

Alcances de la Norma Anti-Elusiva Específica Aplicable a la Reorganización de Sociedades

Fernando Tori Vargas*
Efraín Rodríguez Alzza**

Resumen:

El presente trabajo analiza los antecedentes nacionales e internacionales de la norma anti-elusiva vigente, prevista en el artículo 105-A de la referida Ley, su alcance y su relación con el régimen tributario aplicable a las reorganizaciones. Asimismo, se aborda la discusión sobre la dinámica en la aplicación de la citada norma con relación a la norma anti-elusiva general.

Palabras clave:

Impuesto a la Renta – Reorganización de sociedades – Escisión – Reorganización simple – Norma anti-elusiva – Transacción – Acciones

Abstract:

This paper analyses national and international background of the anti-avoidance rule described in article 105-A of such law, its scope and its relationship with corporate reorganizations' Peruvian income tax regime. In addition, the article will cover the discussion on the relationship between general anti-avoidance rule and specific anti-avoidance rules.

Keywords:

Income tax – Corporate reorganizations – Demerger – Contribution – Anti-avoidance rule – Transaction – Shares

Sumario:

1. Introducción – 2. Antecedentes internacionales – 3. Antecedentes en el Perú – 4. Alcances del artículo 105-A de la LIR – 5. Dinámica NAG-NAE

* Abogado por la Universidad de Lima. Master en Tributación Internacional (LL.M.) por la New York University, School of Law. Profesor de la Maestría en Tributación y Política Fiscal de la Escuela de Postgrado de la Universidad de Lima.

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Título de Segunda Especialidad en Derecho Tributario por la misma universidad. Diploma en "International Tax Aspects of Mergers, Acquisition and Corporate Finance" por el International Bureau of Fiscal Documentation.

1. Introducción

La reforma que se llevó a cabo en el Perú en el año 2012, incluyó cambios muy importantes en nuestro ordenamiento tributario. Además de la incorporación de una nueva Norma Anti-Elusiva General (en adelante, NAG), la Norma XVI¹, en el Código Tributario (en adelante, "CT"), se introdujeron modificaciones en la Ley del Impuesto a la Reta (en adelante, "LIR") y en la Ley del Impuesto General a las Ventas (en adelante, "LIGV").

Uno de los aspectos a destacar de las modificaciones introducidas a la LIR es lo concerniente a las normas anti-elusivas aplicables a la reorganización de sociedades (en adelante, reorganizaciones). Históricamente, la LIR sólo contemplaba una Norma Anti-Elusiva Específica (en adelante, NAE) aplicable a las reorganizaciones no consideradas como operaciones gravadas con el Impuesto a la Renta (en adelante, IR).

La referida norma fue incorporada en el año 1993 por el Decreto Legislativo 774, y no fue hasta la reforma del año 2012 que se incluye una nueva NAE aplicable a las reorganizaciones que se lleven a cabo sin efectos tributarios; es decir, sin que las partes revalúen los activos que son transferidos.

En la medida que muchos ordenamientos jurídicos no gravan las ganancias no realizadas que se generan en estas reorganizaciones, es usual que, por un lado, los contribuyentes busquen articular una transacción utilizando dicha forma jurídica, a fin de poder beneficiarse con la neutralidad de dicho régimen y, del otro, que el legislador intente reducir dicha posibilidad.

En ese sentido, nuestra investigación tiene por objetivo analizar los alcances de esta nueva NAE, para lo cual analizaremos sus antecedentes internacionales, identificando cuáles son los modelos de norma anti-elusiva que se han desarrollado para combatir la elusión tributaria y el fraude a la ley en materia de reorganizaciones. Asimismo, discutiremos sobre su relación con el régimen tributario en el IR peruano aplicable para las reorganizaciones. Dicho análisis comprenderá tanto la aplicación de la norma en una escisión como en una reorganización simple.

Finalmente abordaremos de manera concisa la discusión sobre la dinámica en la aplicación de la NAE y la NAG.

Es importante precisar que, dado que la norma anti-elusiva es sólo de aplicación para efectos del IR, no estamos analizando su posible impacto en otros tributos que podrían afectar directa o indirectamente a las reorganizaciones, tales como el IGV o el Impuesto de Alcabala, entre otros.

2. Antecedentes internacionales

La verificación del alcance de las normas anti-elusivas en los diversos ordenamientos sigue suscitando diversos estudios y análisis. No sólo en el Perú, sino también en diversos países de Latinoamérica² y a nivel mundial³ se han llevado a cabo reformas fiscales a fin de combatir el fraude a la ley y la elusión tributaria.

En diversos ordenamientos jurídicos coexisten diversos tipos de normas anti-elusivas, las llamadas de alcance amplio o general (en este trabajo las venimos denominando, NAG), cuyo objetivo es combatir principalmente la elusión fiscal y el fraude a la ley en materia tributaria, y las que tienen un supuesto de hecho más restringido (en este trabajo las venimos denominando, NAE), pues la premisa bajo la cual se aplican se encuentra en específicos comportamientos de los contribuyentes.

Las NAE, al ser de carácter muy restringido, recurren a otro tipo de técnica legislativa para su aplicación. Incluyen presunciones o ficciones legales con el fin de lograr que el contribuyente no lleve a cabo actos elusivos o de fraude a la ley; y, como resultado de lo anterior, preservan la aplicación de la norma tributaria que intentó ser eludida⁴.

Del análisis comparado de diversos ordenamientos jurídicos, se puede apreciar que existen diversos modelos en materia de normas anti-elusivas aplicables a las reorganizaciones. En efecto, existen NAE que tienen un alcance amplio, con la particularidad que son de aplicación únicamente a las reorganizaciones, y existen NAE que tienen un alcance muy específico, por establecer parámetros de cumplimiento muy particulares (plazos, porcentajes de accionariado, etc.) a efectos que resulte de aplicación el régimen de neutralidad tributaria.

2.1 NAE de alcance amplio

Este tipo de NAE no está destinado a ser aplicado bajo parámetros particulares. Su objetivo es

1 Es importante precisar que, a la fecha de la elaboración del presente estudio, la referida norma anti-elusiva seguía suspendida en su aplicación hasta que las normas reglamentarias sean emitidas, de acuerdo a lo establecido en el artículo 8 de la Ley No. 30230.

2 Nos referimos, por ejemplo, a la reforma tributaria que se ha llevado a cabo en Chile, donde entre las principales novedades se encuentra la incorporación de una norma anti-elusiva de alcance amplio.

3 Por ejemplo, la iniciativa BEPS de la OCDE.

4 GARCÍA NOVOA, Cesar. "Reflexiones sobre las medidas para combatir la elusión fiscal. Cláusulas Generales y Especiales". En: *VECTIGALIA*. Año 1. Número 1 (2005); p. 127.

evitar que la razón por la cual se llevan a cabo las operaciones no sea únicamente de índole fiscal. Para ello, no interesan las características particulares de la reorganización. Su aplicación no está destinada a cierto tipo de operación en específico, sino a cualquiera que se encuentre dentro del ámbito de la norma anti-elusiva.

El ejemplo más claro de una NAE de alcance amplio se encuentra en la Unión Europea, en el inciso a) del numeral 1 del artículo 15 de la Directiva No. 2009/133/EC, del 19 de octubre 2009⁵ (en adelante, Directiva de Fusiones)⁶, la cual señala:

"1. Un Estado miembro podrá negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de los artículos 4 a 14 o a retirar total o parcialmente el beneficio de las mismas cuando una de las operaciones contempladas en el artículo 1:

a) tenga como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal; el hecho de que las operaciones no se efectúen por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación, puede constituir una presunción de que esta operación tiene como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal;(...)"

Al respecto, Pita y Aneiros⁷ han señalado de manera sistemática cuáles son los requisitos para aplicar la Directiva de Fusiones en las reorganizaciones transnacionales dentro de la Unión Europea:

- El objetivo de las operaciones de reestructuración debe ser el fraude o la evasión fiscal.
- Ese objetivo debe ser el principal o uno de los principales perseguidos por los participantes en las reorganizaciones.
- La inexistencia de motivos económicos válidos permite presumir los dos requisitos señalados anteriormente.

Como se puede apreciar, la norma comunitaria es clara al señalar que la neutralidad fiscal aplicable a las reorganizaciones en el marco de la Directiva de Fusiones⁸ no será aplicable si las operaciones tienen por objetivo la elusión o la evasión tributaria.

Además, la norma comunitaria señala ejemplos en su propio texto de "motivos económicos válidos" en operaciones de este tipo, tales como la reestructuración y racionalización de las actividades de las empresas reorganizadas, lo cual redundará en mayores sinergias y eficiencia para los participantes en la reorganización.

Bajo ese entendido, no es casualidad que a esta norma comunitaria se le haya denominado "*mini-GAAR*", en tanto sus alcances son similares a una NAG, sólo que circunscrita únicamente a las operaciones que califiquen como reorganizaciones para efectos de la Directiva de Fusiones.

Este mismo tipo de NAE ha sido incorporado en otros países de la Unión Europea, tales como Italia, Portugal y España¹⁰. Ello puede responder a diversas razones, entre las que se encuentra la transposición de la norma comunitaria de la Directiva de Fusiones al derecho interno de los referidos países, de conformidad con los principios aplicables al derecho de la Unión Europea.

2.2 NAE de alcance restringido

A diferencia de las NAE de alcance amplio, las de alcance restringido no establecen expresamente que su objetivo es combatir la elusión tributaria o el fraude a la ley. En otras palabras, no señalan expresamente una prescripción para que las reorganizaciones se lleven a cabo con motivos económicos válidos.

En cambio, señalan una serie de requisitos que deben ser cumplidos por los participantes de las reorganizaciones, para que a dichas operaciones se les pueda aplicar el régimen tributario correspondiente. Es decir, si y solo si se cumplen los requisitos dispuestos por la norma,

5 Directiva No. 2009/133/CE del Consejo de 19 de octubre de 2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados Miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado Miembro a otro.

6 La Directiva de Fusiones establece el régimen tributario aplicable a las operaciones de fusión, de escisión, de escisión parcial, de aportación de activos y de canje de acciones en las que intervengan sociedades de dos o más Estados Miembro, así como de traslados del domicilio social de un Estado Miembro a otro.

7 PITA, Ana María y Jaime ANEIRO. "La Cláusula Antiabuso en las Fusiones desde la perspectiva Comunitaria y Española". En: *Crónica Tributaria*. No. 144/2012. P. 128.

8 Por ejemplo, el numeral 1 del artículo 7 de la Directiva de Fusiones señala lo siguiente: "*Cuando la sociedad beneficiaria posea una participación en el capital de la sociedad transmitente, no podrá aplicarse ningún gravamen sobre la plusvalía obtenida por la sociedad beneficiaria con motivo de la anulación de su participación*".

9 Haciendo referencia al término *General Anti Avoidance Rules (GAAR)*, nombre por el cual se le denominan a las NAG en el derecho comparado. ENGLISCH, Joachim. *National measures to counter tax avoidance under the merger directive*. WP 11/13. Oxford: Oxford University Centre for Business Taxation. 2013; p. 2.

10 PITA, Ana María y Jaime ANEIRO. Loc. Cit. Pp. 120 – 121.

la operación calificará como una reorganización para efectos tributarios, al margen de si estas operaciones sean verdaderas reorganizaciones para efectos societarios o financieros, como es el caso, por ejemplo, de la transferencia de acciones en un mismo grupo económico.

De esta forma, de incumplirse alguno de los referidos requisitos, la operación sería recalificada a un hecho gravable con el impuesto correspondiente, de ser el caso. Es usual, por ejemplo, que una reorganización que no cumpla con los requisitos para calificar como tal para efectos tributarios sea recalificada como una enajenación de activos y, por ende, la ganancia de capital que se presume derivaría de dicha operación, se encontraría gravada con el IR. Dependiendo del ordenamiento jurídico, esta presunción puede o no admitir prueba en contrario.

Encontramos que el caso "emblemático" es la basta y detallada regulación de este tipo de normas en el *Internal Revenue Code* (IRC) de los Estados Unidos de América. En dicha norma existe una sección específica en la cual se regulan las reorganizaciones sin efectos tributarios, para lo cual se tienen que cumplir una serie de requisitos, pues de lo contrario, se perdería la neutralidad de la operación.

Es el caso de la Sección 1.368-1 del IRC, en la cual se regula que en este tipo de operaciones se requiere que los accionistas que reciben acciones en la empresa absorbente o en la nueva empresa constituida, mantengan su participación en las mismas por un periodo considerable de tiempo. Asimismo, se requiere que la empresa fusionada o absorbente continúe el negocio de la empresa absorbida o extinguida.

Finalmente, todo esto sería analizado en función de la doctrina denominada *Step Transaction*, la cual establece un parámetro para que las cortes norteamericanas analicen la secuencia de operaciones que conforman una transacción y, en función de ello, determinen la verdadera naturaleza de la transacción en su totalidad, de conformidad con los objetivos que los mismos persiguen¹¹.

Otro ejemplo que cabe resaltar es el caso de México. En dicho ordenamiento jurídico se establecen supuestos para que las operaciones de fusión y escisión no califiquen como enajenación

de bienes y, por tanto, no generen una renta gravable con el Impuesto sobre la Renta mexicano.

Así, el artículo 14-B del Código Fiscal de la Federación dispone una serie de requisitos cuyo cumplimiento apunta a reflejar que se está llevando a cabo efectivamente una reorganización para efectos fiscales de dicho país, por lo cual sujeta su calificación a la presentación de las formalidades correspondientes, la presentación de la declaración del impuesto, la continuación de actividades de la empresa absorbida, un periodo de retención de las acciones emitidas como consecuencia de una escisión, entre otros¹².

En Sudamérica, Argentina también cuenta con determinados requisitos cuyo cumplimiento determinan que la operación califique como una reorganización para efectos fiscales y, por ende, que la potencial ganancia que pudiese resultar de dichas operaciones no se encuentre gravada con el Impuesto a las Ganancias argentino.

De manera similar a las normas de México, los requisitos establecidos en la Ley de Impuesto a las Ganancias argentino tienen que ver principalmente con la obligación para las empresas beneficiarias de continuar con las actividades de las empresas reestructuradas, así como la obligación para las empresas que recibieron acciones de mantener dicha participación.

Sin perjuicio de lo anterior, la doctrina especializada en Argentina ha señalado que una operación calificará como una reorganización para efectos del Impuesto a las Ganancias siempre que esta se lleve con un propósito empresarial¹³. Por tanto, la aplicación de este criterio general será el primer filtro para que luego pueda verificarse el cumplimiento de los requisitos que comprenden las NAE de alcance restringido.

Como es claro, si bien dicha posición respalda la aplicación de este tipo de NAE, no formaría parte de la misma, en tanto, como señala Krause¹⁴, su fundamento está en la norma que proscribiera el abuso del derecho en Argentina.

En suma, los ejemplos analizados, sean o no calificados expresamente como NAE de alcance restringido, tienen un propósito anti-elusivo¹⁵ pues, de no existir, permitirían articular operaciones

11 Para más detalles, ver: GOMEZ, Joseph. "Tax aspects of mergers and acquisitions for the corporate lawyer". En: *The Journal of Small and Emerging Business Law*. Lewis & Clark College. 2001; pp. 339 – 341.

12 Los requisitos expuestos de manera sistemática se pueden ver de forma más detallada en: ORTIZ, Miguel y Jorge FLORES. "Reestructuración Post-Compra". En: *Memorias del 5to Encuentro Tributario Regional Latinoamericano IFA 2013 México*. México: IFA. 2013; pp. 193 - 195.

13 KRAUSE, Gustavo. *Régimen Impositivo de las Reorganizaciones*. Primera Edición. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina. 2005; p. 65.

14 KRAUSE, Gustavo. *Loc. Cit.*, p. 66.

15 VANISTENDAEL, Frans. "Taxation of Corporate Reorganizations". En: THURONYI, Victor (Ed.). *Tax Law Design and Drafting*. Volume 2. Washington, D.C.: IMF, 1998; pp. 14 (Versión digital).

cuyo objetivo es la transferencia de propiedad de activos o acciones sin pagar impuesto, como consecuencia del régimen de neutralidad tributaria que ostentan las reorganizaciones. En buena cuenta, las NAE de alcance restringido establecen requisitos que deben de cumplirse para que una reorganización pueda gozar del tratamiento tributario correspondiente¹⁶.

En el otro extremo se encuentran países como Uruguay, en los cuales no existe un régimen impositivo neutral para las reorganizaciones¹⁷. Por ende, el mayor valor atribuido a los activos transferidos en el marco de reorganizaciones estaría gravado.

Luego de haber realizado esta breve descripción de los modelos de NAE, pasamos a desarrollar los antecedentes en nuestro país, tomando como premisa que coexisten la Norma XVI (NAG) y diversas NAE, entre ellas, aquellas que son aplicables a las reorganizaciones.

3. Antecedentes en el Perú

El régimen tributario del IR aplicable a las reorganizaciones se incorporó con la publicación del Decreto Legislativo 774¹⁸. Este régimen inicial se caracterizó por otorgar un régimen impositivo neutral a las reorganizaciones, ya sea que en estas se revaloraran o no los activos transferidos. Además, el referido régimen sólo se aplicaba a los casos de fusión y división de sociedades.

En dicha norma no se incorporó expresamente una norma anti-elusiva en materia de reorganizaciones. Sin embargo, el artículo 104 del referido Decreto Legislativo establecía expresamente lo siguiente: *"Si la ganancia a que se refiere el Artículo anterior¹⁹ es distribuida en efectivo o en especie por la sociedad o empresa que la haya generado, se considerará renta gravada en dicha sociedad o empresa"*.

Los alcances de la referida norma fueron desarrollados en el artículo 75 del Reglamento de la LIR, aprobado por Decreto Supremo No. 122-94-

EF²⁰ (en adelante, RLIR). Lo más relevante de dicho dispositivo legal es que la distribución a la que se refiere el artículo 104, antes citado, se produce con ocasión de una reducción de capital y/o cuando se realice la distribución de las ganancias no capitalizadas.

Como es claro, la referida norma tenía como objetivo que no se evite el gravamen sobre una renta, que sería posteriormente distribuida como dividendo por la empresa participante en una fusión o división. En otras palabras, la neutralidad en las reorganizaciones era factible, siempre que el mayor valor atribuido a los activos no se distribuyera.

Posteriormente, se publicó la Ley 27034²¹, la cual modificó el Decreto Legislativo 774 en diversos aspectos, entre ellos, el régimen aplicable a las reorganizaciones. Este nuevo régimen otorgó un tratamiento impositivo neutral sólo a aquellas reorganizaciones en las cuales las partes intervinientes no revaloraban sus activos.

Finalmente, se agregó un tratamiento adicional para aquellas reorganizaciones en las cuales las partes intervinientes revaloraran sus activos. En dicho caso, se estableció que la diferencia entre el mayor valor pactado y su costo computable estaba gravada con la tasa de 30% del IR.

Los tres regímenes que se incorporaron con la Ley 27034 son los que hasta la fecha existen en el artículo 104 de la LIR vigente.

Con la publicación del Decreto Legislativo 1120²² (en adelante, DL 1120), se llegó al esquema actual de NAE sobre dicha materia: por un lado, se modificó el artículo 105 de la LIR de tal forma que: i) los supuestos establecidos en su reglamento se incorporaron a la ley con mayores precisiones (p.e. se establecieron *holding periods* de 4 años); y, ii) se incorporó un supuesto adicional conforme al cual la norma anti-elusiva podría ser de aplicación si, luego de la reorganización, se llevaba a cabo una escisión, siempre que se cumplan con determinados requisitos²³.

16 RÄDLER, Albert. "General Report". En: IFA. *Cahiers de droit fiscal international. National and international tax consequences of demergers*. 1994. Vol. 79b; p. 573.

17 ALBACETE, Juan. "Reestructuración Post-Compra". En: *Memorias del 5to Encuentro Tributario Regional Latinoamericano IFA 2013 México*. México: IFA, 2013; p. 205.

18 Norma publicada el 31 de diciembre de 1993.

19 Hace referencia al artículo 103 del DL 774, que señalaba expresamente lo siguiente: *"Cuando se transfieran bienes con motivo de la reorganización de las sociedades o empresas, la ganancia que resulte del mayor valor atribuido a los mismos no estará gravada con la condición que no se distribuya. Para la aplicación de este impuesto los bienes transferidos tendrán para el adquirente el mismo costo computable que hubiere correspondido atribuirle en poder del transferente"*.

20 Norma publicada el 21 de setiembre de 1994.

21 Norma publicada el 30 de diciembre de 1998.

22 Norma publicada el 18 de julio de 2012.

23 La modificación del artículo 105 de la LIR a su vez supuso que, a través del Decreto Supremo No. 258-2012-EF, se derogaran el segundo y tercer párrafos del artículo 75 del RLIR. De esta forma, en el reglamento únicamente quedó el primer párrafo de la norma, vigente hasta la fecha, la cual precisa que la entrega de acciones a consecuencia de la capitalización del mayor valor previsto en el numeral

Por otro lado, se incorporó el artículo 105-A, una NAE aplicable a aquellas operaciones de escisión y reorganización simple²⁴ que se lleven bajo el régimen impositivo neutral, esto es, cuando las partes no revalúan sus activos en el marco de la reorganización.

En suma, podemos afirmar que a la fecha tenemos dos NAE: el artículo 105, aplicable únicamente al régimen que existía desde la aprobación de la LIR, esto es, en caso se lleve a cabo una reorganización con revaluación de activos sin efectos tributarios; y, el artículo 105-A, aplicable al régimen neutral, propiamente dicho, de reorganización de sociedades.

Los estudios realizados en el Perú hasta la fecha no han abarcado el análisis del artículo 105-A de la LIR, sin perjuicio que ya en el año 1994, en las conclusiones del Reporte General del Congreso de la IFA²⁵, dedicado a las implicancias tributarias de las escisiones, el relator general recomendaba el análisis de la posibilidad de implementar una NAE para combatir escenarios de elusión fiscal en el marco de estas operaciones, principalmente aquellas que implicaban un régimen impositivo neutral.

En cambio, en el caso del artículo 105 de la LIR, la doctrina sí se ha preocupado de analizar y determinar sus alcances, tanto a nivel de doctrina local²⁶, como a nivel de congresos internacionales, como ocurrió con la relatoría nacional del Perú presentada en las XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario²⁷.

Es importante recalcar que, a diferencia de la SUNAT²⁸, el Tribunal Fiscal no se ha pronunciado en su jurisprudencia sobre los alcances del artículo 105 de la LIR, ni sobre alguna otra NAE aplicable a las reorganizaciones²⁹.

El análisis que el Tribunal Fiscal ha realizado, cuando se trata de operaciones en las cuales se cuestiona la sustancia económica de la reorganización, es en función de los alcances del texto derogado de la Norma VIII, específicamente en la aplicación de los párrafos derogados a consecuencia de la incorporación de la Norma XVI³⁰.

Un ejemplo reciente es la Resolución del Tribunal Fiscal No. 10923-8-2011³¹, en la cual el Tribunal Fiscal estableció que para efectos de verificar la realidad económica de una escisión, correspondía verificar que se haya producido lo siguiente: (i) el traspaso patrimonial y la recepción del mismo; (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 de capital de la sociedad escidente y la consiguiente entrega de las acciones o participaciones correspondientes.

De conformidad con lo anterior, se puede afirmar que en el Perú, en materia de normas anti-elusivas aplicables a las reorganizaciones, nos encontramos ante un régimen mixto, por cuanto, como señala García Novoa³², las NAE de alcance restringido (artículos 105 y 105-A de la LIR) figuran en nuestro ordenamiento “combinadas” con la Norma XVI, que califica como una NAG.

2 del artículo 104 de la LIR no constituye una distribución para la norma bajo análisis. Por lo demás, con esta modificación quedaría superado el cuestionamiento a esta norma por transgredir el principio de reserva de ley tributaria, discusión que en su momento se tuvo. A la fecha, esta discusión no es ajena en otras jurisdicciones, tales como en Argentina. Véase: RAIMONDI, Carlos y Adolfo ATCHABAHIAN. *El Impuesto a las Ganancias*. Quinta Edición. Buenos Aires: La Ley, 2010. Pp. 1011 – 1012.

24 En efecto, como se verá más adelante, el artículo 105-A no se aplica a las operaciones de fusión o aporte total de activos y pasivos por parte de una empresa unipersonal.

25 RÄDLER, Albert. Loc. Cit. P. 574.

26 Por ejemplo, véase los siguientes: VALLE, Andrés. “A 10 años de vigencia: Notas sobre algunos aspectos controvertidos del régimen tributario de reorganización de sociedades”. En: Libro Homenaje a Luis Hernández Berenguel. Lima: IPDT. 2010; pp. 819 – 826; MEDRANO, Humberto. “Régimen tributario, revaluación del activo y reorganización de sociedades”. En: Libro homenaje a Felipe Osterling Parodi. Lima: Palestra. 2008; pp. 1809 – 1817; CACHAY, Silvia. “Revaluación de activos dentro de un proceso de reorganización empresarial”. En: I Foro Internacional de Tributación y Contabilidad. Tomo I. Lima: IPIDET. 2013; pp. 135 – 144.

27 CORDOVA, Alex. Loc. Cit., pp. 41 – 43. Cabe recalcar que, por la temática que abordaron, si bien vinculadas con el régimen tributario de las reorganizaciones, en los congresos mundiales de la IFA en Buenos Aires (2005) sobre “Tax treatment of international acquisition business” y en el de París (2011) sobre “Cross-border business restructuring” no se abordaron los temas que son materia del presente estudio.

28 Véase los Informes No. 036-2007-SUNAT – criterio que ya fue superado con la modificación del artículo 105 de la LIR a través del DL 1120, e Informe No. 054-2013-SUNAT, referido a los alcances de la reducción de capital y si incidencia en la presunción de distribución de dividendos para accionistas no domiciliados de la empresa escidente.

29 No referimos, por ejemplo, al artículo 39 del Decreto Supremo No. 064-2000-EF, el cual incorpora una norma anti-elusiva aplicable en materia del Impuesto General a las Ventas (en adelante, el “IGV”). Dicha norma establece una definición específica de “reorganización simple” para efectos de dicho impuesto, conforme al cual, en el marco de dicho tipo de operaciones, siempre se debe transferir activo(s) y pasivo(s) vinculados con los mismos. En otras palabras, si producto de la reorganización sólo se transfieren activos, dicha operación si se encontrará gravada con el IGV, con lo cual no estaría inafecta de conformidad con lo señalado en el inciso c) del artículo 2 de la Ley del IGV.

30 Entre las resoluciones que guardan interés sobre este tema, podemos citar a las siguientes: 9146-5-2004, 06686-4-2004, 10577-8-2010 y 10923-8-2011.

31 La referida resolución no es de observancia obligatoria.

32 GARCÍA NOVOA, Cesar. Loc. Cit., p. 126.

4. Alcances del artículo 105-A de la LIR

4.1 Supuestos a los que aplica la NAE

La norma se aplica a los casos de escisión y reorganización simple. En ambos tipos de reorganización se realiza la transferencia de un bloque patrimonial, ya sea a través de una división o segregación (escisión) o un aporte (reorganización simple) del referido bloque, a cambio de lo cual se emiten acciones, ya sea a los accionistas de la empresa (escisión) o a la empresa misma (reorganización simple).

No se debe entender que este tipo de operaciones por sí solas encubren operaciones de venta de activos. Estas son un paso en una transacción más compleja, la cual culmina en la enajenación de las acciones a un tercero.

El mismo entendimiento tuvo el legislador al momento de elaborar la norma, como se observa en los esquemas 1 y 2 señalados en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1120³³ (en adelante, EM). En todas las transacciones el primer paso está referido a una reorganización, y culminan en un paso 2, en el cual se venden, cancelan o amortizan las acciones emitidas como consecuencia de la reorganización.

Sin embargo, no queda claro por qué al referirse a estas transacciones, el legislador toma como referencia no sólo a la escisión y reorganización simple, sino también a la fusión³⁴. Nos inclinamos a pensar que se trata de un error al señalar al término “fusión”, porque en el texto del artículo 105-A de la LIR no se recoge el supuesto de fusión.

Asimismo, de la propia EM se colige que la intención del legislador fue la de excluir a la fusión, pues este tipo de reorganización societaria implica una transferencia a título universal y, como tal, se entiende que luego de la fusión, la nueva empresa proseguiría con el negocio absorbido o, en todo caso, integraría los activos y pasivos absorbidos de la manera más eficiente para el desarrollo de la empresa.

4.2 Alcances de la NAE

El artículo 105-A de la LIR establece dos requisitos que deben cumplirse a efectos que la norma anti-elusiva sea aplicable, ya sea en una escisión o una reorganización simple.

A continuación detallamos el texto de la norma de forma esquemática a fin de que quede clara su estructura:

Tipo de reorganización	Supuesto de hecho	Requisitos concurrentes
Escisión	La sociedad o empresa que adquiere uno o más bloques patrimoniales escindidos por otra, genera renta gravada por la diferencia entre el valor de mercado y el costo computable de los activos recibidos como consecuencia de la reorganización, si los socios o accionistas a quienes emitió sus acciones o participaciones por ser socios o accionistas de la sociedad o empresa escindida, transfieren en propiedad o amortizan dichas acciones o participaciones, o las cancelan por una posterior reorganización, siempre que:	Las acciones o participaciones transferidas, amortizadas y/o canceladas representen más del 50%, en capital o en derechos de voto, del total de acciones o participaciones emitidas a los socios o accionistas de la sociedad o empresa escindida como consecuencia de la reorganización; y, La transferencia, amortización y/o cancelación de las acciones o participaciones se realice hasta el cierre del ejercicio siguiente a aquél en que entró en vigencia la escisión. De realizarse la transferencia, amortización y/o cancelación de las acciones en distintas oportunidades, se presume que la renta gravada se generó en el momento en que se realizó la transferencia, amortización o cancelación con la cual se superó el 50% antes señalado.
Reorganización Simple	La sociedad o empresa que segrega uno o más bloques patrimoniales dentro de una reorganización simple y amortiza las acciones o participaciones recibidas como consecuencia de la reorganización, genera renta gravada por la diferencia entre el valor de mercado de los activos transferidos como consecuencia de la reorganización o el importe recibido de la sociedad o empresa cuyas acciones o participaciones se amortizan, el que resulte mayor, y el costo computable de dichos activos, siempre que:	Las acciones o participaciones amortizadas representen más del 50%, en capital o en derechos de voto, del total de acciones o participaciones que fueron emitidas a la sociedad o empresa como consecuencia de la reorganización; y, La amortización de las acciones o participaciones se realice hasta el cierre del ejercicio siguiente a aquél en que entró en vigencia la reorganización. De realizarse la amortización de las acciones o participaciones en distintas oportunidades, se presume que la renta gravada se generó en el momento en que se realizó la amortización con la cual se superó el 50% antes señalado.

33 Ver páginas Nos. 42/70 y 45/70 de la EM.

34 Ver página No. 41/70 de la EM.

De acuerdo con la referida norma, en el caso de una escisión, la empresa que adquiere el bloque patrimonial deberá pagar el IR sobre la diferencia entre el valor de mercado de los activos transferidos y su costo computable, siempre que los accionistas vendan, cancelen o amorticen más del 50% de las acciones o derechos de voto que les fueron emitidas como consecuencia de la escisión, hasta antes del cierre del ejercicio siguiente a aquel en que entró en vigencia la reorganización (a este periodo lo denominamos "holding period").

Asimismo, en el caso de una reorganización simple, la empresa que segrega el bloque patrimonial deberá pagar el IR sobre la diferencia entre el valor de mercado de los activos transferidos o el importe recibido de la empresa cuyas acciones se amortizan, y su costo computable, siempre que la empresa amortice más del 50% de las acciones o derechos de voto que le fueron emitidas como consecuencia de la reorganización simple durante el "holding period".

Como se puede apreciar, la aplicación de la NAE trae como consecuencia la pérdida del beneficio del régimen tributario del IR aplicable a las reorganizaciones. Cabe indicar que la aplicación de esta norma es de carácter objetivo, en tanto responde en su encabezado a una presunción *iuris et de iure* al señalar "se presume, sin admitir prueba en contrario".

En ese sentido, basta que se verifiquen los requisitos antes mencionados, para que la misma resulte plenamente aplicable y no exista la posibilidad de probar en contrario o desvirtuar su aplicación por parte de la Administración Tributaria. No interesa si el propósito real de las empresas sea reestructurarse y no obtener una ventaja fiscal sobre la transferencia de los activos.

La discusión probatoria podría estar, en todo caso, a nivel del cumplimiento de los requisitos que deben satisfacerse para aplicar la presunción.

A continuación pasamos a detallar algunos aspectos a tener en consideración sobre la norma anti-elusiva. En cada caso, los alcances referidos se detallan para ambos supuestos contenidos en la norma anti-elusiva, esto es, escisión y reorganización simple. En caso corresponda, haremos las precisiones respectivas:

- **Finalidad anti-elusiva específica de alcance restringido:** Esta NAE califica como una de alcance restringido, en tanto opera específicamente en el plano del IR y únicamente para los casos de escisión y reorganización

simple, en base al cumplimiento de requisitos particulares.

Busca controlar que no se empleen este tipo de reorganizaciones con el fin de transferir activos, y así obtener un tratamiento fiscal más favorable, en comparación con la carga fiscal que se aplica a una ganancia de capital. En efecto, la ganancia de capital obtenida por la venta de activos en el Perú se encuentra gravada con una tasa del IR de 30% sobre la diferencia entre el valor de mercado y el costo computable de los mismos. En cambio, la transferencia de un bloque patrimonial a través de una escisión o reorganización simple no tendrá efectos tributarios en ese momento.

Ahora bien, la EM ha señalado expresamente que *"en la actualidad se ha detectado como práctica elusiva de contribuyentes, cuya condición es de persona jurídica domiciliada, emplear las formas de reorganización societaria (...) para efectos de transferir sus activos a favor de terceros, sin que exista de por medio una razón empresarial (obtener mayor rentabilidad o eficiencia) que justifique tal proceder"*.

Asimismo, agrega que *"si el interés de la sociedad es transferir la propiedad de un activo a título oneroso debería celebrar un contrato de compraventa y no emplear las figuras de reorganización societaria mencionadas"*³⁵.

Sobre el particular, es importante precisar que la transferencia de propiedad de los activos no se realiza por el solo efecto de la reorganización. Al contrario, una reorganización como tal supone la continuidad del negocio, por lo que el objeto real de la NAE es perseguir transacciones que en la realidad son un conjunto de operaciones articuladas con el fin de transferir propiedad. Por ende, la justificación para su inclusión no debe ser únicamente la carencia de una razón empresarial en las reorganizaciones.

Un ejemplo que grafica este cuestionamiento es el siguiente: un caso en el cual se lleva a cabo una reorganización con fines empresariales (p.e., generación de sinergias); sin embargo, un año después, producto de una reestructuración y por razones de índole financiera, se vende una parte del accionariado de la empresa a quien se le transfirió el bloque patrimonial.

No vemos en este caso un ánimo de transferir la propiedad de los activos segregados a la nueva empresa. Sin perjuicio de ello, al cumplir todos los requisitos de la NAE, se generaría un IR por pagar.

- **Parámetros comparativos para determinar el gravamen en las operaciones**

35 Ver página No. 41/70 de la EM.

- **Escisión:** El ahorro tributario que buscaría evitar la norma anti-elusiva depende de la condición de los “socios o accionistas”³⁶ a quienes se emiten las acciones o participaciones (en adelante, para ambos casos no referiremos a “acciones”) como producto de la escisión.

De esta forma, sólo si los accionistas que reciben las acciones son personas naturales domiciliadas en el Perú, una eventual transferencia de dichas acciones (cumpliendo con los requisitos señalados en la LIR) generará una ventaja, toda vez que la ganancia de capital estaría gravada con una tasa efectiva de 5% del IR. Como es evidente, ello supone un ahorro en comparación con la tasa de 30% del IR que sería aplicable a una empresa por la ganancia en la venta de activos.

Lo cierto es que esta transacción (escisión y posterior transferencia de acciones) no generaría un incentivo de ahorro fiscal para otro tipo de accionistas como, por ejemplo, empresas domiciliadas o sujetos no domiciliados. Si son empresas domiciliadas las que venden las acciones, la ganancia de capital obtenida seguirá estando gravada con una tasa de 30% del IR. Asimismo, si son sujetos no domiciliados los que venden las acciones, la ganancia de capital que éstos obtengan se encontrará gravada con 30%. Es decir, no hay beneficio alguno.

Sin embargo, si comparamos los efectos tributarios de la ganancia de capital por la venta de acciones con la amortización de las mismas, entendiendo por amortización a la devolución de las mismas a la empresa emisora, vía reducción de capital, la operación sí supondría un beneficio para todo tipo de contribuyente.

En efecto, supondría una disminución significativa de la carga tributaria, toda vez que la Administración Tributaria considera que cualquier diferencia entre el costo computable y el valor recibido por el accionista como consecuencia de una reducción de capital, producto de la amortización de acciones, califica como un dividendo y, por ende, si es recibido por una empresa domiciliada en el Perú, se considera renta no gravada con el IR. Caso contrario, de tratarse de personas naturales o sujetos no domiciliados, el dividendo se grava con una tasa de IR de 4.1%.

- **Reorganización simple:** A diferencia de la escisión, en la reorganización simple no cobra relevancia el hecho que los accionistas de la empresa que realiza el aporte del bloque patrimonial sean sujetos domiciliados o no,

debido a que a quien se le emiten las acciones es a la empresa misma, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 391 de la Ley General de Sociedades (en adelante, LGS).

La norma anti-elusiva únicamente aplica cuando las acciones emitidas como consecuencia de la reorganización simple se amortizan, pues en este caso no se generaría ningún impuesto, inclusive si a la fecha de la reducción de capital la empresa haya o no capitalizado utilidades –en caso las tenga–, por cuanto la presunción de dividendos tampoco aplica a las empresas domiciliadas.

Por el contrario, si la empresa que aporta el bloque patrimonial y recibe acciones a cambio de dicho aporte, vende los referidos valores a un tercero, el tratamiento tributario será el tradicional (ganancia de capital gravada con un IR de 30%).

Si bien la EM no señala un ejemplo de la forma en la cual se transfiere el control, en este caso en particular, entendemos que el mismo se llevaría a cabo de la siguiente manera: luego de llevarse a cabo la reorganización simple por la cual la Empresa X aporta un bloque patrimonial a la empresa Y, los accionistas de la empresa Y (incluyendo a la empresa X) permiten el acceso a un nuevo accionista de la empresa Y. Para estos efectos, el nuevo accionista realizará un aporte y se registrará una prima de capital. En consecuencia, se incrementa el capital social de la empresa Y, y se procede a emitir las acciones correspondientes a favor del nuevo accionista. Posteriormente, la empresa Y acuerda la reducción de capital social y amortización de las acciones correspondientes a los accionistas antiguos (incluyendo a la empresa X).

Si ello sucediera así, dichos accionistas reciben la devolución de su aporte por el valor nominal de sus acciones, así como el mayor valor pagado por el nuevo accionista por entrar a la empresa Y. De esta forma, el nuevo accionista se quedaría con el control de la empresa Y, al haber amortizado la participación de todos los demás accionistas³⁷.

Por lo tanto, la NAE busca, en este caso particular, que la transferencia de control de la empresa a la cual se aportó el bloque patrimonial, tal y como se ha descrito en el párrafo anterior, no se lleve a cabo sin pagar IR.

- **Porcentaje de acciones a ser transferidas: La regla del 50%:** Entendemos que la decisión de haber utilizado el límite de 50% como base para

36 Cuando la norma se refiere a “socios o accionistas” resalta la diferencia por cuanto, para efectos societarios, existen los accionistas propietarios de acciones de una S.A., y los socios propietarios de aquella entidad que emita participaciones, por ejemplo, una S.R.L. Para efectos del presente trabajo, nos referiremos de manera genérica a los accionistas.

37 Esta transacción es similar a la señalada en las páginas Nos. 43/70 y 44/70 de la EM, sólo que considerando como paso previo a la amortización, una reorganización simple y no una escisión. Ver pie de página No. 62.

determinar la cantidad de acciones emitidas que se transfieren, cancelan o amortizan luego de la reorganización, responde a la necesidad de definir un parámetro para que se considere que efectivamente existió una intención elusiva.

Bajo la presunción que establece la norma, se entiende que con la transferencia, cancelación o amortización de al menos el 50% de las acciones emitidas como consecuencia de la reorganización, se cumpliría el objetivo de transferir la titularidad del bloque patrimonial, en tanto ello implica la transferencia del control de la empresa.

De lo que se trata es de constatar que a través de la transferencia de control de una empresa, ya sea vendiendo o perdiendo participación en la misma (cancelación o amortización), se realiza indirectamente la disposición de los bienes que componen el bloque patrimonial.

Ahora bien, el 50% debe determinarse en función del capital o los derechos de voto del total de las acciones emitidas producto de la reorganización. Cuando la norma se refiere a “capital”, el límite se va a determinar en función del número total de acciones emitidas, en tanto estas constituyen parte del capital de la empresa que recibe el bloque patrimonial escindido. Respecto del límite del 50% de los derechos de voto, la aplicación de la norma sólo varía el resultado cuando se emitan acciones con derecho a voto y sin derecho a voto, de conformidad con lo dispuesto en la LGS³⁸. En efecto, las acciones sin voto quedarían fuera de la contabilidad para determinar la aplicación de la regla del 50%.

Consideramos que este aspecto de la norma se fundamenta en el hecho que en aquellas empresas en las cuales se acuerda la emisión de acciones con y/o sin derecho de voto es claro que el control de la empresa únicamente recaerá en los accionistas que tienen derecho a voto.

La asignación de derechos políticos o no –y en particular, el derecho de voto– a las acciones va aparejada con la necesidad de los accionistas de poder asegurar que su capital genere los rendimientos esperados; de lo contrario, tal y como señala Elías, *“de nada serviría asegurar los derechos patrimoniales si el accionista no puede controlar la adopción de las decisiones orientadas a una eficiente conducción de los negocios sociales y a la cautela de sus intereses de socios”*³⁹.

Por otro lado, es interesante observar que la base sobre la cual la norma señala que se debe cumplir la regla del 50% es el total de acciones emitidas como producto de la reorganización, y no del total de acciones de la empresa que recibe el bloque patrimonial escindido o aportado.

Esta precisión sólo resulta aplicable cuando el bloque patrimonial se transfiere a una empresa ya existente. De este modo, los accionistas de la empresa que transfiere el bloque patrimonial, pasan a participar del capital de una empresa ya existente, producto de lo cual, y dependiendo del valor de los bloques patrimoniales, podrían pasar a tener únicamente una participación minoritaria, como también una mayoritaria.

En la medida que la NAE busca precisamente que no se incurra en la práctica elusiva de transferir activos bajo este tipo de transacciones precedidas por reorganizaciones, es claro que la regla del 50% debe determinarse no en función de todo el capital de la empresa adquirente, sino únicamente por el número de acciones que representen la parte del capital que corresponde al bloque patrimonial transferido.

Por último, resaltar que la titularidad del capital o de las acciones con derecho de voto para aplicar la norma bajo análisis se refiere a la titularidad directa que los accionistas ostentan en las acciones. Tal y como señalan Reig⁴⁰ y Krause⁴¹, esta regla ha sido denominada como la “doctrina del primer escalón”, por cuanto el requisito de la participación mínima que se debe mantener durante todo el *holding period*, se debe analizar únicamente a nivel de los accionistas directos (primer escalón), y no a nivel de una participación indirecta.

Ahora bien, sin perjuicio de lo ya expuesto, es evidente que la NAE es aplicable siempre que se emitan acciones como consecuencia de la reorganización. Sólo cuando se emitan acciones, estas podrán ser transferidas, canceladas o amortizadas. Por consiguiente, si no se emiten acciones, no estaremos dentro del ámbito de aplicación de la NAE.

La emisión de acciones no será posible en una reorganización cuando el bloque patrimonial tenga valor negativo (cuando el valor de los pasivos es superior al valor de los activos) o valor cero (cuando el valor de activos y pasivos es equivalente).

38 Ver artículo 94 (creación de acciones sin derecho a voto) y artículo 96 (derechos conferidos a las acciones sin derecho a voto) de la LGS.

39 ELÍAS, Enrique. *Derecho Societario Peruano*. Lima: Normas Legales; p. 193.

40 REIG Enrique, Jorge GEBHARDT Y Rubén MALVATINO. *Impuesto a las Ganancias. Estudio teórico-práctico de la ley argentina a la luz de la teoría general del impuesto a la renta*. Undécima edición ampliada y actualizada. Buenos Aires: Ediciones Macchi. 2006; p. 964.

41 KRAUSE, Gustavo. Loc. Cit., pp. 196 – 197.

Si bien existe la posibilidad de llevar a cabo la transferencia de bloque patrimoniales negativos, lo cual tiene sustento en la LGS⁴² y en la LIR a través de las reglas de costo computable en el caso de la reorganización simple, recogida en el inciso f) del numeral 2 del artículo 21 de la LIR⁴³.

- **Determinación del Holding Period:** El periodo de retención obligatorio de las acciones complementa la regla del 50%, que fue materia de explicación en el numeral anterior, para poder determinar si se cumplen los requisitos a fin de aplicar la NAE.

La fecha que se toma como parámetro es la fecha de entrada en vigencia de la reorganización, regulada en el artículo 73 del RLIR. Dicha norma, señala que la fecha de entrada en vigencia será aquella que se consigne en el proyecto de escisión o reorganización simple, según corresponda, siempre que se comunique a la SUNAT dentro de los 10 días hábiles siguientes a dicha fecha. Caso contrario, se entenderá que ha entrado en vigencia en la fecha de otorgamiento de la escritura pública⁴⁴.

Así, por ejemplo, si la escisión entró en vigencia el 15.10.2014, los accionistas que recibieron acciones a cambio del bloque patrimonial escindido no podrán transferirlas, cancelarlas o amortizarlas hasta el cierre del ejercicio 2015, esto es, hasta el 31.12.2015.

Lo que se busca es que en ese periodo no se transfiera, cancele y/o amorticen más del 50% de las acciones emitidas. Por ende, la NAE tampoco aplicaría si en dicho periodo únicamente se transfieren, cancelan y/o amortizan menos del 50% de las referidas acciones.

Sin perjuicio de ello, podría pensarse que la regla del 50% podría ser evitada fácilmente si, en lugar de transferir, cancelar y/o amortizar más del 50% de las acciones en una sola operación, esta se llevara a cabo en una serie de operaciones. No obstante, la LIR ha señalado expresamente que *“de realizarse la transferencia, amortización y/o cancelación de las acciones en distintas oportunidades, se presume que la renta gravada se generó en el momento en que se realizó la transferencia, amortización o cancelación con la cual se superó el 50% antes señalado”*.

Más aún, del texto de la norma se desprende que las distintas operaciones que van a configurar el 50% no necesariamente deben ser todas homogéneas; es decir, todas transferencias, por ejemplo.

- **Alcance de los términos “socios o accionistas”:** En la medida que en una reorganización simple las acciones se emiten a la empresa que transfiere el bloque patrimonial y no a sus accionistas, no cobra relevancia analizar la condición de dicha empresa, pues siempre se tratará de una entidad peruana.

Sí cobra relevancia, por el contrario, los sujetos que reciben acciones como consecuencia de una escisión, ya que la regla del 50% dispone que ellos sean los que tendrían que transferir, cancelar y/o amortizar dichas acciones a fin de cumplir con el requisito o no.

Se observa que la norma en dicho aspecto no es clara porque no determina a quiénes debemos identificar como “socios o accionistas” para entender cumplida la regla del 50%. De los ejemplos que ofrece la EM, se observa que la transferencia o amortización de acciones puede ser realizado por más de un accionista, a efectos de cumplir con la regla del 50%.

En base a lo anterior, por ejemplo, si la empresa X emite acciones a los accionistas A y B. Del total de acciones emitidas, pueda ser que A venda un 23% y B venda un 32%, en momentos distintos pero dentro del *holding period*. Entonces, los requisitos establecidos en el supuesto de la NAE se habrían cumplido, en tanto se habría vendido más del 50% de las acciones emitidas dentro del *holding period*.

Si bien quien finalmente tributa por la aplicación de la NAE es la empresa que recibe el bloque patrimonial escindido, el tema es relevante porque el segundo párrafo del artículo 105-A de la LIR señala que para este supuesto, *“los socios o accionistas que transfieren en propiedad, amortizan o cancelan sus acciones o participaciones serán responsables solidarios del pago del impuesto”*.

De acuerdo con lo anterior, si consideramos que el requisito puede ser cumplido por cualquier

42 SALAS, Julio. “El valor neto negativo del bloque patrimonial que se transfiere en los procesos de reorganización societaria”. En: *Derecho Societario*. Lima: IUE ET VERITAS EDITORIAL – Ediciones Legales. 2011; pp. 226 – 227.

43 La Ley 29645 entró en vigencia a partir del 1 de enero del año 2011. Ver también: HIDALGO, Guillermo. “Implicancias tributarias de las reorganizaciones societarias de bloque negativos”. En: *XI Jornadas Nacionales de Derecho Tributario*. Lima: IPDT. 2010; VALLE, Andrés. *Loc. Cit.* Pp. 811 – 817.

44 El artículo 73 del RLIR señala dos supuestos adicionales: i) En los casos en que la fecha de entrada en vigencia fijada en los acuerdos respectivos de fusión y/o escisión u otras formas de reorganización sea posterior a la fecha de otorgamiento de la escritura pública, la fusión y/o escisión y demás formas de reorganización surtirán efectos en la fecha de vigencia fijada en los mencionados acuerdos. En estos casos se deberá comunicar tal hecho a la SUNAT dentro de los 10 días hábiles siguientes a su entrada en vigencia; ii) tratándose de empresas unipersonales, la reorganización a que se refiere el inciso d) del artículo 65 entra en vigencia en la fecha de otorgamiento de la escritura pública de constitución de sociedad o de aumento de capital en la que conste el aporte realizado por el titular de la empresa unipersonal, lo cual deberá ser comunicado a la SUNAT dentro de los 10 días hábiles siguientes.

accionista, el problema es cómo determinar la responsabilidad solidaria de los accionistas frente a la obligación tributaria que surge para la empresa. En buena cuenta, se deberían establecer reglas para determinar de qué manera o en qué proporción los accionistas serían responsables del IR.

- Aplicación del IR

- **Escisión:** La norma señala que, de cumplirse con los requisitos señalados para su aplicación (regla del 50% y *holding period*), se genera un IR por pagar de cargo de la empresa que adquiere el bloque patrimonial escindido.

Ello debido a que la NAE busca equiparar la transacción realizada con una compra venta, tal y como se señala en la EM. En esa medida, se entiende que el vendedor en la operación sería la empresa que recibe el bloque patrimonial, pues se entiende que lo que ocurre es una transferencia del control de dicha empresa. Por consiguiente, entendemos que para no distorsionar lo que está ocurriendo a nivel societario en la titularidad de las acciones se atribuye responsabilidad solidaria a dichos accionistas.

Lo anterior crea una carga considerable a los accionistas que reciben acciones a consecuencia de la escisión, en tanto además de la responsabilidad solidaria que se les atribuye, la norma no escatima en precisar que la aplicación de la NAE no exime del impuesto que grave la ganancia de capital por la venta de dichas acciones⁴⁵.

Sería importante precisar con exactitud bajo qué supuestos se configuraría la responsabilidad de los accionistas. Asimismo, habría que aclarar hasta qué punto el accionista seguiría siendo responsable solidario de la empresa luego de haber vendido o amortizado la totalidad de su participación.

- **Reorganización Simple:** La norma dispone dos opciones, de las cuales se tendrá que tomar el mayor valor: a) el valor de mercado de los activos transferidos; o, b) el importe recibido de la empresa cuyas acciones se amortizan. Lo que se busca en este caso es comparar si, eventualmente, el valor de mercado de los activos transferidos puede ser superado por el monto total que reciben el/los accionista(s)

que amortizan sus acciones en más del 50% permitido.

Como es evidente, no tendría sentido comparar el valor de mercado de los activos transferidos con el monto equivalente al valor nominal de las acciones amortizadas por la empresa que recibió las acciones como consecuencia de la reorganización simple. Entendemos que la norma está pensando en el supuesto de la dilución ya citada anteriormente, y en el Esquema 1 – paso 2 de la EM⁴⁶.

En esa medida, el monto total que podría recibir la empresa aportante no sólo estaría conformado por el valor nominal de las acciones amortizadas y un eventual mayor valor⁴⁷, sino también por el monto de la prima de capital que el nuevo accionista ha realizado a fin de simular el precio pagado por el activo. En efecto, la prima de capital aportada a la empresa debería reflejar el precio al que se desean vender el bloque patrimonial.

5. Dinámica NAG – NAE

¿Qué ocurre si la transacción no llega a cumplir los requisitos para la aplicación de la NAE bajo análisis? Por ejemplo, en el caso de una escisión, si dentro del *holding period*, los accionistas sólo venden o amortizan 40% de su participación en la empresa que recibió el bloque patrimonial. La respuesta es clara: la NAE no es de aplicación.

A la misma conclusión deberíamos llegar si, por ejemplo, la empresa que segregó un bloque patrimonial como parte de una reorganización simple amortiza su participación en la nueva empresa en más del 50% en una fecha posterior a la culminación del *holding period*. Por ende, la transacción tampoco podría ser recalificada como una venta por la NAE.

Sin embargo, sería importante considerar si el hecho de no aplicarse la NAE, por el hecho que el legislador considera que no hubo intención de eludir la ganancia de capital por la venta de los activos, es suficiente para no aplicar la NAG. En efecto, si bien ya hemos explicado la diferencia entre ambos tipos de normas y sus alcances de manera preliminar, no queda claro cómo se debe interpretar la dinámica entre ambas.

45 En el último párrafo del numeral 1 del artículo 105-A se señala expresamente lo siguiente: "Lo previsto en este párrafo se aplicará sin perjuicio del impuesto que grave a los socios o accionistas por la transferencia o amortización de sus acciones o participaciones".

46 Ver páginas 43/70 y 44/70 de la EM. La EM señala, a manera de ejemplo, la siguiente transacción: Luego de efectuar la segregación del activo que se desea transferir (escisión y constitución de una NewCo), los accionistas de la NewCo permiten el acceso de un tercer accionista como nuevo socio de la NewCo. Para estos efectos, el nuevo accionista realizará un aporte y constituirá una prima de capital. Como consecuencia de ello, se incrementa el capital social de la NewCo y se procede a emitir las acciones correspondientes a favor del nuevo accionista. Posteriormente, la Junta General de Accionistas de la NewCo acuerda la reducción de capital social y amortización de las acciones correspondientes a los accionistas antiguos. Atendiendo a ello, dichos accionistas reciben la devolución de su aporte por el valor nominal de sus acciones, así como un mayor valor pagado por la NewCo contra las primas de capital constituidas por el nuevo accionista que entró a la NewCo.

47 Por ejemplo, correspondiente a los rendimientos de la empresa, utilidades acumuladas, etc.

La dinámica o relación entre ellas puede ser excluyente o complementaria. El primer caso se da cuando la aplicación de la NAE excluye la aplicación de la NAG de los supuestos en los cuales es aplicable la primera. De esta forma, se presume que la transacción que no cumple con los requisitos para la aplicación de la NAE no se lleva a cabo en fraude a la ley ni tampoco califica como un caso de elusión tributaria. Por ende, tampoco sería de aplicación la NAG.

En el segundo caso, se parte de la premisa que la aplicación de ambos tipos de normas anti-elusivas son independientes, sin perjuicio que se respete la aplicación de la NAE al caso que le corresponda. Es decir, en caso no se cumplieren los supuestos para que se aplica la NAE, la NAG podría aplicarse. A la fecha, la discusión con relación a la forma de entender dicha dinámica entre ambos tipos de normas no ha terminado por lo que consideramos que debe incluirse una regla en nuestra legislación. 📄