

En Rigor, ¿No Constituyen Reorganizaciones Societarias? Los Bloques Patrimoniales Negativos/ Neutros y la RTF No. 10923-8-2011: Algunas Consideraciones y Propuestas de Cambio

Gustavo Enrique Tarazona Ospina*

Resumen:

En los últimos años, el Tribunal Fiscal Peruano ha considerado que las reorganizaciones societarias en donde se segreguen bloques patrimoniales negativos/neutros no son verdaderas reorganizaciones societarias para efectos tributarios, y por consiguiente se les aplicaría las normas tributarias previstas para las enajenaciones comunes. El autor analiza dichos pronunciamientos, concluyendo que las reorganizaciones societarias con bloques patrimoniales negativos/neutros, sí constituyen verdaderas reorganizaciones societarias para todos los efectos y por ende, les son aplicables las normas tributarias especiales previstas para reorganizaciones societarias.

Palabras clave:

Impuesto a la Renta – Resolución del Tribunal Fiscal – Reorganizaciones societarias – Bloques patrimoniales negativos – Régimen de neutralidad en las reorganizaciones societarias – RTF No. 10923-8-2011 – RTF No. 09146-5-2004

Abstract:

In the last years, the Peruvian Tax Court has been considered that a corporate spin off where a company transfers a “neutral” or “negative” equity block does not qualifies as a real spin off, hence it should apply the tax rules as if this operation was a common sale. The author analyzes this criterion, and concludes that spin off where a company transfers a “neutral” or “negative” equity block, constitutes a real spin off. As a consequence, it must apply the special tax rules established for the corporate spin off.

Keywords:

Income Tax – Tax Court Sentence – Spin off – Equity block – Tax neutral regime – RTF No. 10923-8-2011 – RTF No. 09146-5-2004

Sumario:

1. Introducción – 2. Tratamiento tributario de las reorganizaciones societarias – 3. El caso resuelto en la RTF No. 10923-8-2011: análisis crítico – 4. Bloques patrimoniales neutros/negativos y la Norma XVI – 5. A manera de conclusión

* Asociado Senior del Área Tributaria de Rebaza, Alcazar & De las Casas, Abogados Financieros. Magister en Finanzas y Derecho Corporativo por la Universidad ESAN. Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Miembro activo del Instituto Peruano de Derecho Tributario (IPDT) y del International Fiscal Association (IFA) Grupo Peruano.

1. Introducción

En el contexto empresarial tanto nacional como internacional, las fusiones y adquisiciones de empresas y las reorganizaciones de estructuras corporativas que implican el cambio de titularidad de activos de una sociedad a otra sociedad de un mismo grupo económico, constituyen aspectos de la estrategia corporativa y la dirección de negocios. La decisión de realizar una reorganización societaria es una decisión de tipo económico, en la cual se evalúan diversos aspectos legales, financieros e incluso tributarios. La decisión de llevar a cabo una reorganización societaria, en la mayoría de los casos, se hace por razones de sinergias, de alcanzar el objetivo de tener mayor rentabilidad en las actividades empresariales y de la capacidad de hacer más eficiente el proceso productivo.

En el marco de las reorganizaciones societarias, el aspecto tributario es uno de los aspectos (no el único) a evaluar. Nuestras normas tributarias vigentes establecen un tratamiento especial a las reorganizaciones societarias, a efectos de que las mismas no generen un impacto tributario bajo ciertos requisitos, ello con la idea de que el aspecto tributario debería ser un factor neutral al momento de tomar una decisión empresarial.

No obstante lo anterior, en los últimos años hemos tenido conocimiento de algunas decisiones de carácter tributario que no se condicen con el objetivo de mantener a los aspectos tributarios como un factor neutral en la toma de decisiones empresariales. Específicamente, nos referimos a la Resolución del Tribunal Fiscal No. 10923-8-2011 (en adelante, la "RTF"), en la cual el citado tribunal concluye que las reorganizaciones societarias en donde una empresa peruana segrega un bloque patrimonial neutro (activos y pasivos equivalentes), no constituye "en rigor" una reorganización societaria para efectos tributarios. Bajo esta línea, el Tribunal Fiscal considera que a la operación antes citada no le sería aplicable las normas tributarias especiales previstas para las reorganizaciones societarias, mediante las cuales se difiere los efectos tributarios de las mismas hasta que la sociedad que reciba dichos activos proceda a transferir los mismos en el futuro. Similar criterio ha sido adoptado por el Tribunal Fiscal en la RTF N. 09146-5-2004, pero esta vez en el marco de una reorganización simple en donde se segregó un bloque patrimonial negativo.

En las siguientes líneas pasaremos a detallar los argumentos esgrimidos por el Tribunal Fiscal en

la RTF para desconocerle efectos societarios, a fin de comentar cada uno de ellos y luego proceder a exponer nuestra posición sobre el particular.

2. Tratamiento tributario de las reorganizaciones societarias

Antes de desarrollar el caso y el criterio adoptado por el Tribunal Fiscal en la RTF, es menester reseñar las normas tributarias aplicables a las reorganizaciones societarias, algunas de las cuales no estaban vigentes ni el ejercicio 2001 (ejercicio fiscalizado en donde se determinaron los reparos), ni en el año 2011 (fecha en que se resolvió el reparo del ejercicio 2001). Consideramos necesario el desarrollo preliminar de estas normas, toda vez que serán utilizadas para el análisis que realizaremos de la RTF.

2.1 El artículo 104 de la Ley del Impuesto a la Renta

De acuerdo con la legislación del Impuesto a la Renta (en adelante IR) actual, son rentas gravadas con el citado tributo las derivadas de una fuente durable y susceptible de generar continuamente ingresos (esto es, la aplicación de capital más trabajo), las ganancias de capital, los ingresos provenientes de terceros obtenidos por las empresas y ciertas rentas imputadas. Así, pues, el artículo 2 de la Ley del Impuesto a la Renta¹ (en adelante, Ley del IR) establece que constituye ganancia de capital cualquier ingreso que provenga de la enajenación de bienes de capital. Se entiende por bienes de capital a aquellos que no están destinados a ser comercializados en el ámbito de un giro de negocio o de empresa. Entre las enajenaciones que producen ganancia de capital, la Ley del IR considera a la enajenación de bienes muebles e inmuebles, cuya depreciación o amortización admite la Ley del IR, derechos de llave, marca o similares, así como los bienes de cualquier naturaleza adquiridos por una persona jurídica o empresa peruana.

Según lo previsto en el artículo 5 de la Ley del IR, para efectos del IR, se entiende por enajenación la venta, permuta, cesión definitiva, expropiación, aporte a sociedad y, en general, todo acto a disposición por el que se transmita el dominio a título oneroso.

Asimismo, conforme al artículo 32 de la Ley del IR, las ventas, el aporte de bienes y demás transferencias de propiedad a cualquier título, el valor asignado para efectos del IR, debe ser el de mercado².

¹ Decreto Legislativo No. 774, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado mediante Decreto Supremo No. 179-2004-EF.

² Dicho artículo establece las siguientes reglas especiales para determinar el valor de mercado:

1. Para las existencias, el que normalmente se obtiene en las operaciones onerosas que la empresa realiza con terceros. En su defecto, se considerará el valor que se obtenga en una operación entre partes independientes en condiciones iguales o similares.

Tomando en consideración las normas anteriores, puede apreciarse que, en el contexto de una reorganización societaria, se podría originar un impacto tributario para efectos del IR. Para el caso específico de la escisión, se configuraría una transferencia de parte del patrimonio de la sociedad que se escinde (escidente) a la sociedad que recibe el bloque patrimonial (escindida). Esta transferencia sería realizada a título oneroso, toda vez que la sociedad escindida adquiere parte del patrimonio de la sociedad escidente a cambio de emitir acciones a nombre de los accionistas de la sociedad escidente.

Dicha transferencia patrimonial, para efectos tributarios peruanos, sería considerada como una enajenación. Por consiguiente, la transferencia de los activos (bienes de capital) que contiene el patrimonio transferido por la sociedad escidente generaría una ganancia de capital en cabeza de esta sociedad escidente (como transferente). Para efectos de calcular la ganancia de capital, tendrá que determinarse el valor de mercado de dichos activos (tomando en consideración las reglas del artículo 32 de la Ley del IR antes detalladas) y deberá restarse el costo computable que la empresa escidente tenía sobre dichos activos, netos de depreciación tributaria.

Del mismo modo, en el caso de la reorganización simple, la transferencia del patrimonio de la sociedad aportante a la sociedad que recibe el bloque patrimonial podría ser considerada como una enajenación.

No obstante lo anterior, la Ley del IR ha previsto normas expresas que establecen la no generación del IR por la transferencia de los activos en el marco de las reorganizaciones societarias, específicamente en los numerales 2 y 3 del artículo 104 de la citada Ley.

Este artículo establece lo siguiente:

“Artículo 104.- *Tratándose de reorganización de sociedades o empresas, las partes intervinientes podrán optar, en forma excluyente, por cualquiera de los siguientes regímenes:*

1. *Si las sociedades o empresas acordaran la revaluación voluntaria de sus activos, la diferencia entre el mayor valor pactado y el costo computable determinado de acuerdo con el Decreto Legislativo N° 797 y normas reglamentarias estará gravado con el Impuesto a la Renta. En este caso, los bienes transferidos, así como los del adquirente, tendrán como costo computable el valor al que fueron revaluados.*
2. *Si las sociedades o empresas acordaran la revaluación voluntaria de sus activos, la diferencia entre el mayor valor pactado y el costo computable determinado de acuerdo con el Decreto Legislativo N° 797 y normas reglamentarias no estará gravado con el Impuesto a la Renta, siempre que no se distribuya. En este caso, el mayor valor atribuido con motivo de la revaluación voluntaria no tendrá efecto tributario. En tal sentido, no será considerado para efecto de determinar el costo computable de los bienes ni su depreciación.*
3. *En caso que las sociedades o empresas no acordaran la revaluación voluntaria de sus activos, los bienes transferidos tendrán para la adquirente el mismo costo computable que hubiere correspondido atribuirle en poder de la transferente, incluido únicamente el ajuste por inflación a que se refiere el Decreto Legislativo N° 797 y normas reglamentarias. En este caso no resultará de aplicación lo dispuesto en el Artículo 32 de la presente Ley.*

El valor depreciable y la vida útil de los bienes transferidos por reorganización de sociedades o empresas en cualquiera de las modalidades previstas en este artículo, serán determinados conforme lo establezca el Reglamento.” (los subrayados son nuestros).

Del mismo modo, el literal c) del artículo 2 de la Ley del Impuesto General a las Ventas (en adelante, IGV) establece que no están gravadas con el citado impuesto la transferencia de bienes que se realice como consecuencia de la reorganización de empresas.

En caso no sea posible aplicar los criterios anteriores, será el valor de tasación.

2. Para los valores, será el que resulte mayor entre el valor de transacción y:

a) el valor de cotización, si tales valores u otros que correspondan al mismo emisor y que otorguen iguales derechos cotizan en Bolsa o en algún mecanismo centralizado de negociación; o

b) el valor de participación patrimonial, en caso no exista la cotización a que se refiere el literal anterior; (...)

3. Para los bienes de activo fijo, cuando se trate de bienes respecto de los cuales se realicen transacciones frecuentes en el mercado, será el que corresponda a dichas transacciones; cuando se trate de bienes respecto de los cuales no se realicen transacciones frecuentes en el mercado, será el valor de tasación.

4. Para las transacciones entre partes vinculadas o que se realicen desde, hacia o a través de países o territorios de baja o nula imposición, los precios y monto de las contraprestaciones que hubieran sido acordados con o entre partes independientes en transacciones comparables, en condiciones iguales o similares, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 32-A.

De acuerdo con lo indicado anteriormente, el legislador peruano ha optado por establecer un tratamiento tributario que permita conseguir una línea de neutralidad y continuidad tratándose de los actos y eventos propios de un proceso de reorganización, lo cual se obtiene principalmente por el régimen impositivo especial que se asigna a la transmisión de bloques patrimoniales que usualmente acontece en una reorganización societaria y permite anular los efectos tributarios que normalmente se derivarían de la transmisión de propiedad de algún bien.

Este régimen de neutralidad impositiva responde a la idea de que el factor impositivo no debe incidir en las decisiones empresariales; es decir, "no debe ser un freno ni un estímulo en la toma de decisiones de las empresas sobre operaciones de reorganización, cuando la causa que impulsa su realización se sustenta en motivos económicos válidos, en cuyo caso la fiscalidad debe tener un papel neutral"³.

En otras palabras:

"(...) la aplicación del sistema tributario no puede constituirse en una limitación para la adopción de decisiones relativas a operaciones de reorganización empresarial. De forma análoga, la aplicación de las normas de carácter tributario no puede constituirse en un incentivo para la realización de transacciones que involucren reorganizaciones empresariales"⁴.

Vinculado al Régimen de neutralidad antes citado, la doctrina tributaria internacional también reconoce el "Régimen de Diferimiento" que debe existir en las reorganizaciones societarias. Este régimen, que ha sido adoptado en diversos países (como por ejemplo por España y diversos países de la Comunidad Europea), establece el diferimiento de la imposición de las Plusvalías que, por lo menos económica y contablemente, aún no se han realizado. En este caso, se tributarán sobre las Plusvalías tácitas en un momento posterior, cuando se efectúa una enajenación a terceros, en cabeza de la entidad adquirente en quien se subroga la obligación diferida de la entidad transmitente⁵. El objetivo de otorgar este mecanismo radica en brindar un tratamiento neutral a las reorganizaciones, es decir, que no surjan beneficios o desventajas como consecuencia de una reorganización societaria.

En ese sentido, en virtud de este régimen, si es que existiera una ganancia de capital para la empresa

escidente, la diferencia entre el valor en libros de los bienes transferidos y el valor de mercado de los mismos deberá diferirse al momento en que la empresa escindida (adquirente de los bienes vía escisión) enajene los mismos en el futuro y no sea reconocida por la empresa que transmite dichos bienes vía escisión.

Del mismo modo, si es que hubiese una ganancia de capital en la empresa que aporta un bloque patrimonial a otra sociedad en el marco de una reorganización simple, la imposición en dicha ganancia de capital deberá diferirse hasta el momento en que la sociedad que reciba el bloque patrimonial, enajene los activos posteriormente.

2.2 Costo computable para los accionistas de la sociedad escindida en las acciones que reciban como consecuencia de la escisión

De conformidad con el literal f) del artículo 21 de la Ley del IR (incorporado mediante Ley No 29645 cuya entrada en vigencia se produjo el 1 de enero de 2011), el costo computable de acciones recibidas como consecuencia de una reorganización empresarial será el resultante de dividir el costo total de las acciones del contribuyente que se cancelen como consecuencia de la reorganización, entre el número de acciones que el contribuyente reciba.

Según el referido literal f) antes citado, para el caso de la reorganización simple, el costo computable de las acciones o participaciones que se emitan será el que corresponda al activo transferido. Si la reorganización se produce al amparo de lo señalado en el numeral 2 del artículo 104 de la Ley del IR, no se deberá considerar como parte del costo del activo transferido el mayor valor producto de la revaluación voluntaria. Si el bloque patrimonial transferido está compuesto por activos y pasivos, el costo computable será la diferencia entre el valor de ambos. Si el pasivo fuera mayor que el activo, el costo computable será cero.

2.3 Cláusula anti-elusiva general

Hasta el 18 de julio de 2012, el texto del segundo párrafo de la Norma VIII del Título Preliminar del Código Tributario, vigente antes del 19 de julio del 2012 (fecha en que entró en vigencia el Decreto Legislativo No. 1121 que introdujo la Norma XVI a nuestro ordenamiento jurídico) establecía lo siguiente:

3 Cahn – Speyer Wells, Paul; "Fusiones y Adquisiciones. Aspectos Internacionales". En: "XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario – 2010" desarrolladas en la ciudad de Cartagena de Indias, Colombia. Abeledo Perrot, 2010. Página 5.

4 Acero Salazar, Martín; "Los nuevos elementos introducidos a las fusiones en Colombia mediante la Ley 1258 de 2008 y su tratamiento tributario". En Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario – 2010, Tomo I, página 458.

5 Cahn – Speyer Wells, Paul; "Fusiones y Adquisiciones. Aspectos Internacionales". Ob. Cit. Página 36.

“Para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible, la SUNAT atenderá a los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los deudores tributarios”.

Sobre este párrafo, el Tribunal Fiscal en sendas resoluciones⁶ ha adoptado, entre otros, los siguientes criterios en relación a la aplicación de dicha norma:

- (i) Al modificarse la Norma VIII mediante la Ley No. 26663 en el año 1996, la intención del legislador fue eliminar la posibilidad de que la Administración Tributaria verificara la intención o finalidad de los contribuyentes al momento de adoptar una figura jurídica determinada a efecto de reinterpretar ésta con arreglo al criterio de calificación económica de los hechos⁷.
- (ii) Esta norma otorga a la Administración Tributaria la facultad de verificar los hechos realizados, actos, situaciones y relaciones, de acuerdo a su sustrato económico, a fin de establecer si se encuentran subsumidos en el supuesto de hecho descrito en la norma, originándose el nacimiento de la obligación tributaria, pues la aplicación de la mencionada regulación lleva implícita la facultad de aquella de dejar de lado la formalidad jurídica del acto o negocio efectuado por el contribuyente, cuando ésta resulte manifiestamente incongruente con los actos o negocios económicos realmente realizados⁸.
- (iii) El criterio de la calificación económica de los hechos recogidos en la Norma VIII, entendido como la discordancia entre la realidad económica de los hechos y la forma jurídica respecto de una operación económica determinada, puede evidenciarse en distintos niveles de desajuste entre forma y fondo, constituyendo uno de ellos la realización de actos simulados⁹.
- (iv) En la simulación absoluta se finge o simula un negocio inexistente que no oculta o disimula ningún otro y en la relativa se simula un negocio falso e inexistente que disimula, disfraza u oculta el negocio efectivamente realizado, por lo que si bien en aplicación de la Norma VIII la Administración Tributaria puede prescindir de la apariencia creada por las partes bajo la figura de la simulación, para descubrir la real

operación económica que está o no detrás, debe probar en forma fehaciente su existencia, para lo cual es necesario que se investiguen todas las circunstancias del caso y se actúen los medios probatorios pertinentes¹⁰.

En resumen, de los criterios antes citados puede apreciarse que la Norma VIII no amparaba a la SUNAT a negar los efectos jurídicos de una determinada operación a efectos de considerar que debió realizarse otro acto (operación incidida con mayor carga tributaria), toda vez que dicha norma no otorgaba facultades para analizar las motivaciones de un contribuyente en la adopción de determinada estructura jurídica.

Asimismo, en caso una operación respetase los requisitos previstos legalmente y no existiera discordancia ni incongruencia entre la realidad económica de los hechos y la forma jurídica adoptada para la realización de los mismos, no procedía aplicar la Norma VIII.

En ese sentido, la Norma VIII sólo era aplicable en caso una operación no existiera plenamente, al mediar una simulación absoluta o relativa.

Adicionalmente a lo anterior, resultaba válido que un contribuyente opte por celebrar un negocio jurídico que le resulte menos gravoso para efectos tributarios. En efecto, cuando el legislador frente a dos negocios similares opta por gravar sólo uno de ellos, el contribuyente es libre de escoger cualquiera de los dos. Si se opta por el negocio no gravado, no se puede considerar que se esté incumpliendo con alguna obligación tributaria.

Posteriormente, con fecha 18 de julio de 2012, el Poder Ejecutivo publicó el Decreto Legislativo No. 1121, mediante el cual (entre otros temas) introdujo la Norma XVI al Título Preliminar del referido Código Tributario. Dicha norma entró en vigencia a partir del 19 de julio del año 2012, cuyos párrafos relacionados con temas antielusivos y actos simulados tienen el siguiente texto:

“Norma XVI: Calificación, Elusión de Normas Tributarias y Simulación

Para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible, la SUNAT tomará en cuenta los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los deudores tributarios.

6 Como por ejemplo, las RTFs Nos. 4336-2-2010, 1274-1-2010, 7474-2-2009, 215-4-2009, entre otras.

7 RTF No. 6686-4-2004.

8 RTF No. 6686-4-2004.

9 RTFs Nos. 4773-4-2006 y 4774-4-2006.

10 RTF No. 6983-5-2006

En caso de que se detecten supuestos de elusión de normas tributarias, la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria - SUNAT se encuentra facultada para exigir la deuda tributaria o disminuir el importe de los saldos o créditos a favor, pérdidas tributarias, créditos por tributos o eliminar la ventaja tributaria, sin perjuicio de la restitución de los montos que hubieran sido devueltos indebidamente.

Cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se reduzca la base imponible o la deuda tributaria, o se obtengan saldos o créditos a favor, pérdidas tributarias o créditos por tributos mediante actos respecto de los que se presenten en forma concurrente las siguientes circunstancias, sustentadas por la SUNAT:

- a) Que individualmente o de forma conjunta sean artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido.*
- b) Que de su utilización resulten efectos jurídicos o económicos, distintos del ahorro o ventaja tributarios, que sean iguales o similares a los que se hubieran obtenido con los actos usuales o propios.*

La SUNAT, aplicará la norma que hubiera correspondido a los actos usuales o propios, ejecutando lo señalado en el segundo párrafo, según sea el caso.

(...)

En caso de actos simulados calificados por la SUNAT según lo dispuesto en el primer párrafo de la presente norma, se aplicará la norma tributaria correspondiente, atendiendo a los actos efectivamente realizados¹¹.

En la medida en que es una norma reciente, no existen pronunciamientos administrativos ni judiciales peruanos relacionados a la aplicación de la misma, en particular a lo que debe entenderse por "actos artificiosos o impropios".

A efectos de tener una aproximación de los alcances de esta norma, se ha revisado el texto de la Exposición de Motivos elaborado por el Ministerio de Economía y Finanzas para justificar

la introducción de dicha norma. En dicho documento, se expone lo siguiente:

"Con relación a lo artificioso resulta referencialmente útil la definición que realiza la Real Academia Española que comprende como tal lo hecho o elaborado con artificio, arte y habilidad; lo disimulado, cauteloso, doble. Asimismo, es útil lo desarrollado por el precedente europeo en la SSTJCE de 21-2-2006, Halifax, As. C 255/02¹¹ y los precedentes españoles sobre la materia. A este respecto, el Tribunal Supremo Español¹² ha señalado lo siguiente:

uso legítimo de la economía de opción tiene como límite la artificiosidad que se crea en el negocio jurídico cuando tiene por exclusiva finalidad la reducción tributaria en detrimento de la finalidad de la norma cuya aplicación se invoca. Cuando un contribuyente traspassa el límite que representa la aplicación común de la norma para utilizarla contrariando su finalidad y espíritu, no puede invocarse el principio de seguridad jurídica, pues es lógico pensar que el legislador es contrario a admitir el fraude a los intereses recaudatorios.

Asimismo, debe agregarse que la Norma XVI apunta a que el acto o los actos efectuados por el contribuyente sean evaluados objetivamente para determinar su carácter artificial, artificioso o impropio y la finalidad preponderantemente tributaria que persigue, por lo que no se pretende demostrar la intención del deudor tributario sobre una base subjetiva (evidencias del estado mental del deudor tributario).

De otro lado, la fórmula legal hace mención al sustento que la SUNAT debe efectuar en aquellos casos en que aplique la Norma XVI. Es decir, el sustento estará referido al aporte de los elementos objetivos que prueben el carácter artificial, artificioso o impropio de la operación y la ventaja preponderantemente tributaria, por lo que al contribuyente le corresponderá aportar las pruebas objetivas sobre la existencia de una finalidad económica autónoma, distinta a la ventaja tributaria¹².

Como puede apreciarse, el texto de la exposición de motivos no es totalmente claro a efectos de

11 De acuerdo a la Sentencia 9080/2011 del Tribunal Supremo Español de fecha 19 de diciembre de 2011, este precedente aprecia abuso de derecho cuando se presenten acumulativamente dos requisitos: i) que la ventaja fiscal que se pretende sea contraria al objeto y finalidad de las normas aplicables; ii) que del conjunto de elementos objetivos concurrentes resulte que la finalidad esencial de las operaciones por las que se reclama una exención o minoración de la carga tributaria consista precisamente en obtener tal ventaja fiscal.

12 Sentencia 9080/2011 del 19 de diciembre de 2011. La controversia de este caso versaba respecto a la aceptación o no de la pérdida tributaria originada por la adquisición de bonos emitidos por la República del Brasil por parte de un residente español, en una fecha cercana a la del vencimiento del cupón, y su posterior venta a un menor valor, al haberse cobrado el cupón correspondiente. Con ello, se obtenían dos resultados tributarios: i) la percepción del cupón que no estarían gravados en España en aplicación del Tratado para evitar la doble imposición con Brasil; ii) una pérdida de capital (que pretendía deducirse para efectos tributarios) por la venta del bono brasileño a un menor valor que el costo de adquisición. En este caso, el Tribunal Español no aceptó la deducción de dicha pérdida.

definir qué debe entenderse por “artificioso”. Asimismo, omite desarrollar el término “impropio”. No obstante de dicho desarrollo, podrían extraerse las siguientes ideas preliminares:

- Un acto resultaría artificioso cuando el mismo tiene como única finalidad obtener una ventaja tributaria y no existe una finalidad económica autónoma.
- Los actos tendrían que ser evaluados por SUNAT objetivamente para determinar su artificiosidad o impropiedad, por lo que no podría pretender demostrar la intención del deudor tributario sobre una base subjetiva.

Cabe precisar que mediante la Ley No. 30230, publicada el 12 de julio de 2014, el Congreso de la República procedió a suspender los párrafos relacionados a las normas anti-elusivas, en los siguientes términos:

“Artículo 8. Suspensión de la aplicación de la Norma XVI del Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Código Tributario aprobado por Decreto Supremo 133-2013-EF y norma modificatoria.

Suspéndase la facultad de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria - SUNAT para aplicar la Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario, con excepción de lo dispuesto en su primer y último párrafos, a los actos, hechos y situaciones producidas con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1121.

Asimismo, para los actos, hechos y situaciones producidas desde la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1121, suspéndase la aplicación de la Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario, con excepción de lo dispuesto en su primer y último párrafos, hasta que el Poder Ejecutivo, mediante decreto supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas, establezca los parámetros de fondo y forma que se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario”.

Del artículo 8 de la Ley No. 30230 antes citado, podía concluirse lo siguiente:

- Al exceptuar de la presente suspensión al primer y último párrafo de la Norma XVI, el legislador está permitiendo la aplicación de la “calificación económica de los hechos”, facultada que estaba prevista en el segundo párrafo de la antigua Norma VIII, vigente hasta el 18 de julio de 2012. Dicha facultad no se encuentra suspendida a la fecha.

- El legislador habría considerado que la Norma XVI tiene carácter procedimental, esto es, la misma podía ser aplicada por la Administración Tributaria a los actos, hechos y situaciones realizadas antes de su entrada en vigencia (19 de julio de 2012), en la medida que el ejercicio en donde se realizaron no haya prescrito. Así por ejemplo, si una determinada operación es realizada en el ejercicio 2011 (antes de la entrada en vigencia de la Norma XVI) y SUNAT lleva a cabo una fiscalización en el año 2013 (año en que el ejercicio 2011 aún no se encontraba prescrito), esta última estaba facultada a aplicar la Norma XVI a la citada operación, si consideraba que resultaba artificiosa o impropia. No obstante, en virtud a la suspensión prevista artículo 8 de la Ley No. 30230 antes citada, SUNAT no podrá aplicar la Norma XVI a la operación de nuestro ejemplo.

- Por otro lado, conforme al citado artículo 8 de la Ley No. 30230, a la fecha de la elaboración del presente trabajo, la Administración Tributaria tiene suspendida la facultad de aplicar las normas antielusivas generales, previstas en los demás párrafos suspendidos de la Norma XVI, ello hasta que el Ministerio de Economía y Finanzas publique los “parámetros de fondo y forma” que se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Norma XVI. De la lectura de dicho artículo, podría considerarse que una vez que entre en vigencia el citado Decreto Supremo, SUNAT recuperará la facultad de aplicar la Norma XVI a los actos desarrollados a partir del 19 de julio de 2012, incluso a los actos realizados entre el 19 de julio de 2012 y la entrada en vigencia del Decreto Supremo. No obstante, en su oportunidad tendría que analizarse si es que una interpretación de tal naturaleza, podría tener cuestionamientos respecto a la entrada en vigencia de una norma y su aplicación a actos, hechos y situaciones realizadas con anterioridad.

- Sin perjuicio de lo anterior, el Decreto Supremo antes señalado también podría tener algunos cuestionamientos respecto a su constitucionalidad y el respeto al Principio de Reserva de Ley, toda vez que los “parámetros de fondo y forma” estarían siendo establecidos mediante una norma de rango infralegal, sin una norma con rango legal que establezca los parámetros y/o límites para cumplir con la citada tarea normativa.

A la fecha de elaboración del presente artículo, el Ministerio de Economía y Finanzas aún no publicó el Decreto Supremo en referencia.

3. El caso resuelto en la RTF No. 10923-8-2011: análisis crítico

3.1 Breve reseña del caso

En el presente caso se suscitaron los siguientes hechos:

- En el año 1996 se fundó la empresa recurrente (en adelante, Sociedad Inmobiliaria), la misma que tenía como objeto social la construcción de la nueva sede principal del banco Interbank, así como toda actividad inmobiliaria y de construcción.
- La Sociedad Inmobiliaria e Interbank son empresas del mismo grupo económico.
- Se desprende de la RTF que una vez que terminó con la construcción, la Sociedad Inmobiliaria habría procedido a alquilar las oficinas del citado edificio (entre ellas, a Interbank).
- Interbank financió a la Sociedad Inmobiliaria (empresa vinculada) para la construcción del edificio mediante un préstamo.
- De acuerdo a la Ley No. 26702 (Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros), los créditos concedidos a empresas vinculadas, no pueden exceder el 30% del patrimonio efectivo de la empresa bancaria. Por ello, la Superintendencia de Banca y Seguros (en adelante, SBS), cursó sendos oficios a Interbank, informando que el financiamiento otorgado representaba el 23.2% de su patrimonio efectivo y le solicitó información sobre la forma y/o mecanismos de pago a emplear para cancelar el financiamiento.
- A fin de reducir el endeudamiento, mediante Junta General de Accionistas de junio de 2001, la Sociedad Inmobiliaria procedió a escindir y a segregarse un bloque patrimonial conformado por inmuebles (activos) por un valor de S/.80,919,063 y pasivos (cuenta por pagar a Interbank) por el mismo importe, resultando un bloque patrimonial equivalente a cero (0). El costo computable que la Sociedad Inmobiliaria tenía en estos inmuebles era de S/.70,933,651.
- Mediante Junta General de Accionistas de diciembre de 2001, la Sociedad Inmobiliaria procedió a realizar una escisión similar, segregando otro bloque patrimonial a Interbank, conformado por otros inmuebles (activos) por la suma de S/.41,897,060 y pasivos (cuenta por pagar a Interbank) por la misma cifra, resultando nuevamente un bloque

patrimonial equivalente a cero (0). El costo computable que la Sociedad Inmobiliaria tenía en estos inmuebles era de S/.36,726,963.

- La valorización de los inmuebles que conformaban el bloque patrimonial, fue efectuada por un tasador público independiente.
- En ambas escisiones Interbank no emitiría acciones toda vez que el valor del bloque patrimonial equivalía a cero (0), y por ello no había incremento ni reducción de capital, ni fecha de registro, ni canje de acciones.
- En virtud a lo anterior, SUNAT consideró que estas operaciones “no constituían en rigor una reorganización societaria”, por lo que no les resultaba aplicable las normas especiales aplicables a las escisiones (artículo 104 de la Ley del IR y literal c. del artículo 2 de la Ley del IGV); y por ende, constituían enajenaciones gravadas tanto con el IR (impuesto determinado por la diferencia entre el costo computable que la Sociedad Inmobiliaria tenía en los inmuebles y el valor de los inmuebles determinado por la tasación) como con el IGV (primera venta de bienes inmuebles).
- El Tribunal mediante la RTF materia de comentario, procedió a confirmar la observación de SUNAT antes detallada.

3.2 Argumentos del Tribunal Fiscal para considerar que en este caso no se produce una reorganización societaria

A efectos de confirmar el reparo determinado por SUNAT, el Tribunal Fiscal en la RTF manifiesta lo siguiente:

- A efectos de analizar si, desde la perspectiva de la realidad económica subyacente, una escisión parcial llevada a cabo cumpliendo con todas las formalidades de ley, califica como real o no, es menester verificar si se han dado de manera concurrente, los siguientes elementos: (i) el traspaso patrimonial y su recepción por la empresa escisionaria; (ii) la división de actividades y la explotación del patrimonio como una unidad económica nueva o formando parte de una ya existente; y, (iii) la reducción del capital de la sociedad escidente y la consiguiente entrega de las acciones o participaciones correspondientes.
- Los elementos que otorgan tipicidad a la figura jurídica de la escisión parcial, (y que los diferencia de otros actos jurídicos como por ejemplo la simple enajenación de activos, o el pago de la deuda en especie)- son: (i) que el

negocio realizado se oriente a mantener una solución de continuidad a la actividad que, en virtud al bloque patrimonial que transfiere, venía desarrollando el escidente; y (ii) como consecuencia del proceso de reorganización societaria, resulta ser ahora materia de explotación por la sociedad escindida; en la que subyace la idea de una empresa en marcha, donde resalta su permanencia de funcionamiento.

- El Tribunal Fiscal considera que en este caso no se ha producido ninguna de las circunstancias antes descritas. Por el contrario, el citado Tribunal afirma que el proceso de reorganización obedeció a la necesidad de Interbank de dar cumplimiento a las normas a las que se encontraba sujeto, por tener la condición de institución bancaria; y agrega que no podría considerarse que el objeto de la escisión se orientó a que Interbank prosiguiera con las actividades vinculadas al negocio inmobiliario e industria de la construcción, que eran la actividad principal de la recurrente.
- Que en este sentido, el Tribunal Fiscal confirma la aplicación de la Norma VIII del Título Preliminar del Código Tributario efectuada por SUNAT, concluyendo que para efecto tributario las escisiones parciales llevadas a cabo por la Sociedad Inmobiliaria con Interbank durante el ejercicio 2001, no constituían en rigor una reorganización societaria, y por ende no les resultaba de aplicación el régimen de excepción contenido en las normas que regulaban el IGV y el IR.
- Cabe precisar que el Tribunal Fiscal en la RTF No. 09146-5-2004, adoptó el mismo criterio en el marco de una reorganización simple. En ese caso, la SUNAT desconoció el crédito fiscal de una empresas (en adelante, la Sociedad receptora) proveniente del aporte de un bloque patrimonial segregado por La Vitalicia, Compañía de Seguros de Vida. Dicho bloque patrimonial estaba conformado por crédito fiscal, por la suma de S/.33,021 y un pasivo (cuentas por pagar) por la suma de S/.66,042. Entre los argumentos para desconocer el crédito fiscal, el Tribunal Fiscal afirma que en los hechos no se ha producido una reorganización simple, en los siguientes términos:

“Que de acuerdo con lo establecido por el artículo 391 de la Ley General de Sociedades, una reorganización simple constituye un supuesto de aporte de una empresa a otra, es decir, que el bloque patrimonial será transferido bajo la calidad de aporte, lo que genera como consecuencia, la emisión de acciones a favor de

la empresa aportante, así esta no sufre merma alguna en su patrimonio, pues a cambio del bloque patrimonial que sale de él, recibe las acciones de la sociedad beneficiaria.
(...)

Que conforme se desprende en el testimonio de la citada escritura pública, tanto la recurrente como “La Vitalicia”, acordaron no emitir acciones a favor de esta última, debido al valor negativo del bloque patrimonial.

Que de acuerdo a lo expuesto, no resulta correcto lo afirmado por la recurrente, en el sentido que el crédito fiscal se originó en una reorganización simple realizada al amparo del artículo 391 de la Ley General de Sociedades, toda vez que el valor neto del bloque patrimonial transferido resultó negativo y en ese sentido, el mismo no podría constituir un aporte a favor de la recurrente”.

Como puede apreciarse, el mismo criterio planteado por en la RTF, también es aplicado por la Tribunal Fiscal en la RTF No. 09146-5-2004, en el caso de una reorganización simple que se llevó a cabo con un bloque patrimonial negativo, por lo que los comentarios que expondremos en los siguientes puntos también le serán aplicables.

3.3 Argumentos que en nuestra opinión el Tribunal Fiscal debe considerar en casos similares

En nuestra opinión, los argumentos detallados por el Tribunal Fiscal para confirmar la aplicación de la Norma VIII del Código Tributario (vigente hasta el 18 de julio de 2012) y por ende, la no aplicación de las normas tributarias excepcionales previstas para las reorganizaciones societarias, no resultan del todo correctos. A continuación, comentaremos cada uno de ellos.

El Tribunal Fiscal considera que una escisión califica como real, si es que se presentan los siguientes tres elementos:

i) Traspaso patrimonial y la recepción por la empresa escisionaria

Puede apreciarse que en este caso sí existe un traspaso real y efectivo de los activos inmobiliarios por parte de la Sociedad Inmobiliaria a Interbank, ello no ha sido cuestionado por SUNAT ni por el Tribunal Fiscal.

ii) La división de actividades y la explotación del patrimonio como una unidad económica nueva o formando parte de una existente

En este caso, de acuerdo a lo citado por la RTF, la Sociedad Inmobiliaria tenía como objetivo

principal encargarse de la construcción de la nueva sede principal de Interbank. Asimismo, el desarrollo de dicho proyecto inmobiliario (construcción de un edificio de oficinas) estuvo destinado al arrendamiento a diversas empresas.

De dicha afirmación puede desprenderse que Interbank con los inmuebles recibidos por la presente escisión, procedió a utilizarlo como sede principal de sus actividades financieras y/o administrativas, y además procedió a desarrollar la actividad inmobiliaria mediante el arrendamiento de diversas oficinas a otras empresas. En ese sentido, el Tribunal Fiscal no podría afirmar que no se cumplió con este segundo elemento, toda vez que: i) parte de dichos inmuebles sí conformaron una unidad patrimonial que venía siendo explotada por Interbank (actividades financieras); y, ii) otra parte de dichos activos fue explotada como una nueva unidad económica (actividades inmobiliarias mediante el arrendamiento).

A mayor abundamiento, tendría que considerarse que los inmuebles que formaron parte del bloque patrimonial, permanecieron dentro del mismo grupo económico (Grupo Interbank), toda vez que no se desprende de la RTF que Interbank haya transferido dichos inmuebles ni se desprende un ánimo de transferir dichos activos. En este caso simplemente se alocaron los activos pertenecientes de una sociedad (Sociedad Inmobiliaria) a otra (Interbank), permaneciendo dichos activos afectados a la actividad económica antes de la escisión (sede principal de Interbank/oficinas arrendadas a terceros). En ese sentido, en nuestra opinión este elemento también se estaría siendo cumplido.

iii) La reducción del capital de la sociedad escidente y la consiguiente entrega de las acciones o participaciones correspondientes

De todos los elementos, este último no se habría cumplido en el presente caso. En efecto, los accionistas de la Sociedad Inmobiliaria no recibieron acciones por parte de Interbank como consecuencia de la presente escisión, toda vez que el bloque patrimonial segregado equivalía a cero (0).

No obstante lo anterior, ello no resulta una razón válida para desconocer los efectos tributarios de la presente reorganización societaria.

Sobre el particular, las normas societarias reconocen que existe la posibilidad de que se realice una reorganización societaria (escisión o reorganización simple) con un bloque

patrimonial negativo o neutro. Así, el literal e) del artículo 124 del Reglamento de Registro de Sociedades, aprobado mediante Resolución del Superintendente Nacional de Registros Públicos No. 200-2001-SUNARP-SN, establece que en caso sea negativo el valor del bloque patrimonial que se transfiere, se dejará constancia de su monto y ello producirá que la sociedad receptora no aumente capital ni emita acciones. Tratándose de una escisión por constitución, se dejará constancia que la nueva sociedad no emite acciones ni participaciones sociales a favor de los socios de la sociedad que se extinga por la escisión.

De igual modo, conforme al literal f) del artículo 130 de la Resolución antes citada, en caso el valor del bloque patrimonial que se aporta en el marco de una reorganización simple sea negativo, se dejará constancia de ello y esa circunstancia producirá que no se aumente el capital de la sociedad receptora del bloque patrimonial aportado.

Asimismo, la propia Ley del IR reconoce la posibilidad de que se realice una reorganización societaria con un bloque patrimonial neutro o negativo. En efecto, conforme al literal f) del artículo 21 de la citada Ley¹³, en el caso específico de la reorganización simple, si el bloque patrimonial transferido está compuesto por activos y pasivos, el costo computable será la diferencia entre el valor de ambos, y si el pasivo fuera mayor al activo, el costo computable será cero (0). Esto último bajo el entendido, que no se emitirían acciones, en aplicación estricta del literal f) del artículo 130 del Reglamento del Registro de Sociedades.

Como puede apreciarse, las propias normas societarias y tributarias reconocen expresamente la posibilidad de que exista una reorganización societaria (escisión/reorganización simple) con un bloque patrimonial negativo. Dicha lógica se hace extensiva a los bloques patrimoniales neutros.

En este orden de ideas, ¿Existe algún fundamento legal para que el Tribunal Fiscal considere que la escisión materia de controversia en la RTF no constituya "en rigor" una reorganización societaria?. Tomando en consideración las normas societarias y tributarias antes citadas, en nuestra opinión no existe ninguna razón jurídica para que el Tribunal Fiscal afirme que no existe una reorganización societaria para efectos tributarios, cuando se segregó un bloque patrimonial negativo/neutro.

Una interpretación de tal naturaleza, contraviene totalmente el Régimen de neutralidad y diferimiento que debe regir toda reorganización societaria, según los cuales, el factor impositivo

13 Literal vigente a partir del 1 de enero de 2011.

no debe ser un freno ni un estímulo en la toma de decisiones de las empresas sobre reorganizaciones societarias, y cualquier tipo de plusvalía que se pudiera derivar de una transferencia de activos en el marco de una reorganización societaria, será tributada en un momento posterior en cabeza de la entidad adquirente, cuando se efectúa una enajenación a terceros. En el caso específico de la RTF, la tributación de una posible plusvalía (por la diferencia entre el costo computable y el valor de tasación al que se registró en el bloque patrimonial), tendría que ser tributada posteriormente, si es que Interbank opta por enajenar los inmuebles a terceros.

Tomando en consideración que en este caso se cumplen los dos primeros elementos, y el último de estos elementos no es de obligatorio cumplimiento (al amparo del literal e. del artículo 124 y del literal f. del artículo 130 del Reglamento de Registro de Sociedades, así como del literal f. del artículo 21 de la Ley del IR), en nuestra opinión el Tribunal Fiscal debería haber revocado la Resolución de Intendencia apelada e inaplicar la Norma VIII en ese caso particular. Ello en razón a que en este caso nos encontramos ante una reorganización societaria que surtió todos sus efectos, tanto para efectos legales como tributarios, razón por la cual sí debió de aplicarse las normas tributarias excepcionales previstas para las reorganizaciones societarias, y por ende, no debió gravarse dicha operación con IR y con IG.V.

Por las mismas razones, el criterio adoptado por el Tribunal Fiscal en la RTF No. 09146-5-2004 también ha variado, por lo que tendrá que aceptarse plenos efectos legales y tributarios a las reorganizaciones simples en donde se segregue un bloque patrimonial negativo/neutro.

4. Bloques patrimoniales neutros/negativos y la Norma XVI

En la medida que la RTF fue resulta cuando la versión anterior de la Norma VIII aún se encontraba vigente, es menester analizar cuál debería ser el criterio a adoptarse por el Tribunal Fiscal, en caso tenga que resolver una controversia por una reorganización societaria (escisión/reorganización simple) en la que se segregue un bloque patrimonial negativo/neutro, si es que SUNAT considera que la misma no resulta ser "en rigor" una reorganización societaria. Para ello, analizaremos la controversia tanto desde el punto de vista de la Norma XVI, poniéndonos en el supuesto que parte de ella a la fecha no se encuentra suspendida.

Así, la Norma XVI otorga a la SUNAT la facultad de calificar económicamente los hechos, cuando encuentre discordancia entre la realidad económica

de los hechos y la forma jurídica respecto de una operación económica determinada. Dicha facultad estaba prevista también en la antigua Norma VIII vigente hasta el 18 de julio de 2014. Conforme el criterio establecido por el Tribunal Fiscal en las RTFs Nos. 4773-4-2006 y 4774-4-2006, la discordancia antes anotada puede evidenciarse en distintos niveles de desajuste entre forma y fondo, constituyendo uno de ellos la realización de actos simulados.

Respecto a los actos simulados, el Tribunal Fiscal en la RTF No. 6983-5-2006, considera que en la simulación absoluta se finge o simula un negocio inexistente que no oculta o disimula ningún otro y en la relativa se simula un negocio falso e inexistente que disimula, disfraza u oculta el negocio efectivamente realizado, por lo que si bien en aplicación de la Norma VIII la Administración Tributaria puede prescindir de la apariencia creada por las partes bajo la figura de la simulación, para descubrir la real operación económica que está o no detrás, debe probar en forma fehaciente su existencia, para lo cual es necesario que se investiguen todas las circunstancias del caso y se actúen los medios probatorios pertinentes.

Tomando en consideración lo anterior, en el caso de una reorganización societaria en donde se segregue un bloque patrimonial negativo/neutro, no se podrá afirmar que exista una discordancia entre la realidad económica y la forma jurídica, toda vez que no nos encontramos ante un acto simulado. En efecto, como hemos detallado en el punto anterior, una reorganización societaria (escisión/reorganización simple) en la que se segregue un bloque patrimonial negativo o neutro, surte plenos efectos legales y por ende tributarios, (ello al amparo de las normas societarias y tributarias) por lo que no podría considerarse que estamos ante una operación simulada. En ese sentido, esta reorganización societaria no sería un acto falso y/o inexistente.

Por otro lado, la Norma XVI también otorga la facultad a la Administración Tributaria de combatir actos u operaciones elusivas. Sobre el particular, la citada norma establece que para que una operación pueda ser considerada como anti-elusiva, tendrían que cumplirse conjuntamente los siguientes supuestos:

- a) Que individualmente o de forma conjunta sean artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido.
- b) Que de su utilización resulten efectos jurídicos o económicos, distintos del ahorro o ventaja tributarios, que sean iguales o similares a los que se hubieran obtenido con los actos usuales o propios.

Como indicamos, no existe una definición de lo que debe entenderse por artificioso o impropio. No obstante, como indicamos en los puntos anteriores, de la Exposición de Motivos de la citada norma pueden desprenderse las siguientes ideas:

- Un acto resultaría artificioso cuando el mismo tiene como única finalidad obtener una ventaja tributaria y no existe una finalidad económica autónoma.
- Los actos tendrían que ser evaluados por SUNAT objetivamente para determinar su artificiosidad o impropiedad, por lo que no podría pretender demostrar la intención del deudor tributario sobre una base subjetiva.

Tomando en consideración lo anterior, una operación como la expuesta en la RTF tampoco resultará artificiosa o impropia. En efecto, de acuerdo a lo detallado en dicha resolución, el Grupo Interbank habría realizado la citada reorganización a fin de dar cumplimiento a las normas regulatorias a las que se encontraba sujeta Interbank al ser una institución bancaria (límites a los créditos otorgados a compañías vinculadas) razón por la cual, la escisión mediante la segregación de un bloque patrimonial negativo o neutro, no tuvo como única finalidad realizar una transferencia de activos sin generar un efecto tributario, si no que tuvo como finalidad principal que Interbank se adecue a las normas regulatorias aplicables a las instituciones financieras. Tomando en consideración esta finalidad económica ajena a la tributaria, en nuestra opinión no podrá afirmarse que la escisión mediante la segregación de un bloque patrimonial neutro, suponga un acto elusivo respecto del cual tenga que aplicarse las normas tributarias aplicables a un acto propio o usual (normas tributarias aplicables a las enajenaciones comunes).

En ese sentido, si el Tribunal Fiscal hubiese resuelto una operación similar a la RTF aplicando la Norma XVI (sin que haya sido suspendida), no podría haber aplicado dicha norma anti-elusiva, al no encontrarnos ante un acto artificioso o impropio.

Existen otras situaciones en las que se podría realizar una escisión/reorganización simple con un bloque neutro o negativo. Por ejemplo, en los casos en que una línea de producción o comercialización ocasione pérdidas en una empresa y otras líneas de negocios tenga resultados positivos. La sociedad que recibe el bloque patrimonial negativo o neutro (los activos de la línea de negocios en

pérdida más pasivos que superan el valor de los activos), podría tener mayor experiencia en la actividad que arroja pérdidas, con lo que podría incorporar los activos de la primera sociedad a fin de afectarla a su negocio. Con ello, la sociedad que recibe el bloque patrimonial podría tener resultados positivos, y generar el flujo de efectivo suficiente para cancelar los pasivos asumidos por la reorganización societaria. Como puede apreciarse, este es un verdadero objetivo económico distinto al tributario.

5. A manera de conclusión

Como puede apreciarse, en el ámbito empresarial las reorganizaciones societarias son una herramienta legal que permite a diversas compañías alcanzar resultados económicos positivos y hacer eficientes las actividades productivas.

En este contexto, las reorganizaciones societarias para efectos tributarios no se deben sólo a los bloques patrimoniales positivos, toda vez que es perfectamente posible que dicha reorganización societaria se haga segregando un bloque patrimonial negativo o neutro. Existen innumerables razones económicas para ello.

En ese sentido, las reorganizaciones societarias en donde se segregan bloques patrimoniales negativos o neutros, deben surtir todos sus efectos legales y tributarios. Tomando en consideración lo anterior, el criterio adoptado por el Tribunal Fiscal en la RTF No. 10923-8-2011 y la RTF No. 09146-5-2004 no se condice con la realidad económica de las reorganizaciones societarias, toda vez que desconoce para efectos tributarios, que no son “en rigor” verdaderas reorganizaciones societarias.

Por ello, en nuestra opinión es necesario que el Tribunal Fiscal varíe el criterio expuesto en las RTFs antes mencionadas; y, en adelante, concluya que las reorganizaciones societarias en donde se segrega un bloque patrimonial negativo o neutro, surten plenos efectos jurídicos y tributarios, a efectos de aplicar las normas tributarias especiales previstas para las reorganizaciones societarias (artículo 104 de la Ley del IR y el literal c. del artículo 2 de la Ley del IGV). Este cambio, permitirá que las reorganizaciones societarias tengan un papel neutral en las decisiones de negocio y que la imposición de la posible plusvalía que pueda originarse por los activos transferidos en el bloque patrimonial, sea diferida a un momento posterior, tal como la doctrina internacional lo reconoce. ☐