, Argentina: Depalma.
- Garrigues, J. (1947). *Curso de derecho comercial y formas sociales de uniones de empresas*. *Revista de Derecho Comercial*, 1-2, 51-60.
- Garrigues, J. (1976). *Teoría general de las sociedades mercantiles*. *Revista de Derecho Mercantil*, 142.
- Gitman, L. & Joehnk, M. (2005). *Fundamentos de inversiones*. Madrid, España: Pearson Educación.
- Giuliani Fonrouge, C. M. (2001). *Derecho financiero. Volumen I y II*. 7ª ed. Buenos Aires, Argentina: Depalma.
- Giuliani Fonrouge, C. M. & Navarrine, S. C. (1973). *Impuesto a la renta. Comentario de la Ley del Impuesto a los Réditos*. Buenos Aires, Argentina: Depalma.
- González García, E. (1997). La interpretación de las normas tributarias. En *Cuadernos de jurisprudencia tributaria*. Pamplona, España: Aranzadi.

- González-Espejo, P. & Zambrini, M. (2003). Una aproximación al régimen jurídico de las ofertas públicas de adquisición de valores en Brasil. *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, 4, 58-73. Recuperado de <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/ofertas-adquisicion-valores-brasil-178679>
- González Esteban, E. (2007). La teoría de los stakeholders. *Veritas, Revista de Filosofía y Teología*, 17.
- Graetz, M. J. & Warren, A. Jr. C. (2007). Dividend taxation in Europe: When the ECJ makes tax policy. *Common Market Law Review*, 44(1577). Recuperado de http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Faculty/Graetz_Dividend_Taxation.pdf
- Grellaud, G. D. (2006). La ganancia empresarial y el impuesto a la renta en el Perú. En *Homenaje a Armando Zolezzi Möller, "Temas de Derecho Tributario y de Derecho Público"*. 1ª ed. Lima, Perú: Palestra.
- Gutiérrez Lousa, M. & Rodríguez Ondarza, J. A. (2005). Los incentivos fiscales a la internacionalización de la empresa española. En *Nuevas tendencias en economía y fiscalidad internacional*. N° 825. Madrid, España: ICE.
- Harberger, A. C. (1962). The incidence of corporation income tax. *The Journal of Political Economy*, 70(3), 215-240. Recuperado de https://www.jstor.org/stable/1828856?seq=1#page_scan_tab_contents
- Harris, L. (2007, 14 de noviembre). Your taxes: Loans used to pay dividends. The Israeli business and tax world has recently been watching with amazement how to have it both ways. *The Jerusalem Post*. Recuperado de <http://www.jpost.com/LandedPages/PrintArticle.aspx?id=81907>
- Helminen, M. (1999). *The dividend concept in international tax Law. Dividend payments between corporate entities*. Kluwer Law International. Londres, Reino Unido: Series on International Taxation.
- Hensel, A. (2005). *Derecho tributario*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Hernández Berenguel, L. (1994). Impuesto a la renta de personas naturales. Forum: Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta (D.S. 122-94-EF). *Cuadernos Tributarios*, 18, 9-22. Recuperado de http://www.ifaperu.org/uploads/articles/104_01_CT18_LHB.pdf
- Hernández Berenguel, L. (2002). Algunas consideraciones sobre el principio de causalidad en el impuesto a la renta. *Ius Et Veritas*, 13(25), 297-303. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16215/16632>

- Hines, J. R. (2001). *Corporate taxation*. Michigan, MI: Universidad de Michigan y NBER. Recuperado de <https://www.bus.umich.edu/otpr/WP2001-6paper.pdf>
- Holmes, K. (2001). *The concept of income: A multi-disciplinary analysis*. Ámsterdam, Países Bajos: International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD) Publications.
- Horne, J. Van & Wachowicz, J. (1994). *Fundamentos de administración financiera*. 8ª ed. México D.F., México: Prentice Hall.
- Hundskof Exebio, O. (2009). *Manual de derecho societario*. Lima, Perú: Editora Jurídica Grijley.
- IE Business School. (2015). *Los contratos de M&A en España*. Recuperado de https://www.ie.edu/business/centros/Proyectos/Informe%20Estudio%20MA_definitivo%2024112015.pdf
- Iglesias Ferrer, C. (2000). *Derecho tributario. Dogmática general de la tributación*. Lima, Perú: Editorial Gaceta Jurídica.
- Instituto de Estudios Fiscales. (1975). *Informe Carter de la Real Comisión de Investigación sobre Fiscalidad de Canadá*. Royal Commission on Taxation.
- IPDT (Instituto Peruano de Derecho Tributario). (2016). *Ámbito de aplicación del impuesto a la renta en el Perú. VIII Jornadas Nacionales de Derecho Tributario llevada a cabo en Lima, Perú*. Recuperado de http://www.ipdt.org/editor/docs/07_VIIIorIPDT_JFC.pdf
- Jarach, D. (1996). *Finanzas públicas y derecho tributario*. 2ª ed. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- Jarach, D. (2004a). *El hecho imponible. Teoría general del derecho tributario sustantivo*. Reimpresión de la 3ª ed. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- Jarach, D. (2004b). *Finanzas públicas y derecho tributario*. 3ª ed. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- Kanashiro, L. E., Lora del Águila, A. M., Mesía, M., & Villanueva, C. (2012). *Las tomas de control empresarial y las ofertas públicas de adquisición: análisis comparativo del Perú con otros mercados*. Tesis para optar el grado de magíster en Administración por la Universidad ESAN. Recuperado de <http://cendoc.esan.edu.pe/fulltext/tesis/ma2012/matp4720129.pdf>
- Kramer, J. D. (1995). German tribunal rules expenses related to foreign dividends are deductible. *Tax Notes International Magazine. Tax Analysts*, 10.

- La Porta, R., Lopez de Silanes, F., Shleifer, A., & Vishny, R. (1998). Law and finance. *Journal of Political Economy*, 106(6). Recuperado de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=139134
- Lazo del Castillo, W. (2015). ¿Incentivando el mercado de control societario en el mercado de valores peruano? Consideraciones sobre la obligatoriedad de formular una oferta pública de adquisición (OPA) en el Perú: una aproximación teórica desde las fusiones y adquisiciones y evidencia empírica. Tesis para obtener el título de abogado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado de <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/6317?show=full>
- León Pinedo, S. (2010). Nuevas formas de imposición a la renta. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, 50.
- Liccardo, G. (2001). Introducción al estudio del derecho tributario. En *Tratado de derecho tributario*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Loayza Jordán, F. (2016). *Tratamiento tributario de los acuerdos de no competencia*. Recuperado de <http://ius360.com/publico/tributario/tratamiento-tributario-de-los-acuerdos-de-competencia/>
- Lorenzetti, R. (1999). *Tratado de los contratos. Tomo I*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Lorenzo, A. & Yerise, M. (2007). *Tratado del impuesto a las ganancias*. 2ª ed. Buenos Aires, Argentina: Errepar.
- Luque Bustamante, J. (1998). El impuesto al patrimonio neto personal y los principios de imposición fiscal. Ponencia general a la "I Jornadas Nacionales de Derecho Tributario, llevado a cabo en Lima, Perú, en el mes de noviembre. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, 17.
- Luqui, J. C. (1993). *Derecho constitucional tributario*. Buenos Aires, Argentina: Depalma.
- Lyons, S. (1996). *International tax glossary*. 3ª ed. Ámsterdam, Países Bajos: The International Bureau of Fiscal Documentation, IBFD Publications.
- Mahr, B. (2004). *Comparison of US, UK and German corporate income tax system with respect to dividend relief*. Berlín, Alemania: GRIN Verlag.
- Manne, H. G. (1965). Mergers and the market for the corporate control. *The Journal of Political Economy*, 73(2), 110-120. Recuperado de <https://are.berkeley.edu/~cmantineri/prclass/Manne.pdf>

- Maquieira, C. & Godoy, R. (2000). Evolución de las OPAs en Chile y su regulación: compitiendo por el control corporativo. *Revista Economía & Administración*, 137, 30-38. Recuperado de <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/127463/137%20Compitiendo%20por%20el%20Control%20Corporativo%20Maquieira.pdf?sequence=1>
- Martín Ámez, F. (1999). *Diccionario de contabilidad y finanzas*. Madrid, España: Cultural S.A.
- Martín Queralt, J., Lozano Serrano, C., & Poveda Blanco, F. (2007). *Derecho tributario*. 12ª ed. Navarra, España: Thomson-Aranzadi.
- Martín, J. (1994). *Impuesto a las ganancias. Análisis integral, técnico y práctico*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Tributaria.
- Masbernat Muñoz, P. (2010). El principio de capacidad económica como principio jurídico material de la tributación: su elaboración doctrinal y jurisprudencial en España. *Revista Ius et Praxis*, 16(1313).
- Medina, J. P. & Valdés, R. (1998). *Liquidez y decisiones de inversión en Chile: evidencia en sociedades anónimas*. Documentos de Trabajo del Banco Central de Chile N° 25. Recuperado de <http://www.bcentral.cl/eng/studies/working-papers/pdf/DTBC25A.PDF>
- Medrano Cornejo, H. (2002). Nuevo régimen del impuesto a la renta sobre dividendos. *Advocatus, Nueva Época*, 7(2).
- Medrano Cornejo, H. (2008). Hecho imponible y objeto del tributo. En *El tributo y su aplicación: perspectivas para el siglo XXI*. Buenos Aires, Argentina: Marcial Pons.
- Medrano Cornejo, H. (2015, 25 de noviembre). Renta y obligaciones de no hacer. *El Comercio*. Recuperado de <https://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/renta-obligaciones-humberto-medrano-205038>
- Mileti, M., Berri, A. M., & Fanucci, G. (2004). El valor de la empresa y la contabilidad. En *Novenas Jornadas "Investigaciones en la Facultad" de Ciencias Económicas y Estadística, Instituto de Investigaciones Teóricas y Aplicadas*. Santa Fe, Argentina: Universidad Nacional del Rosario.
- Ministerio de Economía y Finanzas. (2017). Tribunal Fiscal. Recuperado de <https://www.mef.gob.pe/es/tribunal-fiscal>
- Mitchell, K. (1983). Taxation of corporate income. *Economic Review*, setiembre-octubre. Recuperado de <http://www.kansascityfed.org/PUBLICAT/ECONREV/EconRevArchive/1983/3-4q83mitc.pdf>

- Muñoz Berger, C. (1978). El concepto de renta fiscal. *Revista de Economía Política*, 78.
- Neumark, F. (1994). *Principios de la imposición*. 2ª ed. Madrid, España: Ministerio de Hacienda y Centro de Publicaciones del Instituto de Estudios Fiscales (IEF).
- Omar Fernández, L. (2002). *Imposición sobre la renta personal y societaria*. Buenos Aires, Argentina: La Ley, Fondo Editorial de Derecho y Economía.
- Omar Fernández, L. (2004). Impuesto a la renta. Estructura y efectos económicos. En *Tratado de tributación, Tomo II, Volumen 1, "Política y economía tributaria"*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD). (2011). *Taxation of corporate and capital income. Parte II*. Recuperado de <https://www.oecd.org/ctp/tax-policy/corporate-and-capital-income-tax-explanatory-annex.pdf>
- Ossorio, M. (s.f.). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. 1ª ed. electrónica. Recuperado de https://conf.unog.ch/tradfrweb/Traduction/Traduction_docs%20generaux/Diccionario%20de%20Ciencias%20Juridicas%20Politicas%20y%20Sociales%20-%20Manuel%20Ossorio.pdf
- Ossorio y Florit, M. (1984). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Buenos Aires, Argentina: Heliasta.
- Påhlsson, R. (2003). The notion of net income: Drawing the line between professional and personal expenses. *Scandinavian Studies In Law*, 44.
- Paredes Gómez, R. (2005). *Neutralidad fiscal en la elección de la forma jurídica y el tamaño de la empresa. Aproximación empírica y propuestas de la imposición empresarial en España*. Almería, España: Universidad Complutense de Madrid, Departamento de Hacienda Pública y Sistema Fiscal.
- Payet, J. A. (2009). Reflexiones sobre el contrato de compraventa de empresas y la responsabilidad del vendedor. *Revista Ius Et Veritas*, 39, 66-100. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/12169/12734>
- Pérez Royo, F. (2007). *Derecho financiero y tributario. Parte general*. 17ª ed. Pamplona, España: Thomson-Civitas.
- Pesaque Mujica, A. (2007). Operaciones de financiamiento en el Perú: un repaso general a la luz de las finanzas corporativas. *Themis, Revista de Derecho*, 54.

- Pfeffer Urquiaga, F. (2001). Nueva regulaciones en las tomas de control y oferta pública de adquisición de acciones. *Revista Chilena de Derecho*, 28(1).
- Pivateau, G. (2008). Putting the blue pencil down: An argument for specificity in noncompete agreements. *Nebraska Law Review*, 84(3).
- Plumb, W. (1971). The federal income tax significance of corporate debt: A critical analysis and a proposal. *Tax Law Review*, 26(3). Recuperado de <http://www.worldcat.org/title/federal-income-tax-significance-of-corporate-debt-a-critical-analysis-and-a-proposal/oclc/18458624>
- RAE (Real Academia Española). (2016). *Diccionario del español jurídico*. Recuperado de <http://dej.rae.es>
- RAE (Real Academia Española). (2017). *Diccionario de la lengua española: control*. Recuperado de <http://dle.rae.es/?id=AeYZ09V>
- Raimondi, C. & Atchabahian, A. (2000). *Impuesto a las ganancias*. 3ª ed. Buenos Aires, Argentina: Depalma.
- Rajmilovich, D. (2006). *Manual del impuesto a las ganancias*. Buenos Aires, Argentina: Editorial La Ley.
- Ramírez Cardona, A. (1985). *Derecho tributario, sustancial y procedimental*. 3ª ed. Bogotá, Colombia: Temis.
- Ramos Angeles, J. A. (2010a). La función hermenéutica de la analogía en derecho tributario. Reflexiones en torno a la integración normativa y la interpretación jurídica a la luz de la reserva de ley. *Revista DECIR*, 1(1).
- Ramos Angeles, J. A. (2010b). Reflexiones sobre la analogía y la interpretación en derecho tributario. Acerca de la función hermenéutica de la analogía en el ordenamiento jurídico. *Revista Foro Jurídico*, 11.
- Ramos Angeles, J. A. (2013). Un repaso a la afectación con el IGV de los servicios prestados por las asociaciones sin fines de lucro a sus asociados: a propósito del carácter empresarial del impuesto. *Revista Caballero Bustamante*, 771.
- Ranelletti, O. (2007). *Derecho de la hacienda pública*. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario, Temis.
- Reig, E. (2006). *Impuesto a las ganancias*. 11ª ed. Buenos Aires, Argentina: Macchi.
- Roberts, A., Wallace, W., & Moles, P. (2010). *Mergers and acquisitions*. Edimburgo, Reino Unido: Edinburgh Business School, Heriot-Watt University. Recuperado de <https://www.ebsglobal.net/EBS/media/EBS/PDFs/Mergers-Acquisitions-Course-Taster.pdf>

- Rodríguez Piza, J. (2003). Capacidad económica como principio del sistema tributario. *Revista de Derecho Fiscal*, 1. Universidad del Externado de Colombia, Bogotá.
- Rohatgi, R. (2008). *Principios básicos de tributación internacional*. Bogotá, Colombia: Legis.
- Rosembuj, T. (1989). *Elementos de derecho tributario II*. Barcelona, España: Promociones y Publicaciones Universitarias (PPU).
- Ross, S. A., Westerfield, R., & Jordan, B. (2010). *Fundamentos de finanzas corporativas*. 9ª ed. México D.F., México: McGraw-Hill.
- Rubio Correa, M. (1999a). *El sistema jurídico*. Introducción al derecho. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Rubio Correa, M. (1999b). *Estudio de la Constitución Política del Perú de 1993. Tomo III*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Saíñz de Bujanda, F. (1966). Naturaleza del hecho imponible. En *Hacienda y Derecho, Volumen IV*. Madrid, España: IEP.
- Sala-I-Andrés, A. M. (2000). *Las O.P.A.s obligatorias ordinarias*. Barcelona, España: Bosch.
- Sánchez Calero, F. (1971). *Consideraciones generales sobre las ofertas públicas de adquisiciones de acciones*. Boletín de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Ávila.
- Santos Jiménez, N. (1998). El costo del capital en la toma de decisiones. *Industrial Data, Revista de la Facultad de Ingeniería Industrial*, 1(2).
- Saulsbury, A. O. IV. (2012). Devil inside the deal: An examination of Louisiana non-compete agreements in business acquisitions. *Tulane Law Review*, 86, 713-757. Recuperado de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1906427
- Schindel, A. (2004). Conceptos y especies de tributos. En *Tratado de tributación, Tomo I, derecho tributario, Volumen I*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Schön, W., Schreiber, U., & Spengel, C. (2008). *A common consolidated corporate tax base for Europe*. Berlín, Alemania: Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law y Heidelberg Verlag.

- Seminario Dapello, A. (1994). *Temas financieros sobre impuestos*. Lima, Perú: Cultural Cuzco y Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.
- Silveira Difini, L. F. (2008). *Manual de direito tributario*. 4ª ed. Sao Paulo, Brasil: Saraiva.
- Simón Acosta, E. (1984). Ingresos, gastos e incrementos de patrimonio en el I.R.P.F. En *Comentarios a las leyes tributarias y financieras, Tomo III*. Madrid, España: Edersa.
- Soler, O. H. (2005). *Derecho tributario*. 2ª ed. Buenos Aires, Argentina: Editorial La Ley.
- Stiglitz, J. E. (1973). Taxation, corporate financial policy and the cost of capital. *Journal of Public Economics*, 2, 1-34. North-Holland Publishing Company, Yale University, Conneticut.
- Sunat (Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria). (2015a). *Informe N° 069-2015-SUNAT/5D0000*. Recuperado de <http://www.sunat.gob.pe/legislacion/oficios/2015/informe-oficios/i069-2015.pdf>
- Sunat (Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria). (2015b). *Informe N° 093-2015-SUNAT/5D0000*. Recuperado de <http://www.sunat.gob.pe/legislacion/oficios/2015/informe-oficios/i093-2015.pdf>
- Sunat (Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria). (2016a). *Informe N° 076-2016-SUNAT/5D0000*. Recuperado de <http://www.sunat.gob.pe/legislacion/oficios/2016/informe-oficios/i076-2016.pdf>
- Sunat (Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria). (2016b). *Informe N° 096-2016-SUNAT/5D0000*. Recuperado de <http://www.sunat.gob.pe/legislacion/oficios/2016/informe-oficios/i096-2016.pdf>
- Svarcic, K. (1999). *El sistema tributario peruano. Propuesta para el 2000*. Primer Congreso Institucional realizado entre el 16 al 18 de noviembre. Lima, Perú: IPDT, IFA e IPIDET. Recuperado de http://www.ifaperu.org/uploads/articles/24_00_CT26_IFA-Peru.pdf
- Trial Court Law Libraries. (1962). *Paul L. Tobin & another vs. William P. Cody, Senior, & others*. Commonwealth of Massachusetts, Essex County. Recuperado de <http://masscases.com/cases/sjc/343/343mass716.html>
- Trial Court Law Libraries. (1969). *United Tool and Industrial Supply CO., Inc. & another vs. Anthony Torrisi & others*. Commonwealth of Massachusetts, Essex County. Recuperado de <http://masscases.com/cases/sjc/356/356mass103.html>

- Uckmar, V. (2002). *Principios comunes del derecho constitucional tributario*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Valdés Costa, R. (2001). *Curso de derecho tributario*. 3ª ed. Bogotá, Colombia: Temis.
- Vanko, K. J. (2002). You're fired! And don't forget your non-compete: The enforceability of restrictive covenants in involuntary discharge cases. *DePaul Business & Comercial Law Journal*, 1(1). Recuperado de <http://via.library.depaul.edu/bclj/vol1/iss1/2>
- Vega Brown, A. (2009). Conceptualización del valor. *Revista de Finanzas*, 5. Facultad de Administración y Economía de la Universidad de Chile.
- Veiras, A. & Paulone, H. (2003). Resultados financieros. *Enfoques*, 9.
- Veljanovski, C. (2006). *The economics of law*. 2ª ed. Londres, Reino Unido: The Institute of Economic Affairs (IEA).
- Villanueva González, M. (2004). *Las rentas empresariales*. Ponencia individual a las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Tributario. Lima, Perú: Instituto Peruano de Derecho Tributario. Recuperado de http://www.ipdt.org/editor/docs/12_VIIIJorIPDT_MVG.pdf
- Villegas, C. M. & Villegas, C. G. (2001). *Aspectos legales de las finanzas corporativas*. Madrid, España: Dykinson.
- Villegas, H. B. (2002). *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. 8ª ed. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Vogel, K. (1984). Obstáculos fiscales a las inversiones extranjeras. En *Cahiers de Droit Fiscal International (IFA Cahiers)*, Volumen 69. XXXVIII Congreso Anual de la IFA llevado a cabo en Buenos Aires.
- Weichenrieder, A. J. (2005). *(Why) Do we need corporate taxation?* CESIFO Working Paper N° 1495. Frankfurt, Alemania: Johann Wolfgang Goethe University, Faculty of Economics and Business Administration.
- Wilson, J. D. (1999). Theories of tax competition. *National Tax Journal*, 52(2). ABI/INFORM Global, Canadá.
- Zbroj, J. & Kovačovič, D. (2010). *Dividend financing is now clear: A landmark ruling of the Supreme Administrative Court*. *Tacoma Tax*. Recuperado de <http://www.czechmarketplace.cz/en/2586.dividend-financing-is-now-clear-a-landmark-ruling-of-the-supreme-administrative-court>.

- Zozaya González, N. (2007). *Las fusiones y adquisiciones como fórmula de crecimiento empresarial*. Madrid, España: Dirección General de Política de la Pequeña y Mediana Empresa. Recuperado de <http://www.ipyme.org/Publicaciones/Las%20fusiones%20y%20adquisiciones%20como%20formula%20de%20crecimiento%20empresarial.pdf>
- Zunzunegui, F. (2000). *Derecho del mercado financiero*. 2ª ed. Madrid, España: Marcial Pons.
- Zuzunaga, F. & Zegarra, J. C. (2004). *El impuesto a la renta sobre las ganancias de capital obtenidas en la enajenación de inmuebles*. VIII Jornadas Nacionales de Derecho Tributario, IPDT, Lima. Recuperado de <http://www.zyaabogados.com/administrador/assets/uploads/files/e1eff-VIII-Jornadas-nacionales---El.pdf>

Anexos

- 1. Metodología de la investigación**
- 2. Informe N° 069-2015-SUNAT/5D0000**
- 3. Informe N° 093-2015-SUNAT/5D0000**
- 4. Informe N° 096-2016-SUNAT/5D0000**
- 5. Informe N° 076-2016-SUNAT/5D0000**

Metodología de la investigación

En el presente acápite se describe el marco metodológico por el cual se define el tipo y el diseño de la investigación, así como el tipo de recolección de datos sobre las variables de estudio.

Para esta investigación se utilizará una metodología analítico-descriptivo-explicativa. Método de descripción del problema y análisis mediante fuentes de primera mano y doctrina. Se utilizará la experiencia legal y jurisprudencial nacional como base del planteamiento de algunos razonamientos o de ejemplificación de ideas.

1. Identificación del problema

El problema que estamos presentando resulta sumamente trascendental no solo en lo tributario, sino también en lo financiero y económico.

En cuanto a lo primero, la autoridad fiscal ha venido objetando, en la actualidad, el tratamiento tributario dado a este tipo de acuerdos; afirma que no se tratarían de rentas de segunda sino de tercera categoría, por lo que se genera un sobre costo fiscal conformado por el adicional 23% de imposición, los intereses y la multa tributaria (es equivalente al 50% del tributo omitido, con lo cual el transferente de las acciones soporta una carga efectiva adicional que asciende a casi el 40%).

Con respecto a lo segundo, resulta claro que en este tipo de operaciones de venta de negocios, ambas partes toman en cuenta la carga tributaria de la operación al estructurar precios de venta e incluso pactan la asunción o no asunción de las obligaciones tributarias por parte de uno u otro contratante. La posición de la autoridad tributaria terminaría impactando en estas previsiones pues pueden suceder dos situaciones:

- (i) el IR no previsto disminuye de tal forma la utilidad del transferente, que vuelve ineficiente la operación e incluso impide su concreción y
- (ii) el adquirente, quien asume el IR del transferente, se ve impactado por el IR no proyectado, se incrementan sus costos e incluso el financiamiento para la adquisición, resulta ineficiente, de haber optado por él.

En cuanto a lo económico, una carga fiscal del 28% en comparación con el 5%, como sostendría la autoridad tributaria, es un desincentivo a la venta de acciones, todo lo cual supone limitar la movilidad del capital y el natural funcionamiento de la competencia, lo que resta eficiencia en el mercado.

En consecuencia, esta investigación se ve justificada pues luego de plantear el problema y concluir el tratamiento fiscal que legalmente resulte adecuado a estas operaciones, más allá de la opinión del fisco, se podrá brindar una solución práctica a estas controversias de actualidad.

2. Alcances de la investigación

La investigación que proponemos busca plantear el debate sobre un problema fiscal que en la actualidad viene impactando en las operaciones de fusiones y adquisiciones de empresas, sobre todo cuando el vendedor (accionista) es una persona natural.

En efecto, existe una controversia en la actualidad sobre el tipo de renta en el que se encuentran gravadas las retribuciones a personas naturales por acuerdo de no competencia, en la transferencia de acciones y adquisiciones de negocios —obligación del transferente de no invertir como accionista de empresas que compitan o puedan competir con la sociedad adquirida— es de segunda o tercera categoría. El debate es de gran relevancia porque si se consideran rentas de segunda categoría, la carga fiscal imponible es de 5%; en cambio, si se trata de rentas de tercera categoría, la carga es equivalente al 28% sobre la renta neta, además de una serie de complicaciones formales.

Esto supone un problema de envergadura, puesto que hablamos de aproximadamente un 23% de diferencia en el impacto tributario sobre personas naturales, sobre todo cuando la base imponible es por lo general alta, lo que sucede habitualmente en este tipo de acuerdos que complementan la venta de empresas.

Por consiguiente, esta investigación examinará primariamente la naturaleza y características de los acuerdos de no competencia pactados en una transferencia de acciones, con el fin de establecer un modelo de estudio para analizar su tratamiento tributario.

Luego, se planteará si las retribuciones de este tipo de acuerdos se encuentran comprendidas como rentas gravadas en el IR; por ende, el primer paso es determinar si estas sumas califican en el concepto de renta previsto por nuestra legislación, sobre la base de las tres principales teorías que la doctrina ha desarrollado (renta producto, flujo de riqueza y consumo más incremento patrimonial).

A continuación, en caso se convenga en que sí se encuentran gravadas estas sumas con el IR, por calificar en el concepto legal de renta, se utilizarán la legislación, doctrina y jurisprudencia para determinar si el tratamiento fiscal aplicable debe ser el de una renta de segunda o de tercera categoría, lo que supone distinguir si la obligación de no hacer en referencia consiste en un no hacer actividad empresarial.

Finalmente, la investigación establecerá cómo se debe determinar la base imponible de las rentas por acuerdos de no competencia, ya sea que se encuentre gravada como segunda o tercera categoría, según se determine en el transcurso de la investigación.

En todos los casos, se contrastarán los resultados de nuestra investigación legal, jurisprudencial y doctrinaria con la afirmación del fisco de que estamos ante rentas afectas de tercera categoría, según lo ha expresado en informes publicados entre los años 2015 y 2016.

3. Los objetivos general y específicos

El objetivo general de esta investigación es determinar el tratamiento tributario en el Impuesto a la Renta (IR) de las retribuciones pagadas a personas naturales por obligaciones de no hacer, consistentes en acuerdos de no competencia.

Para este propósito se analizarán, en el contexto de la venta de sus acciones para el traspaso de empresas, los siguientes objetivos específicos:

- Identificar, caracterizar y evaluar la naturaleza jurídica de los acuerdos de no competencia, en la venta de sus acciones para el traspaso de empresas.
- Determinar si las retribuciones a personas naturales como contraprestación por la celebración de acuerdos de no competencia, en el contexto de la venta de sus acciones para el traspaso de empresas, se encuentran comprendidas en el concepto de renta previsto por la legislación peruana del Impuesto a la Renta y, consecuentemente, si están afectas a dicho tributo.
- De encontrarse gravadas con el IR, determinar en qué categoría de renta se afectan estas retribuciones, así como el tratamiento tributario adecuado.
- De encontrarse gravadas con el IR, establecer la forma idónea de determinar la base imponible en este tipo de operaciones.
- Evaluar la idoneidad o insuficiencia de la interpretación jurídica realizada por la administración tributaria sobre el tema.

Informe N° 069-2015-SUNAT/5D000



MATERIA:

Se plantea el supuesto de una persona natural domiciliada en el Perú que transfiere sus acciones en una sociedad constituida en el país que realiza actividad empresarial, a favor otra; y que suscribe un "Acuerdo de No Competencia", por el que recibirá una retribución a cambio de no realizar, directa o indirectamente, a favor de algún tercero (empresa o individuo) que se dedique parcial o totalmente a la misma actividad ejecutada por la sociedad cuyas acciones se transfieren, lo siguiente:

- a) Ser accionista, directa o indirectamente, de una sociedad de cualquier tipo societario que se dedique parcial o totalmente a la actividad desarrollada por la sociedad transferida.
- b) Llevar a cabo negocios con clientes de la sociedad transferida o persuadirlos de que reduzcan o finalicen su relaciones comerciales con la misma.
- c) Emplear o asistir a otra entidad para iniciar una relación laboral con colaboradores de la sociedad transferida.
- d) Prestar a algún cliente servicios iguales o similares a los prestados por la sociedad transferida.
- e) Ejercer el cargo de gerente o director en sociedades que se dediquen parcial o totalmente a la misma actividad desarrollada por la sociedad transferida.
- f) Mantener una relación laboral o llevar a cabo actividades de consultoría a favor de sociedades que se dediquen parcial o totalmente a la misma actividad desarrollada por la sociedad transferida.

Al respecto, se consulta lo siguiente:

1. ¿Bajo qué categoría del Impuesto a la Renta deberán considerarse los pagos que serían recibidos por la persona natural domiciliada con respecto a obligaciones de no hacer pactadas en un Acuerdo de No Competencia?
2. Teniendo en cuenta la respuesta a la consulta anterior, ¿cuál sería la tasa del Impuesto a la Renta aplicable?

**BASE LEGAL:**

- Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado por el Decreto Supremo N.º 179-2004-EF, publicado el 8.12. 2004 y normas modificatorias (en adelante, "LIR").

ANÁLISIS:

1. Respecto a la primera consulta, el inciso f) del artículo 24° de la LIR establece que son rentas de segunda categoría las sumas o derechos recibidos en pago de obligaciones de no hacer, salvo que dichas obligaciones consistan en no ejercer actividades comprendidas en la tercera, cuarta o quinta categoría, en cuyo caso las rentas respectivas se incluirán en la categoría correspondiente.

De la norma citada, se tiene que, en principio, las prestaciones económicas recibidas por el cumplimiento de obligaciones de no hacer son consideradas como rentas de segunda categoría; excepto si el objeto de dichas obligaciones es no ejercer actividades generadoras de rentas de la tercera, cuarta o quinta categoría, en cuyo caso, aquellos ingresos calificarán como rentas de estas categorías, según corresponda.

Ello se justifica en que el ingreso generado por el no desarrollo de actividades reemplaza el ingreso que se hubiera generado de haberse llevado a cabo tales actividades.

2. Por su parte, en relación con los "Acuerdos de No Competencia", la doctrina señala que cuando se produce el traspaso de una empresa a un tercero normalmente el comprador pedirá que el vendedor no compita¹ con él y llegarán a un acuerdo²; y que cuando un negocio es vendido el comprador suele requerir al vendedor una cláusula que lo obligue a no competir con él. Si el vendedor continúa compitiendo podría llevarse a toda la clientela y en tal circunstancia el valor del negocio se reduciría considerablemente. Por lo tanto, conviene al vendedor como al comprador que un pacto de no competencia como el señalado sea jurídicamente obligatorio: contribuye a dar valor al negocio³.

¹ El término competir alude a un dicho de dos o más personas: Contender entre sí, aspirando unas y otras con empeño a una misma cosa (<http://lema.rae.es/drae/?val=competir>).

² Rubio Correa, Marcial. (1999). *Estudio de la Constitución Política del Perú de 1993*. Tomo III. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Primera edición. Pág. 272.

³ WHISH, Richard y SUFRIN, Brenda. Citados por Rubio Correa, Marcial. *Ibidem*.



De lo antes señalado fluye que, en general, el compromiso de no competencia que se pacta en los acuerdos en cuestión consiste fundamentalmente en la abstención de desarrollar actividades económica que concurren con las de la empresa materia del traspaso, lo cual supone el impedimento para el transferente de participar, en competencia, en el mismo mercado, con bienes o servicios iguales o similares a los producidos por la empresa objeto del traspaso.

Vale decir, que mediante los acuerdos en cuestión quien transfiere la empresa asume el compromiso de no incursionar en la misma actividad económica que desarrolla la empresa que se traspasa o, en todo caso, en actividades conexas o vinculadas o que de alguna manera sean competitivas con la de esta; por lo que su contenido principal es el impedimento para el transferente de realizar directa o indirectamente, a través de personas naturales y/o jurídicas, la misma actividad económica de la empresa materia del traspaso, o actividades similares, vinculadas o competitivas con la de esta.

3. Ahora, si bien el Acuerdo de No Competencia a que se refiere el supuesto de la consulta específica una serie de compromisos, todos ellos están orientados, finalmente, a que la persona natural domiciliada en el Perú que transfiere sus acciones en una sociedad constituida en el país, a favor otra, no realice, directa o indirectamente, la misma actividad económica empresarial de la sociedad cuyas acciones se transfieren, o actividades similares, vinculadas o competitivas con la de esta.

En ese sentido, se puede afirmar que en la medida que el objeto del Acuerdo de No Competencia a que se refiere el supuesto de la presente consulta es, en buena cuenta, establecer la obligación de no ejercer, directa o indirectamente, la misma actividad económica empresarial de la sociedad cuyas acciones se transfieren, o actividades similares, vinculadas o competitivas con la de esta, en aplicación de lo dispuesto en el inciso f) del artículo 24° de la LIR, la retribución correspondiente a dicha obligación de no hacer califica como renta de tercera categoría.

4. En cuanto a la segunda consulta, el artículo 55° de la LIR establece que el impuesto a cargo de los perceptores de rentas de tercera categoría domiciliadas en el país se determinará aplicando sobre su renta neta las tasas siguientes:

Ejercicios gravables	Tasas
2015 – 2016	28%
2017 – 2018	27%
2019 en adelante	26%



En ese sentido, toda vez que la renta generada por el cumplimiento de la obligación de no hacer establecida en el Acuerdo de No Competencia a que se refiere el supuesto de la presente consulta, califica como renta de tercera categoría, la tasa del Impuesto a la Renta aplicable actualmente es del 28%.

CONCLUSIONES:

1. En el caso de una persona natural domiciliada en el Perú que transfiere sus acciones en una sociedad constituida en el país que realiza actividad empresarial, a favor otra; y que suscribe un “Acuerdo de No Competencia”, por el que recibirá una retribución a cambio de no realizar la misma actividad económica empresarial de la sociedad cuyas acciones se transfieren, o actividades similares, vinculadas o competitivas con la de esta, la retribución correspondiente a dicha obligación de no hacer califica como renta de tercera categoría.
2. La tasa del Impuesto a la Renta aplicable actualmente a la renta generada por el cumplimiento de la obligación de no hacer a que se refiere el numeral precedente es del 28%.

Lima, 11 de mayo de 2015

Original firmado por
ENRIQUE PINTADO ESPINOZA
Intendente Nacional (e)

Intendencia Nacional Jurídica
SUPERINTENDENCIA NACIONAL ADJUNTA DE DESARROLLO
ESTRATÉGICO

rap
CT0269-2015 CT0273-2015
IMPUESTO A LA RENTA – Rentas por obligaciones de no hacer.

Informe N° 093-2015-SUNAT/5D0000



MATERIA:

Se plantea el supuesto de una persona natural domiciliada en el Perú que siendo accionista mayoritario de una sociedad constituida en el país que realiza actividad empresarial, transfiere sus acciones a favor de una persona jurídica extranjera; y que suscribe un Convenio de Obligación de No Hacer por el que recibirá una compensación económica por una sola vez, a cambio de no invertir en acciones y/o participaciones representativas del capital social de personas jurídicas domiciliadas en el Perú que compitan, directa o indirectamente, con los negocios que realiza la sociedad cuyas acciones transfiere, durante un plazo determinado.

Dicho convenio no incluye restricción alguna para que la persona natural pueda realizar todo tipo de actividades empresariales ni comprende limitaciones para que pueda prestar servicios personales de algún tipo, sea bajo la modalidad dependiente o independiente.

Al respecto, se consulta lo siguiente:

1. ¿Qué categoría tendrá la renta obtenida como contraprestación por asumir la referida obligación de no hacer?
2. ¿Cuál es la tasa del Impuesto a la Renta aplicable?

BASE LEGAL:

- Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado por el Decreto Supremo N.° 179-2004-EF, publicado el 8.12.2004 y normas modificatorias (en adelante, “Ley del Impuesto a la Renta”).

ANÁLISIS:

1. En cuanto a la primera consulta, el inciso f) del artículo 24° de la Ley del Impuesto a la Renta establece que son rentas de segunda categoría las sumas o derechos recibidos en pago de obligaciones de no hacer, salvo que dichas obligaciones consistan en no ejercer actividades comprendidas en la tercera, cuarta o quinta categoría, en cuyo caso las rentas respectivas se incluirán en la categoría correspondiente.

Sobre el particular, cabe señalar que ante una consulta similar, en el Informe N.° 069-2015-SUNAT/5D0000¹, se ha señalado lo siguiente:

¹ Disponible en el Portal SUNAT: <http://www.sunat.gob.pe>.



(Respecto de la posibilidad que los ingresos califiquen como rentas distintas a las de segunda categoría) *“Ello se justifica en que el ingreso generado por el no desarrollo de actividades reemplaza el ingreso que se hubiera generado de haberse llevado a cabo tales actividades.”*

Agrega el informe que *“Por su parte, en relación con los “Acuerdos de No Competencia”, la doctrina señala que cuando se produce el traspaso de una empresa a un tercero normalmente el comprador pedirá que el vendedor no compita² con él y llegarán a un acuerdo³; (...) Si el vendedor continúa compitiendo podría llevarse a toda la clientela y en tal circunstancia el valor del negocio se reduciría considerablemente. Por lo tanto, conviene al vendedor como al comprador que un pacto de no competencia como el señalado sea jurídicamente obligatorio: contribuye a dar valor al negocio⁴.*

(...)

Vale decir, que mediante los acuerdos en cuestión quien transfiere la empresa asume el compromiso de no incursionar en la misma actividad económica que desarrolla la empresa que se traspasa o, en todo caso, en actividades conexas o vinculadas o que de alguna manera sean competitivas con la de esta; por lo que su contenido principal es el impedimento para el transferente de realizar directa o indirectamente, a través de personas naturales y/o jurídicas, la misma actividad económica de la empresa materia del traspaso, o actividades similares, vinculadas o competitivas con la de esta.

(...)

En ese sentido, se puede afirmar que en la medida que el objeto del Acuerdo de No Competencia a que se refiere el supuesto de la presente consulta es, en buena cuenta, establecer la obligación de no ejercer, directa o indirectamente, la misma actividad económica empresarial de la sociedad cuyas acciones se transfieren, o actividades similares, vinculadas o competitivas con la de esta, en aplicación de lo dispuesto en el inciso f) del artículo 24° de la LIR, la retribución correspondiente a dicha obligación de no hacer califica como renta de tercera categoría.”

² El término competir alude a un dicho de dos o más personas: Contender entre sí, aspirando unas y otras con empeño a una misma cosa (<http://lema.rae.es/drae/?val=competir>).

³ Rubio Correa, Marcial. (1999). *Estudio de la Constitución Política del Perú de 1993*. Tomo III. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Primera edición. Pág. 272.

⁴ WHISH, Richard y SUFRIN, Brenda. Citados por Rubio Correa, Marcial. *Ibidem*.



Ahora bien, del supuesto materia de consulta, queda claro que no es objeto de la obligación de no hacer el impedir el desarrollo de actividades comprendidas en la cuarta o quinta categorías. Sin embargo, sí lo es, y se pacta expresamente, que el sujeto de esta obligación no podrá efectuar inversiones en acciones y/o participaciones del capital, no en cualquier sociedad, sino específicamente en aquellas que, por su giro de negocio, puedan competir (directa o indirectamente) con la sociedad domiciliada cuyas acciones se transfieren.

A la luz de lo señalado acerca de los Acuerdos de No competencia, se advierte que la obligación de no hacer que se exige a la persona natural a que se refiere la presente consulta, busca que esta no invierta en alguna sociedad que compita con la sociedad domiciliada cuyas acciones se transfieren, y así dicha persona natural resulte finalmente compitiendo indirectamente, a través de aquella sociedad, con la otra sociedad.

Siendo así, por aplicación de lo previsto por el inciso f) del artículo 24° de la Ley del Impuesto a la Renta, la compensación económica percibida en pago de la obligación de no hacer a que se refiere la consulta bajo análisis, califica como una renta de tercera categoría; siendo irrelevante el hecho que su percepción se produzca por única vez, más aún cuando su monto compensa el no ejercicio de las actividades materia de la obligación de no hacer durante un plazo determinado.

2. Sobre la segunda consulta, tal y como lo establece el artículo 55° de la Ley del Impuesto a la Renta, el impuesto a cargo de los perceptores de rentas de tercera categoría domiciliadas en el país se determinará aplicando sobre su renta neta las tasas siguientes:

Ejercicios gravables	Tasas
2015 – 2016	28%
2017 – 2018	27%
2019 en adelante	26%

En ese sentido, dado que la renta generada por el cumplimiento de la obligación de no hacer a que se refiere el supuesto de la presente consulta, califica como renta de tercera categoría, la tasa del Impuesto a la Renta aplicable actualmente es del 28%.

CONCLUSIONES:

1. En el caso de una persona natural domiciliada en el Perú que siendo accionista mayoritario en una sociedad constituida en el país que realiza



actividad empresarial, transfiere sus acciones a favor de una persona jurídica extranjera; la renta obtenida en cumplimiento del Convenio de Obligación de No Hacer que suscribe, y por el que recibirá una compensación económica por una sola vez, a cambio de no invertir en acciones y/o participaciones representativas del capital social de personas jurídicas domiciliadas en el Perú que compitan, directa o indirectamente, con los negocios que realiza la sociedad cuyas acciones transfiere, durante un plazo determinado, califica como renta de tercera categoría.

2. La tasa del Impuesto a la Renta aplicable actualmente a la renta generada por el cumplimiento de la obligación de no hacer a que se refiere el numeral precedente es del 28%.

Lima, 03 JUL. 2015

ORIGINAL FIRMADO POR
ENRIQUE PINTADO ESPINOZA
Intendente Nacional (e)

Intendencia Nacional Jurídica
SUPERINTENDENCIA NACIONAL ADJUNTA DE DESARROLLO
ESTRATÉGICO

mfc

CT0384-2015 CT0439-2015

IMPUESTO A LA RENTA – Rentas por obligaciones de no hacer.

Informe N° 096-2016-SUNAT/5D0000



MATERIA:

Se plantea el supuesto de una persona natural domiciliada en el Perú que transfiere un paquete mayoritario de acciones de una persona jurídica domiciliada en el país; y que acuerda un precio total por esa transacción, el cual comprende la retribución derivada de un Acuerdo de No Competencia, sin que se discrimine este concepto de dicho precio.

En virtud del Acuerdo de No Competencia la persona natural no puede adquirir, directamente o a través de una persona jurídica, acciones o participaciones sociales en empresas ubicadas en el país que sean competencia de la persona jurídica cuyas acciones fueron transferidas.

En relación con la retribución derivada del Acuerdo de No Competencia, y teniendo en cuenta que se trata de una transacción entre partes no vinculadas, se consulta lo siguiente:

1. ¿Cuál sería la tasa del Impuesto a la Renta que le es aplicable?
2. Teniendo en cuenta que se ha acordado un precio total por la transacción, el cual incluye dicha retribución ¿cómo se determinaría el importe de esta?

BASE LEGAL:

- Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado por el Decreto Supremo N.° 179-2004-EF, publicado el 8.12. 2004 y normas modificatorias (en adelante, Ley del Impuesto a la Renta).

ANÁLISIS:

1. Sobre el particular, cabe señalar que ante una consulta similar a la primera interrogante, esta Administración Tributaria¹ ha indicado lo siguiente:

“(…) mediante los acuerdos en cuestión quien transfiere la empresa asume el compromiso de no incursionar en la misma actividad económica que desarrolla la empresa que se traspasa o, en todo caso, en actividades conexas o vinculadas o que de alguna manera sean competitivas con la de esta; por lo que su contenido principal es el impedimento para el transferente

¹ En el Informe N.°093-2015-SUNAT/5D0000, disponible en el Portal SUNAT (<http://www.sunat.gob.pe>).



de realizar directa o indirectamente, a través de personas naturales y/o jurídicas, la misma actividad económica de la empresa materia del traspaso, o actividades similares, vinculadas o competitivas con la de esta².

Asimismo, se ha señalado que "(...) se pacta expresamente, que el sujeto de esta obligación no podrá efectuar inversiones en acciones y/o participaciones del capital, no en cualquier sociedad, sino específicamente en aquellas que, por su giro de negocio, puedan competir (directa o indirectamente) con la sociedad domiciliada cuyas acciones se transfieren.

A la luz de lo señalado acerca de los Acuerdos de No competencia, se advierte que la obligación de no hacer que se exige a la persona natural a que se refiere la presente consulta, busca que esta no invierta en alguna sociedad que compita con la sociedad domiciliada cuyas acciones se transfieren, y así dicha persona natural resulte finalmente compitiendo indirectamente, a través de aquella sociedad, con la otra sociedad.

Siendo así, por aplicación de lo previsto por el inciso f) del artículo 24° de la Ley del Impuesto a la Renta, la compensación económica percibida en pago de la obligación de no hacer a que se refiere la consulta bajo análisis, califica como una renta de tercera categoría(...)

(...) tal y como lo establece el artículo 55° de la Ley del Impuesto a la Renta, el impuesto a cargo de los perceptores de rentas de tercera categoría domiciliadas en el país se determinará aplicando sobre su renta neta las tasas siguientes:

Ejercicios gravables	Tasas
2015 – 2016	28%
2017 – 2018	27%
2019 en adelante	26%

En ese sentido, dado que la renta generada por el cumplimiento de la obligación de no hacer a que se refiere el supuesto de la presente consulta, califica como renta de tercera categoría, la tasa del Impuesto a la Renta aplicable actualmente es del 28%³.

Si bien en el supuesto planteado en el Informe N.° 093-2015-SUNAT/5D0000, a diferencia del que es materia de la presente consulta, sí se estableció el valor correspondiente a la compensación económica por asumir la obligación de no hacer, dicha circunstancia, en tanto se encuentra referida

² Citando el Informe N.° 069-2015-SUNAT/5D0000, disponible en el Portal SUNAT.

³ El subrayado es nuestro.



al importe mas no a la naturaleza de la operación, no justifica adoptar un criterio distinto al expuesto.

Por tanto, atendiendo a lo establecido en el inciso f) del artículo 24° de la Ley del Impuesto a la Renta⁴, toda vez que en el Acuerdo de No Competencia a que alude el supuesto de la presente consulta, la obligación de no hacer que se exige a la persona natural a que dicha consulta se refiere, busca que esta no invierta en alguna sociedad que compita con la sociedad domiciliada cuyas acciones se transfieren, y así dicha persona natural resulte finalmente compitiendo indirectamente, a través de aquella sociedad, con la otra sociedad, la compensación económica percibida en pago de dicha obligación de no hacer, califica como una renta de tercera categoría.

En consecuencia, la tasa del Impuesto a la Renta aplicable a la renta generada por el cumplimiento de la obligación de no hacer a que se refiere el supuesto de la presente consulta, actualmente es del 28%.

2. En cuanto a la segunda interrogante, conforme al inciso a) del artículo 2° de la Ley del Impuesto a la Renta, para los efectos de dicha ley, entre las operaciones que generan ganancia de capital se encuentra la enajenación de acciones y participaciones representativas del capital.

Por su parte, según el inciso j) del artículo 24° de la referida ley, las ganancias de capital constituyen renta de segunda categoría.

Considerando lo antes señalado, dado que en el supuesto materia de consulta las rentas obtenidas en cumplimiento del Acuerdo de No Competencia califican como rentas de tercera categoría mientras que las rentas obtenidas por la transferencia de acciones califican como rentas de segunda categoría, resulta necesario que el valor correspondiente a cada una de ambas prestaciones se discrimine a efecto de otorgarles el tratamiento tributario que corresponde a cada una de ellas en forma individualizada.

Con esa finalidad, toda vez que se trata de una transacción entre partes no vinculadas, cabe tener en cuenta lo establecido por el artículo 32° de la Ley del Impuesto a la Renta, conforme al cual en los casos de ventas, aportes de bienes y demás transferencias de propiedad, de prestación de servicios y cualquier otro tipo de transacción a cualquier título, el valor

⁴ De acuerdo con el cual, son rentas de segunda categoría las sumas o derechos recibidos en pago de obligaciones de no hacer, salvo que dichas obligaciones consistan en no ejercer actividades comprendidas en la tercera, cuarta o quinta categoría, en cuyo caso las rentas respectivas se incluirán en la categoría correspondiente.



asignado a los bienes, servicios y demás prestaciones, para efectos del Impuesto, será el de mercado. Si el valor asignado difiere al de mercado, sea por sobrevaluación o subvaluación, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria – SUNAT procederá a ajustarlo tanto para el adquirente como para el transferente.

Para tal efecto, el inciso 2 de dicho artículo indica que se considera como valor de mercado para los valores, el que resulte mayor entre el valor de transacción⁵ y:

Por su parte, el penúltimo párrafo del citado artículo 32° señala que mediante decreto supremo se podrá establecer el valor de mercado para la transferencia de bienes y servicios distintos a los mencionados en dicho artículo⁶.

Así, el artículo 19°-A del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta contempla reglas especiales de valor de mercado, sin embargo, se advierte que no ha establecido alguna que sea aplicable para transacciones que involucran obligaciones de no hacer.

Como quiera que sí existen reglas que regulan la determinación del valor de mercado para el caso de los valores, en el supuesto materia de la presente consulta deberán aplicarse estas para determinar el valor de la contraprestación por la transferencia de las acciones.

Ahora bien, toda vez que se ha pactado contractualmente un precio total por todas las prestaciones objeto del contrato (transferencia de acciones y obligación de no hacer), una vez determinado el valor de mercado de la transferencia de las acciones, se podría afirmar que el valor asignado implícitamente por las partes contratantes como contraprestación por la obligación de no hacer sería la diferencia entre dicho precio total y el valor de mercado de la transferencia de las acciones.

⁵ Según el artículo 19° del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado por el Decreto Supremo N.° 122-94-EF, publicado el 21.9.1994 y normas modificatorias, se considera valor de transacción al pactado por las partes en cualquier operación en la cual se acuerde transferir la propiedad de los valores a cualquier título.

⁶ El artículo 32° establece también qué se considera valor de mercado para las existencias, para los bienes del activo fijo y para las operaciones con Instrumentos Financieros Derivados.



En ese sentido, en la medida que las partes contratantes determinan libremente el contenido de los contratos⁷, el valor asignado por estos como retribución por la obligación de no hacer se considerará para el cálculo del Impuesto a la Renta.

CONCLUSIONES:

En relación con el supuesto de una persona natural domiciliada en el Perú que transfiere un paquete mayoritario de acciones de una persona jurídica domiciliada en el país, y que acuerda un precio total por esa transacción, el cual comprende la retribución derivada de un Acuerdo de No Competencia, sin que se discrimine este concepto de dicho precio; y en virtud del cual la persona natural no puede adquirir, directamente o a través de una persona jurídica, acciones o participaciones sociales en empresas ubicadas en el país que sean competencia de la persona jurídica cuyas acciones fueron transferidas, siendo que se trata de una transacción entre partes no vinculadas:

1. La tasa del Impuesto a la Renta aplicable a la renta generada por el cumplimiento de la obligación de no hacer contenida en dicho Acuerdo de No competencia, actualmente, es del 28%.
2. El importe de la retribución por dicha obligación de no hacer, acordado por las partes, será la diferencia entre el precio total de la transacción y el valor de mercado de la transferencia de las acciones. Dicho importe se considerará para el cálculo del Impuesto a la Renta.

Lima, 30 MAYO 2016

**ORIGINAL FIRMADO POR
ENRIQUE PINTADO ESPINOZA
Intendente Nacional**

**Intendencia Nacional Jurídica
SUPERINTENDENCIA NACIONAL ADJUNTA DE DESARROLLO
ESTRATÉGICO**

mfc
CT0264-2016 CT0300-2016

IMPUESTO A LA RENTA – Determinación de la retribución derivada de Acuerdos de No Competencia y tasa aplicable.

⁷ De conformidad con el artículo 1354° del Código Civil, promulgado por el Decreto Legislativo N.° 29 5, publicado el 25.7.1984 y normas modificatorias, el cual dispone que las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

Informe N° 076-2016-SUNAT/5D0000



MATERIA:

Se plantea el supuesto de una persona natural domiciliada en el Perú que transfiere sus acciones de una sociedad constituida en el país, a favor de una persona jurídica no domiciliada; y que suscribe un “Acuerdo de No Competencia” por el que recibe, por una sola vez, una retribución a cambio de obligarse durante un periodo determinado a lo siguiente:

- a) No controlar ni ser titular de acciones o cualquier participación, ni relacionarse como socio, accionista o equivalente en forma directa e indirecta, con cualquier persona domiciliada en Perú que participe en cualquier actividad económica objeto de la transferencia.
- b) No invertir, directa o indirectamente, en cualquier persona cuyo negocio sea la comercialización y venta minorista al público de productos de consumo o servicios, cuando dicha persona, realiza a su vez, directa o indirectamente, cualquiera de las actividades económicas de la sociedad cuyas acciones se transfieren.

Al respecto, se consulta si la retribución percibida por suscribir el “Acuerdo de No Competencia” constituye base imponible del Impuesto General a las Ventas.

BASE LEGAL:

- Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto General a las Ventas (IGV) e Impuesto Selectivo al Consumo, aprobado por el Decreto Supremo N.° 055-99- EF, publicado el 15.4.1999 y normas modificatorias (en adelante, TULO de la Ley del IGV).
- Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado por el Decreto Supremo N.° 179-2004-EF, publicado el 8.12.2004 y normas modificatorias (en adelante, TULO de la Ley del Impuesto a la Renta).

ANÁLISIS:

1. De acuerdo con el inciso b) del artículo 1° del TULO de la Ley del IGV, este impuesto grava la prestación o utilización de servicios en el país.



Asimismo, el primer y segundo párrafos del numeral 1 del inciso c) del artículo 3° del citado TUO disponen que, para los efectos de la aplicación del IGV, se entiende por servicios a toda prestación que una persona realiza para otra y por la cual percibe una retribución o ingreso que se considere renta de tercera categoría para los efectos del Impuesto a la Renta, aun cuando no esté afecto a dicho impuesto; debiéndose entender que el servicio es prestado en el país cuando el sujeto que lo presta se encuentra domiciliado en él para efecto del Impuesto a la Renta, sea cual fuere el lugar de celebración del contrato o del pago de la retribución.

Por su parte, el inciso b) del artículo 13° del mismo TUO señala que la base imponible del IGV está constituida por el total de la retribución, en la prestación o utilización de servicios.

Como se puede apreciar de las normas antes citadas, a efectos de determinar si la retribución a que se alude en la consulta constituye base imponible del IGV, es necesario analizar si a propósito de la suscripción del “Acuerdo de No Competencia” se configura una prestación de servicios en el país; para cuyo efecto debe establecerse si se presentan los siguientes requisitos: a) que se trate de una acción o prestación realizada por una persona para otra, b) que la persona que efectúa la acción o prestación sea domiciliada en el país y perciba una retribución o ingreso, y c) que el ingreso sea considerado como renta de tercera categoría, aun cuando no esté afecto al Impuesto a la Renta.

Ahora bien, teniendo en cuenta que en el supuesto planteado se indica que la persona que suscribe el “Acuerdo de No Competencia” es domiciliada en el país y además recibe una retribución, no queda duda de que está presente el requisito b) mencionado en el párrafo anterior. Siendo ello así, a efectos de determinar si con motivo de la suscripción del “Acuerdo de No Competencia” a que se refiere la consulta, se verifica la prestación de un servicio para fines del IGV, corresponde analizar si el hecho de cumplir las obligaciones pactadas en aquel supone efectuar una acción o prestación a favor de otra persona, y si el ingreso percibido por ello califica como renta de tercera categoría.

2. Pues bien, para efectos de determinar si el cumplimiento de tales obligaciones constituyen una acción o prestación a favor de otra persona, en primer término, resulta pertinente señalar que de conformidad con lo expuesto en el supuesto materia de consulta, el “Acuerdo de No Competencia” a que se refiere esta, supone que la persona que transfiere sus acciones debe abstenerse de realizar determinadas conductas.



Al respecto, es pertinente tener en cuenta que el Tribunal Fiscal, en relación con la definición de servicio para efectos del IGV, ha indicado que *“el término prestación comprende tanto las obligaciones de dar (salvo aquéllas en las que se da en propiedad el bien, en cuyo caso estaríamos ante una venta), como las de hacer y no hacer¹.”*

Asimismo, en cuanto a las prestaciones de “no hacer” el aludido Tribunal sostiene que *“(…) son consideradas como “negativas”, pues su prestación consiste en que el deudor se ha de abstener de aquello que, de otra manera, le sería permisible ejecutar (…)².*

Adicionalmente, cabe indicar que de acuerdo con la doctrina, *“(…) es frecuente en el comercio el pacto de no realizar la competencia al otro contratante. Tales pactos representan, en ocasiones, el aspecto negativo de la obligación positiva de transmitir la clientela, aneja como elemento económico esencial a la transmisión de una empresa, sea a título de venta, sea a título de arrendamiento. Otras veces nace el pacto con motivo de la separación de un socio o de un dependiente de la empresa, a quienes se impone la abstención de concurrir con la empresa a que pertenecieron (…).* En todos estos casos nace una obligación de no hacer (…)³.

Conforme a lo expuesto, se puede afirmar que la obligación asumida por la persona natural que vende sus acciones, consistente en no realizar determinadas acciones (conductas) califica como prestación, en la modalidad de “no hacer”, siendo esta en favor de la persona jurídica no domiciliada adquirente de dichas acciones.

3. De otro lado, a efecto de determinar si el ingreso percibido por la suscripción del “Acuerdo de No Competencia” es considerado renta de tercera categoría, se debe tener en cuenta que el inciso f) del artículo 24° del TUO de la Ley del Impuesto a la Renta, establece que son rentas de segunda categoría las sumas o derechos recibidos en pago de obligaciones de no hacer, salvo que dichas obligaciones consistan en no ejercer actividades comprendidas en la tercera, cuarta o quinta categoría, en cuyo caso las rentas respectivas se incluirán en la categoría correspondiente.

Al respecto, cabe indicar que en el Informe N.° 069-2015-SUNAT/5D0000⁴ se ha señalado que el hecho de que los ingresos recibidos por el pago de

¹ En las resoluciones del Tribunal Fiscal (RTF) N° 05130-5-2002, N° 15495-10-2011 y N° 03897-1-2012.

² En la RTF N° 02195-3-2002.

³ GARRIGUES, Joaquín. (1987). *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo I. Bogotá, Colombia: Temis. Págs. 232-233.

⁴ Disponible en el Portal SUNAT (<http://www.sunat.gob.pe>).



obligaciones de “no hacer” puedan calificar como rentas de cuarta, quinta o tercera categoría, según corresponda, “(...) se justifica en que el ingreso generado por el no desarrollo de actividades reemplaza el ingreso que se hubiera generado de haberse llevado tales actividades”.

Asimismo, en relación con los “Acuerdos de No Competencia” el citado informe señala que *“el compromiso de no competencia que se pacta en los acuerdos en cuestión consiste fundamentalmente en la abstención de desarrollar actividades económicas que concurren con las de la empresa materia del traspaso, lo cual supone el impedimento para el transferente de participar, en competencia, en el mismo mercado, con bienes o servicios iguales o similares a los producidos por la empresa objeto del traspaso”*.

Añade el mismo informe que *“mediante los acuerdos en cuestión quien transfiere la empresa asume el compromiso de no incursionar en la misma actividad económica que desarrolla la empresa que se traspasa o, en todo caso, en actividades conexas o vinculadas o que de alguna manera sean competitivas con la de esta; por lo que su contenido principal es el impedimento para el transferente de realizar directa o indirectamente, a través de personas naturales y/o jurídicas, la misma actividad económica de la empresa materia del traspaso, o actividades similares, vinculadas o competitivas con la de esta”*.

Ahora bien, como se puede apreciar en el supuesto materia de consulta, las obligaciones de no hacer asumidas por la suscripción del “Acuerdo de No Competencia” están orientadas a impedir la participación del vendedor de las acciones en las mismas actividades comerciales de la sociedad cuyas acciones son objeto de transferencia.

En efecto, se observa que la persona natural que suscribe dicho acuerdo se obliga a no realizar actividades que conlleven a controlar, ni tener relación (como socio, accionista o equivalente en forma directa o indirecta) con cualquier persona domiciliada en el Perú cuya actividad sea similar a la que desarrolla la sociedad cuyas acciones transfiere, ni invertir en ninguna persona que teniendo un giro de negocio diferente realiza a su vez, dicha actividad en forma directa o indirecta.

En ese sentido, es posible sostener que la persona natural que suscribe el “Acuerdo de No Competencia” a que se refiere la consulta, se encuentra impedida de realizar, directa o indirectamente, cualquier tipo de actividad comercial a través de la cual compita en el mercado con la sociedad adquirente de sus acciones.

Siendo ello así, toda vez que el citado “Acuerdo de No Competencia” implica no realizar, directa ni indirectamente, la misma actividad económica empresarial de la sociedad cuya acciones se transfieren, en aplicación de lo



dispuesto en el inciso f) del artículo 24° del TUO de la Ley del Impuesto a la Renta, la retribución correspondiente a dicha obligación de no hacer califica como renta de tercera categoría.

4. Tomando en cuenta lo antes señalado, dado que el “Acuerdo de No Competencia” a que se refiere la consulta, supone una prestación en la modalidad de “no hacer” realizada por una persona natural domiciliada a favor de una persona jurídica, por la cual recibe una retribución que es considerada renta de tercera categoría, se puede afirmar que a propósito de la suscripción de dicho acuerdo se configura una prestación de servicios para efectos del IGV, conforme a lo dispuesto por el numeral 1 del inciso c) del artículo 3° del TUO de la Ley del IGV.

Siendo ello así, y teniendo en consideración que el inciso b) del artículo 13° del mismo TUO prevé que la base imponible del IGV está constituida por el total de la retribución en la prestación de servicios, se puede concluir que la retribución percibida en el marco del “Acuerdo de No Competencia” materia de consulta, constituye base imponible del IGV de la prestación de servicios que se configura con motivo de dicho acuerdo⁵.

CONCLUSIÓN:

La retribución percibida por la suscripción del “Acuerdo de No Competencia”, a que se refiere la consulta, constituye base imponible del IGV de la prestación de servicios que se configura con motivo de dicho acuerdo.

Lima, 21 ABR.2016

ORIGINAL FIRMADO POR
ENRIQUE PINTADO ESPINOZA
Intendente Nacional

Intendencia Nacional Jurídica
SUPERINTENDENCIA NACIONAL ADJUNTA DE DESARROLLO
ESTRATÉGICO

cpf
CT0198-2016
IGV – Prestación de servicios

⁵ Aun cuando el ingreso sea percibido por una sola vez por una persona natural domiciliada, habida cuenta que el tercer párrafo del numeral 1 del artículo 4° del Reglamento de la Ley del IGV (aprobado por el Decreto Supremo N.° 29-94-EF, publicado el 29.3.1994 y normas modificatorias) señala que tratándose de servicios, siempre se considerarán habituales aquellos servicios onerosos que sean similares con los de carácter comercial.

Sobre los autores

Carlos LLOSA SALDAÑA

cllosa@esan.edu.pe

Máster en Asesoría Fiscal de Empresas por el Instituto de Empresa (IE), de Madrid, y abogado por la Universidad de Lima, con estudios de especialización en Tributación en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y la Universidad de Lima. Profesor contratado de la Universidad ESAN. Gerente de impuestos del Grupo Pluspetrol en el Perú, presidente del Instituto Peruano de Investigación y Desarrollo Tributario, vicepresidente del Comité Tributario de la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía (SNMPE) y de Confiep. Conferencista y panelista en eventos tributarios en el Perú y el extranjero. Autor de varios artículos sobre su especialidad en prestigiosas publicaciones del Perú.

Jorge PESANTES ARZAPALO

jorg.pesantes@gmail.com

Magíster en Finanzas y Derecho Corporativo con mención en Tributación Empresarial por la Universidad ESAN y profesional en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Con especialización en Finanzas y Derecho Europeo por la Universidad Carlos III de Madrid. Egresado del I Curso en Aduanas y Administración Tributaria de la Sunat (CAAT). Ha sido asesor legal de consultoras nacionales y entidades del sector público en tributación y derecho corporativo. Experiencia laboral en diversas áreas del derecho, como servicios financieros, protección del consumidor, entre otros. Docente universitario y expositor a nivel nacional. Autor de varios artículos sobre su especialidad en prestigiosas publicaciones del Perú.

Jesús RAMOS ANGELES

jaramosangeles@gmail.com

Magíster en Finanzas y Derecho Corporativo con mención en Tributación Empresarial por la Universidad ESAN. Con especialización en Finanzas y Derecho Europeo por la Universidad Carlos III de Madrid. Especialista en Planeamiento Tributario Estratégico por la Universidad de Lima. Ha sido tanto asesor experto en tributación empresarial e internacional, planificación fiscal y optimización patrimonial, así como socio de impuestos en Taxstrategy. También fue asociado en

Grellaud & Luque Abogados a cargo del área de Asesoría y Planificación Fiscal, así como jefe de la oficina en Perú de I + D Tributario de KPMG. Jefe del área Tributaria en Thorne, Echeandía & Lema Abogados. Docente universitario tanto de pregrado como de posgrado y expositor a nivel nacional. Autor de varios artículos sobre tributación tanto en el Perú como en el extranjero en prestigiosas publicaciones académicas, y coautor de libros de su especialidad.

Creada para reflexionar sobre el Perú y sus posibilidades, la serie Gerencia para el Desarrollo comprende estudios y propuestas orientados a la generación de capacidades gerenciales para que los gestores públicos y privados conciban el desarrollo como un proceso sostenido de prosperidad y definan políticas idóneas. Cubre una amplia gama temática de carácter multidimensional, desde el fortalecimiento de capacidades institucionales en la gestión pública, que permita superar la lectura de corto plazo y aprovechar las oportunidades de la descentralización, hasta proyectos en los que se privilegie la construcción de visiones compartidas entre Estado, empresa y sociedad, capaces de movilizar los capitales sociales de una sociedad democrática.

Gerencia para el Desarrollo 74

ISBN: 978-612-4110-86-3

