



Carlos Alexis Luján Espinoza, Braulio Delgado
Vizcarra y Vicente Robles Ramírez(*)

Desconociendo la **pérdida por enajenación** de valores: la regulación en la Ley del Impuesto a la Renta de las operaciones conocidas como *wash sales*

Prohibited deduction of losses on sales of securities: the new wash sale rule in Peruvian Income Tax Law

Resumen: Con motivo de la última reforma legal en materia tributaria se han incorporado en la Ley del Impuesto a la Renta una serie de disposiciones que incorporan una norma antielusiva que busca combatir las operaciones conocidas internacionalmente como *wash sales*. El presente trabajo tiene como propósito explicar en qué consisten las operaciones que se busca combatir, los alcances y efectos de la aplicación de las nuevas normas, así como responder a algunas interrogantes que surgen respecto de su interpretación. Se presta especial atención a los supuestos que gatillan la aplicación de la norma y las diferencias que existen entre esta y su similar norteamericana.

Palabras clave: *Wash sales* - Pérdidas artificiales - Norma antielusiva - Decreto Legislativo 1112 - Pérdidas no deducibles - Costo computable

Abstract: As a result of the last reform of Peruvian tax legislation, new rules were incorporated into Income Tax Law in order to prevent wash sales. The purpose of this essay is to explain what wash sales are, to describe the scope and effects of the application of the new rules, and to answer some questions about their interpretation. We focus mainly on when Peruvian wash sales rule triggers and the differences between it and the American wash sale rule.

Keywords: *Wash sales* - Artificial losses - Anti-avoidance rules - Legislative Decree 1112 - Disallowed losses - Cost basis

(*) Grupo de investigación conformado por miembros ordinarios de la Asociación Civil IUS ET VERITAS y estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Desconociendo la pérdida por enajenación de valores: la regulación en la Ley del Impuesto a la Renta de las operaciones conocidas como *wash sales*

Prohibited deduction of losses on sales of securities: the new wash sale rule in Peruvian Income Tax Law

1. Introducción

La empresa “La Compañía S.A.” (en adelante, la “Compañía”), empresa domiciliada en el Perú, cuenta con resultados positivos antes del cierre del ejercicio 2013, producto de las actividades gravadas con Impuesto a la Renta (en adelante, “IR”) que realiza.

Si bien la Compañía cuenta con una cantidad de dinero en efectivo considerable requiere obtener aún una mayor liquidez con la finalidad de invertir en un negocio ocasional con altas expectativas de retorno. En este escenario el gerente financiero de la empresa evalúa la venta de acciones de la empresa ABC que figuran dentro de sus activos, cuyo costo computable es de S/. 20,000, pero cuyo valor en el mercado en ese momento es de S/. 15,000.

Pese a la existencia de una pérdida por dicha operación, considerando las posibilidades de éxito del nuevo negocio, decide enajenar dichas acciones al precio de S/. 15,000 en el mes de diciembre de este ejercicio (2013).

Con esta primera acción, la empresa origina una pérdida de S/. 5,000, producto de haber vendido a S/. 15,000 acciones que tenían un costo computable de S/. 20,000. Entonces, en el ejercicio 2013 cierra con la posibilidad de deducir todo o parte de la pérdida generada, por lo que la ganancia inicial de S/. 30,000 se ve disminuida, generando un menor IR por pagar.

Sin embargo, el Gerente General, considerando los resultados obtenidos por la empresa ABC al cierre del ejercicio 2013 y el anuncio que realizó sobre la incorporación de una nueva línea de negocios, en enero del siguiente ejercicio (2013) decide apresurarse en adquirir nuevamente acciones de esta empresa. Las acciones en esta operación son adquiridas al mismo precio al que la Compañía las vendió en el mes de diciembre de 2013.

Ahora bien, en el año 2014 la Administración Tributaria, producto de una fiscalización, formula un reparo a la determinación del IR del ejercicio 2013 de la Compañía desconociendo la pérdida generada por la venta de acciones de la empresa ABC en el mes de diciembre. En este escenario el Gerente Legal de la Compañía se pregunta a qué se debe el reparo formulado por la Administración Tributaria.

Lo que ha ocurrido en este caso es que las operaciones realizadas en diciembre del 2013 y enero de 2014 configuran un supuesto de hecho contemplado en la Ley del Impuesto a la Renta luego de las modificaciones realizadas por el Decreto Legislativo 1112 (en adelante, el “Decreto Legislativo”) publicado el 29 de junio de 2012 en el Diario Oficial y vigente desde el 01 de enero del año 2013.

En efecto, a través de la incorporación de la norma referida a nuestro ordenamiento se busca desincentivar las operaciones conocidas a nivel internacional como *wash sales*, operaciones por las cuales algunos contribuyentes enajenan valores mobiliarios generando una pérdida de capital y adquieren, dentro de los treinta días posteriores a dicha enajenación, valores del mismo tipo a los enajenados, con el único fin de generar una pérdida ficticia, es decir sin existir alguna razón económica que las motive.

2. Marco Legal

Con el fin de lograr una mayor comprensión respecto a esta nueva figura, resulta conveniente recordar dos cosas:

Los ingresos que una persona natural obtiene producto de la enajenación de acciones constituye lo que la Ley del Impuesto a la Renta (en adelante, Ley del IR) denomina “ganancias de capital”. Estos montos constituyen rentas de segunda categoría y cuentan con una regulación propia que admite la deducción de las pérdidas que se generan por el mismo tipo de operaciones, pero que no admite la posibilidad de trasladarlas a ejercicios posteriores a aquel en el cual se generaron.

Los ingresos obtenidos por una persona jurídica a través del mismo tipo de operaciones (enajenación de acciones) constituyen rentas de fuente empresarial. Estas rentas están sujetas a una regulación distinta a las que



Trabajo de investigación IUS ET VERITAS

reciben las ganancias de capital mencionadas en el párrafo anterior, pero también permiten la deducción de las pérdidas originadas por el mismo tipo de operaciones.

Ahora bien, el Decreto Legislativo ha incorporado una norma antielusiva que restringe la deducción de la pérdida generada por la enajenación de valores cuando dentro del plazo de treinta días posteriores a dicha enajenación se adquieren valores del mismo tipo. En adelante, nos referiremos a este supuesto como *Readquisición de Valores*. Dicha norma también es de aplicación cuando dentro de los treinta días anteriores a una enajenación de valores que genera pérdida se adquieren valores del mismo tipo, supuesto al cual nos referiremos como *Adquisición Previa de Valores*.

La norma mencionada se ha incorporado tanto para el régimen de segunda categoría aplicable a personas naturales, como para el régimen empresarial del IR. En adelante nos referiremos de manera general a dicha norma como la *Norma Antielusiva Específica* para diferenciarla de la también recientemente incorporada Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario a la cual nos referiremos como la *Norma Antielusiva General*.

Pues bien, el Decreto Legislativo ha incorporado tres párrafos al artículo 36 de la Ley del IR, el cual regula la determinación de las rentas de primera y segunda categoría. Así, con la modificación introducida, este artículo ahora contiene la Norma Antielusiva Específica para el caso de la determinación de las rentas de segunda categoría, estableciendo: (i) los dos supuestos de hecho en los que se aplica; (ii) la forma de determinación de la pérdida de capital no deducible; y, (iii) las operaciones que no se encuentran comprendidas.

Por otro lado, el Decreto Legislativo ha incorporado un nuevo inciso al artículo 44 de la Ley del IR, el cual regula los conceptos que no resultan deducibles para efectos de determinar la renta de tercera categoría, incorporando la Norma Antielusiva Específica para el caso de la determinación de las rentas de tercera categoría, con una redacción muy similar a la incorporada en el artículo 36 que contiene los mismos elementos, esto es: (i) los dos supuestos de hecho en los que se aplica; (ii) la forma de determinación de la pérdida de capital no deducible; y, (iii) las operaciones que no se encuentran comprendidas.

Finalmente, el Decreto Legislativo ha incorporado un inciso al artículo 21 de la Ley del IR, el cual regula la determinación del costo computable en los casos de enajenación, redención o rescate de valores. Dicho inciso establece la forma de determinación del costo computable en los casos en los que se aplica la Norma Antielusiva Específica, señalando que el costo computable de los valores readquiridos (para el supuesto de Readquisición de Valores) y el costo computable de los valores que el contribuyente mantenga en su propiedad (en el caso de la Adquisición Previa de Valores) será incrementado por el importe de la pérdida de capital no deducible.

Ahora bien, a la fecha de elaboración de este artículo no ha sido publicado aún un reglamento respecto de las disposiciones incorporadas en la Ley del IR con motivo de las modificaciones incorporadas por el Decreto Legislativo con relación a la Norma Antielusiva Específica. En este sentido, el análisis realizado en el presente artículo se realiza únicamente a partir de la redacción de lo dispuesto en la Ley del IR.

3. Explicación de los alcances de la nueva norma

Antes de realizar un análisis más detallado de la Norma Antielusiva Específica consideramos importante describir con ejemplos cuáles son los hechos comprendidos en su alcance, así como las consecuencias de su aplicación.

3.1. ¿Cuáles son los supuestos a los que se aplica la Norma Antielusiva Específica?

3.1.1. Readquisición de Valores

La Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1112 (en adelante, la "Exposición de Motivos") señala un ejemplo en el cual se produce una pérdida ficticia a través de las *wash sales* que, por lo didáctico, resulta conveniente replicar:

Desconociendo la pérdida por enajenación de valores: la regulación en la Ley del Impuesto a la Renta de las operaciones conocidas como *wash sales*

Prohibited deduction of losses on sales of securities: the new wash sale rule in Peruvian Income Tax Law

Un contribuyente generador de rentas de segunda o tercera categoría adquiere 100 acciones a través de la Bolsa de Valores de Lima de la Compañía "A" por S/. 1000. Posteriormente, transfiere las 100 acciones en S/. 750 y dentro de los treinta días calendarios siguientes de la referida enajenación adquiere nuevamente 100 acciones de la Compañía "A" en S/. 750.

Como consecuencia de haber adquirido valores del mismo tipo, resulta de aplicación la Norma Antielusiva Específica, por lo que el contribuyente no podrá deducir la pérdida generada en la enajenación de las acciones.

De dicho ejemplo podemos inferir que a fin de que una operación se encuentre comprendida en el primer supuesto al cual se refiere la Norma Antielusiva Específica se deben verificar los siguientes hechos: (i) generación de una pérdida por la generación de valores mobiliarios, (ii) adquisición posterior de valores del mismo tipo, y (iii) ocurrencia de la segunda operación en un plazo de treinta días posteriores a la primera.

3.1.2. Adquisición Previa de Valores

La inclusión de un segundo supuesto que restringe también la deducción de pérdidas generadas por la enajenación de valores, en este caso, cuando se realiza durante los treinta días anteriores una adquisición de valores del mismo tipo, responde a la necesidad de evitar que los contribuyentes escapen al primer supuesto adquiriendo los valores u opciones de compra de manera previa a la enajenación.

Siguiendo con el ejemplo anterior, el contribuyente, propietario de las 100 acciones de la Compañía "A", podría comprar otras 100 acciones de dicha compañía en S/. 750 y luego enajenarlas al mismo precio. En dicho caso, el contribuyente habría generado una pérdida artificial de la siguiente manera: el costo computable de las 100 acciones era de S/. 1000 y al comprar otras 100 acciones en S/. 750, el costo computable de las 200 acciones se vería reducido a S/. 875; en consecuencia, al enajenar 100 acciones a S/. 750, generaría una pérdida de capital de S/. 125.

El ejemplo expuesto recae en el segundo supuesto previsto en la Norma Antielusiva Específica, razón por la cual la pérdida generada en el caso anterior tampoco será deducible.

Se observa que tanto el artículo 36 como el 44 vigentes de la Ley del IR excluyen del ámbito de aplicación de la Norma Antielusiva Específica bajo el supuesto de Adquisición Previa de Valores, al caso en el cual el contribuyente enajena todos los valores mobiliarios del mismo tipo que tiene en su poder. Al respecto, la Exposición de Motivos señala que "en principio se entendería en ese caso que su objetivo no fue crear pérdidas artificiales".

Cabe mencionar también que tanto en el Artículo 36 como en el 44 de la Ley del IR respecto del caso antes mencionado se ha precisado lo siguiente: "No obstante, se aplicará lo dispuesto en el numeral 1, de producirse una posterior adquisición"⁽¹⁾.

Es evidente que, en el caso planteado, si el contribuyente que vendió el íntegro de las acciones que mantiene en su poder (caso que no recaería en el ámbito de aplicación del segundo supuesto de la norma) adquiere luego acciones del mismo tipo, la operación recaería en el primer supuesto de la norma. En efecto, en este caso el contribuyente está vendiendo acciones y volviendo a comprarlas por lo que es evidente que, si bien la operación no recae en el ámbito de aplicación del segundo supuesto, es evidente que esta sí recae en el primer supuesto antes explicado. Sin embargo, a fin de no dejar ninguna duda al respecto, el legislador ha considerado importante hacer la precisión antes citada.

De lo antes expuesto, se evidencia que una operación encuadra en el segundo supuesto contemplado por la Norma Antielusiva Específica cuando se verifican los siguientes elementos: (i) adquisición de valores mobiliarios, (ii) generación de una pérdida por la enajenación parcial de valores del mismo tipo a los adquiridos previamente, y (iii) realización de la segunda operación dentro de

(1) Como se recordará, el numeral 1 prevé el caso que denominamos readquisición de acciones.



Trabajo de investigación IUS ET VERITAS

los treinta días posteriores o incluso el mismo día en que tuvo lugar la adquisición mencionada.

3.2. ¿Qué se entiende por valores del mismo tipo?

Al respecto, es de observarse que el inciso c) del Artículo 36 vigente de la Ley del IR señala lo siguiente:

“Se entenderá por valores mobiliarios del mismo tipo a aquellos que otorguen iguales derechos y que correspondan al mismo emisor”.

Por otro lado, en la página 43 de la Exposición de Motivos se señala lo siguiente:

“Para estos efectos, se considera que estamos ante los mismos valores mobiliarios o substancialmente idénticos cuando los valores adquiridos o sobre los cuales se haya celebrado opciones de compra sean del mismo tipo que los enajenados, esto es, que otorguen al titular iguales derechos y correspondan al mismo emisor.”

Cabe precisar que, a diferencia de la Ley que se refiere a *valores del mismo tipo*, la definición citada alude a *los mismos valores mobiliarios y valores sustancialmente idénticos*.

Del tenor de dicha norma se evidencia que, a fin de considerar dos valores como valores del mismo tipo, deberá verificarse que: (i) correspondan a un mismo emisor, y (ii) otorguen iguales derechos.

A manera de ejemplo, podemos preguntarnos qué sucedería si las acciones vendidas que generaron la pérdida estuvieran catalogadas en los estatutos como acciones de Clase A y las acciones adquiridas de manera posterior lo estuvieran como acciones de Clase B, pero ambas otorgaran los mismos derechos y obligaciones. Conforme a los criterios señalados de manera expresa por la norma, en tanto las acciones mencionadas correspondieran a un solo emisor la misma sería aplicable, incluso si dichas acciones tuvieran valores de mercado distinto.

3.3. ¿Cómo se determina la pérdida no deducible como efecto de la aplicación de la Norma Antielusiva Específica?

Los artículos 36 y el 44 de la Ley del IR establecen también el modo de determinar la pérdida de capital no

deducible en el caso de personas naturales y personas jurídicas, respectivamente. Para tal determinación, dichas normas establecen, de manera idéntica, que se deben tener en cuenta dos aspectos:

En caso la adquisición de los valores o de opciones de compra respecto de estos sea menor a los valores vendidos, los efectos de la Norma Antielusiva Específica serán aplicables a los valores enajenados cuyo monto sea igual al de los valores adquiridos.

A modo de ejemplo, si una empresa enajena 300 acciones al valor de S/. 1 cada una (generando pérdida) y luego adquiere 150 acciones al mismo valor, dentro de los treinta días posteriores a la enajenación, la Administración Tributaria desconocerá la pérdida generada por la enajenación de las 150 acciones. La lógica es clara, las otras 150 acciones enajenadas no cayeron en el supuesto de la norma, pues no fueron posteriormente compradas.

Si la enajenación de los valores mobiliarios del mismo tipo se realiza en distintos tiempos, la deducibilidad de las pérdidas se determinará en el orden en que se generen. Es decir, el análisis se efectuará de manera separada sobre cada enajenación en concreto, por lo que las compras posteriores de valores serán aplicables primero a la primera enajenación realizada, luego a la segunda, a la tercera, y así sucesivamente.

Por ejemplo, tenemos el siguiente caso: si una empresa vende 100 acciones el 30 de diciembre; compra 70 acciones el 3 de enero; luego vende 150 acciones el 10 de enero y; finalmente, compra 200 acciones el 19 de enero, *todas del mismo tipo*⁽²⁾, la norma se aplicará de la siguiente forma:

(2) En este caso, debe entenderse que todas las operaciones generan pérdida.

Desconociendo la pérdida por enajenación de valores: la regulación en la Ley del Impuesto a la Renta de las operaciones conocidas como *wash sales*

Prohibited deduction of losses on sales of securities: the new wash sale rule in Peruvian Income Tax Law

Las 100 primeras acciones enajenadas serán afectadas por la compra de las 70 acciones del 3 de enero y de 30 acciones de las 200 adquiridas el 19 de enero, por lo que la pérdida obtenida como consecuencia de la enajenación de las 100 primeras acciones no será reconocida.

Por otro lado, el monto de las 150 acciones enajenadas el 10 de enero se verá afectado por las 170 acciones restantes de las 200 adquiridas el 19 de enero. Así, la pérdida obtenida de la enajenación de las 150 acciones tampoco será deducible y restarán 20 acciones de las 200 adquiridas el 19 de enero. Estas 20 acciones restantes de las 200 acciones adquiridas el 19 de enero podrían afectar una futura enajenación de acciones que se celebre dentro de los treinta días posteriores al 19 de enero.

Obviamente, siempre deberá tenerse en cuenta como regla general que, para determinar la no deducibilidad de las pérdidas, las operaciones deberán cumplir con el plazo de treinta días anteriores y posteriores al día de la celebración de la compra o venta de valores mobiliarios.

3.4. ¿Cómo se determina el costo computable de las acciones readquiridas o cuya propiedad mantiene luego de la enajenación parcial que da origen a la no deducibilidad de la pérdida?

De acuerdo a lo establecido por el numeral 4 del artículo 21 de la Ley del IR, la enajenación de los valores mobiliarios cuya enajenación genera pérdidas no deducibles, es decir, aquellas provenientes de las operaciones denominadas *wash sales*, genera dos consecuencias que serán explicadas a continuación.

En primer lugar, el primer párrafo del numeral 4 del artículo 21 de la Ley del IR señala que el costo computable de los valores mobiliarios cuya adquisición hubiese dado lugar a la no deducibilidad de las pérdidas de capital a las que se refiere el numeral 1 del artículo 36 y el numeral 1 del inciso r) del artículo 44 de la Ley del IR, es decir, aquellas que califican como *wash sales*, será incrementado por el importe de la pérdida de capital no deducible.

La norma señala que el costo computable de los valores mobiliarios adquiridos después de la generación de pérdidas sancionadas con la Norma Antielusiva Específica será aumentado en el importe de dicha pérdida. Esta

interpretación se confirma con lo establecido por la Exposición de Motivos, según la cual la Norma Antielusiva Específica busca aumentar el costo computable de los valores mobiliarios adquiridos después de la operación denominada *wash sales*.

Por ejemplo, imaginemos que el 12 de abril de 2013, la Compañía adquirió 100 acciones de la empresa Operadora S.A. (en adelante, "Operadora"), siendo que el costo computable de cada acción, en ese momento, era de S/. 20 por cada acción. Posteriormente, el 25 de diciembre de 2013, la Compañía vendió dichas acciones a S/. 10 cada una, debido a la crisis económica que en ese momento pasaba nuestro país.

Hasta ese momento, nos podemos dar cuenta que, en el ejercicio 2013, la Compañía tendrá una pérdida tributaria igual a S/. 1000. Esta pérdida se calcula restando al monto obtenido por la enajenación de las acciones adquiridas (S/.1000) del costo computable de dichas acciones (es decir, S/. 2000).

Finalmente, el 1 de enero de 2014, la Compañía decide adquirir nuevamente las acciones de Operadora. Sin embargo, en ese momento, dichas acciones tienen un valor de mercado de S/. 5 cada una.

Consecuentemente, se habría configurado el supuesto de hecho que origina la aplicación de la Norma Antielusiva Específica por el tiempo transcurrido entre la venta y posterior adquisición de las acciones realizada por la Compañía. Sin embargo, lo que queremos resaltar es la aplicación del primer párrafo del numeral 4 del artículo 21 de la Ley del IR. En ese sentido, a efectos de calcular el costo computable de las acciones adquiridas el 31 de diciembre, se deberá adicionar al monto de S/. 500 (el costo de adquisición de estas acciones) el monto de S/. 1000 (monto correspondiente a la pérdida no deducible).



Trabajo de investigación IUS ET VERITAS

Por lo tanto, el costo computable de estas acciones será igual a S/. 1500. Como podemos observar, el costo computable de cada acción en vez de tener un costo de S/.5 tendrá un costo computable de S/.15.

Ahora expliquemos qué hubiera pasado si el 25 de diciembre de 2013 la Compañía hubiese vendido solo 50 de las acciones que tenía en su propiedad y posteriormente, el 1 de enero de 2014, hubiera adquirido el mismo número de acciones.

En este segundo ejemplo, al haber vendido solo 50 acciones, la Compañía tendrá una ganancia de S/. 500 soles (recordemos que, al 25 de diciembre, las acciones de La Compañía tenían un valor de mercado de S/. 10 cada una), respecto de la cual se le deberá restar la suma de S/. 1,000 (recordar que este fue el costo de adquisición original de las acciones). Teniendo en cuenta estos datos, debemos concluir que, en primer lugar, la Compañía habrá generado una pérdida de S/. 500.

Sin embargo, siguiendo con el ejemplo, es pertinente tener en cuenta que, el 1 de enero de 2014, la Compañía adquirió nuevamente las acciones vendidas el 25 de diciembre de 2013 a un precio de S/.5 cada una. En este caso, por el lapso de tiempo transcurrido entre la venta y posterior adquisición, resultará de aplicación la Norma Antielusiva General. Esto generará como consecuencia dos cosas: que la pérdida de S/.500 no sea deducible y que el costo computable de dichas acciones se vea aumentado.

Entonces, el costo computable de las acciones adquiridas el 1 de enero de 2014 se determinará sumando al monto de S/. 250 (recordemos que la adquisición de 50 acciones se dio a un monto de S/. 5 cada una) la suma de S/. 500 (la pérdida no deducible). En conclusión, el costo computable de dichas acciones será igual a S/.750.

Sin embargo, debido a que la Compañía aún tiene 50 acciones adicionales de Operadora en cartera (recordemos que en este segundo ejemplo, la operación de *wash sales* solo se ha realizado de 50 acciones) en aplicación del literal e) del numeral 21.2 del artículo 21 de la Ley del IR, se deberá determinar el costo computable de las acciones de la Compañía en función del costo promedio ponderado.

En ese sentido, debido a que existen 50 acciones con un costo computable de S/. 20 y otras 50 acciones con un costo

computable de S/. 15, entonces el costo computable de cada una de esas acciones será de S/. 17.50 cada una.

A continuación, pasaremos a explicar cómo se determina el costo computable en el caso en el que la propiedad de algunas acciones se mantenga luego de la enajenación parcial que da origen a la no deducibilidad de la pérdida.

Imaginemos que el 12 de abril de 2013 la Compañía era titular de 100 acciones de la empresa Operadora, siendo que el costo computable de cada acción, en ese momento, era de S/.20. Posteriormente, el 18 de diciembre de 2013, el Gerente General de la Compañía se enteró que, producto de las fluctuaciones del precio del dólar en el mercado, el precio de las acciones de Operadora en el mercado habían descendido a S/. 10. Siendo este el caso, la Compañía decide comprar 100 acciones más de Operadora.

Entonces debemos afirmar que, al 18 de diciembre de 2013, la Compañía es titular de 200 acciones de Operadora. Por lo tanto, a efectos de calcular el costo computable de las acciones que posee la Compañía será necesario, en aplicación de lo establecido por el literal e) del numeral 21.2 del artículo 21 de la Ley del IR, determinar su costo promedio ponderado.

A efectos de determinar el costo promedio ponderado de las 200 acciones que ahora posee la Compañía, será necesario entonces sumar el producto del costo de adquisición de cada acción por el número de acciones adquiridas (es decir, S/.100 multiplicado por S/.20 más S/.100 multiplicado por S/.10) y dividirlo entre el número total de acciones que se posee (es decir, 200). Haciendo la operación, llegaremos a la conclusión de que el costo promedio ponderado de estas acciones equivale a S/. 15.

Posteriormente, el 17 de diciembre de 2013, el Gerente General de la Compañía,

Desconociendo la pérdida por enajenación de valores: la regulación en la Ley del Impuesto a la Renta de las operaciones conocidas como *wash sales*

Prohibited deduction of losses on sales of securities: the new wash sale rule in Peruvian Income Tax Law

aprovechando que el costo de las acciones de Operadora seguía descendiendo, decide vender 100 acciones. En esta oportunidad, el valor de mercado de dichas acciones es de S/.5.

En ese momento, la Compañía habría generado una pérdida de S/.1000. Esta pérdida se determinará restando al valor de mercado de las acciones enajenadas (S/.5 por cada acción), el costo computable de las mismas (S/.15 por cada acción). Sin embargo, el 17 de diciembre de 2013, por el plazo transcurrido entre la segunda compra de acciones de la Compañía y la venta de acciones realizadas el 17 de diciembre de 2013, resultará de aplicación la Norma Antielusiva Específica. A su vez, esto generará dos consecuencias: el desconocimiento de la pérdida de S/.1000 y el aumento del costo computable de las acciones de Operadora que la Compañía aún posee.

Es decir, en aplicación de la Norma Antielusiva Específica, al costo computable del total de las acciones que equivale a S/.1500 (que es igual a S/.15 por acción siendo que la Compañía aún posee 100 acciones en cartera) se le deberá aumentar el monto de la pérdida no deducible (es decir, S/.1000). Por lo tanto, siendo que aún existen 100 acciones de Operadora en propiedad de la Compañía y estas tienen un costo computable total de S/.2500, el nuevo costo computable de estas 100 acciones equivaldrá, desde el 17 de diciembre de 2013, a S/.25.

3.5. ¿Qué operaciones no se encuentran comprendidas en el ámbito de aplicación de la Norma Antielusiva Específica?

Conforme a lo dispuesto en los artículos 36 y 44 vigentes de la Ley del IR, la Norma Antielusiva Específica excluye de su ámbito de aplicación a las pérdidas generadas por transacciones realizadas a través de fondos mutuos de inversión, fondos de pensiones, fideicomisos bancarios y fideicomisos de titulización⁽³⁾. Al respecto, la Exposición de Motivos señala que dicha exclusión atiende a la mínima

o inexistente probabilidad de que dichas pérdidas hayan sido generadas solo para obtener una ventaja fiscal.

A mayor abundamiento, la Exposición de Motivos señala:

“(…) de las normas que regulan los fondos y fideicomisos mencionados, se puede inferir que: i) los patrimonios autónomos que se conforman con los fondos y fideicomisos son administrados por entidades independientes y distintas de los beneficiarios de la renta que pudieran generar tales patrimonios, ii) las entidades que administran tales patrimonios (sociedades administradoras, AFP, sociedades tituladoras y fiduciarios bancarios) son autorizadas y supervisadas por la SBS o la SMV, y iii) la administración de los patrimonios en mención se efectúa de acuerdo con los actos constitutivos y las normas legales y reglamentarias respectivas”.

Adicionalmente, es importante mencionar que la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo señala que lo dispuesto en los artículos incorporados en la Ley del IR para combatir las *wash sales* (el párrafo 21.4 del artículo 21; tercer, cuarto y quinto párrafos del artículo 36; e, inciso r) del artículo 44 de la Ley) no será de aplicación a las operaciones de reporte, pactos de recompra y préstamos bursátiles a los que hace referencia la segunda disposición complementaria final de la Ley 29645, en tanto dichas operaciones no generan ganancias o pérdidas de capital.

(3) Nótese, sin embargo, que a través del Decreto Legislativo 1120 publicado el 18 de julio de 2012 se dispuso que a partir del 01.01.2013 los certificados de participación en fondos mutuos de inversión en valores y las cuotas en fondos que administran las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones adquiridas con los aportes voluntarios sin fines provisionales califican como valores mobiliarios. Consecuentemente, cabría preguntarnos si la Norma Antielusiva Específica podría resultar de aplicación a operaciones respecto de los mismos. Sin embargo, brindar una respuesta a al respecto requiere un análisis más detallado que no podremos abordar en este ensayo.



Trabajo de investigación IUS ET VERITAS

4. Análisis de la Norma Antielusiva Específica

4.1. El modelo de regulación utilizado para combatir las *wash sales*

Según la Exposición de Motivos, la inclusión de la Norma Antielusiva Específica para el caso de las denominadas *wash sales* se ha realizado a fin de prevenir la precipitación de pérdidas de capital en menoscabo de la base imponible del IR. En dicho documento se señala que la normativa del IR, anterior a la entrada en vigencia del Decreto Legislativo, permitía la deducibilidad de la pérdida generada en la enajenación de valores mobiliarios que se realiza con el propósito de reducir o eliminar la renta del ejercicio.

En este escenario, la problemática que sustenta la incorporación de la nueva norma consistiría en la posibilidad que tienen los contribuyentes de deducir toda pérdida generada en la enajenación de valores mobiliarios incluso cuando dicha pérdida fuera obtenida a través de las operaciones de venta de valores mobiliarios que se realizan con el único propósito de generar una pérdida ficticia. Al respecto, en la página 40 de dicha Exposición de Motivos se señala lo siguiente:

“Internacionalmente, es muy conocida la práctica de crear pérdidas artificiales mediante la enajenación de valores mobiliarios y readquisición posterior, a la que se denomina *wash sales*”.

Sin embargo, en la Exposición de Motivos no se señala que el supuesto que la norma busca evitar sea una práctica que se realiza en el Perú y en todo caso con qué frecuencia. Tampoco se ha incluido un respaldo estadístico o económico que evidencie en qué medida el uso de este tipo de prácticas antielusivas afectaría al Fisco. Pese a ello (como explicaremos con mayor detalle más adelante), la Exposición de Motivos pone en evidencia que el legislador ha optado por incorporar una presunción que no admite prueba en contrario para combatir esta práctica.

En ese sentido, consideramos que la omisión antes descrita es grave, teniendo en consideración que, como bien se señala en la página 40 de la propia Exposición de Motivos “no toda enajenación

en la cual se derive pérdida de capital es *per se* sinónimo de una estrategia de evasión fiscal”.

En efecto (como expondremos con mayor detalle más adelante), en muchos casos la pérdida generada por la venta de valores mobiliarios se origina en razón al riesgo natural que los agentes asumen en el mercado y su posterior adquisición puede responder en muchos casos a la dinámica propia del mercado en la cual estos se transan, como ocurre por ejemplo en el caso de las operaciones respecto de valores que se transfieren a través de un mecanismo centralizado de negociación. En dichos supuestos, impedir que los contribuyentes reflejen el impacto de dichas pérdidas al determinar el monto del IR del ejercicio en el cual se originaron determina una grave afectación a su desempeño en el mercado.

Ahora bien, ante el problema que genera la posible creación de pérdidas artificiales por parte de los contribuyentes, con la finalidad de reducir la base de cálculo del impuesto a través de la creación de pérdida ficticia, el legislador ha optado por introducir una norma antielusiva específica.

Para un mayor entendimiento, por normas antielusivas específicas debe entenderse a las que

“(…) presentan una estructura normativa basada en un presupuesto de hecho ‘rígido, detallado y taxativo’. Como hemos adelantado, las mismas suelen adquirir, preferentemente, la forma de ficciones o de los llamados ‘hechos imponibles’ subrogatorios o complementarios, y también de presunciones legales. Por tanto, el régimen jurídico de una cláusula de este tipo dependerá de la técnica normativa que se emplee para su adopción en el ordenamiento”⁽⁴⁾.

(4) GARCÍA NOVOA, César. *XXIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*; p. 158.

Desconociendo la pérdida por enajenación de valores: la regulación en la Ley del Impuesto a la Renta de las operaciones conocidas como *wash sales*

Prohibited deduction of losses on sales of securities: the new wash sale rule in Peruvian Income Tax Law

Con las precisiones anteriores, se aprecia que la regulación que se ha introducido en nuestro país respecto a la figura de las *wash sales* está contenida en una norma antielusiva específica o especial, al centrarse en un hecho determinado, la cual toma la forma de una presunción legal. Esta norma, tal como señalaremos con mayor detalle, se encuentra en nuestro ordenamiento junto con la Norma XVI, la cual tiene las características de una norma antielusiva general.

Por otro lado, es de notar que en el mundo no todos los países han incorporado una norma antielusiva específica en el caso del supuesto que comentamos. La primera vez que una norma de este tipo fue incluida en un ordenamiento fue en Estados Unidos, en 1821. Al respecto, Silvia Muñoz señala:

“El Congreso de Estados Unidos estableció que las pérdidas obtenidas por este tipo de operaciones no podían ser aplicadas al ejercicio contable en que los valores mobiliarios fueron vendidos, si es que la readquisición de dichos valores se realizaba en un período de 61 días. Si bien se han dado ciertas modificaciones a dicha Regla, la razón de ser de la norma sigue siendo la misma: la posición económica del contribuyente no cambia y la pérdida resulta ficticia”⁽⁵⁾.

Puede decirse entonces que el ordenamiento estadounidense es el gran precursor de la regulación de las *wash sales*. Como tal, la mayoría de los países que han incluido una regulación de las *wash sales* en su ordenamiento, incluido el Perú, han tomado como referente la norma de Estados Unidos. Sin embargo, como veremos más adelante, en algunos casos, como el peruano, la remisión a la norma no ha sido del todo precisa.

Ahora bien, volviendo a la norma incorporada a nuestro ordenamiento, la Exposición de Motivos señala que las legislaciones de los Estados Unidos de América, Canadá, Australia y Reino Unido recogen disposiciones antielusivas que limitan la deducción de pérdidas de capital precipitadas con el propósito de reducir la base de cálculo del Impuesto a las ganancias de capital.

Conforme señala dicha Exposición de Motivos, el *Internal Revenue Code* de Estados Unidos (en adelante, “*Internal*

Revenue Code”) y el *Income Tax Act* canadiense incluyen una norma antielusiva específica similar a la que se incorporó en nuestro país.

Por otro lado, en el caso del *Income Tax Assesment Act 1936* de Australia la posibilidad de combatir la figura de las *wash sales* deriva de la posibilidad de la Administración Tributaria de cancelar cualquier beneficio tributario que no es obtenido de manera razonable.

Finalmente, se señala que el *Finance Act 2007* de Reino Unido incluye una regla que restringe la deducción de pérdidas de capital que hubieran derivado de una operación cuyo único objeto hubiera sido la obtención de una ventaja tributaria, a través de la precipitación de pérdidas de capital.

De lo antes expuesto, se evidencia que las leyes que el legislador ha tomado como referencia recogen hasta tres modelos distintos para combatir la figura de las *wash sales*:

A través de una norma antielusiva general, por la cual la Administración tributaria pueda cancelar cualquier beneficio tributario conforme a un parámetro determinado, como sería el caso de Australia.

A través de una norma antielusiva que restrinja la deducción de cualquier pérdida obtenida con la única finalidad de obtener un beneficio tributario, como sería el caso de Reino Unido.

A través de una norma antielusiva específica, como en el caso de las legislaciones de Estados Unidos y Canadá que incluyen una norma similar a la recientemente incorporada en nuestro ordenamiento.

En nuestro país el legislador optó por incluir una norma específica para combatir la figura

(5) MUÑOZ SALGADO, Silvia. *Comentarios a las modificaciones de la Ley del Impuesto a la Renta introducidos por los Decretos Legislativos Nos. 1112, 1120 y 1124 (Primera parte)*. En: *Análisis Tributario*. Lima: Análisis Tributario, 2012; p. 19.



Trabajo de investigación IUS ET VERITAS

de las *wash sales*; sin embargo, en la Exposición de Motivos no se señala por qué se optó por dicho modelo y no por otro.

La observación antes mencionada resulta de importancia, ya que con motivo de las reformas realizadas durante el 2012 se incorporó en nuestro ordenamiento, además de la norma bajo comentario, la Norma Antielusiva General.

En efecto, si bien el análisis de la Norma Antielusiva General amerita la elaboración de otro ensayo, una pregunta que salta a la vista respecto del tema que analizamos es si la incorporación de esta norma hubiese bastado para combatir las operaciones denominadas *wash sales*. Nótese que la respuesta que se le pueda dar a dicha pregunta puede tener implicancias en la interpretación y aplicación de la Norma Antielusiva Específica.

En efecto, conforme a una primera interpretación podría sostenerse que al tener ya una norma de carácter general con la cual es posible combatir dicha práctica, la inclusión de una norma de carácter específico para combatir las mismas operaciones implicaría que el legislador reconoció que la norma de carácter general no resulta de aplicación para dicho supuesto o en todo caso que ha preferido que para dicho caso en particular se aplique un régimen distinto.

Por otro lado, conforme a una segunda interpretación podría sostenerse que en realidad ambas normas pueden utilizarse para combatir dicha práctica, respondiendo la incorporación de ambas a la necesidad de crear un modelo *reforzado* para combatir las operaciones denominadas *wash sales*, lo cual resultaría comprensible por ejemplo en caso dicho tipo de operaciones se realizara de manera muy frecuente en nuestro medio o afectara gravemente al fisco. Sin embargo, como ya hemos mencionado, la Exposición de Motivos no brinda información al respecto. Ahora bien, una razón adicional a la mencionada podría ser el costo o posibilidad que tiene de probar este tipo de prácticas la Administración Tributaria.

Independientemente de las críticas que la Norma Antielusiva General pueda tener en doctrina y de la poca justificación que la Exposición de Motivos haya brindado respecto a la necesidad de la regulación de las *wash sales*, consideramos

que, en nuestro ordenamiento, sería difícil esperar que la Administración Tributaria no considere a la Norma Antielusiva General y a la Norma Antielusiva Específica como complementarias. Más adelante, al analizar un poco más los alcances de la Norma Antielusiva Específica, volveremos sobre este punto.

4.2. La naturaleza de la Norma Antielusiva Específica: una presunción *iure et de iure*

Una primera imprecisión de la regulación implementada consiste en la posibilidad jurídica de establecer una presunción *iure et de iure* en el Derecho Tributario. Para realizar este análisis, lo primero que debe hacerse notar al respecto es la contradicción en la que cae la Exposición de Motivos. Así pues, tal como se señaló al inicio de este artículo, la Exposición de Motivos establece lo siguiente: "Así pues, la adquisición de valores mobiliarios del mismo tipo en un periodo de tiempo próximo a la enajenación, evidenciaría que la intención del contribuyente al transferir los valores mobiliarios no fue desprenderse definitivamente de estos, sino tan solo la obtención de una ventaja fiscal".

Asimismo, en la sección referida a la temporalidad de la enajenación, la Exposición de Motivos señala lo siguiente:

"La propuesta antielusiva parte de una presunción que *no admitiría prueba en contrario*, donde la pérdida de capital derivada de la enajenación de valores mobiliarios, es *una estrategia para menoscabar la base imponible del impuesto*, siempre que esta transacción esté seguida en un plazo de 30 días calendarios de la adquisición de valores del mismo tipo, u opciones de compra sobre los mismos"⁽⁶⁾ (énfasis agregado).

De ambos párrafos se desprende que la norma que regula la figura de *wash sales* en nuestro

(6) Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1112; p. 43.

Desconociendo la pérdida por enajenación de valores: la regulación en la Ley del Impuesto a la Renta de las operaciones conocidas como *wash sales*

Prohibited deduction of losses on sales of securities: the new wash sale rule in Peruvian Income Tax Law

país establece como único criterio para determinar el carácter elusorio de una determinada conducta, la temporalidad. En este sentido la Norma Antielusiva Específica establecería una presunción *iure et de iure* respecto a dicha aseveración. Se trata, entonces, de una afirmación muy peligrosa, pues podría dar lugar a que un contribuyente que en ningún momento tuvo el ánimo de eludir la norma tributaria, se vea perjudicado al no poder deducir una pérdida que sí resulta legítima y que, peor aún, no pueda utilizar sus medios probatorios para demostrar que tiene la razón.

Al respecto, resulta idóneo citar una de las recomendaciones sobre el uso de las presunciones en Derecho Tributario, extraída de las XII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, realizadas en 1985, donde participó también nuestro país:

“Las presunciones legales en materia de determinación de la base imponible y las que tengan carácter sancionatorio *deben admitir siempre prueba en contrario*. No se deberán requerir pruebas imposibles a quienes se desplace la carga de la misma, y la Administración Tributaria tendrá que probar en todos los casos el hecho inferente de la presunción⁽⁷⁾.”

La recomendación citada resulta acorde con la seguridad jurídica que debe otorgar la actuación de la Administración Tributaria a los contribuyentes. En efecto, si una presunción legal es capaz de alterar la base imponible sobre la cual se aplicará la alícuota correspondiente para determinar el impuesto, por lo menos esta presunción debería amparar la posibilidad de que el contribuyente pruebe que la base imponible correcta no es la que la presunción pretende establecer. De lo contrario, sería muy fácil caer en la arbitrariedad del legislador.

Lamentablemente, de lo señalado expresamente en la Exposición de Motivos y de la manera como los artículos que regulan la figura de *wash sales* están redactados, se puede concluir que, efectivamente, se ha establecido una presunción que no admite prueba en contrario. Por lo tanto, se ha dejado abierta la posibilidad de que, aún así el contribuyente pueda

comprobar que las pérdidas obtenidas en un ejercicio anterior no fueron obtenidas con un ánimo elusorio, la SUNAT se encuentre en la posibilidad de desconocer esas pruebas, reparar las pérdidas y ordenar que el contribuyente regularice el tributo “no pagado”, los intereses respectivos y las multas que pudieran corresponder.

4.3. La adquisición de valores producida al día treinta y uno

Ahora bien, tal como hemos explicado antes en este artículo, la norma restringe la deducción de la pérdida originada en la enajenación de acciones cuando en un plazo de treinta días antes o después de la operación que genera la pérdida se adquieren acciones del mismo tipo u opciones de compra sobre las mismas. En este sentido una pregunta que surge de manera natural al analizar la norma es qué ocurre cuando la adquisición de acciones del mismo tipo u opciones de compra sobre las mismas se realiza treinta y un días antes o treinta y un días después de producida la operación que genera la pérdida por enajenación de acciones.

Al respecto, consideramos que en virtud del principio de legalidad no se podría aplicar la Norma Antielusiva Específica para desconocer la deducción de la pérdida generada por la venta de valores mobiliarios en el caso antes señalado. Sin embargo, resulta interesante preguntarnos si en dicho supuesto podría ser aplicable la Norma Antielusiva General.

Una primera pregunta que debemos formularnos es si el supuesto de hecho que mencionamos recae en el supuesto normativo contemplado en la Norma XVI. Sin embargo, cabría aún formularnos una pregunta adicional: ¿puede aplicarse dicha norma pese a que el

(7) INSTITUTO LATINOAMERICANO DE DERECHO TRIBUTARIO (ILADT) e INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO TRIBUTARIO (ICDT). *XII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario. Ponencias generales. Discusiones-conclusiones*. Volumen III. Bogotá, 1985; p. 325.



Trabajo de investigación IUS ET VERITAS

legislador ha incluido una Norma Antielusiva Específica para dicho supuesto? Es decir, ¿podría alegarse que la existencia de una Norma Antielusiva Específica para el caso de las operaciones denominadas *wash sales* impide que la Norma Antielusiva General se aplique al caso que mencionamos o a otros similares?

Para responder a dicha interrogante podemos hacernos otras de carácter previo: ¿qué relación existe entre las normas de carácter general y las normas de carácter específico? ¿Se trata de una relación de complementariedad? Es decir, en defecto de la aplicación de la Norma Antielusiva Específica ¿podría aplicarse la norma general, pues estas se complementan a fin de evitar la elusión tributaria? O por el contrario, ¿se trata de una relación de exclusión? Es decir, ¿la incorporación de una norma de carácter específico implica que el legislador ha optado por regular el supuesto de hecho bajo una norma distinta, excluyendo para dicho supuesto la aplicación de la norma de carácter general?

Consideramos aventurado intentar dar una respuesta a estas interrogantes en el presente artículo, en tanto implica el análisis exhaustivo de un tema que escapa al que abordamos; sin embargo, conforme a lo expuesto en el presente sí podemos señalar que incluso de considerarse que deba aplicarse la Norma Antielusiva General en defecto de la especial, en el caso planteado, en este caso el contribuyente no se enfrentaría ante una presunción *iure et de iure* y, por ende, la Administración Tributaria tendría que probar que existió una intención de eludir conforme a los criterios contemplados en la Norma Antielusiva General.

Ahora bien, podríamos incorporar más elementos a fin de analizar el caso planteado. Imaginemos el siguiente caso: la Compañía decide comprar el 23 de mayo de 2013, 100 acciones de Operadora. Posteriormente, el 28 de diciembre de 2013 decide vender dichas acciones aprovechando que el precio de estas en el mercado ha descendido, de esta forma, la Compañía genera una pérdida deducible. Posteriormente, el 1 de marzo de 2014, debido a que la Gerencia de la Compañía así lo decide, su empresa vinculada, Vinculada S.A. (cabe precisar que la Compañía es titular del 99% de las acciones de Vinculada S.A.) adquiere las acciones de Operadora que con anterioridad la Compañía había vendido. En este caso, nos preguntamos ¿resultaría de aplicación la Norma Antielusiva General o la Norma Antielusiva Específica?

Consideramos que el supuesto de hecho es distinto al que se refiere la Norma Antielusiva Específica. En efecto, el supuesto de hecho es distinto en tanto no es la misma persona la que adquiere las acciones de El Edén S.A.C., además, nótese que el plazo entre la venta de las acciones y su posterior compra se hace después del plazo *castigado* por la Norma Antielusiva Específica.

Sin embargo, consideramos que en este caso en tanto llegara a demostrarse el carácter artificial o impropio de la operación o que la misma fue realizada con la única finalidad de obtener una ventaja tributaria resultaría de aplicación la Norma Antielusiva General.

Cabe mencionar que un caso similar fue analizado en el caso *Shoenberg v. Commissioner of Internal Revenue*, la Corte de Apelaciones de Estados Unidos analizó el caso de un contribuyente que poseía una serie de acciones en diferentes empresas. Este contribuyente vendió estas acciones obteniendo una pérdida deducible y posteriormente, e inclusive después del plazo de treinta días a los que hace referencia la norma norteamericana conocida como *wash sales rule*, volvió a adquirir estas acciones a través de una empresa en la que poseía más del 70% del accionariado.

En este caso, la Corte Americana, haciendo uso del principio *tax law deals with realities* establecido por la jurisprudencia decide declarar que la pérdida que había obtenido el contribuyente no era deducible en la medida en la que se había comprobado que la intención de dicho contribuyente era generar una pérdida ficticia. Concluyendo lo siguiente:

“Examining this entire transaction, it is clear that this sale by taxpayer was merely part of plan by which he hoped to create a tax deductible loss without any real change in his position. (...) The plan was an entirety

Desconociendo la pérdida por enajenación de valores: la regulación en la Ley del Impuesto a la Renta de las operaciones conocidas como *wash sales*

Prohibited deduction of losses on sales of securities: the new wash sale rule in Peruvian Income Tax Law

and existed at the time of the sale by him. It was fully carried through. He was no poorer when the plan was executed than he had been before the sales by him, except for the brokerage commissions. *He suffered no real loss, but solely a paper one which could be shown only by considering one part of an entire plan and transaction. The entire plan was devised for the purpose of showing such loss. Its results must be judged as anentirety*⁽⁸⁾.

Como podemos observar, en estos casos la Corte Americana no aplica directamente la norma antielusiva específica regulada en su legislación. Sin embargo, en aplicación del principio *tax law deals with realities* declara inexistente a esta pérdida.

Conforme a lo expuesto, consideramos que ante un caso similar, la Administración Tributaria de nuestro país podría aplicar la Norma Antielusiva General la pérdida obtenida por el contribuyente. Cabe reiterar que en dicho supuesto la Administración Tributaria requeriría demostrar el carácter artificial o impropio de la operación o que la misma fue realizada con la única finalidad de obtener una ventaja tributaria.

4.4. La definición de valores del mismo tipo incluida en la nueva norma

Como ya hemos señalado en párrafos anteriores, uno de los requisitos que debe presentarse a efectos de aplicar la Norma Antielusiva Específica es que la operación realizada implique la adquisición de valores mobiliarios del mismo tipo.

De acuerdo a lo establecido por el nuevo texto del artículo 36 de la Ley del IR, se entenderá por valores mobiliarios del mismo tipo a aquellos que otorguen iguales derechos y que correspondan al mismo emisor. Es decir, será necesario que la empresa que obtenga pérdidas a través de la enajenación de valores, realice la operación denominada *wash sales* con valores *del mismo tipo* en un plazo menor de treinta días.

Así, por ejemplo, resulta de sencilla aplicación lo dispuesto por el artículo 36 de la Ley del IR en el siguiente ejemplo: MNO S.A. es propietaria de 100 acciones de la empresa EFG S.A.

El 14 de diciembre de 2013, MNO S.A. vende estas acciones aprovechando que su valor en el mercado ha descendido, generando así una pérdida. Posteriormente, el 2 de enero de 2014 vuelve a adquirir estas acciones. En este caso se aplicará, sin duda alguna, la Norma Antielusiva Específica. Como es evidente, en este caso MNO S.A. adquiere en el plazo establecido por la Norma Antielusiva Específica valores mobiliarios del mismo tipo, es decir, emitidos por EFG S.A.

Sin embargo, pensemos en el mismo ejemplo con la siguiente variante: MNO S.A. transfirió las acciones de su propiedad emitidas por EFG S.A., generando así una pérdida ficticia y antes de volver a comprar las acciones transferidas, EFG S.A. es absorbida por DT S.A. Así, antes de cumplidos los treinta días desde la transferencia de las acciones emitidas por EFG S.A., MNO S.A. adquiere acciones de DT S.A. ¿En este caso resulta de aplicación la Norma Antielusiva Específica? ¿Resultaría también de aplicación la Norma Antielusiva Específica si EFG S.A. absorbe a DT S.A.? ¿También resultará aplicable si EFG S.A. participa de una fusión por constitución? ¿Se aplicará la Norma Antielusiva Específica si EFG S.A. participa de una reorganización simple o de una transformación?

Consideramos que ninguna de estas preguntas ha sido resuelta por el texto aprobado por el Decreto Legislativo, debido a que no se ha precisado cuándo determinados valores mobiliarios *corresponden al mismo emisor*. Siendo que este concepto es parte de la definición de *valores mobiliarios del mismo tipo*, será importante que sea definido de forma precisa por el Reglamento, a efectos de poder aplicar lo dispuesto por el artículo 36 de la Ley del IR.

(8) Revisar el caso *Shoenberg*, 77 F.2d 446 (8th Cir. 1935). Disponible en web: http://mn.findacase.com/research/wfrmDocViewer.aspx/xq/fac.19350419_0040152.C08.htm/qx



Trabajo de investigación IUS ET VERITAS

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, consideramos que, en aplicación de la Norma IX del Título Preliminar del Código Tributario, se podrá recurrir a lo dispuesto por la Ley General de Sociedades. Así, se recurriría a dicha ley a efectos de conocer, en los casos descritos por nuestras preguntas y siempre que no exista ninguna definición del concepto de *valores mobiliarios que corresponden al mismo emisor*, cuándo determinados valores mobiliarios corresponden a un mismo emisor, dependiendo del tipo de operación que se realice y teniendo en cuenta que en algunos casos de reorganización societaria podríamos encontrarnos frente a una persona jurídica totalmente nueva.

4.5. Las operaciones comprendidas como adquisición de valores u opciones de compra sobre los mismos

Como ya hemos señalado, la Norma Antielusiva Específica restringe la deducción de la pérdida generada en la enajenación de valores cuando en un plazo de treinta días calendario anteriores⁽⁹⁾ o posteriores a la venta de los mismos “se produzca la adquisición de valores mobiliarios del mismo tipo que los enajenados u opciones de compra sobre los mismos”.

De la redacción de los artículos 36 y 44 de la Ley del IR se evidencia que habrían dos hechos que gatillan la aplicación de la Norma Antielusiva Específica de producirse en el plazo de treinta días anteriores o posteriores a la venta de valores que generó la pérdida: (i) que se produzca la adquisición de valores del mismo tipo que los enajenados; y, (ii) que se produzca la adquisición de opciones de compra sobre los mismos.

Respecto del primer supuesto, es de observarse que la norma hace referencia a la palabra *adquisición* cuyos alcances no se encuentran definidos en la Ley del IR, por tal razón corresponde remitirnos a su significado en materia civil.

En este sentido, cuando se alude a la palabra *adquisición* debemos entender que esta comprende la transferencia a favor del contribuyente de todas las facultades que componen la propiedad de valores del mismo tipo que los enajenados,

sea cual fuere el negocio jurídico que diera lugar a la misma y exista o no de por medio el pago de una contraprestación. Nótese que dicha adquisición podría derivar entonces no solo de un contrato de compraventa sino también del ejercicio de una opción de compra previamente adquirida, la resolución de un contrato de compraventa de valores similares, la donación de los mismos o incluso la adquisición *mortis causa* de ellos, entre otros supuestos.

Entonces, dentro de las formas de adquisición que la norma abarca están comprendidas algunas cuya producción no se encuentra en el ámbito de control del sujeto que genera la pérdida por enajenación de valores que la norma busca restringir. Al respecto nos preguntamos ¿la norma debería aplicarse a dichos supuestos? Consideramos que no; sin embargo, tal como explicamos en el punto anterior, en tanto la norma implicaría una presunción que no admite prueba en contrario, lamentablemente la Administración Tributaria podría desconocer la pérdida de los contribuyentes incluso en dichos supuestos, con lo cual se afectaría claramente sus intereses patrimoniales sin mediar alguna intención de eludir o defraudar al Fisco.

Respecto al segundo supuesto, cuando la norma señala “que se produzca la adquisición de opciones de compra sobre los mismos” debemos entender que se refiere a las opciones de compra derivadas del contrato regulado en el Artículo 1419 del Código Civil⁽¹⁰⁾. No está demás precisar que la opción de compra, tal como explica De La Puente, es un derecho personal que nace como efecto de un contrato de opción⁽¹¹⁾.

(9) Caso en el cual la enajenación debería ser parcial y no total, de acuerdo a lo mencionado en el punto 3.1.

(10) Artículo 1419 del Código Civil:

Por el contrato de opción, una de las partes queda vinculada a su declaración de celebrar en el futuro un contrato definitivo y la otra tiene el derecho exclusivo de celebrarlo o no.

(11) DE LA PUENTE LAVALLE, Manuel. *El Contrato En General*. Tomo II. Lima: Palestra; p. 238.

Desconociendo la pérdida por enajenación de valores: la regulación en la Ley del Impuesto a la Renta de las operaciones conocidas como *wash sales*

Prohibited deduction of losses on sales of securities: the new wash sale rule in Peruvian Income Tax Law

Tal como señala dicho autor, el contrato de opción es un contrato preparatorio que produce los siguientes efectos: la formulación de una oferta irrevocable por parte del concedente y el derecho del optante de celebrar el contrato definitivo mediante la aceptación de tal oferta. Para poner un ejemplo: bajo un contrato de opción un contribuyente y una empresa podrían convenir que esta última formule una oferta irrevocable de vender las acciones del mismo tipo a las que se refiere la norma, adquiriendo aquel el derecho de aceptar o no dicha venta.

Como puede verse, en dicho supuesto la adquisición de la titularidad de los valores recae exclusivamente en la voluntad del contribuyente. Lo que no sucedería por ejemplo si el contribuyente formulara una oferta definitiva de adquirir las acciones y el derecho de opción lo tuviera la empresa dueña de los valores.

En este sentido, consideramos que la intención del legislador al incluir la adquisición de opciones de compra como un hecho comprendido en el ámbito de aplicación de la Norma Antielusiva Específica es evitar que los contribuyentes adquieran derechos de opción en virtud de los cuales quedaría a su exclusiva voluntad la adquisición de valores del mismo tipo a los vendidos previamente. De no haberse incluido este supuesto, los contribuyentes hubieran podido evitar la aplicación de la norma.

Cabe observar que el Código Civil regula también la figura del contrato de opción recíproca y el contrato de opción con reserva de beneficiario, negocios que se encontrarían también comprendidos en el ámbito de aplicación de la Norma Antielusiva Específica. Esto en tanto la Ley no los ha excluido expresamente, en aplicación de la máxima *ubilex non distingui, non distinguere debemus*.

Sin embargo, como bien sabemos, el contrato de opción no es el único contrato preparatorio regulado en el Código Civil, puesto que el Artículo 1414 regula la figura del compromiso de contratar, contrato preparatorio en virtud del cual dos sujetos se obligan a celebrar en el futuro un contrato definitivo. Respecto de la obligación de hacer que es objeto de este tipo de contrato, De La Puente señala:

(12) *Óp. cit.*; p. 186.

“Tratándose del compromiso de contratar, esa obligación de hacer consiste en formular una aceptación por una de las partes ante la recepción de la oferta que formule la otra parte (la oferta puede provenir de cualquiera de las partes en el compromiso plurilateral o de una de ellas en el compromiso unilateral) para la celebración del contrato definitivo en los términos estipulados en el compromiso de contratar”⁽¹²⁾.

Por ejemplo, un contribuyente podría celebrar un compromiso de compraventa con una empresa en virtud del cual esta se encuentre obligada a aceptar la oferta de adquisición de valores formulada por aquel (compromiso unilateral). Dichos sujetos podrían pactar también que ante la oferta de cualquiera de las partes, como podría ser la oferta del contribuyente, la otra se encuentre obligada a aceptar (compromiso bilateral). En ambos casos, está claro que la oferta tendría que formularse dentro del plazo y conforme a los términos pactados en el contrato para que la obligación de aceptar la oferta sea exigible.

Ahora bien, nos preguntamos si este supuesto estaría comprendido en el ámbito de aplicación de la Norma Antielusiva Específica. La pregunta resulta de interés en tanto en los casos expuestos en el párrafo anterior, en virtud de un contrato de esta naturaleza, la empresa se encontraría obligada a aceptar una oferta formulada a sola voluntad del contribuyente, operando la transferencia de propiedad de valores similares a aquellos cuya venta le generó una pérdida.

Conforme a una interpretación literal de los artículos 36 y 44, es evidente que la celebración de un compromiso de adquirir valores del mismo tipo de aquellos cuya



Trabajo de investigación IUS ET VERITAS

venta genera una pérdida por enajenación de valores no se encuentra dentro de los supuestos que gatillan la aplicación de la Norma Antielusiva Específica. Lo anterior es consecuencia de que dicha operación no implica una adquisición de valores ni mucho menos la adquisición de opciones de compra sobre los mismos.

Sin embargo, podría interpretarse también que la norma debería aplicarse al supuesto mencionado si se considera que la finalidad del legislador ha sido evitar que, a través de un contrato preparatorio (contrato de opción), el contribuyente que generó pérdida por la enajenación de valores se asegure la readquisición de valores del mismo tipo.

A fin de llegar a una conclusión respecto a esta interrogante, resulta esencial primero comprender cuál es la diferencia que existe entre ambas figuras contractuales. Para tal efecto, la siguiente cita de De La Puente resulta ilustrativa:

“Puede observarse que los papeles se invierten. En el compromiso de contratar con prestación unilateral, quien tiene el derecho de formular la oferta goza de la libertad de hacerlo o no, mientras que en el contrato de opción, la parte que debe ofertar queda obligada a ello por la sola celebración del contrato. Por otro lado, en el compromiso de contratar con prestación unilateral, el destinatario de la oferta está obligado a aceptarla, mientras que en el contrato de opción, el destinatario de la oferta queda en libertad de aceptarla o no”.

A modo de ejemplo, en virtud de un contrato de opción, una empresa formularía mediante dicho contrato una oferta irrevocable de vender valores del mismo tipo que los que vendió un contribuyente generando pérdida. Es decir, en dicho supuesto, la oferta habría sido ya realizada, quedando únicamente pendiente el ejercicio de la opción de compra para que el contribuyente adquiriera los valores objeto de la operación. En este escenario la sola voluntad del contribuyente bastará para que se perfeccione el contrato y, por ende, el contribuyente adquiriera los valores.

En cambio, en virtud de un compromiso de efectuar una compraventa podría acordarse que una empresa quede obligada a aceptar la oferta que el contribuyente realice en el futuro para adquirir acciones del mismo tipo a los que vendió generando pérdida. En este supuesto, la oferta aún no ha sido

formulada, pudiendo realizarse posteriormente conforme a los términos establecidos en el contrato.

Nótese que en este último escenario, para que ocurra la transferencia de propiedad se requiere: (i) que el contribuyente realice una oferta en los términos establecidos en el contrato; y, (ii) que la empresa acepte dicha oferta (a la cual está obligada). Conforme a ello, la sola voluntad del contribuyente no basta para configurar la transferencia de propiedad. En efecto, luego de que el mismo realice la oferta podría ocurrir que la empresa cumpla con su obligación y la acepte, o que la empresa incumpla su obligación de manera injustificada o incluso de manera justificada.

Conforme al ejemplo brindado es evidente que los efectos de los contratos analizados son muy distintos, siendo que en el caso del compromiso de contratar no se encuentra en la sola voluntad del contribuyente adquirir valores del mismo tipo de aquellos cuya enajenación le generó una pérdida, con lo cual el contrato por sí mismo no garantiza que la adquisición de dichos valores se lleve a cabo.

En este escenario nos volvemos a preguntar si podría sostenerse la aplicación de la Norma Antielusiva Específica al caso en el cual un contribuyente celebra en lugar de un contrato de opción un compromiso de compraventa en virtud del cual una empresa queda obligada a aceptar la oferta que este realice.

Si bien el tema es bastante discutible consideramos que no debería extenderse la aplicación de la Norma Antielusiva Específica al caso que planteamos teniendo en cuenta que su redacción no abarca dicho supuesto y en razón a las notables diferencias que hemos resaltado que existen entre ambas figuras. Una segunda interrogante que el lector podría plantearse al respecto (pero que no llegaremos a desarrollar puesto que escapa del tema que

Desconociendo la pérdida por enajenación de valores: la regulación en la Ley del Impuesto a la Renta de las operaciones conocidas como *wash sales*

Prohibited deduction of losses on sales of securities: the new wash sale rule in Peruvian Income Tax Law

abordamos en este artículo) es si en el caso mencionado cabría la aplicación de la Norma Antielusiva General.

Por otro lado, tal como indicamos anteriormente, Estados Unidos fue el primer país en regular la figura de las *wash sales* y la propia Exposición de Motivos hace referencia a la legislación norteamericana. Así, llama la atención la regulación que el *Internal Revenue Code* y sus normas reglamentarias le dan a la figura de *wash sales*.

Al respecto, la Sección 1091 del Código de Estados Unidos también contempla la regla de los sesenta y un días para la aplicación de la norma antielusiva. Sin embargo, se distingue de nuestra norma en distintos aspectos importantes que generan distintos efectos en el contribuyente, los cuales serán mencionados en las siguientes líneas, en las partes pertinentes.

Respecto al punto bajo comentario, cabe mencionar que, a diferencia de la Norma Antielusiva Específica, la redacción de su similar contenida en el *Internal Revenue Code* establece precisiones distintas respecto a la manera en la cual se debe adquirir los valores mobiliarios a fin de que esta sea aplicable. Así, el primer párrafo de la Sección 1091 de dicho cuerpo normativo señala lo siguiente:

“Disallowance of loss deduction

In the case of any loss claimed to have been sustained from any sale or other disposition of shares of stock or securities where it appears that, within a period beginning 30 days before the date of such sale or disposition and ending 30 days after such date, *the taxpayer has acquired* (by purchase or by an exchange on which the entire amount of gain or loss was recognized by law), *or has entered into a contract or option so to acquire, substantially identical stock or securities*, then no deduction shall be allowed under section 165 unless the taxpayer is a dealer in stock or securities and the loss is sustained in a transaction made in the ordinary course of such business. For purposes of this section, the term ‘stock or securities’ shall, except as provided in regulations, include contracts or options to acquire or sell stock or securities” (énfasis agregado).

Adicionalmente, el literal f) del Reglamento de la Sección 1091 establece de manera expresa lo siguiente:

“The word ‘acquired’ as used in this section means acquired by purchase or by an exchange upon which the entire amount of gain or loss was recognized by law, and comprehends cases where the taxpayer has entered *into a contract or option* within the 61-day period to acquire by purchase or by such an exchange” (énfasis agregado).

Podemos apreciar en este punto que la norma estadounidense ha señalado de manera general que la adquisición de valores mobiliarios puede darse a través de cualquier contrato u opción, con lo cual una pequeña diferencia genera efectos sustancialmente diferentes. Ello, no haría sino confirmar lo señalado en líneas anteriores, que el legislador peruano limitó la figura a la *adquisición* de valores mobiliarios u opciones de compra; por lo tanto, limitó el supuesto a la compraventa y a la opción de compra, dejando fuera de la regulación a figuras tales como el compromiso de contratar, ya explicado anteriormente.

4.6. Afectación al negocio bursátil

Una última contingencia importante de mencionar es la colisión que produce la aplicación de la Norma Antielusiva Específica a las operaciones denominadas *Day Trade* compra venta, operaciones que resultan muy comunes y ventajosas en mercados bursátiles. A continuación pasaremos a explicar cómo es que las modificaciones a nuestra legislación del IR generarán una serie de contingencias tributarias cuando los operadores del mercado bursátil decidan realizar estas operaciones.

Las operaciones *Day Trade* compra venta no son otra cosa que una estrategia de negociación. Dicha estrategia de negociación es aquella que “es utilizada en el mercado contado con acciones y valores representativos de derechos sobre acciones que permite a un comitente vender los valores comprados durante una misma Sesión de Rueda, con



Trabajo de investigación IUS ET VERITAS

el fin de obtener ganancias o limitar pérdidas durante dicha Sesión, como consecuencia de las fluctuaciones de los precios de los valores⁽¹³⁾.

En ese sentido, es importante tener en cuenta que para que las transacciones realizadas por un comitente sean consideradas como parte de una estrategia *Day Trade* compra venta, las compras que este sujeto realice deben haber sido “precedidas por compras del mismo valor por cantidades iguales o mayores a las cantidades vendidas⁽¹⁴⁾”.

Siendo este el caso, existirán operaciones *Day Trade compra venta total* y *Day Trade compra venta parcial*. Las primeras se generarán cuando la suma de las acciones y valores representativos de derechos sobre acciones que hayan sido adquiridas sean iguales a las acciones y valores representativos de derechos sobre acciones que hayan sido vendidas a través de una Sociedad Agente de Bolsa (en lo sucesivo, SAB).

Así por ejemplo, estaremos bajo una operación *Day Trade compra venta total* cuando la Compañía, operando a través de Operadora SAB, adquiera el 24 de mayo de 2013; 100 acciones de la empresa La Logia S.A. a un valor de S/. 10.00 por acción; siendo que posteriormente, pero en la misma fecha, la Compañía vende la totalidad de dichas acciones a través de Operadora SAB, a un valor de S/.20.00 cada una. Siendo este el caso, el comitente tendrá como resultado neto la suma de S/. 1,000.00.

Por otro lado, nos encontraremos frente a la modalidad denominada *Day Trade compra venta parcial* cuando la suma de todas las acciones y valores representativos de derechos sobre acciones adquiridas de un valor por parte de un comitente sea mayor que las vendidas a través de una SAB. Siguiendo con el ejemplo anterior, se configurará la modalidad denominada *Day Trade compra venta parcial* cuando la Compañía, en vez de vender la totalidad de acciones adquiridas de La Logia S.A., venda solo una parte de aquellas.

Habiendo explicado a grandes rasgos en qué consiste el *Day Trade compra venta* debemos señalar cuáles son las ventajas que dicha operación trae a los operadores del mercado

bursátil. En ese sentido, es importante señalar que “la ventaja principal del *Day Trade compra venta* con acciones y valores representativos de derechos sobre acciones es que permite que los comitentes puedan obtener ganancias y limitar pérdidas el mismo día en que efectúan transacciones de compra de valores, vendiendo los valores producto de dichas compras en el mercado contado⁽¹⁵⁾”. Por lo tanto, podemos concluir señalando que la modalidad *Day Trade compra venta* no solo resulta siendo ventajosa sino que, además, es usada de forma regular por los operadores del mercado bursátil.

Es importante tener en cuenta, como hemos demostrado en nuestros ejemplos, que las operaciones *Day Trade compra venta* son realizadas en una misma fecha por una persona jurídica. Entonces, podemos observar que este mecanismo colisiona con la Norma Antielusiva Específica, debido a que la adquisición y venta de las acciones implicadas se da en el plazo *castigado* por la norma. Por lo tanto, nos preguntamos: ¿Resulta o no de aplicación esta Norma Antielusiva Específica frente a las operaciones *Day Trade compra venta*?

Para responder esta pregunta, debemos tener en cuenta que la regulación de la figura denominada *wash sales* introducida por el Decreto Legislativo, no establece supuesto de excepción alguno. Por lo tanto, es lógico concluir que los mecanismos denominados *Day Trade compra venta* no constituyen una excepción frente a la regla creada por la Norma Antielusiva Específica. Siendo este el caso, si alguien decide realizar dichas operaciones, entonces las pérdidas que estas generen no serán deducibles y además deberán ser añadidas al costo computable de los valores en cuestión.

(13) Citado por MUÑOZ SALGADO, Silvia. En: *Análisis Tributario*. Lima: Análisis Tributario, 2012.

(14) *Ibidem*.

(15) *Ibidem*.

Desconociendo la pérdida por enajenación de valores: la regulación en la Ley del Impuesto a la Renta de las operaciones conocidas como *wash sales*

Prohibited deduction of losses on sales of securities: the new wash sale rule in Peruvian Income Tax Law

De la misma opinión resulta Silvia Muñoz, quien sostiene que la aplicación de la Norma Antielusiva Específica genera que las pérdidas que a través de este mecanismo se generen no sean deducibles y además que su importe sea añadido al valor de los valores adquiridos:

“De acuerdo a la definición anterior, si una persona jurídica (una Sociedad Agente de Bolsa, por ejemplo) ejecuta operaciones *day trade* y realiza compras de un valor mobiliario determinado y luego realiza ventas de los valores adquiridos (asumiendo que todo ocurre en el mismo día), teniendo en cartera otros del mismo tipo y características, y en la mencionada estrategia realizara pérdidas, estas no serán deducibles debiendo añadirse su importe al costo de los valores adquiridos”⁽¹⁶⁾.

Es bastante claro que la Norma Antielusiva Específica elimina los principales beneficios que generan la aplicación del mecanismo denominado *Day Trade* compra venta. En este contexto, consideramos que dicha norma constituye una real amenaza frente a dicho mecanismo de operación bursátil. Por las razones señaladas, su aplicación frente a las operaciones *Day Trade* compra venta nos genera una serie de dudas que necesitamos compartir debido a que deberán ser respondidas por especialistas en otras ramas del Derecho, legisladores o por los participantes del mercado bursátil: ¿Habrà pensado el legislador en las consecuencias que generará la Norma Antielusiva Específica en el mercado bursátil? ¿Desaparecerán en la práctica de forma definitiva las operaciones *Day Trade* compra venta? ¿Surgirá alguna norma en el futuro que corrija este aparente error legislativo?

En relación con todas las precisiones hechas anteriormente y teniendo en cuenta que la propia Exposición de Motivos hace referencia a la legislación norteamericana, llama la atención la regulación que el *Internal Revenue Code* le da a la operaciones conocidas como *wash sales*.

En este caso, la Sección 1091 y su respectiva reglamentación hacen una salvedad que no se encuentra presente en nuestra norma y que, de estarlo, hubiera evitado el problema de las operaciones *Day Trade* compra venta.

En efecto, resulta importante indicar que el Código estadounidense, en su Sección 1091, excluye de la aplicación de la norma antielusiva a todo contribuyente que se dedique a la comercialización de valores mobiliarios y cuya pérdida obtenida se haya generado *en el ordinario curso del negocio*. De manera inexplicable, dicha precisión no fue considerada por el legislador peruano, dando como resultado lo indicado líneas arriba: las operaciones *Day Trade*, efectuadas en Bolsa, las cuales pueden generar pérdidas y ganancias en periodos cortos de tiempo como consecuencia de las actividades normales del negocio, también podrían ser consideradas como una actividad elusorias en nuestro país.

5. Conclusiones

A través del Decreto Legislativo 1112 se ha incorporado una norma antielusiva específica en la Ley del IR a fin de combatir las operaciones conocidas en la doctrina como *wash sales*.

La norma mencionada presume sin admitir prueba en contrario que cuando un contribuyente genera una pérdida por enajenación de valores mobiliarios y dentro de los treinta días posteriores adquiere valores del mismo tipo, dicha operación se realiza con el fin de generar una pérdida ficticia, razón por la cual restringe su deducción para efectos de determinar la base imponible del Impuesto a la Renta.

La presunción mencionada se aplica también al caso en el cual un contribuyente adquiere valores mobiliarios y dentro de los treinta días posteriores enajena valores del mismo tipo generando una pérdida por dicha enajenación, siempre que no venda la totalidad de los valores del mismo tipo que mantiene en propiedad.

(16) *Ibidem*.



Trabajo de investigación IUS ET VERITAS

La Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1112 señala que se ha tomado como referencia a las legislaciones de Estados Unidos, Canadá, Australia y Reino Unido a fin de establecer una medida para combatir la generación de pérdidas artificiales a través de las operaciones conocidas como *wash sales*. Sin embargo, dichas legislaciones determinan modelos distintos de combatir las operaciones mencionadas que van desde la incorporación de una norma antielusiva específica muy similar a la de nuestro ordenamiento hasta la incorporación de una norma antielusiva general.

La exposición de motivos mencionada no explica por qué, además de haberse incorporado una norma antielusiva general a través de la cual podría combatirse la generación de pérdidas artificiales a través de las operaciones conocidas como *wash sales*, se ha incluido también una norma antielusiva específica. Al respecto, el documento mencionado no proporciona información respecto a la frecuencia, magnitud de los perjuicios causados al fisco o cualquier otra razón que demuestre la necesidad de establecer una presunción absoluta que imposibilita a los contribuyentes acreditar que su actuación se debió a razones económicas u otras de índole no tributaria.

La omisión antes mencionada es grave teniendo en cuenta que tal como reconoce la propia exposición de motivos, “*no toda enajenación en la cual se derive pérdida de capital es per se sinónimo de una estrategia de evasión fiscal*”.

Al respecto, consideramos que en tanto un modelo de basado en una norma antielusiva general resultara idóneo para combatir la generación de pérdidas artificiales en el caso de las *wash sales*, no debería incorporarse adicionalmente una norma antielusiva específica. Lo expuesto resulta lógico en tanto la inclusión de una norma antielusiva general implica por sí misma un recorte a la seguridad jurídica.

En tanto el legislador ha optado por incorporar una norma antielusiva específica cuya naturaleza es la de una presunción que no admite prueba en contrario, en el caso de dichas operaciones la Administración Tributaria no requiere probar el carácter artificial o impropio de la operación o que la misma se haya realizado con la única finalidad de obtener una ventaja tributaria.

Por otro lado, el contribuyente no podrá demostrar que existen razones económicas que determinaron su actuar o incluso que la adquisición se haya producido por hechos ajenos a su voluntad. Conforme a lo mencionado, en determinados casos se podrá llegar a situaciones en las que se deniegue a los contribuyentes la posibilidad de reconocer pérdidas generadas por razones inherentes al riesgo de operar en el mercado, con lo cual se estaría afectando su capacidad contributiva.

Uno de los requisitos que debe presentarse a efectos de aplicar la Norma Antielusiva Específica es que la operación realizada implique la adquisición de valores mobiliarios del mismo tipo. Al respecto, la definición establecida en la Ley del Impuesto a la Renta resulta bastante genérica y deja muchas preguntas por resolver, puesto que considera como un requisito que los valores mobiliarios correspondan *al mismo emisor*.

En tanto no se incorpore una definición en el reglamento, o en caso éste no llegara a precisar lo antes expuesto, consideramos que, en aplicación de la Norma IX del Código Tributario, se podrá recurrir a lo dispuesto por la Ley General de Sociedades, a fin de conocer cuándo determinados valores mobiliarios corresponden a un *mismo emisor*.

Conforme a una interpretación literal, el supuesto de hecho comprendido por la norma antielusiva es la adquisición de valores del mismo tipo a aquellos cuya enajenación genera pérdida y la adquisición de opciones de compra sobre los mismos. En este sentido, otras operaciones, como por ejemplo la celebración de un compromiso de adquisición de valores, no gatilla la aplicación de ésta en virtud del principio de legalidad.

Bajo el mismo tipo de interpretación, la nueva norma antielusiva tampoco resulta aplicable a los casos en los que la adquisición de

Desconociendo la pérdida por enajenación de valores: la regulación en la Ley del Impuesto a la Renta de las operaciones conocidas como *wash sales*

Prohibited deduction of losses on sales of securities: the new wash sale rule in Peruvian Income Tax Law

valores del mismo tipo a aquellos cuya enajenación generó una pérdida de capital se realiza treinta y cinco días antes o después de las operaciones que generaron la pérdida de capital.

Sin embargo, nada obsta a que en dichos supuestos la Administración Tributaria considere de aplicación la Norma XVI recayendo en ella la carga de probar si la operación fue realizada con la única finalidad de obtener una ventaja tributaria o el carácter artificial o impropio que esta pudiera tener.

A manera de ejemplo, citamos el caso *Shoenberg v. Commissioner of Internal Revenue*, en el cual la Corte de Apelación de Estados Unidos analizó el caso de un contribuyente que poseía una serie de acciones en diferentes empresas. Este contribuyente vendió estas acciones obteniendo una pérdida deducible y posteriormente –después del plazo de treinta días a los que hace referencia la norma norteamericana conocida como *wash sale rule*- volvió a adquirir estas acciones a través de una empresa en la que poseía más del 70% del accionariado (su vinculada).

En dicho caso, la corte americana, aplicando el principio *tax law deals with realities*, establecido por la jurisprudencia decidió declarar que la pérdida que había obtenido el contribuyente no era deducible en la medida en la que se había comprobado que la intención de dicho contribuyente era generar una pérdida ficticia.

Las operaciones conocidas como *Day Trade* compra venta son comunes en el mercado

bursátil. A través de estas operaciones, un comitente puede vender los valores comprados durante una misma Sesión de Rueda, con el fin de obtener ganancias o limitar pérdidas durante dicha sesión, como consecuencia de las fluctuaciones de los precios de los valores.

Conforme ha sido rectada la nueva norma antielusiva, realización de las operaciones antes mencionadas gatillarían su aplicación. Ello resulta contradictorio en tanto la generación de pérdidas por enajenación de valores en dicho tipo de operaciones, resulta como consecuencia del riesgo inherente de operar en el mercado bursátil y no por existir una intención de generar una pérdida artificial. Por lo antes mencionado, resulta criticable que la nueva norma antielusiva no haya previsto una excepción para dicho tipo de operaciones.

A través de una comparación entre la norma antielusiva incorporada a nuestro ordenamiento y su similar norteamericana, precursora en la regulación de las *wash sales*, podemos concluir lo siguiente:

La norma peruana considera como supuestos de hecho que gatillan la aplicación de la nueva norma antielusiva únicamente la adquisición de valores mobiliarios u opciones de compra sobre los mismos del mismo tipo de aquellos que generaron pérdida por enajenación de valores, a diferencia de la norma estadounidense que comprende como supuesto de hecho que el contribuyente entre en un contrato u opción para adquirir dichos valores⁽¹⁷⁾. En este sentido, la nueva norma antielusiva no incluye dentro de su ámbito de aplicación a muchos supuestos sí comprendidos en su similar norteamericana.

Por otro lado, a diferencia de su similar norteamericana, la nueva norma antielusiva incluye dentro de su ámbito de aplicación a las operaciones conocidas como *Day Trade* compra venta con lo cual la norma podría tener un impacto negativo en el mercado de valores en tanto la reglamentación de la misma no restrinja su aplicación en el caso de dicho tipo de operaciones. (17)

(17) The taxpayer has acquired (by purchase or by an exchange on which the entire amount of gain or loss was recognized by law), or has entered into a contract or option so to acquire, substantially identical stock or securities.