



COMENTARIO DE LAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL FISCAL Nos. 6906-I-2008 Y 1003-4-2008

César Talledo Mazú

Los comentarios que siguen fueron formulados por el autor en sendos eventos organizados recientemente, uno por el Instituto Peruano de Derecho Tributario y otro por el Instituto Peruano de Investigación y Desarrollo Tributario. En el primero se comentó la RTF 6906-I-2008 y en el segundo la RTF 1003-4-2008.

COMENTARIO DE LA RTF 6906-I-2008 - PRIMACIA DEL ART. 76 DEL TUO DE LA LGM SOBRE EL ART. 17, INC. d) DE LA LTM

La Resolución del Tribunal Fiscal N° 6906-I-2008¹ (pub. 1-7-08) se pronunció en un caso de acotación del Impuesto Predial de los años 2000 a 2004, sobre los predios de una empresa minera comprendidos en concesiones mineras. Su pronunciamiento comprendió dos aspectos: que debía aplicarse la inafectación otorgada por el art. 76 del TUO de la Ley General de Minería²⁻³ y no la establecida por el art. 17, inc. d), del D. Leg. 776, Ley de Tributación Municipal;⁴ y que, a los fines de la primera inafectación, los predios en cuestión no tenían la condición de urbanos. A continuación desarrollamos algunas apreciaciones críticas sobre el primer aspecto de este pronunciamiento.

Como es sabido, el art. 76 TUO establece que “(los) titulares de activi-

¹ En adelante, la RTF.

² Aprobado por D.S. 14-92-EM de 4-6-02.

³ En adelante, art. 76.

⁴ En adelante, art. 17 d) LTM.

dad minera están gravados con los tributos municipales aplicables sólo en zonas urbanas". Esta regla fue precisada por la 2da. Disp. Final del D. Leg. 868 de 30-10-96, en el sentido de que *"las obras y edificaciones construidas sobre las concesiones mineras, de beneficio, de labor general y de transporte minero, están gravadas con los tributos municipales sólo en zonas urbanas"*. A su vez, el art. 17 d) LTM, derogado por la Ley 27616 a partir del 1-1-02, preveía que estaban inafectos al Impuesto Predial *"(los) predios comprendidos en concesiones mineras"*.

La resolución en comentario declaró, con carácter de precedente de observancia obligatoria, que *"(a) efecto de determinar el régimen de afectación al Impuesto Predial de los predios comprendidos o ubicados en concesiones mineras, resulta de aplicación el artículo 76 del Texto Unico Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM, publicado el 3 de junio de 1992, precisado por Decreto Legislativo N° 868, régimen que se mantiene vigente a la fecha"*.

Este pronunciamiento tiene relevancia práctica sólo para los períodos anteriores a 2002, en los cuales estuvo vigente el art. 17 d) LTM. En buena cuenta significa que durante esos períodos, no rigió la regla de ese dispositivo, a pesar de su vigencia, sino exclusivamente la del art. 76 TUO. A esta apreciación se llegó considerando que:

- Entre la regla del art. 76 TUO y la del art. 17 d) LTM había contradicción, pues conforme a la primera están afectos los predios ubicados en zonas urbanas, mientras que para la segunda estaban inafectos los predios ubicados en las concesiones mineras, sea que estuvieran situados en zonas urbanas o no.
- La regla del art. 76 TUO es norma especial y la del art. 17 d) LTM era regla general. Se efectuó esta caracterización a partir del entendido de que norma especial es la *"que sustrae de otra norma parte de la materia regulada o supuesto de hecho para someterla a una regulación diferente"*. Se señaló entonces que la regla del art. 17 d) LTM era general, dado que integraba la Ley de Tributación Municipal, *"norma que regula lo referente a los tributos municipales en general"* y que la regla del art. 76 TUO era especial, por cuanto la Ley General de Minería *"es una norma sectorial, esto es, que regula lo referente a la actividad minera"*; y

- Primaba la norma especial del art. 76 TUO sobre la general del art. 17 d) LTM. El sustento específico de este criterio fue que si bien “... se podrá dar preferencia a la norma general posterior, por exigencias de orden lógico y sistemático, (en situaciones en) que la norma posterior regula de manera general e integral la materia, con clara vocación de regulación uniforme”, en el caso no se advertían “razones para que la ley especial no siga regulando lo referente a la afectación al Impuesto Predial de los predios ubicados en concesiones mineras, atendiendo a que se trata de una norma que regula la actividad minera”.

Nos permitimos discrepar de este pronunciamiento en cuanto declara que la regla del art. 17 d) LTM era de carácter general y que, con ese carácter, no llegó a regir mientras estuvo vigente (pues, en ese lapso, primó la regla del art. 76 TUO).

En primer lugar, es cuestionable el criterio de que la regla del art. 17 d) LTM, siendo general y posterior a la del art. 76 TUO, a la que no llegó a derogar, no rigió. Este cuestionamiento requiere que debemos empezar por establecer la relación entre la regla o norma especial y la general. El común de las normas jurídicas contempla un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. El supuesto de hecho de la norma especial está comprendido **totalmente** en el de la norma general, constituyendo un ámbito particular de éste en el aspecto material, personal, espacial o temporal. A ese supuesto de hecho particular la norma especial le asigna una consecuencia jurídica también particular.

Cuando la regla especial viene incorporada en una regulación de carácter general, la regla especial rige para ese ámbito particular y la general para el ámbito restante de su supuesto de hecho. Hay coexistencia de ambas reglas. Y cuando la regulación general sobreviene a la especial y no la deroga, la regla especial sigue rigiendo su ámbito particular y la general pasa a regir el ámbito restante de su propio supuesto de hecho. En este caso también hay coexistencia de ambas reglas. El corolario de estas apreciaciones es que, mientras ambas reglas están vigentes, la especial coexiste con la general, esto es, ambas reglas rigen en sus respectivos ámbitos de aplicación.⁵ Lo que no puede suceder es que una

⁵ Ahora bien, cuando una norma especial sobreviene a otra de igual carácter y hay contraposición entre ellas, lógicamente la nueva norma resulta ser derogatoria de la primera, pudiendo ello venir establecido de modo expreso o tácito. En otras palabras, una norma especial que contradice a otra anterior o difiere

norma general posterior a una especial esté vigente y, sin embargo, no rija en ámbito alguno. Sostener lo contrario equivale a negar que la regla general de que se trate tiene un ámbito de aplicación propio y distinto al de la regla particular. Lo cual implica negarle el carácter que se le atribuye. En otras palabras, tal parecer encierra una contradicción lógica. Es esto precisamente lo que se constata ab initio en la RTF en comentario, cuando afirma que la inafectación establecida en el art. 17 d) LTM no rigió, a pesar de ser regla posterior a la del art. 76 TUO y de atribuirle, frente a ésta, el carácter de regla general.

En segundo lugar, también resulta cuestionable que se haya atribuido a la regla del art. 17 d) LTM el carácter de regla general. Esa regla fue especial, pues estableció una inafectación a favor de los predios comprendidos en concesiones mineras, lo que constituía un régimen de excepción dentro del régimen general de afectación de la propiedad predial normado por la Ley de Tributación Municipal. El que esa inafectación forme parte del régimen del Impuesto Predial regulado por la indicada ley, no enerva su carácter excepcional. La cualidad de especial le viene dada a una regla por su contraste frente al régimen general y no por ser parte de la disposición legal que sanciona ese régimen.

En ese sentido, la regla del art. 17 d) LTM era tan especial como lo es la del art. 76 TUO. Esta apreciación se corrobora al examinar la relación entre ambas reglas. Las dos tenían por objeto regular la situación de los predios de los titulares de actividades mineras frente al Impuesto Predial. No obstante, sus supuestos de hecho eran diferentes: el art. 76 TUO se refiere a los predios ubicados en zona urbana y el art. 17 d) LTM a los comprendidos en concesiones mineras. No se está ante la situación de que el supuesto de hecho del art. 76 haya estado comprendido totalmente en el del art. 17 d) LTM, pues éste no comprendía a los predios ubicados fuera de las concesiones, lo que sí ocurre en el caso del art. 76 TUO. Lo cual evidencia que entre la regla del art. 76 TUO y la del 17 d) LTM no existió una relación de regla particular a regla general, pues esa relación supone, como antes se indicó, que el supuesto de hecho de la primera está totalmente comprendido en el de la segunda.

de ella, nunca coexiste con ésta. Por ello, cuando no hay derogación expresa, resulta esencial caracterizar debidamente la regla posterior, pues si es especial, forzosamente habrá derogado a la anterior y, si es general, podrá coexistir con ella.

A nuestro parecer se trataba de dos normas especiales cuyos supuestos de hecho se entrecruzaban. Del art. 76 TUO, antes del D. Leg. 868, resultaba que los predios de empresas mineras situados en zonas no urbanas no tributaban el Impuesto Predial, sea o no que estuvieran comprendidos en el área de la concesión minera; y del art. 17 d) LTM, que los predios comprendidos en el área de las concesiones mineras no tributaban el referido impuesto, sea o no que estuviesen situados en zona urbana.

Esta situación creaba incertidumbre, que fue despejada por la precisión contenida en la 2da. Disposición Final del D. Leg. 868. De ella resultó que no deben tributar el Impuesto Predial los predios comprendidos en las concesiones mineras en tanto estén situados en zonas no urbanas. De ese modo quedó definido que el art. 76 TUO no comprende los predios ubicados fuera de las concesiones y que el art. 17 d) LTM no comprendía los ubicados fuera de zonas urbanas. De acuerdo a ello la inafectación sólo ha sido otorgada a los predios de los titulares de actividad minera, comprendidos en el área de las concesiones y que a su vez estén situados fuera de las zonas urbanas. En tanto ese régimen resultó de la precisión hecha por el D. Leg. 868 respecto del art. 76 TUO, la regla del art. 17 d) LTM devino en innecesaria. Por lo que su derogación por la Ley 27616 estuvo justificada.

COMENTARIO DE LA RTF 1003-4-2008 - EL BADWILL FRENTE AL IMPUESTO A LA RENTA

En el caso de la RTF 1003-4-2008 de 25-I-08, una sociedad había adquirido en 1999 el 99.9% de las acciones de otra a un precio inferior a su valor patrimonial. En el año 2000 la adquirente absorbió a su subsidiaria, sin revaluación de activos. Al sustituir la cuenta inversiones por el patrimonio de la absorbida, reflejó un crédito mercantil negativo (“badwill”) por la diferencia entre el valor del patrimonio recibido y el precio de compra de las acciones. En la declaración jurada del Impuesto a la Renta⁶ del ejercicio 2000 dedujo el monto del crédito, lo que fue reparado por la SUNAT. Al conocer en apelación de la impugnación de este reparo, el Tribunal Fiscal se pronunció en el sentido de que la ganancia no realizada derivada de la compra de las acciones a un valor inferior a su valor patrimonial, no estaba gravada, aun cuando esa ganan-

⁶ En adelante, el IR.

cia se puso de manifiesto contablemente en ocasión de la absorción. Este pronunciamiento se fundamentó en que: 1) no se trataba de una renta producto, pues no provenía de la explotación de una fuente; 2) tampoco constituía una ganancia de capital realizada, pues no provenía de la enajenación de las acciones; 3) nuestra legislación no ha acogido la noción de renta entendida como consumo más incremento patrimonial, que sí comprende las ganancias no realizadas, como es el badwill; 4) conforme al art. 104 de la Ley del Impuesto a la Renta⁷ en caso que las sociedades no acuerden la revaluación de sus activos, los bienes transferidos mantienen el costo computable que les correspondía en poder de la transferente y 5) el ingreso contable generado por la absorbente al sustituir la cuenta inversiones por el patrimonio de la absorbida, seguía siendo el mismo que obtuvo al adquirir las acciones y que no fue reconocido en el ejercicio en que la adquisición tuvo lugar.

Este pronunciamiento nos brinda la oportunidad de reflexionar sobre la situación del badwill frente al Impuesto a la Renta. Es lo que haremos en las líneas siguientes. Hecho ello comentaremos la resolución.

El badwill ¿constituye un ingreso gravado con el IR?; vale decir, ¿está comprendido en el campo de aplicación de ese impuesto? Esta es una cuestión que no guarda relación con el tratamiento contable del badwill, sino con lo que es y con las operaciones que lo originan.

Qué es el badwill - Operaciones que lo originan

El badwill es el *“exceso de la participación de la entidad adquirente en el valor razonable neto de los activos, pasivos y pasivos contingentes identificables de la adquirida sobre el costo”*. En estos términos lo define la NIIF 3. Concepto similar ofrecía la NIC 22, párrafo 59.

La NIIF 3, párrafos 56 y 57, reputa al badwill como ganancia, una vez que ha sido depurado de cualquier exceso en la medición razonable del patrimonio adquirido y de cualquier disminución errónea en la medición del costo de la adquisición. En tanto no es producida por la simple revaluación de activos que la empresa ya posee, no es ganancia no realizada. Por el contrario, al resultar de una transacción que ha originado un incremento patrimonial, resultante de la incorporación de acti-

⁷ En adelante, la LIR.

vos cuyo valor razonable es superior al de los activos entregados a cambio, se está ante una ganancia realizada.

La NIC 22 “*permitía dos tratamientos alternativos para el badwill. El tratamiento preferente señalaba que debía considerarse como un descuento de los valores razonables de los activos no monetarios adquiridos y la porción que no podía eliminarse (por ejemplo, en el caso de adquisiciones de negocios conformados principalmente por partidas de naturaleza monetaria como los bancos) debía tratarse como ingreso diferido. El tratamiento alternativo en cambio, no exigía ningún descuento en el valor de los activos no monetarios adquiridos y prescribía el registro del íntegro del badwill como ingreso diferido que debía ser aplicado a resultados como ingreso sobre alguna base sistemática*”.⁸ A su vez la NIIF 3, párrafo 56, dispone su reconocimiento inmediato en los resultados del ejercicio.

El badwill se origina en operaciones de negocios que la NIIF 3 denomina como de combinación de negocios. Se entiende como tal la unificación de negocios en una única entidad que emite información financiera (párrafo 4). Esta noción comprende, en general, las combinaciones entre entidades o negocios en virtud de las cuales una entidad (la adquirente) adquiere el control de uno o más negocios distintos (las entidades adquiridas). Es indudable que un tipo de estas operaciones es aquella por la que se adquiere el control de la casi totalidad de las acciones de otra.

El badwill frente al IR

El badwill plantea la interrogante de su gravabilidad por el Impuesto a la Renta, en tanto deba ser registrado en los libros de contabilidad que debe llevar un contribuyente con rentas de tercera categoría. Es el caso de la sociedad absorbente en una fusión de sociedades; no lo es el de las empresas que por integrar un grupo económico sujeto a un control común, deban presentar estados financieros consolidados para fines simplemente de información financiera. Por ende, en una operación de compra de acciones de otra sociedad que dé lugar a su control, seguida de su absorción por la adquirente, será el badwill que deba ponerse de

⁸ VALLE LARREA, Carlos, “Sobre el Origen y el Registro de la Plusvalía (Goodwill y Badwill)”. En *Análisis Tributario*, Agosto 2008, pág. 20, publicación de AELE.

manifiesto **en la contabilidad de la adquirente** el que tenga relevancia para fines del IR y no el que puedan reflejar los estados financieros consolidados una vez que se adquirió el control de la emisora de las acciones adquiridas.

Entonces, únicamente con referencia al badwill que deba poner de manifiesto la contabilidad de la absorbente cabe formular la pregunta sobre su gravabilidad. Dado que cualquier ganancia o beneficio está sometido al Impuesto a la Renta en tanto provenga de una operación comprendida en el campo de aplicación de dicho impuesto, la cuestión sobre la gravabilidad del badwill se reduce a determinar si, en cuanto proviene de la adquisición de acciones a un valor inferior al valor razonable del patrimonio que representan y es puesta de manifiesto en la contabilidad de la sociedad resultante de la fusión, constituye renta gravada o no.

El badwill adquiere relevancia para el IR en tanto constituya una ganancia y provenga de una operación comprendida en el campo de aplicación de ese impuesto.

La LIR no ofrece una definición o concepto general de ganancia. Por lo tanto, en principio y salvo norma expresa en contrario, para fines del IR habrá que considerar como ganancia, tratándose de empresas, aquella que las normas o principios contables consideren como tal, cual es el caso del badwill. Ahora bien, no hay norma expresa en la LIR que establezca que el badwill no constituye ganancia para fines del IR; por ende, mantiene ese carácter a tales fines.

El badwill como ganancia proveniente de una operación no comprendida en el campo de aplicación del IR

Como es sabido, tratándose de empresas, el IR grava toda ganancia proveniente de operaciones con terceros (art. 3, último párrafo); algunas ganancias no realizadas (ej. las ganancias de cambio que resultan de la reexpresión de activos o pasivos en moneda extranjera: art. 61 d) y el valor de las mercancías retiradas por el dueño o socios (art. 31). La LIR acoge así, respecto de empresas, la teoría de la renta como flujo de riqueza de terceros hacia la empresa y determinados elementos propios de la teoría que concibe la renta como la suma del valor de los consumos y del incremento patrimonial ocurridos en el período.

De acuerdo a la teoría del flujo de riqueza, todo enriquecimiento que provenga de terceros y que favorezca a la empresa es renta gravada de ésta. Como tercero se entiende a aquél que no es la empresa misma. El ingreso puede ser ordinario, accidental o eventual; puede ser obtenido a título oneroso o gratuito; puede derivar de un acto de enajenación de bienes realizado por la empresa, o sea, de un intercambio de propiedad de bienes, o de una simple adquisición de bienes, como ocurriría en una donación a favor de la empresa.

Ahora bien, de la sistemática de la LIR, o sea de la concordancia de sus normas, fluye una restricción a los alcances de esa noción: ninguna adquisición de bienes a título oneroso da lugar a la obtención de una ganancia gravada. Esta restricción fluye no expresa, pero sí claramente, de las diversas disposiciones que señalan únicamente a los actos de disposición de bienes como generadores de rentas gravadas (ej.: arts. 1, 2do. párr. num. 3; 2 lits. b) y c); 28 a)), así como de aquéllas que regulan diversos aspectos de la imposición de las rentas generadas por esos actos (ej.: art. 20, 2do. párr.: renta bruta derivada de la enajenación de bienes; art. 32: valor de mercado en las transferencias de bienes; art. 58: imputación de ingresos derivados de la enajenación de bienes a plazo). En contraste, no existen reglas que expresamente regulen la afectación de las ganancias obtenidas al adquirir bienes a título oneroso en sus distintos aspectos (imposición de esa ganancia; determinación de su monto; incidencia en ella del ajuste del valor de la transferencia en cabeza del transferente, etc.). Se aprecia la existencia de un vacío normativo que evidencia la ausencia de toda voluntad de imposición de las ganancias provenientes de la adquisición de bienes. Con estas observaciones que-remos subrayar que si bien una interpretación literal de la regla del segundo párrafo del art. 3 de la LIR, hace pensar que está gravada la ganancia obtenida por una empresa al adquirir bienes a título oneroso, su interpretación sistemática lleva a la conclusión contraria.

Naturalmente, esa restricción podría dejar de aplicarse en un determinado supuesto si así lo contemplara una norma expresa, siendo de notar que ésta no existe en el texto vigente de la LIR.⁹

⁹ La 2da. Disp. Complem. del D.S. 219-2007-EF de 30-12-07 contempla que en las transferencias de créditos en las que el adquirente asume el riesgo crediticio del deudor, el exceso del valor nominal del crédito sobre su valor de adquisición *“constituye un ingreso por servicios, gravable con el Impuesto a la Renta”*. Hasta donde conocemos, esta es la única norma que señala como renta gravada la

Según este criterio, el badwill que se genere en la compra de las acciones de una sociedad en una combinación de negocios, no constituiría renta gravada. No es distinta la condición del badwill cuando la combinación de negocios desemboca en la fusión por absorción con extinción de la sociedad adquirida. En esta operación no hay una enajenación de las acciones que la absorbente poseía en la absorbida, en el sentido del artículo 5 de la LIR. Este artículo entiende como enajenación todo acto por el que se transmite la propiedad a título oneroso. Ello implica un movimiento patrimonial en doble sentido, de ingreso y egreso de elementos patrimoniales, respecto de cada partícipe en la operación. En la fusión por absorción de una subsidiaria hay un movimiento patrimonial de un solo sentido para cada parte del proceso, el cual, para la absorbida, es de disposición, y para la absorbente, de adquisición patrimonial.

Además, en toda enajenación a título oneroso hay una relación de prestación a contraprestación entre lo que se da y lo que se recibe a cambio, siendo una la razón o causa justificante de la otra. En la fusión por absorción de una subsidiaria, la amortización de las acciones de la absorbente no es la contraprestación de la adquisición del patrimonio de la absorbida. Es la simple consecuencia del vaciamiento patrimonial que sufre la absorbida y de su consecuente extinción como persona jurídica.

En síntesis, desde la perspectiva del Impuesto a la Renta y con relación a la absorbente, la fusión por absorción constituye un acto de adquisición y no de disposición patrimonial.

Finalmente, cabe indicar que si bien la fusión crea una nueva realidad jurídico-patrimonial, no anticipa ni realiza ningún beneficio económico distinto al badwill que se generó en la compra de las acciones de la absorbida. La fusión no incrementa el valor razonable de los activos netos adquiridos, ni disminuye el costo de su adquisición. En otras palabras, no incrementa el badwill ya producido en ocasión de la compra de las acciones.

ganancia obtenida al adquirir un bien. A nuestro entender, esta disposición viola el principio de legalidad y el de jerarquía de las normas. Obsérvese además la distorsión conceptual en que incurre al catalogar la ganancia generada al adquirir el crédito como un servicio, sin indicar la índole de éste.

Como conclusión de lo expuesto se puede afirmar que si bien el badwill es una ganancia para fines financieros, no está gravada con el Impuesto a la Renta, en tanto la adquisición patrimonial que lo origina no es operación comprendida en su campo de aplicación.

El badwill en relación con el artículo 104 de la LIR

A lo expuesto debe agregarse que la imposición del badwill resulta incompatible con las reglas del artículo 104 de la LIR, las cuales regulan el tratamiento de las ganancias obtenidas por la transferente en una reorganización de sociedades.

Hay que partir de la consideración de que la imposición del badwill determinaría que el costo computable de los bienes adquiridos se incrementa en el monto de aquél. De no ocurrir ello, la misma ganancia podría ser gravada nuevamente en ocasión de la venta de los bienes o, de ser el caso, por la vía de su menor depreciación.

Vamos a plantear, un caso que hace ver cómo la imposición del badwill entra en conflicto con la regla del art. 104, inc. 3. Supóngase que las acciones se han adquirido en 100, monto que corresponde al valor contable del patrimonio neto de la emisora de las acciones y que el valor razonable de ese patrimonio neto es 120. Supóngase asimismo que la emisora es luego absorbida y que sus activos son transferidos a su valor en libros, o sea en 100, al amparo del artículo 104 inc. 3.¹⁰ En tal caso, en aplicación de ese dispositivo el costo computable de los activos adquiridos debe ser 100. Lo cual implica que no podría gravarse el badwill, pues ello conduciría a desconocer la indicada regla. En aplicación de ésta, la ganancia correspondiente al badwill recién estará gravada cuando se vendan los bienes o por la vía de su menor depreciación.

Considérese ahora otro caso que evidencia cómo la imposición del badwill entra en conflicto con la regla del art. 104, incisos 1 y 2. Supóngase que se ha comprado en 100 las acciones de la empresa cuyo patrimonio neto vale 120 y que la fusión se realiza luego con revalua-

¹⁰ Esta incompatibilidad sólo se presenta en tanto los activos de la transferente no hayan sido transferidos a un valor inferior a su valor en libros. Si sucediera que los activos son transferidos por un monto inferior a su valor en libros, no existiría la incompatibilidad señalada en la parte del badwill que corresponda a la diferencia entre el valor en libros y el referido monto.

ción de los bienes a ese valor. Si la transferente paga el impuesto sobre esa revaluación (supuesto del inciso 1), no cabría gravar el badwill que en un monto de 20 obtuvo la adquirente de las acciones, pues la transferente ya habría pagado el impuesto sobre ese monto, con el incremento del costo computable de los bienes en ese monto. Si los bienes adquiridos se venden luego en 120, la adquirente no obtendrá ganancia gravable alguna; y si la transferente no paga el impuesto sobre la revaluación (supuesto del inciso 2), se producirá la misma situación que en el caso de la transferencia al valor en libros, pues en ese caso la adquirente debe mantener el costo computable que correspondía a los bienes antes de su revaluación.

Crítica de la resolución

Con las premisas conceptuales establecidas podemos abordar el examen de la RTF en comentario. El señalamiento de que el badwill no es renta producto ni ganancia de capital, siendo correcto, es irrelevante, pues, tratándose de empresas, una ganancia proveniente de una transacción con terceros puede estar gravada, aun cuando no consista en los indicados tipos de ingresos, aspecto éste que no se examinó. La afirmación de que el badwill no es ganancia realizada, no tiene en cuenta que es la expresión de un incremento patrimonial materializado al adquirir activos en una combinación de negocios a un valor inferior a su valor razonable, lo que lo hace inasimilable a la mera asignación de un mayor valor a activos ya poseídos.

La indicación de que el art. 104, inciso 3, obliga a mantener el costo computable cuando la reorganización de sociedades tiene lugar sin revaluación de activos, como ocurrió en el caso, es pertinente. No obstante, hubiera sido de desear que se explicitara la implicancia que hay entre esa regla y la pretensión de gravar el badwill. Finalmente, la aseveración de que la fusión no generó un badwill distinto al que se originó al adquirir las acciones de la futura absorbida, es plenamente verdadera. Pero ella dejó en pie la cuestión de si la fusión originó una simultánea disposición y adquisición de bienes o si sólo ocurrió esto último. Y, estimamos, que tal fue la cuestión cuya dilucidación era decisiva en el caso, como lo hemos planteado en líneas anteriores.

Lima, setiembre de 2008.