

LAS REDUCCIONES DE CAPITAL POR ABSORCIÓN DE PÉRDIDAS Y SUS EFECTOS EN EL COSTO COMPUTABLE DE ACCIONISTAS NO DOMICILIADOS

CAPITAL REDUCTIONS FOR LOSS ABSORPTION AND THEIR EFFECTS ON THE COMPUTABLE COST OF NON-DOMICILED SHAREHOLDERS

Pablo Antonio León Puccio *
Rebaza, Alcázar & De las Casas

Fabio Llontop Hugo **
DLA Piper

In our law system, non-domiciled individuals who decide to sell their shares in Peruvian companies must go through a certification procedure of invested capital presented to the Tax Administration. However, so far the Tax Administration has been adjusting the computable cost of shares owned by non-domiciled parties when Peruvian companies have made capital reductions to absorb losses by issuing such shares.

In this article, the authors aim to determine whether capital reductions to absorb losses should imply a crease in the computable cost of shares of Peruvian companies that are disposed of by non-domiciled parties.

KEYWORDS: capital reductions; loss absorption; shares; computable cost; non-domiciled persons.

En nuestro medio, los sujetos no domiciliados que deciden vender sus acciones de empresas peruanas deben realizar un procedimiento de certificación de capital invertido ante la Administración tributaria. Sin embargo, hasta el momento, esta ha ajustado el costo computable de las acciones de titularidad de los sujetos no domiciliados cuando las empresas peruanas emisoras de tales acciones han realizado reducciones de capital para absorber pérdida.

De este modo, la presente investigación tiene como objeto determinar si las reducciones de capital para absorber pérdidas deberían implicar una disminución del costo computable de las acciones de las empresas peruanas que son enajenadas por sujetos no domiciliados.

PALABRAS CLAVE: reducciones de capital; absorción de pérdidas; acciones; costo computable; sujetos no domiciliados.

* Abogado. Estudios de postgrado en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Asociado sénior de Rebaza, Alcázar & De las Casas, Lima, Perú. Miembro del Instituto Peruano del Derecho Tributario (IPDT) y del Grupo Peruano de la Asociación Fiscal Inter^nacional (IFA). Contacto: pablo.leon@rebaza-alcazar.com.

** Bachiller. Asociado júnior de DLA Piper Perú, Lima, Perú. Contacto: flontop@dlapiper.pe.

Nota del editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Editorial de THEMIS-Revista de Derecho el 21 de noviembre de 2019, y aceptado por el mismo el 2 de marzo de 2020.

I. INTRODUCCIÓN

Con frecuencia, inversionistas extranjeros, como personas naturales o jurídicas no domiciliadas, deciden adquirir acciones de empresas peruanas para canalizar sus inversiones en el país. La adquisición de las acciones por parte de los sujetos no domiciliados suele realizarse bajo distintas modalidades, tales como la compra de acciones, aportes en el capital, capitalizaciones de créditos o capitalizaciones de utilidades, entre otras.

Después, si los sujetos no domiciliados deciden enajenar sus acciones adquiridas en las empresas peruanas, la ganancia de capital que se pueda haber generado se encontrará gravada con el Impuesto a la Renta (en adelante, IR) por tratarse de una renta de fuente peruana¹. Dicha ganancia de capital será aquel beneficio que se obtiene cuando el valor de mercado de las acciones resulte superior a su costo computable. En ese sentido, determinar a cuánto asciende el importe correspondiente de cada uno de esos conceptos conforme a las disposiciones previstas en la Ley del Impuesto a la Renta (en adelante, LIR) y su Reglamento, resulta de extrema importancia para establecer si existe una ganancia de capital susceptible de ser gravada con el IR.

Cabe señalar que, en el caso de sujetos no domiciliados, estos deben realizar un procedimiento de certificación de capital invertido ante la Administración tributaria, a fin de que se les autorice el importe del costo computable que podrán deducir contra el valor de mercado de las acciones en la determinación de la ganancia de capital. Nótese que los sujetos no domiciliados no podrán recibir ningún pago por la venta de acciones antes de que obtengan la certificación de capital invertido.

Obtener dicha certificación tiene efectos tributarios significativos. Ello en tanto que, de no realizarse el procedimiento o de recibirse un pago previo a la obtención del certificado de capital invertido, los sujetos no domiciliados no podrán deducir el costo computable. Como consecuencia de ello, la ganancia de capital gravada con el IR será íntegramente el valor de mercado de las acciones.

Ahora bien, es importante señalar que la Administración tributaria viene ajustando (disminuyendo) el costo computable de las acciones de titularidad de sujetos no domiciliados durante el procedimiento de certificación de capital invertido. Espe-

cíficamente, en el momento en que las empresas peruanas emisoras de tales acciones efectúan reducciones de capital para absorber pérdidas, en virtud de lo previsto por la Ley General de Sociedades (en adelante, LGS) al respecto.

En ese contexto, el presente trabajo plantea analizar si las reducciones de capital para absorber pérdidas –sea que involucren la amortización de acciones o la disminución del valor nominal– deberían implicar una disminución del costo computable de las acciones de las empresas peruanas que son enajenadas por sujetos no domiciliados. Ello, en la medida en que estas últimas no reciben restitución alguna de su inversión realizada en el país.

II. REDUCCIONES DE CAPITAL POR ABSORCIÓN DE PÉRDIDAS SEGÚN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES

De conformidad con lo establecido en el artículo 220 de la LGS, la reducción de capital será obligatoria para las sociedades peruanas cuando, en más de un ejercicio, las pérdidas hubieran disminuido el capital en más del cincuenta por ciento. En efecto, la norma señala expresamente lo siguiente:

Artículo 220.- Reducción obligatoria por pérdidas
La reducción del capital tendrá carácter obligatorio cuando las pérdidas hayan disminuido el capital en más del cincuenta por ciento y hubiese transcurrido un ejercicio sin haber sido superado, salvo cuando se cuente con reservas legales o de libre disposición, se realicen nuevos aportes o los accionistas asuman la pérdida, en cuantía que compense el desmedro (Ley 26887, 1997).

Conforme se desprende de la disposición citada, cuando las pérdidas provoquen la disminución del capital en más del cincuenta por ciento por más de un ejercicio, las sociedades peruanas se encuentran obligadas a realizar una reducción de capital para absorber pérdidas. Sin embargo, si es que los accionistas realizan nuevos aportes, asumen dichas pérdidas, o si es que la sociedad cuenta con reservas legales o de libre disposición, la reducción de capital no será obligatoria.

Es importante notar que, si las sociedades no toman acciones para que las pérdidas no superen el cincuenta por ciento de su capital, podrían llegar a verse incursas en la causal de disolución establecida en el inciso 4 del artículo 407 de la LGS, si es que sus pérdidas llegasen a reducir su patrimonio

¹ Salvo la ganancia de capital por la enajenación de acciones con presencia bursátil en la Bolsa de Valores de Lima, la cual está exonerada del IR hasta el 31 de diciembre de 2022, según lo establece el Decreto de Urgencia 005-2019.

neto a una cantidad inferior a la tercera parte del capital pagado. No obstante lo anterior, la empresa podría evitar dicha situación si es que las pérdidas son resarcidas o si el capital pagado es aumentado o reducido en cuantía suficiente.

Por su parte, el artículo 216 de la LGS establece que la reducción de capital determinará que se amorticen las acciones previamente emitidas o que se reduzca el valor nominal de estas, a través de los siguientes procedimientos:

Artículo 216.- Modalidades

La reducción del capital determina la amortización de acciones emitidas o la disminución del valor nominal de ellas.

Se realiza mediante:

1. La entrega a sus titulares del valor nominal amortizado;
2. La entrega a sus titulares del importe correspondiente a su participación en el patrimonio neto de la sociedad;
3. La condonación de dividendos pasivos;
- 4. El restablecimiento del equilibrio entre el capital social y el patrimonio neto disminuidos por consecuencia de pérdidas; u,**
5. Otros medios específicamente establecidos al acordar la reducción del capital (Ley 26887, 1997) [el énfasis es nuestro].

Asimismo, el artículo 217 de la LGS señala que tal reducción de capital deberá mantener ciertas formalidades, a saber:

Artículo 217.- Formalidades

El acuerdo de reducción del capital debe expresar **la cifra en que se reduce el capital, la forma cómo se realiza, los recursos con cargo a los cuales se efectúa y el procedimiento mediante el cual se lleva a cabo.**

La reducción debe afectar a todos los accionistas a prorrata de su participación en el capital sin modificar su porcentaje accionario o por sorteo que se debe aplicar por igual a todos los accionistas. Cuando se acuerde una afectación distinta, ella debe ser decidida por unanimidad de las acciones suscritas con derecho a voto.

El acuerdo de reducción debe publicarse por tres veces con intervalos de cinco días (Ley 26887, 1997) [el énfasis es nuestro].

Como se puede observar, nuestra norma societaria ha recogido diversas formas mediante las cuales se podría dar una reducción de capital. Así, se regulan formas de reducción **efectivas**, pues estas implicarán o bien la devolución de capital a los socios o, por ejemplo, la liberación de aquellos dividendos pasivos. Además, se regulan formas de reducción **nominales**, en las cuales no

existirá tal devolución de aportes o recursos a los accionistas, como ocurrirá en el caso que, como consecuencia de la obtención de pérdidas, se pretenda restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio de determinada empresa mediante la referida reducción.⁹

En relación a ello, Enrique Elías Laroza, al comentar el supuesto de las reducciones **nominales**, sostiene que “[...] este es el caso típico de la devolución meramente nominal de capital a los accionistas, pues la amortización y cancelación de acciones se realiza adjudicándoles a estos últimos las pérdidas de la sociedad” (2015, p. 759). En consecuencia, en el caso de las reducciones de capital por absorción de pérdidas, los accionistas no obtienen restitución alguna de su inversión en las sociedades peruanas, dado que aquellas pueden haber sido realizadas mediante la compra de acciones, aportes en el capital, capitalizaciones de créditos, capitalizaciones de utilidades, entre otras.

Nótese que la mencionada reducción de capital por absorción de pérdidas podrá determinar (i) que se amorticen o cancelen parte de las acciones que el accionista posee en la sociedad peruana; o (ii) que se reduzca el valor nominal de sus acciones. Esta distinción será importante a raíz de los pronunciamientos emitidos por la Administración tributaria, el Tribunal Fiscal y, recientemente, el Poder Judicial sobre este tema, como veremos con detalle más adelante.

III. REDUCCIONES DE CAPITAL POR ABSORCIÓN DE PÉRDIDAS VÍA AMORTIZACIÓN DE ACCIONES Y SU EFECTO EN EL COSTO COMPUTABLE

En relación al ámbito tributario, el artículo 20 de la LIR establece que la renta bruta será calculada a partir de la diferencia entre el ingreso neto total proveniente de la enajenación de bienes y el costo computable de los bienes enajenados (por ejemplo, acciones). Asimismo, el literal a) del artículo 21.2 de la misma norma establece que, para el caso de enajenación de acciones, el costo computable de acciones adquiridas a título oneroso será el costo de adquisición.

Sobre la base de las normas citadas, podemos considerar que el costo de adquisición de las acciones recibidas por un sujeto no domiciliado por su inversión en una empresa peruana es el importe desembolsado a efectos de tal inversión. No obstante, en el caso de una enajenación de acciones efectuada por un sujeto no domiciliado, el inciso g) del artículo 76 de la LIR ha dispuesto que este debe contar con el denominado certificado de recuperación de capital invertido emitido por la Administración

tributaria, a fin de poder reconocer el importe del costo computable de las acciones materia de enajenación. De lo contrario, el sujeto no domiciliado tendrá que tributar sobre su ingreso neto.

Así, de acuerdo con el inciso a) del artículo 57 del Reglamento de la LIR, se entenderá por recuperación de capital invertido –tratándose de la enajenación de bienes o derechos– el costo computable que se haya determinado de conformidad con lo establecido en los artículos 20 y 21 de la mencionada ley; nos referimos a las normas para la determinación del costo que ya hemos citado. En ese contexto normativo, surge la interrogante respecto de si una reducción de capital por absorción de pérdidas con amortización de acciones implicaría alguno de los siguientes efectos tributarios:

- (i) que el costo computable que detenta el accionista no domiciliado por la totalidad de sus acciones se vea reducido en el importe correspondiente a las acciones amortizadas; o,
- (ii) que el costo computable de las acciones que sean amortizadas se mantenga y sea **reasignado** a las acciones remanentes.

Al respecto, el Tribunal Fiscal se ha inclinado por considerar que una reducción de capital por absorción de pérdidas implicaría que el costo computable que detenta el accionista no domiciliado por la totalidad de sus acciones se vea disminuido en la proporción correspondiente a las acciones amortizadas. En efecto, en el marco de determinados procedimientos contenciosos vinculados a resoluciones de intendencia que fueron emitidas por la Administración tributaria sobre solicitudes de certificación para la recuperación del capital invertido en la adquisición de acciones por parte de sujetos no domiciliados, el Tribunal Fiscal emitió la Resolución 11993-4-2013, de fecha 19 de julio de 2013, la cual señala lo siguiente:

Que, en el presente caso, conforme se aprecia de la apelada y del recurso de apelación de la recurrente, tanto ésta como la Administración reconocen que la recurrente concurrió a la fusión de las empresas Samex S.A. y Dyno Nobel del Perú S.A. aportando una totalidad de USD 807,186 y como consecuencia de dicha fusión la recurrente adquirió un total de 6'389,640 acciones.

Que de fojas 17 a 20 obra la Escritura Pública de 16 de diciembre de 2003, en la que se aprecia que la empresa Dyno Nobel-Samex S.A., a fin de restablecer el equilibrio entre el capital social, **al amparo de los establecido en el numeral 4 del artículo 216 de la Ley General de Sociedades, redujo su capital como conse-**

cuencia de lo cual, la recurrente resultó siendo titular de 1'013,200 acciones.

Que estando a que la recurrente solicitó la certificación de capital que invirtió en la adquisición de las acciones que poseía en la empresa Dyno Nobel-Samex S.A., **resulta arreglado a ley que la Administración hubiese determinado el equivalente al valor de las acciones que detentaba en la citada empresa, considerando la reducción de capital, por lo que procede a confirmar la apelada.**

Que carece de sustento lo alegado por la recurrente en el sentido que debe reconocerse el monto de 6'389,640, toda vez que este monto correspondía a la totalidad de acciones que adquirió producto de la fusión, por lo que tampoco resulta atendible que se considere como costo computable la suma de USD 807,186 que es la suma equivalente a las 875, 846 acciones con las que concurrió a la fusión como se aprecia de la apelada (2013, p. 3) [el énfasis es nuestro].

Posteriormente, en esa misma línea, el Tribunal Fiscal a través de la Resolución 11733-3-2015, de fecha 3 de diciembre de 2015, mantiene su posición al indicar lo siguiente:

Que, de la copia del contrato de compraventa de 17 de junio de 2008, presentada por la recurrente, se observa que [e]sta celebró un contrato de compraventa, por la cual, se obligó a transferir a la empresa [A] (compradora) 22'731,608 acciones de los cuales era propietaria la recurrente (vendedora) en la empresa [B].

Que la recurrente aduce que el monto del capital invertido en la empresa [B] ascendió a la suma de S/ 63'939,235 y se corrobora con lo indicado en las escrituras públicas presentadas; no obstante, tal como ella misma detalla en su solicitud, dicha inversión fue para adquirir 63'939,235 acciones de un valor nominal de S/ 1.00 cada una, suma invertida en una cantidad mayor de acciones al que es materia de enajenación (22'731,608 acciones) y por las cuales solicitó la certificación antes señalada.

Que, en ese sentido, en el caso de autos, **a fin de determinar el costo computable, procedía que la Administración determinara el mismo en función al número de acciones que la recurrente mantenía en la empresa [B] y que fueron materia de enajenación, esto es, respecto de 22'731,608 acciones, tal como lo hizo; por lo que, el desconocimiento de las sumas invertidas en acciones que no constituyen objeto de venta, se encuentra ajustado a ley, y por ende procede confirmar la apelada en dicho extremo (2015, p. 3) [el énfasis es nuestro].**

Como se puede advertir de las citadas resoluciones, diversas salas especializadas del Tribunal Fiscal han sustentado su posición en el sentido de que no procede reconocer el costo tributario correspondiente al número de acciones que fueron amortizadas previamente en un proceso de reducción de capital para absorber pérdidas. El argumento es que la certificación del costo computable se debe otorgar únicamente respecto de las acciones que son materia de enajenación. Es decir, únicamente respecto de aquellas acciones que no fueron amortizadas producto del referido proceso de reducción de capital.

Nótese que la interpretación realizada por el Tribunal Fiscal se basa en una lectura literal del inciso g) del artículo 76 de la LIR y del inciso a) del artículo 57 del Reglamento de la LIR, los cuales hacen mención a la enajenación de bienes y derechos. Por lo tanto, se asume que únicamente a los bienes o derechos que existen se les puede reconocer el costo computable para efectos de emitir la certificación de capital invertido.

Lo que la jurisprudencia fiscal no ha tenido en consideración es el hecho de que la legislación tributaria solo establece la forma en que los sujetos no domiciliados pueden acceder a la deducción del costo computable a través de la recuperación del capital invertido. Sin embargo, la misma no regula la determinación de dicho costo computable, prevista en los artículos 20 y 21 de la LIR, así como en el artículo 11 de su Reglamento.

Siendo ello así, de la revisión de esas normas, se observa que el costo computable de acciones adquiridas a título oneroso será el costo de adquisición, entendido como la contraprestación pagada por el bien adquirido y los costos incurridos con motivo de su compra. Así, por ejemplo, el costo de adquisición de acciones podrá ser el precio pagado por la compra, el valor nominal en el caso de capitalizaciones de créditos o utilidades, así como el valor del aporte más primas en los casos de aumentos de capital.

De este modo, el costo computable será el importe invertido por el sujeto no domiciliado en la adquisición de acciones de empresas peruanas. Dicho costo deberá permanecer inalterable, a pesar de que el número de acciones que este detenta hubiera disminuido producto de una amortización. En otras palabras, siempre y cuando dicha amortización de acciones no hubiera implicado una restitución de su inversión –como, por ejemplo, una reducción de capital por devolución de aportes– el costo computable se mantendrá conforme a lo previsto líneas arriba.

Asimismo, debemos mencionar que las normas que regulan el costo computable no contienen ninguna limitación o restricción en relación a que el costo computable deba corresponder exclusivamente a las acciones existentes que serán enajenadas. Por tanto, en nuestra opinión, el costo de adquisición siempre debe permanecer inalterable, salvo que el accionista no domiciliado hubiera recibido una restitución de su inversión en el país.

Sobre el particular, resulta importante mencionar que una reciente sentencia del 16 de septiembre de 2019, emitida por la Sexta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo (Sub Especialidad en Temas Tributarios y Aduaneros) de la Corte Superior de Justicia de Lima (en adelante, la Sala), recaída en el Expediente 07210-2016 ha confirmado, en segunda instancia, la nulidad de la Resolución 11733-3-2015 del Tribunal Fiscal.

La sentencia resolvió confirmar la decisión contenida en una resolución de intendencia de la Administración tributaria, en la cual se autorizó la emisión de la certificación para efectos de la recuperación de capital invertido, descontando del costo computable un reparo derivado de las reducciones de capital por absorción de pérdidas de la empresa peruana.

Como apuntamos anteriormente, en un caso de recuperación de capital invertido realizado por un sujeto no domiciliado, la Resolución 11733-3-2015 del Tribunal Fiscal confirmó que la reducción de capital con amortización de acciones para absorber pérdidas provoca la disminución del número de las acciones originalmente poseídas por el accionista. Es por ello que, en caso se enajenaran las acciones remanentes, no se podría reconocer como parte del costo computable de aquellas, el costo de adquisición de las acciones amortizadas, al no ser estas objeto de enajenación. Posteriormente, en la vía judicial, el sujeto no domiciliado obtuvo resultados favorables a su causa tanto en primera como segunda instancia.

Es interesante traer a colación la interpretación realizada por la Sala al analizar el caso, ya que ha considerado que los sujetos no domiciliados tendrán derecho a mantener como costo computable el valor de adquisición de las acciones, sin que dicho costo deba verse disminuido o alterado por la reducción de capital para absorber pérdidas que tuvo como consecuencia la reducción del número de acciones. En efecto, en la parte considerativa de la sentencia, la Sala ha señalado expresamente lo siguiente:

De una interpretación sistemática de las normas precisadas [Artículo 20 y numeral a) del artículo 21.1 de la LIR] en los considerandos

que anteceden, se infiere que en el caso que nos ocupa, el costo de adquisición de las acciones obtenidas en Scania Perú S.A., fue por la suma de S/ 63'939,235 nuevos soles, conforme al detalle señalado en el quinto considerando; **siendo que la reducción del capital a la que se estuvo compelida como consecuencia de las pérdidas generadas, en modo alguno enerva el monto efectivamente aportado** en Scania Perú S.A. En tal sentido, el costo computable aludido no debe ser variado, debido a que las disposiciones legales no establecen un tratamiento diferenciado; procediendo a un ajuste contable y a la amortización de acciones que representen el capital social después de haber efectuado la reducción a que hubiere lugar. Siendo así, **las personas no domiciliadas tendrán derecho a mantener como costo computable el valor de adquisición de las acciones, sin que dicho costo deba verse disminuido o alterado por la reducción del capital invertido y que trajo como consecuencia la reducción del número de acciones** (2019, pp. 10-11) [el énfasis es nuestro].

A partir de la interpretación expuesta en los considerandos de la sentencia, la Sala concluye lo siguiente:

Finalmente, determinando que el costo computable es el monto efectivamente invertido al adquirir las acciones pagadas en Scania Perú S.A., la reducción de capital por amortización obligatoria de acciones, no implica restitución alguna del patrimonio primigeniamente invertido; por lo tanto, **procede que el Certificado de Capital Invertido corresponda al monto pagado y debidamente acreditado por las acciones adquiridas, aun cuando éstas después se hayan visto reducidas en número como consecuencia de su amortización** (2019, p. 11) [el énfasis es nuestro].

Así, de acuerdo al razonamiento seguido por la Sala, las reducciones de capital por absorción de pérdidas vía amortización de acciones no deben disminuir, de modo alguno, el costo computable de las acciones inicialmente adquiridas. Ello, aun cuando su número se hubiera reducido, puesto que no ha existido ninguna restitución a los accionistas no domiciliados por la inversión realizada.

Un aspecto adicional que vale la pena destacar es que la Sala ha ordenado a la Administración tributaria que emita el certificado de capital invertido, reconociendo el costo computable sin ninguna disminución por la reducción de capital por absorción

de pérdidas. En ese sentido, de quedar firme la sentencia o de ser confirmada por la Corte Suprema ante un eventual recurso de casación, la Administración tributaria deberá cumplir con emitir una resolución de intendencia, que certifique el costo computable en los términos dispuestos por la sentencia de vista.

Ello, sería positivo para sujetos no domiciliados que se encuentren en la misma situación y requieran de una certificación de capital invertido para enajenar sus acciones. Pues, si bien la decisión judicial comentada no es vinculante en sede administrativa, al existir una resolución de intendencia que reconoce el costo computable sin ninguna disminución por la reducción de capital, sería esperable que la Administración tributaria pueda evaluar mantener el mismo resultado para otros contribuyentes que inicien el procedimiento en el futuro.

En atención a lo expuesto, consideramos adecuada la posición adoptada por la Sala, ya que realiza una correcta interpretación de los artículos de la LIR que regulan la determinación de costo computable en el caso de acciones. Asimismo, al no existir una restitución de la inversión realizada por el sujeto no domiciliado, guarda total sentido que la reducción de capital por absorción de pérdidas no disminuya el costo computable de las acciones inicialmente adquiridas, aun cuando su número se hubiera reducido.

En cambio, no compartimos la posición adoptada por el Tribunal Fiscal, toda vez que se pretende exigir a los contribuyentes el cumplimiento de un requisito que no se desprende de los artículos de la LIR que regulan el costo computable; esto es, que solo se puede atribuir costo computable a las acciones (remanentes) que son objeto de la enajenación, vulnerando de este modo el principio de legalidad².

Cabe resaltar que el criterio de la Sala fue el mismo al que se arribó por unanimidad en las XI Jornadas Nacionales de Derecho Tributario, llevadas a cabo en el año 2010. En efecto, la resolución del 8 de abril de 2011 recomendó que, en el caso de accionistas domiciliados en el país que no generan rentas de tercera categoría y de sujetos no domiciliados, la reducción de capital por absorción de pérdidas no debía originar la disminución del costo computable de las acciones (Instituto Peruano de Derecho Tributario, 2011).

Otro asunto importante que podría contribuir a la posición comentada es el hecho de que los sujetos

² Para estos efectos, el principio de legalidad es entendido en el ámbito aplicativo respecto del sometimiento de la administración ante la ley. También conocido como principio de legalidad administrativa o de preeminencia de la ley.

no domiciliados no pueden reconocer una pérdida tributaria por el detrimento en su patrimonio producto de las reducciones de capital por absorción de pérdidas vía amortización de acciones. Ello pues, en el caso de sujetos titulares de acciones de empresas peruanas, que además sean domiciliados en el país y generadores de rentas de tercera categoría, resulta discutible que puedan reconocer una pérdida tributaria originada por la reducción de capital por absorción de pérdidas, sea inmediatamente de producida la amortización de acciones o diferida con la deducción del costo computable en una eventual transferencia de acciones³.

De esa manera, bajo cualquiera de las opciones planteadas, los sujetos no domiciliados generadores de renta de tercera categoría no pierden tributariamente la posibilidad de reconocer el detrimento generado en su patrimonio al no tener ningún retorno de su capital invertido.

No obstante, los sujetos no domiciliados que son accionistas de empresas peruanas no tienen la posibilidad de reconocer pérdidas tributarias, por lo que, únicamente, les restaría la deducción del costo computable en una eventual transferencia de las acciones. Si se les niega dicha posibilidad, desde el punto de vista económico, se le estaría causando un doble perjuicio a los sujetos no domiciliados, ya que no recuperan parte de su capital invertido en el país y, a su vez, no se les permite reconocer ninguna pérdida ni costo computable para efectos fiscales por las acciones amortizadas.

IV. REDUCCIONES DE CAPITAL POR ABSORCIÓN DE PÉRDIDAS VÍA REDUCCIÓN DEL VALOR NOMINAL DE ACCIONES Y SU EFECTO EN EL COSTO COMPUTABLE

Con relación a este punto, cabe notar que, mediante el Informe 198-2009-SUNAT/2B0000, de 23 de setiembre de 2009, la Administración tributaria se pronunció respecto de la determinación del costo incurrido en la adquisición de acciones de una empresa domiciliada efectuada por un contribuyente no domiciliado. En estricto, se analizó si correspondía descontar la reducción de capital por pérdidas acumuladas de dicha empresa, emitiéndose el siguiente criterio:

De las normas glosadas anteriormente, se aprecia que, para fines de la recuperación del capital invertido en la adquisición a título oneroso de acciones por parte de sujetos no do-

miliados en el país, se deberá deducir el costo de adquisición, entendiéndose por tal a la contraprestación pagada por dichas acciones, además de los gastos a que hace referencia el numeral 1 del artículo 20 del TUO de la Ley del Impuesto a la Renta.

Asimismo, puede observarse que **dichas normas no han previsto un tratamiento especial para el cálculo del capital invertido cuando, producto de las pérdidas generadas por una sociedad, esta efectúa la reducción de su capital social, y como consecuencia de ello se reduce también el valor nominal de las acciones** que expresan dicho capital.

En ese sentido, y **al no haberse establecido algún tratamiento particular para la situación descrita en el párrafo anterior, el sujeto no domiciliado que adquirió a título oneroso las acciones que son materia de enajenación tendrá derecho a deducir a título de recuperación del capital invertido el costo de adquisición de tales acciones**, conforme a lo establecido en el numeral 21.2 del artículo 21 del TUO de la Ley del Impuesto a la Renta (Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, 2009) [el énfasis es nuestro].

Como se observa, la Administración tributaria concluyó que la reducción de capital –aunque vía reducción del valor nominal de acciones, y no mediante la amortización de las mismas– producto de la absorción de pérdidas, no determina que se disminuya el costo computable de aquellas.

Ahora bien, mediante el Decreto Supremo 275-2013-EF se incorporó el último párrafo del inciso e) del artículo 11 del Reglamento de la LIR. Así, se precisó que si el producto de una reducción de capital bajo alguno de los supuestos regulados en los artículos 215 al 220 de la LGS –incluidas aquellas reducciones realizadas para absorber pérdidas– se reducía el valor nominal de cada acción, ello conllevaría a una disminución en el costo computable de cada acción.

Al respecto, la Exposición de Motivos del referido Decreto Supremo sostuvo que el problema que existía era que el Reglamento de la LIR no consideraba un procedimiento para determinar el Costo Promedio Ponderado (en adelante, CPP) de las acciones o participaciones que otorgan iguales derechos en caso se produzca una reducción de capital. Este supuesto –también regulado por la LGS–, al

³ Mediante la Resolución 12596-3-2009, el Tribunal Fiscal ha adoptado el criterio de que la deducción de pérdidas producto de la reducción de capital se hará efectiva una vez que esta se vuelva irrecuperable e irreversible, lo cual no queda acreditado cuando se trata de una empresa en marcha, inclusive si dicha pérdida es efectuada mediante la amortización de acciones.

igual que como ocurre en un aumento de capital, debería afectar el cálculo del CPP, toda vez que modifica el valor nominal de las acciones o participaciones.

De lo anterior se desprende que la modificación del Reglamento de la LIR fue incluida para dejar expresa constancia de que todas las reducciones de capital previstas en la LGS que impliquen una reducción de valor nominal de las acciones deberían disminuir su costo computable al momento de realizar el cálculo del CPP. Nótese que hasta antes de dicha modificación existía la posibilidad de interpretar que el costo computable se mantenía, pues todas las acciones seguían existiendo, situación que no ocurre en el supuesto de la amortización de acciones.

En este sentido, resulta discutible que el criterio expresado por la Administración tributaria en el informe 198-2009-SUNAT/2B0000 continúe vigente tras la modificación introducida por el Decreto Supremo 275-2013-EF al Reglamento de la LIR. La premisa de dicho pronunciamiento giraba en torno a la inexistencia de un tratamiento particular en las normas tributarias para el caso de la reducción de capital para absorber pérdidas vía reducción del valor nominal, criterio que actualmente ha cambiado a raíz de la introducción de la norma comentada.

Ahora bien, consideramos que se debería interpretar que las reducciones de capital comprendidas en el inciso e) del artículo 11 del Reglamento de la LIR, serían únicamente aquellas que originan una restitución o devolución de la inversión a los accionistas, como es el caso de las reducciones de capital vía disminución de valor nominal para devolver aportes a los socios. En cambio, en las reducciones de capital vía disminución del valor nominal de las acciones para absorber pérdidas, las cuales no implican ninguna restitución o devolución de la inversión a los socios, no habría razón para que se origine una disminución en el costo computable.

Bajo nuestro punto de vista, esta interpretación sería consistente con el artículo 20 y el numeral a) del artículo 21.1 de la LIR, los cuales prevén que el costo computable de acciones adquiridas a título oneroso será su costo de adquisición. Siendo ello así, dicho costo de adquisición debería de mantenerse inalterable, en tanto la inversión no hubiera retornado a los accionistas no domiciliados.

Adicionalmente a ello, si extrapolamos el caso de la amortización de acciones para absorber pérdidas al caso de la disminución de valor nominal de las acciones con el mismo objetivo, podemos encontrar que el motivo que respalda el hecho de que

no se disminuya el costo computable, en el primer caso, es que los sujetos no domiciliados no reciben restitución alguna de su inversión en el país. Esto ocurre exactamente igual en el segundo caso. En otras palabras, no habría razón para que se tengan efectos tributarios distintos en ambos casos.

Sobre este extremo, cabe destacar lo mencionado por Humberto Astete Miranda, quien indica que

[...] no habría por lo demás una razón valedera para establecer un tratamiento diferenciado entre ambas situaciones. En esencia, la única distinción entre ellas radica en que, en un caso, la sociedad emisora decidió reflejar la reducción del capital mediante una disminución del valor nominal de los títulos y, en el otro, vía la amortización de alguno de ellos. Ambos caminos, como hemos visto, son admitidos por nuestra legislación societaria y tienen como propósito concretar un mismo hecho jurídico: la reducción de capital (en el supuesto analizado, con el propósito de cubrir pérdidas). En ambos escenarios, consecuentemente, el costo de la inversión debiera seguir siendo el mismo (2010, p. 23).

En este sentido, consideramos que el inciso e) del artículo 11 del Reglamento de la LIR debería ser aplicable a todo tipo de reducciones de capital, salvo a aquellas reducciones de capital vía disminución del valor nominal de las acciones para absorber pérdidas, ya que, de lo contrario, se estaría disminuyendo el costo computable a sujetos no domiciliados que no han recibido ninguna restitución de su inversión. Sin embargo, dado que del texto de la norma reglamentaria no se desprende expresamente eso, consideramos que sería importante que se realice una precisión en el Reglamento de LIR, a fin de excluir expresamente a las reducciones de capital por absorción de pérdidas.

V. CONCLUSIONES

Como hemos observado a lo largo del presente trabajo, existe una controversia respecto de cuál es el efecto tributario sobre el costo computable que conlleva una reducción de capital por absorción de pérdidas, sea bajo la modalidad de amortización de acciones o disminución del valor nominal. En esa línea, hemos advertido que el Tribunal Fiscal y el Poder Judicial tienen pronunciamientos opuestos sobre los efectos que las reducciones de capital por absorción de pérdidas vía amortización de acciones tienen sobre el costo computable de accionistas no domiciliados.

Asimismo, hemos analizado la vigencia del pronunciamiento de la Administración tributaria respecto de los efectos de las reducciones de capital por ab-

sorción de pérdidas vía disminución del valor nominal de las acciones, a la luz de la modificación incorporada en el Reglamento de la LIR en el año 2013.

Sobre la base del análisis desarrollado del presente tema, nuestras conclusiones son las siguientes:

- Las normas que establecen las reglas para la determinación del costo tributario de acciones no contemplan ningún ajuste que sea producto de una reducción de capital vía amortización de acciones, por lo que dicho costo deberá mantenerse. Así, el costo tributario de las acciones no se ve modificado ante la desaparición de determinado número de ellas, a menos que la inversión desaparezca, produciéndose una suerte de distribución de dicho costo entre las acciones remanentes.
- Dicha posición ha sido compartida por una reciente sentencia del Poder Judicial, la cual de quedar consentida o confirmada en una posterior casación, obligaría a la Administración tributaria a emitir una resolución de intendencia que certifique el costo computable sin ningún ajuste, lo que generaría un precedente relevante a nivel administrativo para otros sujetos no domiciliados en la misma situación y que inicien un procedimiento de certificación de capital invertido.
- Sería discutible que el pronunciamiento emitido por la Administración tributaria mediante Informe 198-2009-SUNAT/2B0000 continúe vigente luego de la modificación al Reglamento de LIR del año 2013, puesto que ya habría una regla específica que regula la determinación del costo computable cuando ocurre una reducción de capital para absorber pérdidas vía disminución del valor nominal de las acciones.
- Consideramos que el inciso e) del artículo 11 del Reglamento de la LIR debería ser interpretado de conformidad con el artículo 20 y numeral a) del artículo 21.1 de la LIR y, en consecuencia, ser aplicable a todo tipo de reducciones de capital vía disminución de valor nominal, salvo aquellas reducciones de capital vía disminución del valor nominal de las acciones para absorber pérdidas. Sin embargo, tal y como está redactada la norma reglamentaria, todos los supuestos de reducciones de capital vía disminución del valor nominal previstos en la LGS originarían

una disminución del CPP, situación que debería ser corregida en una eventual modificación al Reglamento de la LIR. ■

REFERENCIAS

Astete Miranda, H. (2010). Reducción de capital para cubrir pérdidas. Aspectos fiscales involucrados. *XI Jornadas Nacionales de Derecho Tributario*. Lima: Instituto Peruano de Derecho Tributario.

Elías Laroza, E. (2015). *Derecho Societario Peruano: La Ley General de Sociedades del Perú*. Lima: Gaceta Jurídica.

Instituto Peruano de Derecho Tributario (2011). Resolución de las XI Jornadas Nacionales de Derecho Tributario: Incidencia del Impuesto a la Renta en las Operaciones Societarias. Recuperado de <https://www.ipdt.org/resolucion-de-las-xi-jornadas-nacionales-de-derecho-tributario-incidencia-del-impuesto-a-la-renta-en-las-operaciones-societarias/>.

Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria. Informe 198-2009-SUNAT/2B0000, del 23 de setiembre de 2009.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Corte Superior de Justicia de Lima [Perú]. Sexta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Sub Especialidad en Temas Tributarios y Aduaneros. Resolución 37, del 16 de setiembre de 2019.

Decreto Supremo 179-2004-EF. Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta. Diario Oficial *El Peruano*, 8 de diciembre de 2004.

Decreto Supremo 275-2013-EF. Decreto Supremo que modifica el Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta aprobado por Decreto Supremo 122-94-EF y normas modificatorias. Diario Oficial *El Peruano*, 6 de noviembre de 2013.

Ley 26887. Ley General de Sociedades. Diario Oficial *El Peruano*, 5 de diciembre de 1997.

Tribunal Fiscal [Perú]. Resolución 11993-4-2013, del 19 de julio de 2013.

Resolución 11733-3-2015, del 3 de diciembre de 2015.