

**Pontificia Universidad Católica del Perú**

**Facultad de Derecho**



**Programa de Segunda Especialidad en Derecho Tributario**

**TITULO: “Breves alcances en el tratamiento tributario de la escisión”**

**Trabajo Académico para optar el grado de Segunda Especialidad en Derecho  
Tributario**

Alumna: Janet Ignacio Asmat

Asesor: Johana Timaná

Código de alumna: 20063045

2017

## **BREVES ALCANCES EN EL TRATAMIENTO TRIBUTARIO DE LA ESCISIÓN**

- I. Introducción / Resumen**
- II. CAPÍTULO I: Alcances societarios y tributarios de la escisión**
  - 2.1. Definición y características**
  - 2.2. Diferencias con otras instituciones jurídicas reguladas en la norma societaria.**
  - 2.3. Razonabilidad económica para realizar una escisión**
  - 2.4. Alcances tributarios en Impuesto a la Renta**
  - 2.5. Alcances tributarios en Impuesto General a las Ventas**
- III. CAPÍTULO II: Tratamiento tributario de la escisión de sociedades a la luz de la Resolución del Tribunal Fiscal No. 10923-8-2011**
  - 3.1. Hechos relevantes**
    - 3.1.1. Posición de SUNAT**
    - 3.1.2. Posición del Tribunal Fiscal**
  - 3.2. Patrimonios neutros o negativos**
  - 3.3. Configuración del bloque patrimonial**
- IV. CAPÍTULO III: Tratamiento tributario de la escisión en la legislación comparada**
  - 4.1. México**
  - 4.2. Colombia**
  - 4.3. Estados unidos**
  - 4.4. España**
- V. Conclusiones y comentarios**
- VI. Bibliografía**

## **I. Introducción / Resumen**

A través del presente trabajo se propone analizar la naturaleza de las operaciones societarias enmarcadas en la figura de la escisión, así como su respectivo alcance en materia societaria y particularmente tributaria. Asimismo, se plantea definir las contingencias tributarias generadas en la utilización de la referida figura societaria, tomando en cuenta un controversial pronunciamiento emitido por el Tribunal Fiscal en la que la referida entidad repara operaciones de escisión por considerar que aquéllas reorganizaciones societarias en donde se segreguen bloques patrimoniales negativos o neutros no constituyen en sí mismos reorganizaciones, sino la mera transferencia de activos y pasivos de una empresa a otra.

## **II. CAPÍTULO I: Alcances societarios y tributarios de la escisión**

### **2.1. Definición y características**

Tal como refiere Bravo<sup>1</sup> la escisión es aquélla modificación estructural de una sociedad, en virtud de la cual se produce la división del patrimonio social de dos (02) o más partes, produciéndose el traspaso de uno o más bloques patrimoniales a una o varias sociedades preexistentes o de nuevas, sin que la sociedad que se escinde perciba contraprestación alguna como producto de dicho traspaso.

Para Laroza<sup>2</sup> a su vez, la nota característica de la escisión es el fraccionamiento patrimonial de la sociedad que escinde. Éste puede ser total o parcial; sin embargo, en ambos casos, las fracciones patrimoniales que serán atribuidas a las sociedades beneficiarias deben constituir, como se analizará, bloques patrimoniales.

Ahora bien, respecto a los tipos de escisión, debemos partir señalando que en doctrina han sido desarrollados diversos tipos y formas de escindir una sociedad. No obstante ello, la postura mayoritaria admite la regulación de dos tipos: la escisión propia e impropia.

---

<sup>1</sup> BRAVO CUCCI, Jorge. La escisión subjetiva en el ordenamiento jurídico peruano. Jornadas de Derecho Tributario. Incidencia del Impuesto a la Renta en las Operaciones Societarias. 13-14 Diciembre 2010, p. 30.

<sup>2</sup> LAROZA, Enrique. "La escisión de sociedades". Revista THEMIS No. 36. Año 1997. Lima-Perú, p.279.

Ahora bien, de acuerdo a Hidalgo<sup>3</sup> en la escisión propia o total el total del patrimonio de la sociedad escidente se divide en dos o más bloques patrimoniales, los cuales, a su vez, serán transferidos a una sociedad nueva o existente. Como consecuencia de ello, se extingue la personalidad jurídica de la sociedad escidente.

A su vez, menciona que la escisión impropia o parcial consiste en la segregación de uno o más bloques patrimoniales de una sociedad que no se extingue y que los transfiere a una o más sociedades existentes. A tal efecto, la sociedad escindida ajusta su capital en el monto correspondiente.

Ahora bien, para la Ley General de Sociedades (en adelante, LGS) dicha estructura conceptual es correcta, en la medida que el artículo 367 de dicho cuerpo normativo define expresamente la escisión conforme a lo siguiente:

***Artículo 367.- Concepto y formas de escisión***

*Por la escisión una sociedad fracciona su patrimonio en dos o más bloques para transferirlos íntegramente a otras sociedades o para conservar uno de ellos, cumpliendo los requisitos y las formalidades prescritas por esta ley. Puede adoptar alguna de las siguientes formas:*

- 1. La división de la totalidad del patrimonio de una sociedad en dos o más bloques patrimoniales, que son transferidos a nuevas sociedades o absorbidos por sociedades ya existentes o ambas cosas a la vez. Esta forma de escisión produce la extinción de la sociedad escindida; o,*
- 2. La segregación de uno o más bloques patrimoniales de una sociedad que no se extingue y que los transfiere a una o más sociedades nuevas, o son absorbidos por sociedades existentes o ambas cosas a la vez. La sociedad escindida ajusta su capital en el monto correspondiente.*

*En ambos casos los socios o accionistas de las sociedades escindidas reciben acciones o participaciones como accionistas o socios de las nuevas sociedades o sociedades absorbentes, en su caso.*

---

<sup>3</sup> HIDALGO, Guillermo. Implicancias tributarias de las reorganizaciones societarias de bloques patrimoniales negativos. Jornadas de Derecho Tributario. Incidencia del impuesto a la renta en las operaciones societarias. 13-14 Diciembre 2010, p. 198.

Como podemos ver, la escisión tiene como finalidad la desconcentración empresarial, razón por la cual la norma genera dos opciones a partir de las cuales la compañía escindida podrá optar por: (i) escindir o segregar los bloques patrimoniales a nuevas empresas o (ii) transferir los referidos bloques a sociedades preexistentes.

## **2.2. Diferencias con otras instituciones jurídicas reguladas en la norma societaria**

Una de las diferencias principales entre la escisión y otras instituciones jurídicas reguladas en la LGS –particularmente en el supuesto de reorganización simple- radica en que en el primer caso los accionistas de la sociedad escindida pasarán a ser accionistas de la sociedad nueva o existente que adquiera el bloque patrimonial escindido (sociedad escisionaria).

Así pues, tal como lo ha regulado el artículo 368 de la citada norma, las nuevas acciones o participaciones que la sociedad escisionaria emita serán atribuidas a los socios o accionistas de la sociedad escindida en la misma proporción que tenían en el capital de esta, salvo pacto en contrario.

Dicha disposición constituye una diferencia sustancial respecto a otra importante modalidad de reorganización empresarial, como es la reorganización simple quien mantiene importantes similitudes con la escisión parcial como son (i) la segregación de un bloque patrimonial y (ii) la transferencia o parte de dicho patrimonio a una o más sociedades (nuevas o existentes) pero que -a diferencia de la escisión- las acciones emitidas como consecuencia de la transferencia del bloque patrimonial no pasan a manos de los accionistas sino de la sociedad escisionaria.

Así, tal como explica Hernández en el caso de reorganización simple la sociedad que transfiere el bloque patrimonial recibe a cambio, acciones o participaciones de la sociedad receptora del bloque, convirtiéndose, por ende, la primera en accionista o socia de la segunda, o, en caso la primera ya fuera socia de la segunda, incrementando su participación en el capital de la receptora del bloque patrimonial<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> HERNÁNDEZ GAZZO, Juan Luis. Apuntes sobre la reorganización simple en la legislación peruana. Tratado de derecho mercantil. Tomo I. Derecho Societario. Lima: Gaceta Jurídica. 2003, p. 12008.

Ello en cambio, no ocurre ante una escisión, en donde los accionistas de la sociedad escindida pasarán a ser accionistas de la sociedad nueva o existente.

### 2.3. Razonabilidad económica para realizar una escisión

Existen muchos factores a valorarse al momento de tomar la decisión de escindir una empresa, esto puede estar relacionado directamente a la necesidad de tener un mayor alcance frente al mercado, disminuir los costos administrativos, generar eficiencia en la adecuada gestión y dirección de la empresa, entre otros factores.

En ese sentido, la Ramírez y Velarde<sup>5</sup> delimitan las principales causas o fines dentro de los siguientes puntos:

- (i) **Buscar redistribuir las actividades de una empresa o especializar las actividades económicas en varias sociedades:** *En caso una empresa o varias ejecuten diversas actividades que, compatibles entre sí o no, generen un desorden administrativo y operativo, se optaría por una escisión para buscar organizarlas en el plano contable, de impuestos y de toma de decisiones entre los accionistas. También, el hecho de especializar las actividades en empresas distintas puede mejorar los controles de costos de producción, lo cual generaría mayores utilidades financieras para los accionistas o socios.*
- (ii) **Reducción del pago de impuestos:** *Algunas empresas podrían encajar en regímenes especiales, sea por su tamaño, su rubro o la zona donde se encuentren (por ejemplo: Régimen de la Amazonía, entre otros), algunas actividades se podrían ver beneficiadas con un menor pago de impuestos, siempre y cuando encajen dentro de la hipótesis de incidencia tipificada por la norma.*
- (iii) **Descentralización geográfica:** *Si bien al día de hoy los avances en la tecnología nos permite una comunicación bastante eficiente para el manejo de actividades empresariales, por motivos de organización se pueden escindir bloques patrimoniales con el objeto de contar con empresas nuevas y flexibilizar la estructura de cada una de ellas, como por ejemplo, nombrar directores y/o gerentes distintos en cada sociedad.*

---

<sup>5</sup> RAMIREZ ZEGARRA, Jorge y VELARDE, Luis. La escisión: sus aspectos societarios y tributarios. Revista Advocatus N°25.2011, p. 352-353.

Como podemos ver, existe un sinnúmero de razones a partir de las cuales una empresa toma la decisión empresarial de escindirse en dos o más bloques patrimoniales y se espera que en atención al principio de neutralidad del derecho tributario, dichas acciones no generen un impacto negativo en materia tributaria, ya que ello ocasionaría que muchas compañías se abstengan de acceder a este tipo de figuras societarias por las implicancias tributarias de carácter negativo que podrían generar a posteriori.

Asimismo, consideramos que el ahorro fiscal constituye un motivo económico razonable para que una empresa tome la decisión de reestructurarse, siempre y cuando no se trate de una mera evasión, ya que en estos casos justamente lo que evaluará será el costo tributario adyacente a la operación.

Así lo menciona además, Bravo<sup>6</sup> al señalar que nada de ilegal tiene optar por un tratamiento tributario más beneficioso siempre y cuando la conducta desplegada en el plano concreto por el sujeto pasivo de la obligación tributaria sea la prevista en la hipótesis de incidencia de la norma tributaria. Así, si lo que las partes quieren es reorganizarse bajo la modalidad de una escisión subjetiva, y despliegan el negocio jurídico en ese sentido y no simulan uno distinto, no habrá forma de calificar la reorganización societaria llevada a cabo.

Ello es así, dado que si bien la Administración Tributaria se encuentra facultada a aplicar el tercer y cuarto párrafo de la Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario (anteriormente segundo párrafo de la Norma VIII) para calificar un hecho como imponible y por ende pasible de elusión tributaria, ello ocurrirá sólo y únicamente cuando en la evaluación del negocio jurídico se demuestre que se ha realizado una simulación de éste (que exista un acto simulado y uno disimulado).

#### **2.4. Alcances tributarios en Impuesto a la Renta**

Para Garibaldi<sup>7</sup>, la reorganización societaria (incluida la escisión) no debe encontrarse gravado con Impuesto a la Renta por los siguientes motivos:

---

<sup>6</sup> BRAVO CUCCI, Jorge. La escisión subjetiva en el ordenamiento jurídico peruano. Jornadas de Derecho Tributario. Incidencia del Impuesto a la Renta en las Operaciones Societarias. 13-14 Diciembre 2010, p. 38

<sup>7</sup> GARIBALDI, Giancarlo. “Implicancias tributarias en la Reorganización de Sociedades”. Publicado el 22 de noviembre de 2011. En: <http://giribaldiasociados.com/implicancias-tributarias-de-la-reorganizacion-de-sociedades/>. Actualizado el 28 de setiembre de 2015.

- (i) *Se encarecería los procesos de fusión, escisión y reorganización simple en el escenario que se decida gravar estas operaciones con el Impuesto a la Renta.*
- (ii) *Las reorganizaciones societarias se consideran operaciones no gravadas con el IGV conforme al artículo 2° inciso c) del TUO de la Ley de IGV. Entendemos que ello se debe a que el transferente continúa ejerciendo actividad económica sobre el bloque patrimonial transferido antes como después de la fusión (sólo que de manera más pasiva luego del proceso de reorganización). Por consiguiente, la reorganización societaria tampoco debe encontrarse gravada con Impuesto a la Renta.*
- (iii) *La reorganización societaria no constituye un simple aporte de bienes, que generaría la obligación de pagar Impuesto a la Renta conforme al artículo 5° del TUO de la Ley del Impuesto a la Renta. La reorganización societaria involucra la transferencia de activos y pasivos, de tal modo que solamente lo que exceda a dicho equilibrio (denominado excedente de revaluación) es susceptible de tributar Impuesto a la Renta en el caso que se opte por el mecanismo del artículo 104° inciso 1) de la LIR.*
- (iv) *En las fusiones y escisiones, la sociedad transferente no recibe contraprestación alguna por la entrega de su patrimonio, por lo que no obtiene ganancia sujeta al pago del impuesto. Son sus accionistas y no las empresas quienes reciben de la sociedad adquirente las acciones que reflejan el valor fondo de comercio (en sustitución de las que mantenían en la entidad transferente).*

Ahora bien, actualmente de acuerdo al artículo 104 de la Ley del Impuesto a la Renta (en adelante, LIR) los contribuyentes pueden optar por cualquiera de las siguientes opciones:

(1) Primer Supuesto

En caso las sociedades o empresas acordaran la revaluación voluntaria de sus activos, la diferencia entre el mayor valor pactado y el costo computable estará gravado con el Impuesto a la Renta. En este supuesto, debe entenderse que los bienes transferidos, así como los del adquirente, tendrán como costo computable el valor al que fueron revaluados.

Asimismo, el artículo 68 del Reglamento de la LIR prescribe que las empresas o sociedades que se reorganicen y opten por el supuesto señalado en el párrafo anterior, deberán pagar el impuesto por las

revaluaciones efectuadas siempre que las referidas empresas o entidades se extingan. Cabe mencionar que la determinación y pago del impuesto se realizará por cada una de las empresas que se extingan, conforme al numeral 4) inciso d) del artículo 49 del Reglamento de la LIR.

Adicionalmente a ello, el artículo 69 inciso a) del Reglamento de la LIR establece en este caso se deberá considerar como valor depreciable de los bienes el valor revaluado menos la depreciación acumulada, cuando corresponda. Siendo ello así, dichos bienes serán considerados nuevos y se les aplicará lo dispuesto en el artículo 22° del Reglamento.

Es importante precisar que esta opción sería beneficiosa en caso la empresa mantenga pérdidas tributarias arrastrables, ya que el transferente únicamente va a reducir el margen de su pérdida tributaria compensable cuando se encuentre sometido a gravamen el excedente de revaluación de sus activos fijos, mientras que el adquirente se va a encontrar beneficiada con un mayor costo computable de los referidos activos fijos sobre los cuales se va a deducir tributariamente su depreciación.

## (2) Segundo Supuesto

En caso las sociedades o empresas acordaran la revaluación voluntaria de sus activos, la diferencia entre el mayor valor pactado y el costo computable no estará gravado con el Impuesto a la Renta, siempre que no se distribuya. En tal sentido, no será considerado para efecto de determinar el costo computable de los bienes ni su depreciación.

Ahora bien, el artículo 105 de la Ley del Impuesto a la Renta señala que en el caso anterior, si la ganancia es distribuida en efectivo o en especie por la sociedad o empresa que la haya generado, será considerada renta gravada en dicha empresa.

Además considera –sin admitir prueba en contrario– que dicha ganancia es distribuida cuando se den cualquiera de los siguientes escenarios:

- (i) Cuando se reduce el capital dentro de los cuatro (4) ejercicios gravables siguientes al ejercicio en el cual se realiza la reorganización, salvo excepciones.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Numeral 4 del artículo 216 o en el artículo 220 de la Ley General de Sociedades.

- (ii) Cuando se acuerde la distribución de dividendos y otras formas de distribución de utilidades, incluyendo la distribución de excedentes de revaluación, ajustes por reexpresión, primas y/o reservas de libre disposición, dentro de los cuatro (4) ejercicios gravables siguientes al ejercicio en el cual se realiza la reorganización.
- (iii) Cuando una sociedad o empresa realice una escisión y las acciones o participaciones que reciban sus socios o accionistas como consecuencia de la reorganización sean transferidas en propiedad o canceladas por una posterior reorganización, siempre que:
  - a) Las acciones o participaciones transferidas o canceladas representen más del cincuenta por ciento (50%), en capital o en derechos de voto, del total de acciones o participaciones que fueron emitidas a los socios o accionistas de la sociedad o empresa escindida como consecuencia de la reorganización; y,
  - b) La transferencia 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 o cancelación de las acciones en distintas oportunidades, se presume que la distribución se efectuó en el momento en que se realizó la transferencia o cancelación con la cual se superó el cincuenta por ciento (50%) antes señalado.

### (3) Tercer supuesto

En este último escenario, el numeral 3) del artículo 104 prescribe que cuando las empresas no acordarán la revaluación voluntaria de sus activos, los bienes transferidos tendrán para la adquirente el mismo costo computable que hubiera correspondido atribuirle en poder del transferente.

Asimismo, el artículo 105-A de la Ley del Impuesto a la Renta considera dentro de dicho supuesto – sin admitir prueba en contrario- los siguientes supuestos:

- (i) 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:

a) Las acciones o participaciones transferidas, amortizadas y/o canceladas representen más del cincuenta por ciento (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,

b) 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 cincuenta por ciento (50%) antes señalado.

(ii) 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:

a) Las acciones o participaciones amortizadas representen más del cincuenta por ciento (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

b) 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 cincuenta por ciento (50%) antes señalado

Ahora bien., es importante precisar que el artículo 105 y 105-A han sido materia de modificación en el año 2012 con la promulgación del Decreto

Legislativo No. 1120<sup>9</sup> que: (i) modificó el primero de ellos incorporando a la ley supuestos de elusión general que ya habían sido regulados por el reglamento (artículo 69) e incluyó un nuevo supuesto y (ii) incorporó el segundo de ellos regulando supuestos de antielusión específicamente para los casos de escisión y reorganización simple.

Siendo ese el caso, podemos ver que, tal como indica Tori y Rodríguez<sup>10</sup> a la fecha tenemos dos NAE: el artículo 105, aplicable únicamente al régimen que existía desde la aprobación de la Ley del Impuesto a la Renta, 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.

## **2.5. Alcances tributarios en Impuesto General a las Ventas**

En lo que respecta al Impuesto General a las Ventas (en adelante, IGV) es importante señalar que si bien este impuesto grava la venta en el país de bienes muebles en el país de acuerdo al inciso c) del artículo 2 de la Ley del IGV no se encuentra gravada la transferencia de bienes que se realice como consecuencia de una reorganización societaria.

Sin perjuicio de ello, sí se podrá transferir a la nueva empresa beneficiaria el crédito fiscal existente a la fecha de la escisión, siempre y cuando se respeten las formalidades establecidas en la legislación aplicable.

Al respecto, el artículo 6 del Reglamento de la Ley del IGV señala que tratándose de la reorganización de sociedades o empresas, el crédito fiscal que corresponda a la empresa transferente se prorrateará entre las empresas adquirentes, de manera proporcional al valor del activo de cada uno de los bloques patrimoniales resultantes respecto del activo total transferido.

Además, el citado artículo indica que las partes pueden acordar un reparto distinto, pero ello deberá ser comunicado a la Administración Tributaria en el plazo, forma y condiciones que ésta establezca.

Asimismo, es importante precisar que el Tribunal Fiscal ha señalado en la Resolución No. 258-3-22005 que ante la enajenación de bienes depreciables

---

<sup>9</sup> Publicada en el Diario “El Peruano” el 18 de julio de 2012.

<sup>10</sup> TORI VARGAS, Fernando y RODRIGUEZ ALZZA, Efraín. Alcances de la norma antielusiva específica aplicable a la reorganización de sociedades. Derecho y Sociedad N°43 Diciembre 2014. Pág. 43.

destinados a formar parte del activo fino antes de transcurridos los dos (02) años, el supuesto de reintegro tributario del crédito fiscal no es aplicable en los casos de escisión en razón de la continuidad en la explotación de los bienes transferidos que tiene lugar por parte del adquirente.

## **CAPÍTULO II: Tratamiento tributario de la escisión de sociedades a la luz de la Resolución del Tribunal Fiscal No. 10923-8-2011**

### **3.1. Hechos relevantes**

A continuación se presentarán los hechos que sustentaron la referida resolución:

- ❖ Una empresa dedicada al rubro inmobiliario (en adelante, la Compañía) desarrolló un proyecto inmobiliario entre abril de 1998 y junio de 2000 destinado a la construcción de un edificio de oficinas ubicada en Carlos Villarán 140, La Victoria –en adelante, el Inmueble-. Dicho proyecto fue financiado mediante un préstamo concedido por Interbank (en adelante, IBK) por un monto total S/.138'234,216.00.
- ❖ IBK y la Compañía son empresas vinculadas, sometidas a la Ley de Bancos ( Ley No. 26702 - Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la SBS)-. Dicha ley establece límites máximos de endeudamiento con carácter individual (no más del 10% del patrimonio efectivo), así como con carácter global (30% del patrimonio efectivo en créditos concedidos a empresas vinculadas).
- ❖ Mediante Oficio No. 6214-2000 de 20 de junio de 2000 la SBS informó a IBK que los financiamientos otorgados a la Compañía habían llegado a representar, a esa fecha, el 23.2% del patrimonio efectivo de Interbank. A partir de ese momento, la Compañía e IBK entraron en negociaciones con el fin de reducir el endeudamiento de la primera frente al banco.
- ❖ Como consecuencia de dichas negociaciones, en el ejercicio 2001 la Compañía e IBK acordaron la realización de dos procedimientos de escisión parcial. Como parte de esos procedimientos se produjo la transferencia del inmueble a favor de IBK. En razón a ello, Interbank informó a la SBS que el exceso de endeudamiento sería solucionado mediante dicho proceso de reorganización, puesto que los dos procedimientos de escisión parcial determinarían la extinción del pasivo que la Compañía tenía frente a Interbank.
- ❖ Mediante Junta General de Accionistas de junio y diciembre de 2001 respectivamente, INMOBILIARIA IBK procedió a realizar las siguientes acciones:

- (i) Escisión y transferencia de un bloque patrimonial conformado por inmuebles (activos) por un valor de S/.80,919,063 y pasivos (cuenta por pagar a IBK) 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.
  - (ii) Escisión y transferencia de un segundo bloque patrimonial a IBK, conformado por otros inmuebles activos por la suma de S/.41,897,060 y pasivos cuenta por pagar a IBK) por la misma cifra, resultando nuevamente un bloque patrimonial equivalente a cero (0). El costo computable que la Inmobiliaria tenía en estos inmuebles era de S/.36,726,963.
- ❖ IBK recibió los bloques patrimoniales de ambas escisiones parciales, sin que correspondiera aumentar su capital ni emitir acciones, dado que, como se ha dicho, los referidos bloques estaban conformados por un activo y por un pasivo siendo su valor neto igual a cero.
  - ❖ En ambos casos, los bloques patrimoniales fueron transferidos a IBK por el valor que tenían en los libros de la Compañía. Las escisiones fueron registradas en los asientos B00002 y B00003 de la Partida No. 030221102 de los Registros Públicos de Lima.
  - ❖ Al fiscalizar el Impuesto a la Renta y el Impuesto General a las Ventas del ejercicio 2001, la Administración Tributaria efectuó reparos a los procedimientos de escisión, emitiendo resoluciones de determinación y de multa. La Compañía reclamó contra dichas resoluciones y al notificársele la resolución de primera instancia desfavorable, apeló de ella para que resolviera el Tribunal Fiscal.
  - ❖ Tal como se desprende de los hechos previamente descritos, al tratarse de un patrimonio neutro (0), la escisión y transferencia de los referidos bloques no generó a IBK la obligación de emitir acciones, ni tampoco ocasionó incremento o reducción de capital alguno.

### **3.1.1. Posición de SUNAT**

La Administración Tributaria determinó que en el presente caso las escisiones y transferencias de los bloques patrimoniales “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 IBK INMOBILIARIA tenía en los inmuebles y el valor de los inmuebles determinado por la tasación) como con el IGV (primera venta de bienes inmuebles).

### 3.1.2. Posición del Tribunal Fiscal

Por su parte, el Tribunal Fiscal considera que debe desconocerse la escisión acordada por INMOBILIARIA IBK por medio de la cual transfirió a IBK, bloques patrimoniales con valor “cero” con la finalidad de reducir el endeudamiento que la primera mantenía con la segunda en aplicación de la Norma VIII prevista en el Código Tributario<sup>11</sup> y aplicarse el tratamiento de enajenación de bienes gravada con el IR y el IGV.

Como podemos ver, Tribunal Fiscal sustenta su posición en que IBK:

- (i) No ha continuado con las actividades a las que se dedicaba la empresa escindida
- (ii) No ha emitido acciones a favor de los accionistas de ésta al haberse transferido un bloque patrimonial con valor “cero”.

Es pues, en virtud a dichos argumentos que considera que existe una desnaturalización de la figura societaria de la escisión y los efectos tributarios neutros que esto conlleva.

Así, el Tribunal Fiscal señaló expresamente que: *“(...) para efecto de analizar si, (...)una escisión parcial llevada a cabo cumpliendo todas las formalidades de ley, califica como real o no, (...)es menester verificar(...) los siguientes elementos: (a) el traspaso patrimonial y su recepción por la empresa escisionaria, (b) la división de actividades y la explotación del patrimonio como una unidad económica nueva o formando parte de una ya existente, y (c) la reducción del capital de la sociedad escidente y la consiguiente entrega de las acciones o participaciones correspondientes.*

*(...) que en el presente caso no se ha producido ninguna de las circunstancias descritas(...), siendo por el contrario 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; siendo además que tampoco puede considerarse que el objeto de la escisión se orientó a que [la empresa bancaria] prosiguiera con las actividades vinculadas al negocio inmobiliario e industria de la construcción, que eran la actividad principal de la recurrente.*

---

<sup>11</sup> Es importante precisar que actualmente dicha norma se encuentra suspendida.

*Que en ese sentido, se encuentra arreglado a ley que la Administración en aplicación de la Norma VIII (...), considere que para efecto tributario, las escisiones parciales llevadas a cabo por la recurrente con [Interbank] durante el ejercicio 2001, no constituían en rigor una reorganización societaria”.*

Ahora bien, es menester precisar que la Norma VIII fue creada con la finalidad de identificar aquellos supuestos donde existe una incongruencia entre la realidad económica de los hechos y la forma jurídica aplicable a dichos casos.

No obstante ello, la citada norma no pretende analizar las razones que tuvo una empresa para el uso de determinada forma societaria, por lo que su utilización en aquéllos supuestos donde no existe una contradicción entre la realidad económica y la forma jurídica aplicable no resultaría correcta.

Dicha opinión, es compartida con Tarazona<sup>12</sup>, quien a su vez señala que la Norma VIII, por los antecedentes de la misma y la exposición de motivos de la misma, sólo resultaba aplicable en caso una operación no existiera plenamente, al mediar una simulación absoluta o relativa.

A manera de comentario, podríamos remontarnos a los orígenes de la Norma VIII, esto es, al 21 de abril de 1996, cuando se publicó el Decreto Legislativo No. 816 que aprobó el actual Código Tributario, y a partir de éste último texto legal efectuar una interpretación histórica de ella. Dentro de las múltiples innovaciones legislativas que contenía, consignaba en su Norma VIII del Título Preliminar, como segundo párrafo, la siguiente norma:

*"Al aplicar las normas tributarias podrá usarse todos los métodos de interpretación admitidos por el Derecho. Para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT atenderá a los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los deudores tributarios. **Cuando éstos sometan esos actos, situaciones y relaciones a formas o estructuras jurídicas que no sean manifiestamente las que el derecho privado ofrezca o autorice para configurar adecuadamente la cabal intención económica y efectiva de los deudores tributarios, se prescindirá, en la consideración del hecho imponible real,***

---

<sup>12</sup> TARAZONA, Gustavo Enrique. "En rigor, ¿no constituyen reorganizaciones societarias? Los Bloques Patrimoniales Negativos/Neutros y la RTF No. 10923-8-2011: Algunas Consideraciones y Propuestas de Cambio". En Revista Derecho & Sociedad No. 43. Año 2015. Lima-Perú.

*de las formas o estructuras jurídicas adoptadas, y se considerará la situación económica real.”*

En la propia edición del Diario Oficial El Peruano de la fecha de publicación del mencionado Decreto Legislativo No. 816, seguidamente al texto del nuevo Código Tributario se anexó un cuadro comparativo que explicaba didácticamente las modificaciones al anterior Código Tributario, que fuera aprobado por Decreto Legislativo No. 773. Así, a través del indicado cuadro comparativo, en una primera columna se consignaba el texto anterior, en una segunda, la modificación, y en una tercera el fundamento de la modificación, el cual constituye, en rigor, la exposición de motivos de la norma en cuestión.

En la página 4 del cuadro en mención, al desarrollarse el segundo párrafo de la Norma VIII, se fundamenta su incorporación -en la tercera columna-, señalándose que:

*“Esta norma establece la primacía de la realidad frente a las formas y estructuras jurídicas que el contribuyente manipule para no estar dentro del campo de aplicación del tributo. Mediante esta norma se aplicará la teoría del develamiento para los grupos económicos que implica el desconocimiento de las individuales (sic) jurídicas cuando éstas se utilicen fraudulentamente.”*

Si bien lo pertinente sería analizar el contenido teórico y doctrinario de la referida exposición de motivos, debemos señalar que ello resultaría infructuoso, habida cuenta que el 22 de septiembre de 1996, esto es, a los seis meses de vigencia del Decreto Legislativo No. 816, se publicó la Ley No. 26663 que, entre otras modificaciones, SUPRIMIÓ en la norma bajo análisis, el extracto:

*“Cuando éstos sometan esos actos, situaciones y relaciones a formas o estructuras jurídicas que no sean manifiestamente las que el derecho privado ofrezca o autorice para configurar adecuadamente la cabal intención económica y efectiva de los deudores tributarios, se prescindirá, en la consideración del hecho imponible real, de las formas o estructuras jurídicas adoptadas, y se considerará la situación económica real.”*

Conviene en este caso, en aras de verificar a través de una interpretación auténtica el sentido de la indicada supresión, citar la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley No. 1614 del 9 de agosto de 1996 que dio origen a lo que hoy es el segundo párrafo de la Norma VIII vigente, extraída de la página web del Congreso de la República, que la sustentó:

*“Se cuestiona la Norma VIII del Título Preliminar del Código Tributario, en su segundo párrafo, en tanto ésta pretende otorgar a la Administración, la facultad de hacer abstracción de la organización jurídica o las relaciones o actos realizados al amparo de las normas vigentes, asumiendo como hechos imponderables situaciones económicas que ellos consideran que son las reales. Ello contraría el propio Código Tributario, en tanto éste establece el principio de legalidad (Norma IV), el cual se extiende al hecho generador de la obligación tributaria, es decir, al hecho imponible.*

*Dicho hecho imponible o supuesto de hecho de una norma puede, en virtud de la Norma VIII, ser reinterpretado, creando inseguridad jurídica, dado que nadie en el país, podría saber si ha pagado sus tributos o no, dado que la Administración tendría el poder de "interpretar" que la situación económica real del contribuyente no es la verdadera. Al respecto debemos tener en cuenta que el Derecho es eminentemente formal. En él interesa la forma, dado que ella establece criterios objetivos y uniformes. Se constituye por ello en la garantía contra la arbitrariedad. Solamente sería permisible la abstracción de las formas, en los casos de delitos tributarios. A mayor abundamiento se dispone que la facultad de fiscalización de la Administración se ejerce en forma discrecional, lo cual puede derivar en un uso no acorde a derecho del poder de la SUNAT.*

*Ello colisiona con el artículo 74° de la Constitución, primer párrafo que establece el principio de legalidad, con el artículo 2°, inciso 14, de la Constitución, que establece el derecho a contratar con fines lícitos, y crea una contradicción con la Norma IV, inciso a) del Código Tributario, norma que desarrolla el principio de legalidad de las normas tributarias.”.*

Siendo ello así, queda claro que, en la intención del legislador al aprobar la supresión parcial del segundo párrafo de la Norma VIII, prevalecieron los principios de seguridad jurídica y de legalidad amparados en nuestra Constitución, sobre una eventual arbitrariedad (conforme se aprecia de la exposición de motivos del texto original del Decreto Legislativo No. 816, según el cuadro comparativo antes mencionado), en que en el presente caso ha incurrido la SUNAT y ha convalidada el Tribunal Fiscal en su resolución cuya nulidad ha sido solicitada en la demanda interpuesta.

Además, podemos ver que la pretensión que tuvieron los legisladores al suprimir de la Norma VIII la frase “*Cuando éstos sometan esos actos, situaciones y relaciones a formas o estructuras jurídicas que no sean manifiestamente las que el derecho*

*privado ofrezca o autorice para configurar adecuadamente la cabal intención económica y efectiva de los deudores tributarios, se prescindirá, en la consideración del hecho imponible real, de las formas o estructuras jurídicas adoptadas, y se considerará la situación económica real”,* era precisamente evitar lo que ha sucedido en el presente caso; vale decir, que la SUNAT y el Tribunal Fiscal reinterpreten o recaractericen nuestros contratos de escisión parcial como simples actos de “enajenación” de bienes.

Peor aún, en el presente caso ni siquiera se han sometido los contratos de escisión parcial a formas o estructuras jurídicas que no sean manifiestamente las que el derecho privado ofrezca o autorice –caso que la Norma VIII actual ya no contempla-. Por el contrario, los contratos se han celebrado sometiéndolos íntegramente a las formas y estructuras jurídicas autorizadas por el derecho positivo expresado en la Ley General de Sociedades y en el Reglamento del Registro de Sociedades.

Si bien es cierto que la doctrina contiene distintos pareceres sobre la denominada consideración económica del hecho imponible, no debemos -ni podemos- apartarnos de la norma positiva en cuestión, en base al principio de legalidad reconocido en nuestro ordenamiento constitucional y legal vigente y a la interpretación auténtica que surge de la Exposición de Motivos reseñada precedentemente. Para tal efecto, resulta necesario analizar los extremos del texto vigente del segundo párrafo de la Norma VIII del Título Preliminar del Código Tributario, que establece lo siguiente:

*“Para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT- tomará en cuenta los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los deudores tributarios.”*

A continuación señalaremos cómo el propio Tribunal Fiscal ha dejado establecido a través de reiterada jurisprudencia, el verdadero alcance de la Norma VIII.

En la Resolución No. 06686-4-2004 de fecha 8 de septiembre de 2004, se han establecido parámetros que pongan coto a la aplicación abusiva (y, ciertamente, inconstitucional) que ha venido efectuando la SUNAT de la Norma VIII. En primer término, reconoce que la modificación dispuesta por la Ley No. 26663 -a que hemos hecho referencia líneas arriba- supuso una clara limitación al accionar de la SUNAT:

*“(…) la modificación introducida por la Ley No. 26663 al segundo párrafo de la Norma VIII, denota que el otorgamiento de facultades de la Administración para la*

*determinación o recreación del hecho imponible en base a la finalidad o intención económica buscada por las partes, la que corresponde a la figura jurídica del "fraude a la ley" conforme se explicará posteriormente, resulta ser una situación no querida por el legislador y un supuesto no regulado en el texto actual de la mencionada norma;"* (el resaltado es nuestro).

Seguidamente, la Resolución bajo comentario expone las limitaciones de la norma en cuestión, para efectos del fraude a la ley, cuando señala que:

*"(...) la referida regulación que recoge el criterio de la realidad económica o calificación económica de los hechos, otorga a la Administración la facultad de verificar los hechos realizados (actos, situaciones y relaciones) atendiendo al sustrato económico de los mismos, a efectos de establecer si éstos se encuentran subsumidos en el supuesto de hecho descrito en la norma, originando en consecuencia, el nacimiento de la obligación tributaria, es decir concluyendo que aquellos constituyen hechos imposables;*

*Que la aplicación de la mencionada regulación lleva implícita la facultad de la Administración de dejar de lado la formalidad jurídica del acto o negocio realizado por el contribuyente, cuando ésta resulte manifiestamente incongruente con los actos o negocios económicos efectivamente realizados (...).*

*(...) Que, sin embargo, y conforme se ha señalado en los considerandos precedentes, la intención del legislador al suprimir el segundo acápite del segundo párrafo de la Norma VIII 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 hechos;*

*Que en adición a lo antes expuesto, es pertinente mencionar que la corrección del fraude a la ley no se logra por el mecanismo de describir la real operación económica dejando de lado la forma jurídica, toda vez que el acto realizado por el sujeto es real (ha sido puesto de manifiesto) y supone la única operación efectuada, sino que dada la incongruencia entre la finalidad propia de la figura adoptada y el resultado perseguido, todo ello con un propósito elusivo, exige dejar de aplicar la norma de cobertura, que describe el hecho imponible efectuado, y extender la aplicación de la norma eludida o defraudada a dicho hecho imponible.*

*Que la referida consecuencia que deriva de la existencia de un acto realizado en fraude a la ley, ha sido destacada, entre otros especialistas del tema, por Fernando Pérez Royo: "Lo que entraña la declaración de fraude de la ley es la recalificación*

*del acto o situación jurídica en cuestión: se descarta la calificación conforme a su naturaleza jurídica (que se considera creada en abuso de formas jurídicas con finalidad de elusión) y se somete a la tributación como si encajara en el presupuesto de la norma que se ha tratado de eludir” (...)*

*(...) Que en consecuencia, cabe concluir que el supuesto del fraude a la ley no se encuentra comprendido en los alcances del criterio de la calificación económica de los hechos recogidos en la indicada Norma VIII del Título Preliminar del Código Tributario;” (los resaltados y subrayados son nuestros).*

De lo expuesto en la jurisprudencia extensamente citada, queda meridianamente clara la posición de dicho Tribunal en torno a la aplicación del segundo párrafo de la Norma VIII del Título Preliminar del Código Tributario: la posición en referencia es abiertamente contraria a los fundamentos esgrimidos por la SUNAT y por el Tribunal Fiscal.

### **3.2. Patrimonios neutros o negativos**

Tarazona<sup>13</sup> considera que 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.

Tomando en cuenta ello, las reorganizaciones societarias en donde se segregan bloques patrimoniales negativos o neutros, deben surtir todos sus efectos legales y tributarios.

Sin embargo, el criterio adoptado por el Tribunal Fiscal en la RTF N° 10923-8-2011 no se condice con la realidad económica de las reorganizaciones societarias, toda vez que desconoce para efectos tributarios, que no son verdaderas reorganizaciones societarias.

Consideramos que ello no debería darse actualmente, ya que considerar que la segregación de un bloque patrimonial negativo o neutro es válido permitirá que las reorganizaciones societarias tengan un papel neutral en las decisiones de negocio.

### **3.3. Configuración del bloque patrimonial**

---

<sup>13</sup> Tarazona Ospina, Gustavo Enrique. “En rigor, ¿no constituyen reorganizaciones societarias? Los Bloques Patrimoniales Negativos/Neutros y la RTF No. 10923-8-2011: Algunas Consideraciones y Propuestas de Cambio”. En Revista Derecho & Sociedad No. 43. Año 2015. Lima-Perú.

El Artículo 103 de la Ley del Impuesto a la Renta señala que la reorganización de sociedades o empresas se configura únicamente en los casos de fusión, escisión u otras formas de reorganización, con arreglo a lo que establezca el Reglamento.

Incluso este artículo en la parte incorporada por Decreto Supremo No. 194-99-EF, vigente desde el 1 de enero de 1999, señaló en el inciso b) de su Artículo 65 que la reorganización por escisión, bajo cualquiera de las modalidades previstas en el Artículo 367 de la Ley General de Sociedades, entre otras, debía entenderse como reorganización de sociedades o empresas para efectos de la Ley del Impuesto a la Renta.

Por otro lado, el Artículo 367 de la Ley General de Sociedades establece dos modalidades de escisión, la primera de las cuales se conoce como escisión total y produce la extinción de la sociedad escindida, en tanto que la segunda es denominada escisión parcial y supone segregar uno o más bloques patrimoniales de una sociedad que no se extingue y que los transfiere a una o más sociedades nuevas, o son absorbidos por sociedades existentes o ambas cosas a la vez.

El citado artículo señala que: “En ambos casos los socios o accionistas de las sociedades escindidas reciben acciones o participaciones como accionistas o socios de las nuevas sociedades o sociedades absorbentes, en su caso”.

Asimismo, el Artículo 372 de la Ley General de Sociedades, al establecer cuál es el contenido del proyecto de escisión, en su numeral 7 expresa que dicho proyecto debe comprender: “El capital social y las acciones o participaciones por emitirse por las nuevas sociedades, en su caso, o la variación del monto del capital de la sociedad o sociedades beneficiarias, si lo hubiere.”

Como podemos ver, la propia Ley General de Sociedades admite que como consecuencia de una escisión no necesariamente deba variar el capital social ni emitirse acciones o participaciones de las nuevas sociedades, ni variar el monto del capital ni emitirse acciones o participaciones de la sociedad o sociedades beneficiarias.

Justamente en el caso de las escisiones parciales por absorción, Interbank recibió de la Compañía bloques patrimoniales por un valor neto igual a cero, lo que a tenor del Artículo 372 antes citado era perfectamente posible, por lo que

Interbank no tuvo que ajustar su capital ni emitir acciones a favor de los accionistas de la Compañía.

En concordancia con lo dispuesto por el Artículo 372 de la Ley General de Sociedades, el Reglamento del Registro de Sociedades, aprobado por Resolución No. 200-2001-SUNARP/SM, publicada el 27 de julio de 2001, al establecer en su Artículo 124 cuál debe ser el contenido de la escritura pública de escisión para que pueda ésta inscribirse en el Registro de Personas Jurídicas, exige, entre otros, en el inciso e): “En caso que sea negativo el valor neto del bloque patrimonial que se transfiere, se dejará constancia de su monto y esa circunstancia producirá que la sociedad receptora no aumente su capital ni emita nuevas acciones (...)”

En ese sentido, puede observarse que admitiéndose que el bloque patrimonial tenga un valor neto negativo, nada obsta, como ha ocurrido en el presente caso, para que el valor neto de los bloques patrimoniales transferidos a Interbank fuera igual a cero y no tuviera que ser positivo o negativo.

Tomando en cuenta que en las escisiones parciales los bloques patrimoniales se transfirieron al valor que tenían en los libros de la Compañía, no se produjo ganancia gravada con el Impuesto a la Renta.

Tales escisiones parciales se acogieron a lo dispuesto en el numeral 3 del Artículo 104 de la Ley del Impuesto a la Renta, que permite la transferencia a valor en libros y hace inaplicable la exigencia contenida en el Artículo 32 de dicha ley que hubiera obligado a aplicar valores de mercado generando ganancias gravadas con el referido tributo.

En consecuencia, desde el punto de vista del Impuesto a la Renta, las escisiones parciales realizadas no generaron ganancia gravada con este tributo ni consecuencia tributaria alguna relativa al mismo –es decir, estuvieron inafectas al Impuesto a la Renta-.

De otro lado, el inciso c) del Artículo 2 de la Ley del Impuesto General a las Ventas establece expresamente que no está gravada con dicho tributo la transferencia de bienes que se realice como consecuencia de la reorganización de empresas. A su vez, el inciso a) del numeral 7 del Artículo 2 de la citada ley entiende por reorganización de empresas: ”A la reorganización de sociedades o empresas a que se refieren las normas que regulan el Impuesto a la Renta”.

Ello significa, entonces, que las escisiones parciales realizadas por la Compañía y que implicaban la transferencia de bienes (el inmueble conocido como Torre Interbank y el pasivo a favor de esta entidad), no generaban la obligación de pago del Impuesto General a las Ventas.

En conclusión podemos observar que en este caso: (i) las escisiones parciales realizadas por la Compañía cumplieron escrupulosamente con las exigencias que al efecto contiene la Ley General de Sociedades y el Reglamento del Registro de Sociedades; (ii) calificaron como reorganización de sociedades de acuerdo a lo dispuesto en la Ley del Impuesto a la Renta y al haberse transferido a valor en libros los bloques patrimoniales segregados no generaron obligación alguna de pago del Impuesto a la Renta; (iii) calificaron como reorganización de empresas para efectos del Impuesto General a las Ventas y, en tal virtud, la transferencia de la Torre Interbank quedó inafecta al referido tributo.

## **VII. CAPÍTULO III: Tratamiento tributario de la escisión en la legislación comparada**

### **4.1. México<sup>14</sup>**

En México el Impuesto neutral sobre las escisiones puede ser aplicado siempre que los titulares de al menos el 51% de las acciones con derecho a voto de las empresas existentes y de las nuevas siguen siendo los mismos y su participación en el capital de la empresa nueva sea proporcional a la cuota de voto que tenían o siguen teniendo en el primero, un año antes de la operación y dos años después de la operación.

Cabe mencionar que, los activos monetarios sustanciales no serán trasladados a las nuevas empresas (dichos activos no excederán al 51% de los activos totales), ni la compañía existente conservará activos monetarios sustanciales (51% o más de sus activos totales).

Sin embargo, en caso no se cumplen los requisitos mencionados líneas arriba la transferencia de activos en virtud de la escisión estaría sujeta al Impuesto a la Renta y el IVA.

---

<sup>14</sup> En: <https://gettingthedealthrough.com/compare/results/>. Actualizado el 28 de setiembre de 2015.

Para efectos del Impuesto a la Renta, las pérdidas de la empresa existente se dividirán entre dicha empresa (si subsiste) y la nueva empresa, en la proporción en que se asignan los inventarios y cuentas por cobrar, y en casos de negocios comerciales o en otros tipos de negocios, en la proporción en que se asignan los activos fijos.

#### **4.2. Colombia<sup>15</sup>**

El caso colombiano es distinto, en la medida que el régimen tributario introducido para las reestructuraciones empresariales ha incorporado modificaciones sustanciales en el tratamiento que hasta ahora se daba todos los movimientos patrimoniales que se realizaban a través personas jurídicas.

La falta de normas tributarias claras que regularan el tratamiento de los aportes en especie realizados a las sociedades comerciales, y la existencia de un régimen de neutralidad escueto y sin limitaciones que aplicaba a las operaciones de fusiones y escisiones de sociedades, dejaba un vacío que además de permitir el abuso de la figuras, implicaba un estatus de inseguridad jurídica que estaba sometido a las variadas interpretaciones que al respecto tuviera la DIAN.

Así la reforma elimina la regla general de neutralidad y lo establece como un sistema excepcional, tanto en la realización de aportes en especie a la sociedad como en las reorganizaciones empresariales, por lo cual cuando el mismo no es aplicable se entiende que hay enajenación con plenos efectos tributarios como ocurre con los aportes realizados a favor de sociedades o entidades en el exterior o cuando estas últimas participan como entidades adquirentes y beneficiarias en operaciones de reestructuración.

Antes de la reforma, se establecía una regla general de neutralidad en las fusiones y escisiones en virtud de la cual la operación no era entendida como enajenación para efectos tributarios. Este efecto neutral era aplicable a todas las operaciones de reestructuración empresarial que bajo las definiciones propias del código de comercio pudieran ser clasificadas como fusión o escisión. Esto significaba que, sin importar si el efecto económico de la operación de reestructuración era el mismo de una simple compraventa, la operación era neutra fiscalmente al estar amparada por la norma general de neutralidad aquí descrita y en tal razón no daba lugar a la tributación propia de la enajenación de activos.

---

<sup>15</sup> En: <https://gettingthedealthrough.com/compare/results/>. Actualizado el 28 de setiembre de 2015.

El régimen de neutralidad así concebido, no lograba la protección de los intereses que dan lugar a su propio reconocimiento. En general un régimen de neutralidad lo que debe conseguir es que en presencia de legítimos intereses mercantiles, la tributación no sea un obstáculo. Y por el contrario, ante la ausencia de legítimos intereses mercantiles, no debe brindar la neutralidad pretendida.

Este entre otros ha sido el esquema que se ha adoptado en múltiples países, entre otros en el sistema europeo plasmado en la Directiva Comunitaria 2009/133/CE de “fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canjes de acciones y traslado del domicilio social de una SE o una SCE”, donde para conceder el régimen de neutralidad se somete la operación al test de los motivos validos económicos de la misma.

Ahora, por regla general, las fusiones y escisiones “constituyen enajenación para efectos tributarios y estarán agravadas con el impuesto sobre la renta y complementarios de acuerdo con las disposiciones aplicables en materia de enajenación de activos.”

La introducción de esta regla general se acompaña de la creación de un régimen excepcional de neutralidad que busca garantizar que la tributación, no sea un obstáculo en la realización de operaciones que persiguen intereses económicos legítimos.

Así pues, este régimen excepcional de neutralidad, que opera por el simple hecho de cumplirse con las condiciones establecidas en la ley para tal efecto sin que le esté dada a los partícipes la posibilidad de renunciar al mismo, tendrá efectos tanto para las sociedades como para los accionistas, socios o partícipes que se vean involucrados en la operación.

Como podemos ver, en la legislación colombiana existen dos regímenes aplicables a las reestructuraciones empresariales, el régimen general bajo el cual se reconoce el efecto de las enajenaciones con sus correspondientes consecuencias tributarias y, el régimen excepcional de neutralidad aplicable solo a quienes cumplan los requisitos según el cual no hay enajenación para efectos fiscales.

En ese sentido, dentro del régimen excepcional de neutralidad, surgen dudas sobre las razones que llevaron al legislador a reconocerlo de forma diferenciada para reestructuraciones adquisitivas y reorganizativas, ya que

los efectos de la neutralidad y los requisitos establecidos para su aplicación en una y otra son casi idénticos.

### **4.3. Estados Unidos**

Para este país, es posible lograr un impuesto neutral si dichas transacciones se producen luego de más de cinco (5) años de la adquisición de una empresa. Los contribuyentes que participan en una escisión pueden buscar confirmación en ciertas cuestiones relacionadas con la calificación de la transacción como partes exoneradas de los impuestos mediante la obtención de una carta privada de la autoridad tributaria de los Estados Unidos.

En ese sentido, para lograr una escisión con impuesto neutral, es importante considerar que:

- La operación de escisión no debe utilizarse como un dispositivo para la distribución, libre de impuestos, de dividendos y utilidades.
- La compañía distribuidora y la compañía controlantes deben comprometerse inmediatamente después de la operación de escisión en la conducta activa de un comercio o negocio y cumplir con ciertos requisitos de cinco (5) años con respecto a la conducta activa de la empresa antes de la transacción.
- Debe existir una distribución del control de la sociedad controladora, o al menos el 80% debe ser distribuido, y el saldo retenido no tiene como propósito principal evitar el ajuste.
- La escisión debe satisfacer requerimientos del propósito de negocios corporativos.
- Los accionistas deben tener continuidad de interés sobre las acciones después de la operación de escisión.

Además, si inmediatamente después de la distribución, un accionista el 50% o más de las acciones en la compañía distribuidora o filial distribuida que es atribuible a la acción que fue adquirida por la compra dentro del periodo anterior de cinco (5) años, hay una ganancia a nivel corporativo de reconocimiento en la distribución del accionariado de la subsidiaria controlada.

Cabe precisar que la ley de ajuste de los Estados Unidos de América generalmente no impone impuestos a las transferencias, aunque ciertos estados y algunas jurisdicciones locales pueden hacerlo.

#### **4.4. España**

El caso español es distinto ya que en este país existe la Directiva de Fusiones en su ley y las fusiones, escisiones, aportaciones de ramas de la actividad efectuada en el marco de una reestructuración corporativa o la reorganización pueden realizarse de forma fiscal neutra, tanto para propósitos directos e indirectos. También, ciertos aportes de capital en especie pueden beneficiarse de un aplazamiento de impuestos directos.

Las pérdidas de explotación netas se conservan después de una reorganización corporativa fiscal neutra, aunque las pérdidas transferidas pueden, en ciertos casos, reducirse, en la medida que los accionistas transferentes se hayan beneficiado de una depreciación deducible de los impuestos sobre las acciones transferidas que está vinculada a esas pérdidas.

Como se refiere a la escisión total, con efecto neutro, de la empresa existente con pérdidas netas, dichas pérdidas deben asignarse a la empresa adquirente, en proporción al negocio que cada empresa adquirente asume. Por el contrario, en una escisión parcial, las pérdidas netas se mantienen con la entidad transmitente.

Fuera del alcance de la Directiva de Fusiones, las pérdidas no pueden ser transferidas a la entidad adquirente (ya sea en el contexto de una fusión o escisión).

### **VIII. Conclusiones y comentarios**

- Es importante tener en claro que las reorganizaciones societarias 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 se realizan por diversas razones de índole económica.
- Como hemos podido apreciar en el análisis realizado, existen un sinnúmero de legislaciones que mantienen un régimen de neutralidad con el claro fin de brindar un tratamiento neutral a las reorganizaciones, esto es, que no surjan beneficios o desventajas como consecuencia de una reorganización societaria.

- En el supuesto que una escisión 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 procede aplicar el primer y último párrafo de la norma XVI sobre calificación económica de los hechos (anteriormente regulados por la Norma VIII) dado que el ahorro tributario proveniente de un planeamiento tributario por parte de una empresa no debe ser un argumento que utilice la autoridad tributaria para reparar la realización de determinada operación.
- La aplicación del sistema tributario no debería significar una limitación para la adopción de decisiones relativas a operaciones de reorganización empresarial.

## **IX. Bibliografía**

1. MEDRANO, Humberto. “Régimen tributario, revaluación del activo y reorganización de sociedades”. Libro homenaje a Felipe Osterling Parodi / Mario Castillo Freyre, coord. Vol. 3 - Lima : Palestra, Año 2008
2. BILLINGHURST, Andrés y ESCOBAR, Freddy. “La responsabilidad solidaria tributaria por la adquisición de activos en el marco de operaciones de reorganización societaria”. Ius et veritas -- Año 18, No. 36. Año 2008
3. MANNUNNI, Iván. “Revaluar o no revaluar, he ahí el dilema: tratamiento tributario de la revaluación voluntaria dentro y fuera de una reorganización societaria”. Actualidad Jurídica. Editora Gaceta Jurídica - - N° 183, feb. 2009.
4. ECHEVARRIA, Gonzalo. “La incidencia tributaria de los procedimientos de reorganización societaria en el impuesto a la renta. Actualidad Jurídica. Gaceta Jurídica - - N° 233, Abr. 2013, Lima.
5. MANNUNNI, Iván. “Requisitos generales para que una reorganización de sociedades sea válida en el marco de la norma VIII (actual norma). Comentarios a la RTF N° 10923-8-2011. RAE Jurisprudencia (Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia). Caballero Bustamante - - N° 70, abr. 2014, Lima.
6. Consideraciones para un planeamiento tributario: Fusión y Escisión de empresas. En: Informativo Caballero Bustamante. Lima, enero 1999. No. 414, p. A1-a5
7. CANCHARI, Emma y CUSYMAITA, Gladys. Entrevista al Dr. Andrés Valle Billinghurst “Reorganización empresarial: Retos y perspectivas actuales en torno al

régimen tributario de reorganización de sociedades”. Diciembre 2009. Derecho & sociedad - Año 20, No. 33.

8. BRAVO CUCCI, Jorge. La escisión subjetiva en el ordenamiento jurídico peruano. Jornadas de Derecho Tributario. Incidencia del Impuesto a la Renta en las Operaciones Societarias. 13-14 Diciembre 2010
9. GARIBALDI, Giancarlo. “Implicancias tributarias en la Reorganización de Sociedades”. Publicado el 22 de noviembre de 2011. En: <http://giribaldiasociados.com/implicancias-tributarias-de-la-reorganizacion-de-sociedades/>. Actualizado el 28 de setiembre de 2015.
10. LAROZA, Enrique. “La escisión de sociedades”. Revista THEMIS No. 36. Año 1997. Lima-Perú, p.279.
11. TARAZONA, Gustavo Enrique. “En rigor, ¿no constituyen reorganizaciones societarias? Los Bloques Patrimoniales Negativos/Neutros y la RTF No. 10923-8-2011: Algunas Consideraciones y Propuestas de Cambio”. En Revista Derecho & Sociedad No. 43. Año 2015
12. HIDALGO, Guillermo. Implicancias tributarias de las reorganizaciones societarias de bloques patrimoniales negativos. Jornadas de Derecho Tributario. Incidencia del impuesto a la renta en las operaciones societarias. 13-14 Diciembre 2010
13. RAMIREZ ZEGARRA, Jorge y VELARDE, Luis. La escisión: sus aspectos societarios y tributarios. Revista Advocatus N°25.2011
14. TORI VARGAS, Fernando y RODRIGUEZ ALZZA, Efraín. Alcances de la norma antielusiva específica aplicable a la reorganización de sociedades. Derecho y Sociedad N°43 Diciembre 2014.