



XI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO TRIBUTARIO

INCIDENCIA DEL IMPUESTO A LA RENTA EN LAS OPERACIONES SOCIETARIAS

13 - 14 Diciembre 2010

PONENCIA GENERAL

César Talledo Mazú^(*)

PRESENTACIÓN

Las operaciones societarias, llámense, la reducción o el aumento de capital, la adquisición de acciones por la sociedad, las reorganizaciones, la distribución de dividendos, entre otras, suscitan múltiples cuestiones tributarias que no hallan respuesta en la normativa actual del Impuesto a la Renta. De allí que se justifique el examen de sus posibles efectos tributarios más allá de los previstos en la legislación vigente. Se ha pretendido en estas jornadas, realizar esa tarea. Resultado de ese cometido son las dieciocho ponencias individuales presentadas. En la mayoría de los temas, se han presentado no menos de dos y en algunos hasta cuatro ponencias. Una característica que aflora a poco que uno se interna en su lectura, es la contraposición de pareceres sobre una gran variedad de asuntos. Las buenas razones acompañan a unas y otras posiciones. Se tiene así la sensación intensa de inseguridad jurídica en torno a los efectos tributarios de las operaciones estudiadas. De allí la importancia de arribar a conclusiones y recomendaciones que favorezcan, en lo posible una mejor y más completa regulación de tales efectos. A ese fin se han orientado las ponencias presentadas.

La ponencia general expone, contrastándolos, los puntos de vista sostenidos en ellas respecto de cada tema e intenta aportar una reflexión propia en tanto se ha considerado necesario, teniendo como base las luces obtenidas de los ponentes individuales. Así se han trabajado todos los temas. Por excepción, en la última parte se exponen los puntos de vista y propuestas de algunos ponentes sobre temas que no resultaron controversiales pero

(*) Abogado por la Universidad Católica del Perú. Socio de la Editorial Economía y Finanzas y el Estudio Talledo Abogados. Past Presidente del Instituto Peruano de Derecho Tributario y de la Asociación Fiscal Internacional (IFA) Grupo Peruano.

que, en general, también requieren mejor normatividad.

La temática abordada en estas jornadas no agota el repertorio de cuestiones que seguramente suscitan las operaciones societarias. No obstante, con certeza, sus conclusiones y recomendaciones constituirán un valioso aporte para el perfeccionamiento de nuestra legislación tributaria.

I. LA REDUCCIÓN DE CAPITAL POR ABSORCIÓN DE PÉRDIDAS

1. Introducción

La reducción de capital por absorción de pérdidas es la operación societaria por la cual el capital, entendido como cifra de indisponibilidad de los activos para el pago de dividendos, es disminuido al nivel del valor contable de los activos o a un monto en proporción al cual el valor contable de los activos no resulte ser inferior al permitido por la ley. Puede llevarse a cabo aminorando el valor nominal o la cantidad de las acciones emitidas, caso este último en que se amortizan acciones hasta por un valor nominal total equivalente al monto de la reducción.

Respecto de los accionistas la reducción de capital por absorción de pérdidas tiene un efecto jurídico y otro económico. Jurídicamente, los accionistas pierden el derecho a exigir, en ocasión de la eventual liquidación de la sociedad o de una reducción de capital con reembolso, la restitución de sus aportes hasta el valor nominal total de las acciones amortizadas o hasta el monto de la disminución de ese valor.

Desde el punto de vista económico, la reducción traslada las pérdidas del patrimonio social a los patrimonios de los accionistas. Además, cuando se ejecuta con amortización de acciones, materializa la pérdida del costo de adquisición de la acción amortizada, efecto que no se produce si se lleva a cabo con disminución del valor nominal de las acciones, pues, en tal caso, subsiste la acción con la plenitud de los derechos que otorga su titularidad.

2. Cuestiones tributarias

Desde la perspectiva del Impuesto a la Renta y en función del accionista, la reducción de capital por absorción de pérdidas plantea dos interrogantes. La primera es si genera una pérdida deducible en el ejercicio en que la reducción se formaliza por escritura pública. En nuestro actual sistema, esta cuestión sólo se plantea respecto de los contribuyentes domiciliados con rentas de la tercera categoría.¹ La segunda interrogante es la relativa

¹ Las personas naturales domiciliadas sólo pueden computar las pérdidas derivadas de la enajenación de acciones. A su vez, los contribuyentes no domiciliados no

a si esa reducción tiene algún impacto en el costo computable de las acciones del accionista. Esta cuestión sí surge sea que se trate de contribuyentes domiciliados o no domiciliados. Ni la Ley del Impuesto a la Renta² ni su Reglamento contienen normas específicas que den respuesta a estas cuestiones, por lo que es necesario hallarla en la sistemática del Impuesto a la Renta.

2.1. La cuestión relativa a la deducción de la pérdida - Posiciones de los ponentes individuales

Sabido es que, contablemente, las empresas deben reflejar, mediante una provisión por desvalorización y con cargo a resultados, la disminución del valor de sus inversiones en acciones y, asimismo, que ese cargo, en aplicación del artículo 44, inciso f), de la Ley, no es deducible para establecer la renta neta de la empresa al originarse en una provisión cuya deducción no admite la Ley. De allí que surja la interrogante sobre si la posterior reducción de capital que eventualmente lleve a cabo la sociedad para absorber pérdidas, otorga al accionista el derecho a deducir alguna pérdida a consecuencia de la amortización de parte de sus acciones o de la disminución del valor nominal de todas.

Al respecto, hay en la jurisprudencia y en las ponencias presentadas dos posiciones: la que sostiene que la reducción genera una pérdida deducible en el ejercicio en que se formaliza por escritura pública y la que afirma que la pérdida sólo se produce cuando la receptora de la inversión es objeto de disolución y liquidación. Ambas posiciones fundan la deducción de la pérdida en su irrecuperabilidad e irreversibilidad, pero difieren en cuanto al momento en que la pérdida asume esas calidades.

La RTF 00727-5-2006³ de 10-2-06 declaró que la reducción de capital con amortización de acciones para absorber pérdidas, causa una disminución probada y no meramente estimada del valor de las acciones del accionista, por lo que tal pérdida era deducible.

El Dr. **Tulio Tartarini** es de esa orientación. Distingue entre la reducción de capital con amortización de acciones y la realizada con disminución del valor nominal. Señala que la primera causa la pérdida de un bien del activo que era susceptible de generar ingresos gravados en caso de su eventual enajenación. Esa pérdida es real y definitiva, pues no existe forma de recuperar la inversión. Al ser irrecuperable e irreversible debe considerarse deducible, toda vez que no existe norma en contrario. En cambio, es del parecer que si la reducción se produce con disminución del valor nominal, al no desaparecer el bien del activo, no se genera ninguna pérdida deducible.

computan las pérdidas relacionadas con acciones emitidas por sociedades domiciliadas en ningún caso.

² En adelante la Ley.

³ Resolución del Tribunal Fiscal.

La posición contraria encuentra su enunciado jurisprudencial en la RTF 12596-3-2009 de 24-11-09, que se pronunció en un caso de reducción de capital con amortización de acciones. Declaró que aun cuando dicha reducción causa la desaparición del activo, no genera una pérdida deducible para el accionista por cuanto:

- Esa pérdida no es irrecuperable ni irreversible, pues la emisora, al ser una empresa en marcha, puede lograr la recuperación de la inversión del accionista y restituirla, por ejemplo, a través de una capitalización de utilidades.
- La reducción de capital con amortización de acciones no constituye un hecho fortuito ni de fuerza mayor que pueda dar derecho a la deducción de la pérdida al amparo del artículo 37, inciso d),⁴ de la Ley, pues es producto de la decisión de la junta, la que puede optar igualmente por la reducción de capital con disminución del valor nominal de las acciones o por la realización de nuevos aportes de los accionistas.
- Si la pérdida fuera deducible por el accionista, éste estaría deduciendo, vía la reducción de capital de la emisora, los gastos y provisiones de otra empresa, lo que no es amparable.

Los doctores **Mario Madau** y **Humberto Astete**, adoptan en sus respectivas ponencias esta posición. En opinión del primero la reducción de capital, por sí misma, no causa la disminución del valor de la inversión. Encuentra esa causa en una situación anterior, cual es la existencia de pérdidas en la emisora. Sólo cuando ésta cesa en sus actividades económicas, esa disminución de valor se hace definitiva e irrecuperable, tornándose así en pérdida deducible para el accionista.

El Dr. **Astete** sustenta su rechazo a la deducción de la pérdida en que la reducción de capital por pérdidas, cualquiera sea su modalidad,⁵ no causa la disminución del costo computable o fiscal de la inversión. En su criterio, si la emisora ingresa a un proceso de disolución y liquidación por pérdidas, la pérdida de la inversión será irreversible, por lo que recién entonces será procedente su deducción por el accionista.

2.2. La cuestión relativa al costo computable de las acciones - Posiciones de los ponentes individuales

No se conoce de pronunciamiento del Tribunal Fiscal sobre esta cuestión. La SUNAT sí ha opinado sobre la invariabilidad del costo computable de las acciones en el supuesto de reducción por pérdidas con disminución del valor nominal. En el Informe 198-2009-SUNAT/2B0000 de 23-9-09 declaró que

⁴ Este inciso autoriza la deducción de las pérdidas extraordinarias sufridas por caso fortuito o fuerza mayor en los bienes productores de renta gravada.

⁵ Esto es, sea que se efectúe mediante la amortización de acciones o la disminución de su valor nominal.

tratándose de no domiciliados, las normas del impuesto no han previsto un tratamiento especial para el cálculo del capital invertido cuando, a consecuencia de las pérdidas, la sociedad reduce el valor nominal de las acciones, por lo que el sujeto no domiciliado que las adquirió a título oneroso tiene derecho a deducir, como recuperación del capital invertido, el costo de adquisición de tales acciones. Se podría afirmar que, en razón del fundamento señalado en este informe, el mismo criterio sería aplicable en caso de reducción con amortización de acciones.

Como correlato de las posiciones asumidas a propósito de la primera cuestión, en las ponencias también hay dos posiciones contrapuestas respecto de la segunda cuestión: la que afirma que la reducción impacta en el costo tributario de las acciones remanentes y la que sostiene lo contrario.

Para el Dr. **Madau**, la reducción de capital en cualquiera de sus formas *“no varía el valor del monto invertido, salvo que desaparezca en forma definitiva la inversión”*.

El Dr. **Astete** es del parecer que el *“costo fiscal de la inversión”* debe mantenerse sin interesar la forma de la reducción. Si fueron adquiridas a título oneroso, porque lo pagado por ellas *“sigue siendo lo mismo y, además, porque las disposiciones legales vigentes no establecen un tratamiento diferente”*; y si lo fueron a título gratuito o por capitalización de utilidades, por cuanto la reducción de capital para cubrir pérdidas *“no supone una alteración de las circunstancias que dieron lugar a la generación”* de su costo fiscal, *“ni existe una disposición legal que establezca que una reducción de capital en la empresa emisora suponga la “disminución” del costo fiscal de la inversión que controla la entidad inversionista”*.

El Dr. **Tartarini** distingue entre la reducción con amortización de acciones y la realizada con disminución del valor nominal de las acciones. Sostiene que en el primer caso la desaparición del bien del activo lleva consigo la deducción de su costo computable con incidencia en los resultados, mientras que en el segundo se mantiene el costo computable de las acciones pues no desaparecen del activo.

El Dr. **Tartarini** extiende su reflexión al caso de las personas naturales domiciliadas y no domiciliadas y al de las personas jurídicas no domiciliadas. Opina al respecto que si se produce la amortización de acciones, el costo computable de las amortizadas deja de ser tal y no se imputa al de las remanentes. Agrega que debería dictarse una norma reglamentaria o emitirse un criterio interpretativo vinculante, que autorice a estos contribuyentes a mantener el costo computable de las acciones, toda vez que no pueden deducir como pérdida la extinción del costo computable de las amortizadas.

3. Posición del relator general

El relator general comparte la opinión del Dr. **Tartarini**. Vale decir, es del parecer que la reducción de capital para absorber las pérdidas sociales

causa una pérdida tributaria al accionista cuando tiene lugar mediante la amortización de acciones, mas no cuando se lleva a cabo reduciendo su valor nominal.

A continuación se exponen los fundamentos y alcances de este parecer.

1. En el régimen actual del Impuesto a la Renta cada acción tiene un costo computable cualquiera sea su título de adquisición.⁶ El costo computable no se determina por inversión o cartera. El costo computable del total de las acciones de un accionista viene a ser simplemente la suma del costo computable de cada una de sus acciones.
2. Cuando la acción es amortizada en virtud de una reducción de capital por absorción de pérdidas, a falta de norma en contrario, se extingue su costo computable por desaparición del bien al que es atribuible ese costo. En cambio, no se extingue dicho costo si la operación se lleva a cabo reduciendo el valor nominal de las acciones, al no extinguirse el bien del que se predica el costo computable.
3. El costo computable de cada acción es intransferible, en el sentido de que cuando una acción es amortizada, su costo computable no se adiciona al de las acciones remanentes. Si se adicionara, ello implicaría ajustar el costo computable de dichas acciones, lo que no está contemplado en la Ley.
4. Dada su intransferibilidad, el costo computable de cada acción deja de ser tal cuando se produce la amortización de la acción a consecuencia de la reducción de capital por absorción de pérdidas. Esto es, no podrá ser computado como parte del costo computable de las acciones remanentes en caso de su eventual enajenación.
5. La extinción del costo computable es definitiva. Las capitalizaciones de utilidades que puedan producirse en el futuro no habrán de restituirlo, pues darán lugar a la emisión de nuevas acciones con su propio costo computable.
6. La imposibilidad de recuperar en el futuro en todo o en parte el costo computable de las acciones amortizadas determina la existencia de una pérdida a los efectos del Impuesto a la Renta.
7. Desde el punto de vista económico, una futura venta de las acciones remanentes puede eventualmente permitir recuperar la inversión realizada en el capital de una sociedad, aunque el inversionista haya sufrido la amortización de parte de sus acciones como efecto de la reducción por pérdidas. En efecto, la inversión no varía porque se modifique el número o el valor nominal de las acciones que la representan. Sin

⁶ La individualización del costo computable por acción es consecuencia de la regla establecida por el artículo 21, numeral 21.2, literal e), que ordena promediar el costo computable de las acciones con iguales derechos que hubieren sido adquiridas en distintas oportunidades.

embargo, esa apreciación no se condice con el tratamiento dado a las acciones en la Ley, que asigna a cada una un costo computable, el cual se extingue con la acción en ese supuesto. Por ello, a los fines de la deducción de la pérdida es irrelevante que la inversión se pueda recuperar en el futuro. Lo decisivo a ese fin es la extinción del costo computable de las acciones amortizadas.

8. Cualquiera sea el régimen de un contribuyente, tal pérdida debe ser objeto de reconocimiento a fin de evitar, de un lado, que el impuesto incida sobre una ganancia inexistente en caso se enajenen las acciones remanentes en el futuro, lo que sucedería si la enajenación tuviera lugar a un valor en exceso del costo computable de esas acciones, pero no mayor que la suma de ese costo computable y el de las acciones amortizadas; y, de otro, que se compute una menor pérdida, en caso las acciones remanentes sean enajenadas a un valor por debajo de su costo computable, reputándose como pérdida sólo esa diferencia y no así la constituida por el costo computable de las amortizadas.
9. En el actual régimen el reconocimiento de la pérdida tiene lugar, tratándose de los contribuyentes domiciliados con rentas de la tercera categoría, a través de su deducibilidad. Esta no requiere de sanción legal expresa, pues el régimen de esos contribuyentes admite la deducción de la pérdida de una inversión potencialmente generadora de ingresos gravados, ocurrida al verificarse un riesgo que le sea inmanente.
10. En el caso de esos contribuyentes, en aplicación del principio de capacidad contributiva, la pérdida debe considerarse deducible en el ejercicio en que se formaliza la amortización de las acciones. No hay razón para diferir el reconocimiento de la pérdida hasta que se enajenen las acciones remanentes o se extinga la sociedad emisora, pues se trata de una pérdida que es definitiva desde su aparición.
11. En el caso de las personas naturales domiciliadas, cuyo régimen sólo contempla la compensación de las pérdidas derivadas de la enajenación de las acciones, se requeriría de norma con rango legal que expresamente autorice a compensar también las pérdidas originadas en la amortización de las acciones, o que autorice a atribuir el costo computable de las acciones amortizadas al de las remanentes de la misma clase, si ello fuera posible, o, en caso contrario, al de las de otra clase.
12. A su vez, tratándose de sujetos no domiciliados, cuyo régimen no admite la compensación de pérdidas, el reconocimiento de la pérdida derivada de la amortización de sus acciones requiere de mandato legal que permita atribuir el costo computable de las acciones amortizadas al de las remanentes.

4. Conclusiones

1. Tratándose de contribuyentes domiciliados con rentas de tercera cate-

goría la reducción de capital por absorción de pérdidas conlleva la desaparición de las acciones amortizadas como activos sociales y, por consiguiente, la extinción de su respectivo costo computable.

2. La extinción del costo computable de las acciones amortizadas es un hecho jurídico definitivo e irreversible, en tanto dicho costo no es atribuible a las acciones remanentes y, por ende, no puede ser computado como parte del de aquéllas en ocasión de su eventual enajenación.
3. Por ser definitiva e irreversible la extinción del costo computable, debe ser reconocida como pérdida en el ejercicio en que tiene lugar, o sea, en el de formalización de la reducción de capital por escritura pública.
4. En los regímenes de las personas naturales domiciliadas y de los sujetos no domiciliados, la inexistencia de reglas que posibiliten el reconocimiento de la pérdida derivada de la amortización de sus acciones causa la imposición de ganancias inexistentes en la medida de tales pérdidas, en ocasión de la enajenación de las acciones remanentes. Tal situación determina la necesidad del dictado de normas con rango legal que atiendan a esa finalidad.

5. Recomendación

1. Tratándose de personas naturales domiciliadas y de sujetos no domiciliados, mediante disposición con rango de ley deben establecerse reglas que permitan el reconocimiento de la pérdida derivada de la amortización de acciones por reducción de capital para absorber pérdidas. Ese reconocimiento debe operar a través del incremento del costo computable de las acciones remanentes de las que sean titulares.

II. LA REDUCCIÓN DE CAPITAL CON REEMBOLSO

1. Introducción

Como es sabido, la reducción de capital con reembolso es una operación societaria susceptible de generar dividendos para fines del Impuesto a la Renta. Tal es lo que sucede cuando tiene lugar luego de una capitalización de utilidades o reservas, caso en que el íntegro del reembolso hasta el monto de la capitalización anterior se reputa dividendo, conforme al artículo 24-A, inciso c), de la Ley, o cuando el reembolso excede al monto de la reducción, supuesto en que el exceso equivale al dividendo, conforme al inciso d) del mismo artículo.

A partir de estas reglas se suscitan diversas interrogantes. Unas se refieren a sus respectivos alcances; otras a su interacción y un tercer grupo a la de ambas reglas con los artículos 2 y 3 que, respectivamente, describen su-

puestos de hecho generadores de ganancia de capital y de ingresos gravados provenientes de operaciones con terceros.

Vamos a abordar estas interrogantes y exponer sus posibles respuestas según las ponencias presentadas, en su caso, y el parecer del relator general.

Las ponencias de los doctores **Julio Fernández** y **José Talledo** abordan fundamentalmente las cuestiones relativas a la regla del artículo 24-A, inciso d). La del Dr. **Juan José Assereto**, además de esas cuestiones, incide en la interacción de esa regla y la del inciso c) del mismo artículo.

2. Alcances del artículo 24-A inciso c)

2.1. En relación con determinados supuestos de reducción de capital

De acuerdo a este dispositivo se entiende por dividiendo la reducción de capital hasta el importe equivalente a utilidades, excedente de revaluación, ajuste por reexpresión y primas o reservas de libre disposición capitalizadas previamente, salvo en la medida que se destine a cubrir pérdidas. Con esta salvedad, cabría entender entonces que en cualquier otro supuesto de reducción de capital opera la regla. Ello haría caer en sus alcances, obviamente, tanto a la reducción por liberación de dividendos pasivos como a la efectuada con reembolso del valor de las acciones. Se asume así que en estos supuestos, por la vía de la reducción de capital, se está produciendo una distribución indirecta de utilidades previamente capitalizadas sin pago del impuesto, lo que justifica ahora su aplicación.

Al respecto caben diversas observaciones.

Accionistas respecto de los cuales se configura el dividendo presunto: El dividendo presunto, teóricamente, se configura respecto de todos los accionistas que lo sean al tiempo de la reducción. Sin embargo, efectivamente, como hecho imponible, tratándose de sujetos domiciliados, sólo se verificará respecto de las personas naturales. Los accionistas domiciliados que sean personas jurídicas no pueden sufrir la aplicación del impuesto sobre los dividendos porque no son sujetos pasivos del mismo.⁷ Además, dado que respecto del dividendo presunto que les sea atribuible no será posible redistribución alguna,⁸ el impuesto sobre ese dividendo no será aplicable nunca. Se puede afirmar entonces que la presunción sólo opera respecto de los accionistas que sean personas naturales domiciliadas y personas naturales y jurídicas no domiciliadas.

⁷ Ley, artículo 24-B, segundo párrafo.

⁸ El artículo 73-A de la Ley sujeta la redistribución de dividendos a la retención del impuesto que los grava, cuando se efectúa a una persona natural domiciliada o a un sujeto no domiciliado.

Extrañeza de la aplicación de la presunción en ciertos supuestos: La aplicación de la regla no resulta natural en ciertos supuestos de reducción de capital por separación o exclusión del accionista. Considérense los casos de separación por desacuerdo en el valor asignado al bien aportado y de exclusión por mora en el pago del aporte. En el primero, se devuelve al socio el bien aportado y se amortizan las acciones si no son suscritas y pagadas en dinero en el plazo de 30 días de ejercitado el derecho (LGS, artículo 76) y en el segundo, se anulan las acciones si no se puede concretar su venta, quedando en beneficio de la sociedad los importes recibidos (LGS, artículo 80). Por tratarse de supuestos que, salvo alevosa manipulación, están muy lejos de constituir una distribución indirecta de utilidades, no se alcanza a ver qué justificaría su sujeción a la regla en comentario. Además, tampoco se aprecia con claridad cómo podría operar el pago del impuesto en uno y otro caso, ya se trate de la retención, toda vez que en ellos no se realiza distribución alguna, o del pago por la sociedad con reembolso del accionista, como lo prevé el artículo 73-A para la distribución de utilidades en especie, habida cuenta que, manifiestamente, el accionista no está recibiendo ninguna distribución de ese carácter.

Reducción de capital a consecuencia de una escisión: Cabe preguntarse si la presunción opera cuando la reducción de capital se produce a consecuencia de una escisión. Este supuesto no está comprendido en la excepción prevista en el inciso en comentario, lo que hace surgir esa interrogante. A primera vista, habría que responder negativamente esta cuestión atendiendo a que las acciones amortizadas en la sociedad escidente dan paso a las que emite la escisionaria a favor de los accionistas de la escidente. Esto es, no se produce, en principio, reembolso, si bien este puede tener lugar en parte, lo que haría aplicable la presunción en esa medida.

Sin embargo, debe tenerse presente que la escisionaria es sujeto distinto de la sociedad que realizó la capitalización y luego se escindió. En ese sentido, si ella fuera la que posteriormente redujera su capital con reembolso, se estaría alcanzando por su intermedio un resultado que no se habría obtenido a través de la escidente sin que se aplique la regla del artículo 24A, inciso c). Tal reducción estaría escapando así a los alcances de esta regla. Por ello cabe pensar que en tanto la escisión origina la pérdida del control fiscal de las utilidades que fueron capitalizadas por la escidente, sería conveniente extender a esa operación la regla del artículo 24A, inciso c). Alternativamente, podría establecerse que si la escidente ha capitalizado utilidades y la escisionaria realiza luego una reducción de capital, será aplicable a ésta la regla del artículo 24, inciso c), en la medida en que la reducción no exceda el monto de los activos netos (activos menos pasivos) recibidos de la escidente o el de la capitalización de utilidades que ésta realizó, el que resulte menor.

No obstante, esa conveniencia debería ser evaluada teniendo en cuenta las dificultades prácticas a que podría dar lugar la aplicación de la regla, sobre todo cuando en una misma escisión interviene más de una escisionaria.

2.2. Monto hasta por el cual se configura el dividendo

Aparte de las cuestiones relativas a las hipótesis de reducción de capital comprendidas en el artículo 24-A, inciso c), surge otra vinculada al monto hasta por el cual se configura el dividendo. En efecto, cuando la reducción sólo afecta a un accionista o a algunos, surge la cuestión de si se configura el dividendo únicamente hasta el equivalente del valor nominal total de las acciones que correspondieron al accionista en la capitalización anterior, o si se configura más bien por el íntegro del valor nominal de sus acciones amortizadas en tanto no exceda el monto de la capitalización anterior. Por ejemplo, supóngase que A y B poseen 50 acciones cada uno. La sociedad capitaliza utilidades por 20 y entrega 10 acciones a cada accionista. Luego reduce su capital en 20 y amortiza acciones de A con ese valor nominal total. En aplicación del artículo 24-A c) ¿el dividendo asciende a 10 ó 20? Habría que responder que asciende a 20, pues la norma se aplica mediante la sola confrontación del monto del reembolso del valor nominal con el monto de la capitalización anterior, sin condicionamiento alguno, con independencia de si el accionista al que afecta la reducción fue beneficiario o no en la capitalización anterior y con prescindencia de la participación que, de ser el caso, le correspondió en la misma. Por ejemplo, las acciones que se amortizan han podido ser adquiridas en virtud de un aporte realizado con posterioridad a la capitalización de utilidades. Esta circunstancia no podría ser óbice a la aplicación de la regla.

En suma, cabría afirmar en respuesta a esta última cuestión que la regla del artículo 24-A, inciso c), se aplica a la letra, cualquiera sea el supuesto de reducción de capital con reembolso o liberación de dividendos pasivos.

3. Alcances del artículo 24-A, inciso d)

3.1. Cuestiones planteadas

Este inciso acuerda la condición de dividendo a la diferencia entre el importe reembolsado en ocasión de la reducción de capital y el valor nominal de las acciones más primas suplementarias de capital. ¿Presupone esta regla que existan utilidades que sustenten el reembolso en exceso del valor nominal y que el reembolso, en caso de ser superior al valor nominal, no exceda del valor patrimonial⁹ de las acciones que se amortizan? Estas cuestiones resultan ilustradas con el supuesto que reseña el Dr. **Assereto**. Expresa que *“la sociedad podría entregar al accionista disidente un monto superior al porcentaje que le corresponda en los beneficios o utilidades no distribuidos que pudieran existir o, incluso, podría entregarle un monto superior al valor total de sus aportes a pesar de encontrarse en situación de pérdida (...)”*.

⁹ El valor patrimonial de las acciones viene a ser el que resulta de dividir el patrimonio neto de la sociedad entre la cantidad de acciones representativas del capital.

3.2. Posiciones de los ponentes individuales

El Dr. **Assereto** es del parecer que el dividendo presunto sólo puede configurarse si existen utilidades y, de darse ese supuesto, únicamente en la medida de las que correspondan al accionista beneficiario de la reducción según su participación en el capital social. Asume así el criterio ya vertido por el Dr. Luis Hernández como relator general en las VII Jornadas Nacionales de Derecho Tributario organizadas por nuestra institución, en el sentido de que, dado su carácter de regla antielusiva, la distribución indirecta de utilidades por la vía de la reducción de capital sólo se puede configurar en la medida de los dividendos que habrían podido distribuirse formalmente al accionista.

Como luego se verá, el Dr. **Assereto** participa de la idea de que el reembolso al accionista, en cuanto no constituya dividendo y exceda el costo computable de las acciones amortizadas, es ganancia de capital gravada.

Los doctores **Fernández** y **Talledo** no se plantean la cuestión de si se configura el dividendo cuando el reembolso excede al valor patrimonial de las acciones amortizadas. Sin embargo, se observa que para el primero, la demasía entregada al accionista sobre el valor nominal de sus acciones es dividendo hasta el importe de *“su participación en el patrimonio neto de la sociedad”*. En cambio, para el segundo, *“todo importe que se reembolse al accionista por encima del valor nominal, con ocasión de una reducción de capital, constituye dividendo para fines del Impuesto a la Renta”*.

3.3. Posición del relator general

3.3.1. *Reembolso de las acciones en demasía de su valor nominal cuando el patrimonio neto no es superior al capital*

En tanto el patrimonio neto no sea superior al capital, cualquier entrega a los accionistas que exceda del valor nominal de sus acciones, realizada en ocasión de una reducción de capital, representa, desde la perspectiva de la sociedad, una disminución velada del capital y no una distribución indirecta de utilidades. En ese sentido, en tal supuesto, no es aplicable la regla del artículo 24-A inciso d) (sin perjuicio de que pueda resultar aplicable la del 24-A, inciso c). Sin embargo, no puede soslayarse la consideración del efecto que pueda tener, frente al impuesto, el cargo posterior a las utilidades que se efectúe con abono a la reserva negativa formada al realizarse el reembolso al accionista en exceso del valor nominal de sus acciones. Tal cargo disminuiría las utilidades por distribuir y muy claramente representa una distribución indirecta de las mismas. La pregunta que surge entonces es si tal distribución indirecta está comprendida en el artículo 24-A, inciso a), que alude a la distribución de utilidades como hecho generador de dividendos, sin indicación de algún requisito de formalidad de esa distribución.

No cabe abordar en estas Jornadas el examen de esa cuestión. Sí cabe señalar que no podría reputarse configurada en ese supuesto una distribución de dividendos, si fuera a considerarse que el reembolso en exceso del costo

computable ha representado una ganancia de capital para el accionista (aspecto que luego se examinará). La razón es obvia: se estaría produciendo una doble imposición económica de la misma ganancia: una vez como ganancia de capital en cabeza del accionista beneficiario, en ocasión del reembolso, y otra como dividendo en cabeza de quienes sean accionistas al tiempo de reintegrarse la reserva negativa.

3.3.2. Reembolso de las acciones en demasía de su valor patrimonial cuando el patrimonio neto es superior al capital

Cuando el patrimonio neto es superior al capital y la amortización de las acciones se produce con reembolso en cuantía superior a su valor patrimonial, somos del parecer que el exceso mantiene la condición de dividendo. La razón es la siguiente: La parte del reembolso sobre el valor nominal y hasta el valor patrimonial de las acciones y la que corresponde al exceso, se originan en una misma operación -la reducción de capital- y se cargan a la misma cuenta patrimonial, los resultados acumulados. Ambas representan, por su origen y extracción, una distribución de utilidades. No hay norma que establezca que esa distribución, para fines del impuesto, se configura sólo hasta el límite de la participación del beneficiario del reembolso en las utilidades, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, con los créditos otorgados al socio, a que se refiere el artículo 24-A, inciso f), los que sólo se consideran utilidades distribuidas hasta el límite de las que le corresponden, según lo prevé el artículo 13-A, inciso a), del Reglamento. En ausencia de esa norma, no es posible asignar al exceso reembolsado sobre el valor patrimonial de las acciones amortizadas un carácter que no sea el de dividendo, en tanto provenga de utilidades y reservas.

4. Interrelación de los incisos c) y d) del artículo 24-A

Existe concurrencia de las reglas de los incisos c) y d) del artículo 24-A cuando una reducción de capital sobreviene a una capitalización y tiene lugar en monto mayor que ésta, o en monto igual o menor pero con reembolso mayor. En esta situación, se aplica en primer lugar la regla del inciso c), de modo que todo reembolso hasta el monto de la reducción que no exceda al de la capitalización anterior, será dividendo por aplicación de dicho inciso. El remanente del reembolso estará sujeto a la regla del inciso d).

Considérense, por ejemplo, los supuestos siguientes:

- Se capitalizó utilidades por 50 y luego se redujo el capital en 60. Se reembolsó 80. De este monto 50 será dividendo por aplicación del inciso c). El remanente de 30 constituirá reembolso de aporte hasta por 10 y dividendo por 20, conforme al inciso d).
- Se capitalizó utilidades por 50 y luego se redujo el capital en 40 con un reembolso por 80. El íntegro de este monto será dividendo, 40 conforme al inciso c) y 40 según el inciso d).

5. Interrelación del inciso d) del artículo 24-A y el inciso a) del artículo 2

5.1. Cuestiones planteadas

El artículo 2, inciso a), de la LIR establece que entre las operaciones generadoras de ganancias de capital se encuentran *“(l)a enajenación, redención o rescate, según sea el caso, de acciones y participaciones representativas del capital, acciones de inversión, certificados, títulos, bonos y papeles comerciales, valores representativos de cédulas hipotecarias, obligaciones al portador u otros valores al portador o valores mobiliarios”*. Las interrogantes que nacen de esta disposición, en relación con la reducción de capital con reembolso, son si esta operación está comprendida entre las de rescate y redención de valores mobiliarios a que alude el dispositivo transcrito y, de estarlo, en qué medida se configura la ganancia de capital en ese supuesto.

Motiva estas interrogantes el hecho de que el concepto o definición de la redención o rescate de valores mobiliarios no viene ofrecido en la Ley del Impuesto a la Renta ni en su Reglamento, ni en otra disposición de nuestro ordenamiento jurídico, con carácter general. Tampoco existe norma que regule estas operaciones y establezca su régimen como actos jurídicos realizables respecto de dichos valores, en general, o de las acciones representativas del capital social, en particular.

5.2. Posiciones de los ponentes individuales

La inexistencia de un régimen jurídico de las operaciones de reducción y rescate aplicables a las acciones representativas del capital social ha llevado a los ponentes individuales a asumir diversas posiciones.

El Dr. **Talledo** circunscribe a la enajenación de acciones la calidad de operación generadora de ganancias de capital, en aplicación del primer párrafo del artículo 2 de la Ley, según el cual es tal ganancia la que proviene de la enajenación de bienes de capital. Por ello, considera que la reducción de capital con reembolso no puede generar una ganancia de capital.

El Dr. **Fernández** es del parecer que la reducción de capital puede generar una ganancia de capital, pero que ésta se encuentra inafecta por no provenir de la enajenación, redención ni rescate de las acciones. En otras palabras, considera que la reducción de capital no es un supuesto de redención o rescate de acciones. De acuerdo a su planteamiento, existirá ganancia de capital inafecta si el reembolso, hasta el valor nominal, excede el costo de adquisición, y pérdida no computable en caso contrario.

A su vez, el Dr. **Assereto** afirma que la reducción de capital con reembolso encaja en el supuesto de redención de valores mobiliarios, en tanto dicha operación, según los significados que le otorgan el Diccionario de la Real Academia y el Diccionario Jurídico de Cabanellas, importa librarse de una obligación o extinguirla pagando una cierta cantidad. Señala que tal es lo

que sucede en la redención de acciones, pues éstas representan una obligación pecuniaria de la sociedad con los accionistas, de la cual queda liberada con su amortización. Desde esta perspectiva concluye que la reducción de capital con reembolso mediante amortización de acciones, en los supuestos a que se refieren los incisos c) y d) del artículo 24A de la Ley, generará ganancia de capital en cualquier situación en que el reembolso exceda el costo computable y no constituya dividendo.

5.3. Posición del relator general

El artículo 2, inciso a), de la Ley alude a la enajenación y a la redención o rescate de acciones, participaciones y diversos valores mobiliarios, como operaciones generadoras de ganancias de capital.

No hay la menor duda del significado jurídico de la voz enajenación, el cual viene ofrecido por el artículo 5 de la Ley, ni del significado de los distintos negocios jurídicos que según ese artículo están comprendidos en el alcance de dicha voz, como es el caso de la compraventa, la permuta, la cesión definitiva, el aporte a sociedades, etc. Se sabe asimismo qué es una transferencia a título oneroso. La clara noción de esos negocios es consecuencia de que su concepto y sus características están claramente delimitados en la legislación, jurisprudencia y doctrina nacionales y extranjeras.

No sucede igual con las nociones del rescate y la redención de acciones. En nuestro ordenamiento jurídico no existe un cuerpo de normas que regule la redención o rescate de títulos valores como negocio jurídico con concepto y régimen propios. Sí existen en nuestra legislación diversas disposiciones que aluden al rescate, unas, y a la redención, otras, de diversos títulos valores.

Tal parece ser la situación que también se da en la legislación comparada y en la doctrina extranjera. Cuando esta trata del rescate, lo hace en función de lo que acontece fundamentalmente en el propio país. De allí nace la diversidad de conceptos que se encuentran en la doctrina extranjera respecto de estas operaciones y que se reflejan en las ponencias presentadas.

Por ello cabe preguntarse inicialmente, no sobre lo que se entiende por redención o rescate de valores mobiliarios, sino sobre el sentido de la mención de esas operaciones en el artículo 2, inciso a), de la Ley, al lado de la enajenación, como operaciones generadoras de ganancias de capital.

Si no son negocios jurídicos con perfiles bien definidos en la legislación y doctrina extranjeras, ¿cabe pensar que lo que el legislador entiende por redención o rescate es lo que fluye de esa doctrina y legislación o, alternativamente, que las ha utilizado atendiendo a la semántica de esas voces? ¿No será más bien que señala esas operaciones en cuanto realizables sobre determinados valores mobiliarios de acuerdo a nuestra propia legislación?

Para responder a esas interrogantes es preciso ver qué resulta de nuestra legislación al respecto. Veamos en primer lugar qué se constata de la legislación relativa a títulos valores distintos de las acciones representativas del capital.

- El artículo 2 de la Ley N° 28739, que promovió el canje o redención de las acciones de inversión, definió la redención como *“el acto por el cual los titulares de acciones de inversión disponen de dichos valores a cambio del pago de su precio en dinero, con la finalidad de que la empresa las amortice para todos los efectos legales con arreglo a esta Ley”*. Para concretar la redención las empresas debían formular una oferta, que, aceptada por el titular, generaba un derecho de crédito a favor de éste. La redención luce aquí como una venta de la acción por su titular a la emisora, en base a una oferta de compra formulada por ésta en las condiciones prefijadas en la ley, con fines de su amortización.

Es de notar que ya la Tercera Disposición Final¹⁰ del TUO de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Decreto Supremo N° 093-2002-EF, preveía que las empresas emisoras de acciones de inversión podían *“convenir libremente”* con sus tenedores la redención de esos títulos. Con anterioridad, la Ley N° 27028 había otorgado a los titulares de acciones de inversión el *“derecho a solicitar la redención de sus acciones”* en los mismos casos en que según la Ley General de Sociedades opera el derecho de separación del accionista y sujetaba el ejercicio del derecho de redención al procedimiento de ejercicio de ese otro derecho. Se desprende de estas dos últimas disposiciones que la redención estaba regulada como la amortización de la acción de inversión con pago de su valor, a iniciativa de su titular.

- El artículo 330 de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades, prevé que la sociedad emisora de obligaciones puede rescatarlas a efectos de amortizarlas, mediante su pago anticipado de conformidad con los términos de la escritura pública de emisión, por oferta dirigida a los obligacionistas, en cumplimiento de convenios celebrados con el sindicato de obligacionistas, por adquisición en bolsa y por conversión en acciones. Esta diversidad de medios de rescate de las obligaciones, pone de manifiesto que la operación consiste, en general, en el retiro de circulación del título y que no es únicamente el pago anticipado de la obligación y, además, que no necesariamente tiene lugar a través de la adquisición de los títulos por la emisora.
- La Ley de Títulos Valores (N° 27287) sujeta la redención y rescate de los certificados de participación en fondos mutuos de inversión en valores y en fondos de inversión (artículo 261, numeral 261.2) y de los valores emitidos en procesos de titulización (artículo 262, numeral 262.2) a la ley de la materia, y la de obligaciones distintas a los bonos y papeles comerciales (artículo 264, numeral 264.3) a las condiciones que fije la CONASEV.
- El artículo 88 del TUO de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Decreto Supremo N° 093-2002-EF, prevé que en caso de oferta pública primaria para la colocación de bonos el contrato de emisión debe contener, entre otras características de la emisión, las concernientes al

¹⁰ Derogada por la Primera Disposición Final de la Ley N° 28739.

rescate de los títulos. A su vez, el artículo 89 ordena proveer un trato equitativo para todos los obligacionistas, si en la oferta se ha previsto el rescate anticipado de los títulos.

- El artículo 243 del referido Texto Único Ordenado también ordena que el Reglamento Interno de los Fondos Mutuos debe contener normas *“para (...) (el) rescate, transferencia y redención de los certificados de participación”*. Con ello se da a entender que el rescate y la redención son operaciones diferentes. Sin embargo, el artículo 96 del citado reglamento, aprobado por Resolución CONASEV 068-2010-EF/94.10, expresa que *“(l)as cuotas de los fondos mutuos deberán ser rescatadas por la sociedad administradora cuando así lo solicite su titular (...)”*. Puede apreciarse que no se ha normado la redención de las cuotas y que el rescate de la cuota opera a iniciativa del partícipe.
- Finalmente, el Decreto Legislativo N° 862, Ley de Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, establece en su artículo 3 que las cuotas de dichos fondos no son susceptibles de rescate ni reembolso.

Se desprende de la normativa expuesta que en la legislación relativa a títulos valores distintos a las acciones representativas del capital: 1) está ampliamente prevista su redención o rescate; 2) ambas operaciones suponen el reembolso o pago del valor del título con fines de su amortización; 3) la posibilidad de realizar una u otra operación debe estar contemplada en el acto de emisión del título o resultar de un mandato legal; 4) la redención opera a iniciativa del tenedor del título y el rescate tiene lugar unas veces a iniciativa de la emisora y otras del tenedor del título; 5) según el título de que se trate pueden realizarse mediante compra o reembolso directo del título; y 6) las más de las veces vienen a constituir un derecho de quien toma la iniciativa del acto y una obligación de la otra parte.

A su vez, en la normativa referente a las acciones representativas del capital se observa que:

- La Ley General de Sociedades guarda silencio absoluto respecto de las operaciones de redención y rescate a lo largo de todo su articulado referente a las acciones.
- Igual sucede en la legislación complementaria que norma los aspectos de las acciones como valores mobiliarios propiamente dichos, esto es, en cuanto se emiten en forma masiva y son libremente negociables, cual es el caso de la Ley de Títulos Valores y de la Ley del Mercado de Valores (TUO aprobado por Decreto Supremo N° 093-2002-EF).
- Por excepción, el artículo 60 de la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, prevé que las empresas de los sistemas financiero o de seguros pueden emitir acciones preferentes con el carácter de redimibles a plazo fijo. Sin embargo, no señala el procedimiento ni el efecto legal de esa redención.

Estas constataciones nos permiten arribar a una conclusión en relación con la cuestión en examen: Con la salvedad que más abajo se destaca, en nuestra legislación las operaciones de rescate y redención de títulos valores son extrañas a las acciones representativas del capital. En ese sentido, si bien la enajenación puede versar sobre cualquiera de los valores enunciados (acciones, bonos u otras obligaciones, certificados de participación, etc.), el rescate y la redención sólo podrán verificarse respecto de valores distintos a las acciones. De acuerdo a lo expuesto cabe concluir que, en el sentido en que son mencionadas en el inciso a) del artículo 2 de la Ley, la enajenación comprende todos los valores mobiliarios señalados en ese inciso y la redención o rescate sólo los distintos a las acciones representativas del capital social.

Corroborar esta afirmación el propio texto del inciso a) del artículo 2 de la Ley y el del inciso l) del artículo 24 de la misma Ley. En ellos se ha intercalado la expresión "*según sea el caso*" entre la mención de las operaciones de enajenación, redención o rescate y la de los valores mobiliarios objeto de las mismas. Ello significa que la alusión a dichas operaciones no vale por igual para todos los valores mencionados y que ha de entenderse hecha según la operación y tipo de valor que corresponda. Ese condicionamiento no puede tener otro sentido que el de la posibilidad de realizar la operación de que se trate de acuerdo a las leyes de la materia.

Se deriva de lo expuesto que las operaciones de rescate o redención de valores mobiliarios aludidas en el artículo 2, inciso a), de la Ley, en tanto en nuestra legislación se refieren a valores distintos de las acciones, no comprenden la reducción de capital con reembolso.

Podría objetarse esta afirmación señalando que el rescate y la redención de acciones representativas del capital no requieren de previsión legal y que basta la ausencia de su prohibición para poder llevarlos a cabo en determinadas situaciones con arreglo a una previsión estatutaria. Al respecto debe observarse que todo rescate o redención de acciones importa, como mínimo, el pago por la sociedad del valor nominal de la acción, en tanto no haya pérdidas que lo afecten. Vale decir que siempre involucran una devolución de capital a los socios. En nuestra Ley General de Sociedades, ello sólo puede tener lugar por la vía de la reducción de capital previamente acordada por la sociedad o por la de la compra por ésta de sus propias acciones. En el primer caso, la operación está regida, a los fines del Impuesto a la Renta, por el artículo 24-A, incisos c) y d), de la Ley. En el segundo, se configuraría un supuesto de enajenación de las acciones, lo que haría innecesaria la configuración de la redención o el rescate como supuestos generadores de ganancia de capital.

Todas estas apreciaciones llevan a concluir que, en general, la reducción de capital con reembolso no origina ganancia de capital por no estar comprendida en los alcances del artículo 2, inciso a), de la Ley.

De esta conclusión escapa, por excepción, la reducción de capital a que pueda dar origen la redención de las acciones preferentes de empresas de los sistemas financiero y de seguros, emitidas con el carácter de redimibles

a plazo fijo al amparo del artículo 60 de la Ley N° 26702.

6. Conclusiones

1. La regla del artículo 24A, inciso c):
 - a) Sólo da lugar a la configuración del dividendo presunto cuando el accionista es persona natural.
 - b) Se aplica con independencia de si el accionista al que afecta la reducción fue beneficiario o no en la capitalización anterior y con prescindencia de la participación que le correspondió en ella.
2. En aplicación del artículo 24A, inciso d), es dividendo todo reembolso realizado en exceso del valor nominal de las acciones, hasta el monto de las utilidades y reservas.
3. Cuando concurren las reglas de los incisos c) y d) del artículo 24A, se aplica en primer lugar la del inciso c).
4. La reducción de capital con reembolso no encaja, según nuestra actual legislación, en los supuestos de redención o rescate de valores mobiliarios que, por ende, no es susceptible de generar ganancia de capital.

7. Recomendaciones

- Deben excluirse de los alcances de la regla del artículo 24A, inciso c), los supuestos de separación del accionista por desacuerdo en el valor asignado al bien aportado y de su exclusión por mora en el pago del aporte.
- Debe precisarse que la reducción de capital con reembolso no está comprendida en los supuestos de redención o rescate de valores mobiliarios a que se refieren los artículos 2 inciso a), 9 inciso h) y 24 inciso l) de la Ley.

III. LA ADQUISICIÓN DE ACCIONES CON CARGO AL CAPITAL PARA AMORTIZARLAS

1. Introducción

El primer párrafo del artículo 104 de la Ley General de Sociedades contempla que: *“La sociedad puede adquirir sus propias acciones con cargo al capital únicamente para amortizarlas, previo acuerdo de reducción del capital adoptado conforme a Ley”*. A su vez, el segundo párrafo del mismo artículo dispone que *“Cuando la adquisición se realice por monto mayor al valor*

nominal, la diferencia sólo podrá ser pagada con cargo a beneficios y reservas libres de la sociedad”.

Como es de verse estas reglas guardan vinculación con la del artículo 2, inciso a), de la Ley, según la cual está gravada la ganancia derivada de la enajenación de acciones, y con las del artículo 24-A, incisos c) y d), conforme a las cuales la reducción de capital con reembolso configura supuestos de distribución de dividendos si sigue a una capitalización de utilidades, en el primer caso, o si el reembolso de las acciones tiene lugar en exceso del valor nominal y primas de capital, en el segundo.

En razón de esa vinculación se plantea la interrogante acerca de si el efecto tributario de esta operación se rige por lo previsto en el artículo 2, inciso a), o si más bien ha de sujetarse a la norma del artículo 24-A, incisos c) y d), según corresponda. Si se diera lo primero, la operación podría generar ganancia de capital gravada cualquiera sea el accionista, o pérdida de capital computable sólo por accionistas domiciliados. Además, si el enajenante fuera no domiciliado, sería necesario certificar la recuperación del capital invertido y el impuesto sería aplicable con la tasa de 30% si la enajenación se considerara realizada fuera del país. En cambio, si se estuviera frente a una distribución de dividendos, el reembolso en exceso del valor nominal de las acciones amortizadas estará gravado como tal dividendo únicamente si el accionista fuera persona natural domiciliada o sujeto no domiciliado. Y si se efectuara en monto inferior al costo computable de la acción no se generaría pérdida computable por parte de dichos accionistas. Además, en ningún caso se requeriría obtener la certificación de recuperación del capital invertido y el impuesto se aplicaría con la tasa de 4.1% sobre el monto reembolsado reputado como dividendo.

2. Posición de los ponentes individuales

La Dra. **Silvia León** sostiene que la adquisición de las acciones de propia emisión comprende *“todo acto o negocio jurídico que implique o que pueda producir un efecto traslativo de la titularidad”* de tales acciones a favor de la sociedad emisora. Expone que la operación se desarrolla en dos momentos. En un primer momento se da una transferencia de las acciones por parte de los socios a favor de la sociedad, la cual está regulada por el Código Civil. En un segundo momento la sociedad procede a amortizar las acciones previo acuerdo de reducción de capital adoptado conforme a Ley. En su opinión, en virtud de esta operación el accionista enajena sus acciones, que son bienes de capital, y el beneficio que pueda obtener constituye una ganancia de capital incluida en el inciso a) del artículo 2 de la Ley.

Para el Dr. **Fernández**, la adquisición de acciones de propia emisión con cargo al capital para amortizarlas, viene a ser, económica y jurídicamente, equivalente a la reducción de capital con reembolso. Señala que en ambas operaciones se requiere de un acuerdo de reducción de capital, hay una entrega a favor del accionista y tiene lugar la anulación de acciones. Su diferencia sólo es de forma: la reducción con reembolso se hace efectiva

estando las acciones en la esfera patrimonial del accionista; en cambio, en la adquisición de acciones con cargo al capital, previamente a la amortización, las acciones pasan al patrimonio social e inmediatamente son amortizadas. Deriva de ello que la adquisición de acciones con cargo al capital constituye una operación de rescate o redención de acciones, la que conceptúa como la adquisición de acciones de propia emisión con el fin de amortizarlas. Llega así a la conclusión de que la operación importa un acto de enajenación de las acciones por parte del accionista y una redención o rescate por parte de la sociedad. Por lo tanto, es susceptible de generar una ganancia o pérdida de capital, en aplicación de los artículos 2, inciso a) y 36 de la Ley, respectivamente.

3. Posición del relator general

Hay diferencias fundamentales entre la reducción de capital con reembolso y amortización de acciones y la adquisición de acciones con cargo al capital para amortizarlas. En la reducción de capital:

- El acuerdo de reducción de capital adoptado conforme a Ley, al pacto social, al estatuto y a los convenios de accionistas, genera de inmediato el efecto jurídico que le es propio y obliga a todos los accionistas,¹¹ en tanto respete la paridad de trato y lo convenido en el pacto social, etc.
- La obligación de pagar el valor de las acciones nace del acuerdo de reducción adoptado conforme a Ley.
- El pago se realiza en concepto de reembolso del valor nominal de la acción y, en cuanto exceda a dicho valor, en cancelación de la participación que corresponde a la acción en las utilidades y reservas.
- La amortización de las acciones es efecto directo del acuerdo de reducción y del reembolso.

En cambio, en la adquisición de acciones con cargo al capital:

- El acuerdo de reducción de capital no genera efecto jurídico de inmediato ni obliga a todos los accionistas, pues está sujeto a la aceptación individual de éstos de transferir sus acciones a la sociedad en las condiciones fijadas por la junta general, y se ejecuta sólo en función de las acciones que lleguen a ser materia de la transferencia.
- La obligación de pagar el valor de las acciones no nace del acuerdo de reducción de capital, sino de la aceptación por el accionista de la oferta de adquisición de sus acciones por la sociedad.
- La operación involucra una enajenación de las acciones por parte del

¹¹ LGS, artículo 11, último párrafo: *“Todos los accionistas, incluso los disidentes y los que no hubieren participado en la reunión, están sometidos a los acuerdos adoptados por la junta general”.*

accionista a favor de la sociedad y no deja ser tal por el hecho de ser instrumental a la reducción y estar sujeta a los condicionamientos legales de ésta.

- El pago del valor de las acciones se realiza en contraprestación de su transferencia a la sociedad.
- La amortización de la acción es consecuencia del acuerdo y de la adquisición de la acción.

En función de su resultado final (reducción de capital con amortización de la acción) la operación luce como una simple forma de llevar a cabo o ejecutar una reducción de capital, pero difiere estructuralmente de ésta, pues se realiza utilizando un negocio jurídico (compraventa, dación en pago) que cambia la naturaleza jurídica de la prestación a cargo de la sociedad (el reembolso es sustituido por el pago del precio de la acción).

El cargo a las utilidades o reservas, cuando el monto del pago excede al valor nominal de la acción, no altera el carácter de la contraprestación cumplida por la sociedad. Se explica como medida necesaria para evitar que la operación conlleve de facto un reembolso del capital en monto mayor que el valor nominal amortizado. Tiene lugar luego que se ha agotado el efecto jurídico de la transferencia de las acciones a la sociedad, esto es, cumplidos su adquisición y el pago de su valor. Jurídicamente deriva, al igual que el cargo al capital, de la amortización de las acciones y no de dicho pago.

Corolario de lo expuesto es que la adquisición de acciones por la sociedad con cargo al capital y, de ser el caso, a las utilidades y reservas, realizada conforme al artículo 104, inciso 1, de la LGS, se rige, para fines del Impuesto a la Renta, por el artículo 2, inciso a), de la Ley.

4. Conclusión

La adquisición de acciones por la sociedad con cargo al capital y, de ser el caso, a las utilidades y reservas, realizada conforme al artículo 104, inciso 1, de la LGS, se rige, para fines del Impuesto a la Renta, por el artículo 2, inciso a), de la Ley.

IV. INCIDENCIA EN EL COSTO COMPUTABLE DE LAS ACCIONES DEL AUMENTO O DISMINUCIÓN DE SU VALOR NOMINAL POR MODIFICACIÓN DEL CAPITAL

1. Introducción

La Ley establece las reglas conforme a las cuales se determina el costo computable de las acciones adquiridas de terceros a título gratuito u one-

roso (artículo 21, numeral 21.2, literales a) y b) o recibidas en virtud de una capitalización de utilidades y reservas (artículo 21, numeral 21.2, literal c). En cambio, guarda silencio respecto del costo computable de las acciones cuyo valor nominal es incrementado en ocasión de un aumento de capital por nuevos aportes o capitalización de utilidades y reservas. Sucede igual tratándose de las acciones, cuyo valor nominal es disminuido al producirse una reducción de capital con reembolso.

En síntesis, no se ha previsto la incidencia que pueda tener en el costo computable de las acciones el aumento o disminución del valor nominal de las acciones en los supuestos indicados. Por lo tanto, surge la cuestión relativa a si el costo computable de las acciones puede o debe ser objeto de ajuste en tales supuestos.

2. Posición de los ponentes individuales

El trabajo de los doctores **Fernando Tori** y **Percy Bardales** ha llamado la atención sobre la inexistencia de normativa expresa que asigne costo computable a las acciones cuyo valor nominal se aumenta por capitalización de utilidades. Señalan que en ese supuesto se incrementa el costo computable de las acciones, siendo ese efecto equivalente al que se produce cuando una capitalización de utilidades da lugar a la creación de nuevas acciones. Expresan que el reconocimiento de un mayor costo computable en uno y otro supuesto se sustenta en un mismo fundamento económico: el accionista incurre en un costo de adquisición, el cual está dado por el sacrificio económico consistente en el hecho de no percibir dividendos. El reconocimiento de ese mayor costo computable fluye, en ambos supuestos, del artículo 21, numeral 21.2, literal e) de la Ley, el cual, en cuanto ordena la promediación de las acciones "*adquiridas o recibidas*" por el contribuyente en diversas formas u oportunidades, no puede interpretarse en el sentido de que sólo comprende, en el supuesto de capitalización de utilidades, el caso en que se realice mediante la emisión de nuevas acciones. Sostienen que en el aumento del valor nominal, también se produce una adquisición de acciones por el accionista, a cuyo patrimonio ingresan acciones con mayor valor nominal. Afirman que de darse al dispositivo indicado una interpretación que excluya de la promediación el supuesto de recepción de acciones con mayor valor nominal a consecuencia de una capitalización de utilidades, se estaría afectando el principio de capacidad contributiva y violando el principio de igualdad, al dar trato desigual a iguales.

Consideran, por tanto, que a los fines de la certificación de recuperación del capital invertido de acciones de sujetos no domiciliados, debe reconocerse ese mayor costo computable.

3. Posición del relator general

3.1. El aumento del valor nominal

En situaciones de aumento del capital, el artículo 21, numeral 21.2, literales b) y c), contempla la realización de nuevos aportes¹² y la capitalización de utilidades como causales de reconocimiento de costo computable de las acciones. Sin embargo, a la letra, circunscribe ese efecto a los casos en que el aumento de capital se lleva a cabo emitiendo nuevas acciones. Así se desprende de la alusión que hace a las acciones *“adquiridas a título oneroso”* y a las *“recibidas”* por capitalización de utilidades y reservas.

Es obvio que el reconocimiento de un mayor costo computable debe fundarse en la inversión adicional realizada por el accionista mediante nuevos aportes o la capitalización de utilidades y no en el procedimiento (emisión de nuevas acciones o aumento del valor nominal de las emitidas) en que el aumento de capital se lleva a cabo.

Si no se reconociera un mayor costo computable a las acciones cuyo valor nominal aumenta en los supuestos indicados, en caso de su enajenación posterior se estaría gravando una ganancia inexistente en la parte correspondiente a ese aumento del valor nominal. Además, de haberse capitalizado utilidades, esa misma parte estaría siendo gravada dos veces (una, en cabeza de la sociedad que obtuvo las utilidades y otra, en la del accionista que enajena luego las acciones), produciéndose una doble imposición económica de la misma ganancia.

Un régimen como el descrito resultaría violatorio de los principios de capacidad contributiva y de igualdad, como bien lo han señalado los doctores **Tori y Bardales** en relación con la capitalización de utilidades. Por ello, no cabe suponer razonablemente que al describir las hipótesis de hecho generadoras de costo computable de las acciones (su adquisición a título oneroso y la capitalización de utilidades), el legislador quiso excluir y excluyó de la misma el caso del aumento de capital con aumento del valor nominal de las acciones. Ello hace pensar que en las reglas del artículo 21, numeral 21.2, literales a) y b), de la Ley, está comprendido dicho aumento de capital, resultado al que se llega en base a una interpretación extensiva de tales normas, acorde con la finalidad y sistemática del Impuesto a la Renta y los principios fundamentales señalados.

3.2. La disminución del valor nominal

La reducción de capital con reembolso no está contemplada en la Ley como causal de disminución del costo computable de las acciones. No es necesaria esa previsión cuando la operación se efectúa con amortización de acciones, toda vez que al anularse la acción se extingue su costo computable. Mas cuando la reducción de capital se formaliza disminuyendo el valor no-

¹² Acto que conlleva adquirir las acciones a título oneroso.

minal de las acciones, sí resulta necesario establecer la incidencia de ese hecho en el costo computable de las acciones, sea que hayan sido recibidas en virtud de un aumento de capital o adquiridas de la propia sociedad o de terceros por otro título.

Supóngase el caso de dos sujetos que invierten 100 cada uno en sendas sociedades. Cada cual recibe 100 acciones de la respectiva sociedad. Luego ambas sociedades reducen su capital en 50 con reembolso, pero una amortiza acciones por ese monto y la otra, en vez, disminuye el valor nominal de las acciones. El resultado es que un accionista tiene 50 acciones y el otro 100, siendo 50 el valor nominal total de sus respectivas acciones. Si ambos vendieran luego sus acciones en 75, cada uno tendría una ganancia de 25 y si las vendieran en 40 cada cual habría perdido 10.

Como es de verse, si ha de darse igual trato a los accionistas en el ejemplo propuesto, ello supone reconocer que en la reducción de capital con reembolso hay disminución del costo computable de las acciones en el monto del valor nominal reembolsado, sea que esa disminución se refleje en la amortización de la acción o en la disminución de su valor nominal.

Si sucediera que el costo computable es inferior al valor nominal, la diferencia no estará gravada, pues en nuestra legislación actual la reducción de capital con reembolso no da lugar a ganancia de capital gravada, según se señaló al examinar ese punto.

4. Conclusiones

1. Nuestra legislación reconoce el incremento del costo computable de las acciones en los casos de aumento de capital por nuevos aportes o capitalización de utilidades y reservas, inclusive si es llevado a cabo mediante aumento del valor nominal de las acciones.
2. La legislación vigente no contempla la disminución del costo computable de las acciones cuando la reducción de capital con reembolso tiene lugar mediante la disminución del valor nominal.

5. Recomendación

Debe modificarse el artículo 21, numeral 21.2, a fin de normar la incidencia en el costo computable de las acciones del aumento o disminución de su valor nominal por modificación del capital.

V. EL COSTO COMPUTABLE DE LAS ACCIONES RECIBIDAS EN CANJE EN LAS REORGANIZACIONES DE SOCIEDADES

1. Introducción

Actualmente la Ley del Impuesto a la Renta regula la reorganización de sociedades exclusivamente desde la perspectiva de las intervinientes en la operación. En ese ámbito se ocupa fundamentalmente del tratamiento a dar a la transferencia patrimonial entre aquéllas y al uso por la adquirente de los atributos fiscales de la transferente. Omite en cambio la regulación del costo computable de las acciones recibidas por los accionistas de la transferente, en la fusión y escisión, y por la propia transferente, en la reorganización simple.

Sería innecesaria esa regulación si las normas generales sobre el costo computable bastaran para determinar el de tales acciones. Si así fuera sólo habría necesidad de juzgar su bondad a ese fin. Mas no es tal lo que sucede. Dichas reglas establecen el costo computable de las acciones adquiridas a título oneroso o gratuito o en virtud de la capitalización de utilidades, reservas, deudas y revaluaciones efectuadas por la sociedad de la que ya se es accionista (Ley, artículo 21, numeral 21.2, literal a), b), c) y d); Reglamento, artículo 14, literal b), numeral 4).

Como es de verse, de estas reglas sólo podrían resultar pertinentes, a primera vista, las relativas al costo computable de las acciones adquiridas a título oneroso. Ahora bien, en ese supuesto el costo computable está dado por el costo de adquisición¹³ (artículo 21, numeral 21.1a), que viene a ser, en el lenguaje de la Ley, *“la contraprestación pagada por el bien adquirido”* (artículo 20, sexto párrafo, numeral 1).

El pago de una contraprestación es inherente a los contratos con prestaciones recíprocas, en los que la prestación a cargo de una parte es la contraprestación a que tiene derecho la otra. Esa estructura obligacional no es la que se configura respecto de los accionistas de las sociedades transferentes en una fusión o escisión. Ellos no reciben las acciones de las sociedades adquirentes en contraprestación por haber cumplido una prestación a la que estaban obligados ante dichas sociedades. Por lo tanto, esas acciones no son adquiridas por ellos a título oneroso, lo que hace inaplicable respecto de las mismas la regla general relativa al costo computable de las acciones adquiridas a ese título. Queda en pie entonces la cuestión relativa al costo computable que ha de serles atribuible.

De otro lado, en la reorganización simple, en que la transferente recibe acciones de la adquirente en contraprestación de la transferencia patrimonial

¹³ *“Existe costo de adquisición cuando el bien ha sido adquirido por el contribuyente de tercero a título oneroso”* - Reglamento, artículo 11, segundo párrafo, numeral 1.

que efectúa, sí se produce una adquisición de las acciones a título oneroso. Por ende, en tal caso sí resulta aplicable, a la letra, la regla general prevista en el artículo 21, numeral 21.1, literal a), de la Ley. De acuerdo a ello, el costo computable del total de las acciones recibidas estará dado por el valor asignado al bloque patrimonial transferido. Puesto que ese valor equivale al valor nominal total de las acciones recibidas, el costo computable de cada acción resultará ser su valor nominal.

De ese modo, si al bloque patrimonial transferido se le hubiera asignado a los fines de la reorganización un valor superior a su costo computable y se hubiese acogido la operación al régimen del artículo 104, inciso 2, de la Ley, el costo computable del total de las acciones recibidas sería superior al que correspondía a los activos integrantes de ese bloque. De suerte que el activo (las acciones) sustituto de los transferidos tendría un costo computable mayor que éstos, sin que esa diferencia responda a un mayor costo de adquisición ni a una plusvalía sobre la que se hubiese tributado el impuesto. En esas condiciones el incremento del costo computable sería totalmente extraño a la sistemática del impuesto¹⁴ y podría llevar a la obtención de una ganancia¹⁵ inafecta en las eventuales hipótesis de amortización de las acciones con reembolso de su valor o de su enajenación. Se está entonces ante una situación en la que el régimen actual es claramente perjudicial al Fisco y requiere modificación.

Esta problemática ha sido abordada por el Proyecto de Ley N° 4169/2009-PE presentado por el Poder Ejecutivo y, dentro de estas jornadas, por la ponencia conjunta de los doctores **Iván Chu** y **Gustavo Tarazona**.¹⁶ Adicionalmente, el Dr. **Guillermo Hidalgo** ha formulado observaciones al referido proyecto en función de las reorganizaciones de bloques patrimoniales negativos.

2. La propuesta del Proyecto de Ley N° 4169/2009-PE - Posiciones de los ponentes individuales

Esta propuesta incorpora como inciso f) del numeral 21.2 el texto siguiente:

“Tratándose de acciones o participaciones recibidas como consecuencia de una reorganización empresarial, su costo computable será el que resulte de dividir el costo total de las acciones o participaciones del contribuyente que se cancelen como consecuencia de la reorganización, entre el número total de acciones o participaciones que el contribuyente recibe.

¹⁴ El artículo 11, cuarto párrafo, del Reglamento contempla que tratándose de activos adquiridos en virtud de una reorganización de sociedades sometida a la modalidad del artículo 104, inciso 1, de la Ley, se considera como valor de ingreso al patrimonio, o sea como costo computable, el valor revaluado de los bienes. Este es el único supuesto en que la revaluación incrementa el costo computable de los activos.

¹⁵ Esa ganancia estaría dada por la diferencia entre el costo computable total de las acciones y el que correspondía a los activos transferidos.

¹⁶ Esta ponencia no hace referencia al Proyecto de Ley N° 4169-2009/PE.

En el caso de la reorganización simple, el costo computable de las acciones o participaciones que se emitan será el que corresponda al activo transferido. Si la reorganización se produce al amparo de lo señalado en el numeral 2 del artículo 104° de la Ley, no se deberá considerar como parte del costo del activo transferido el mayor valor producto de la revaluación voluntaria que hubiera sido pactada debido a la reorganización. Si el bloque patrimonial transferido está compuesto por activos y pasivos, el costo computable será la diferencia entre el valor de ambos. Si el pasivo fuera mayor al activo, el costo computable será cero”.

Aun cuando no se señala expresamente, debe entenderse que el primer párrafo establece la regla para determinar el costo computable de las acciones recibidas sólo en procesos de fusión o escisión. La Exposición de Motivos expresa que *“las acciones o participaciones que se emitan deben tener el mismo costo computable de las acciones o participaciones que se cancelen como consecuencia de este proceso, conforme con el criterio de continuidad jurídica reconocido en la LIR, donde los costos y condiciones tributarias del transferente no se modifican en el adquirente”.*

La misma solución, y también con fundamento en la continuidad jurídica, ofrece la ponencia de los doctores **Chu** y **Tarazona**, tras descartar, como criterios para fijar el costo computable de las acciones en cuestión, el del costo de adquisición (*“al no existir una enajenación”* en los procesos de fusión y escisión) y el del valor positivo neto del patrimonio aportado o valor nominal de las acciones recibidas (pues originaría un incremento del costo computable hasta el valor patrimonial neto de las nuevas acciones, sin imposición de la diferencia entre ese valor y el costo computable de las acciones amortizadas).

A propósito de la propuesta en comentario, y en relación con las fusiones y escisiones en las que se transfieren patrimonios con valor igual a cero o negativo, el Dr. **Hidalgo** puntualiza que en esas operaciones, de un lado, no se emiten acciones *“dado que no es posible incrementar el valor del capital de la entidad receptora del bloque”* y, de otro, no hay acciones que se cancelan *“pues no hay reducción de capital de la transferente”*. En esas condiciones no sería posible aplicar la regla del primer párrafo. Señala que en el caso de las fusiones y escisiones por absorción, puede darse la situación de que los accionistas de la absorbente entreguen acciones de su propiedad a los de la transferente. Se entiende que, según su punto de vista, esta es una situación que debería ser precisada por la norma. Asimismo expresa que en los casos de fusión y escisión mediante creación de una nueva sociedad, la entrega de acciones a los accionistas de la transferente requeriría la realización de un aporte adicional de su parte, por lo que en tal caso *“el costo computable de esas acciones debería ser el valor del aporte”*.

Respecto de la previsión del segundo párrafo de la propuesta, la Exposición de Motivos manifiesta que *“cuando se trata de una reorganización simple, las acciones que se reciban como consecuencia de esta deben tener como costo computable el valor del activo transferido”*. Agrega que si dicho activo *“consta tanto de activos como pasivos, el costo computable será la di-*

ferencia de ambos y si el pasivo fuera mayor al activo, el costo computable debe ser cero, toda vez que bajo esta figura no podría imputarse al adquirente las pérdidas del transferente”.

Los doctores **Chu** y **Tarazona** identifican el costo computable de las acciones recibidas por la transferente con el valor neto positivo del bloque patrimonial transferido, por cuanto *“constituiría la efectiva y real disposición patrimonial”* que realizaría la transferente. Se oponen a que se considere como costo computable de las acciones recibidas el que correspondía a los activos transferidos, pues dicho costo *“se mantendrá y pertenecerá a la sociedad beneficiaria (...)”*, por lo que, asignarlo a las acciones adquiridas por la transferente *“conllevaría en la práctica a duplicar el costo computable que pudieran tener los activos conformantes del bloque patrimonial transferido”*.

3. La posición del relator general

3.1. La regla del primer párrafo

Entrega de acciones con valor de mercado superior al costo computable de las amortizadas: En una fusión o escisión puede suceder que el valor de mercado de las acciones recibidas en sustitución de las amortizadas sea superior al costo computable de éstas. El proyecto de ley no especifica si para fines del impuesto ese exceso no constituye una ganancia, o constituye una ganancia no gravada, en cabeza de los accionistas de la transferente. Por una razón de sistemática ha debido pronunciarse al respecto, pues el costo computable de las nuevas acciones depende del tratamiento dado a ese exceso a los fines del impuesto. Si ese exceso hubiese estado gravado, el costo computable de las nuevas acciones habría venido dado por la suma del costo computable de las viejas acciones más el importe del exceso gravado. De modo que si, de acuerdo al proyecto, el costo computable de las nuevas acciones va a ser determinado tomando como base el del total de las acciones amortizadas, ello supone que el exceso indicado no es renta gravada. Esta regla está supuesta en el proyecto, sin que se alcance a ver la razón de su falta de explicitación.

El fundamento de la regla: El fundamento de la propuesta, en cuanto alude a la continuidad jurídica que se da entre la transferente y la adquirente en los procesos de fusión y escisión, no parece apropiado, pues en esas operaciones no media ninguna transferencia de acciones a nivel de los accionistas de la transferente.

En rigor, la regla propuesta es una derivación de la no sujeción al impuesto del exceso del valor de mercado de las acciones recibidas sobre el costo computable de las amortizadas. Y es a esta regla, tácitamente establecida en el proyecto como se ha indicado, que debe buscársele fundamento. En nuestro sistema, que, en la generalidad de los casos, sólo grava como ganancia de capital la que proviene de la enajenación de acciones, la regla propuesta se justifica porque en la fusión y escisión los accionistas de la fusio-

nada y de la escidente no realizan ninguna enajenación. Esas operaciones causan la extinción de derechos de participación en el capital de la transferente y, simultánea y correlativamente, la atribución de nuevos derechos de participación en el de la adquirente. Por lo tanto, no se está ante la asunción de la titularidad de los viejos derechos de participación por un tercero (acto de enajenación), sino ante la atribución de los nuevos derechos de participación al mismo titular. Hay una sustitución de los derechos cancelados por los recién creados, con mantenimiento de su titular. Esos nuevos derechos se subrogan a los cancelados en el costo computable que les era atribuible. El que en las sociedades anónimas los derechos de participación estén representados por acciones, no da carácter distinto a la operación.

Fusión o escisiones con transferencia de activos y pasivos: En una fusión o escisión en que se transmiten activos y pasivos, la adquirente emitirá acciones en función del valor patrimonial neto adquirido. El costo computable de esas acciones se determina aplicando la regla general, esto es, estará dado por el de las acciones amortizadas. En cambio, si el pasivo transferido fuera igual o superior al activo, ni la transferente, en caso de escisión, reducirá su capital, ni la absorbente emitirá acciones, según lo destaca el Dr. **Hidalgo**. En ese supuesto, cualquier entrega de acciones por parte de la adquirente o sus accionistas a favor de los accionistas de la transferente, constituirá renta gravada de estos últimos si son perceptores de rentas de la tercera categoría, por ser ingreso derivado de una operación con terceros, conforme al artículo 3, segundo párrafo, de la Ley.

Fusión y escisión con entrega de nuevas acciones, dinero u otros bienes: Hay operaciones de fusión y escisión que se realizan con entrega simultánea de las nuevas acciones y efectivo u otros bienes a los accionistas de la transferente, por importes que exceden los necesarios para eliminar las fracciones de acciones que dificultan el establecimiento de la relación de canje. No puede cuestionarse que la percepción del efectivo u otros bienes escapa a las reglas de la reorganización, que han sido concebidas en relación con fusiones y escisiones en que sólo media la sustitución de las acciones que se amortizan por las que emite la adquirente. Inclusive la propuesta en comentario asume ese supuesto.

La entrega de montos adicionales a las acciones plantea dos cuestiones. Una, relativa al tratamiento a dar al ingreso que aquellos representan para sus beneficiarios y otra, sobre la incidencia que tiene su percepción en el costo computable de las acciones recibidas.

A fin de circunscribir este comentario al ámbito de la propuesta, no es del caso discernir sobre el régimen aplicable al ingreso obtenido. Sí es de destacar que si fuera a reputarse ese ingreso como ganancia de capital,¹⁷ el

¹⁷ Tal régimen supondría que la operación realizada comprende tanto una enajenación de acciones hasta por el importe del dinero o bienes recibidos, como una reorganización de sociedades propiamente dicha con amortización del total o parte de las acciones remanentes, según el caso, y entrega de las nuevas acciones en sustitución de las amortizadas.

costo computable atribuible a las acciones que se consideren enajenadas (utilizado para determinar la renta bruta) deberá ser excluido a los efectos de establecer el de las nuevas acciones.

3.2. La regla del segundo párrafo

Reorganización simple sin transferencia de pasivos: Esta regla prevé dos supuestos: que la transferencia sólo sea de activos o que también comprenda pasivos. En el primero, si la reorganización simple se ha efectuado conforme a los incisos 1 y 3 del artículo 104 de la Ley, el costo computable del conjunto de las acciones recibidas estará dado por el total del costo computable de los activos transferidos. Y si ha tenido lugar al amparo del inciso 2 del mismo artículo, el costo computable de las acciones estará dado por el de los activos transferidos y no por el valor revaluado al cual se les transfirió. De acuerdo a ello, cuando no media traspaso de pasivos, el costo computable total de las acciones recibidas será siempre igual al total del costo computable de los activos transferidos. Demás está decir que, en el caso de la reorganización efectuada de acuerdo al inciso 2 del artículo 104, la propuesta acaba con la anomalía que presenta la legislación vigente según se señaló.

Reorganización simple con transferencia de pasivos: Si el patrimonio transferido comprende deudas, el valor neto de ese patrimonio estará dado por la diferencia entre el valor de los activos y el monto de las deudas asumidas por la adquirente. La transferente recibirá acciones de un valor equivalente a ese valor neto y ese valor debería ser, en principio, su costo computable. Dado que la liberación de su pasivo representa un ingreso para la transferente, ese ingreso, igualmente en principio, debería estar gravado en el ejercicio en que la reorganización simple tiene lugar. En vez de ello, el proyecto difiere la imposición de esa ganancia, mediante el expediente técnico de reducir el costo computable de las acciones recibidas. En síntesis, la deducción del pasivo para establecer el costo computable de las acciones recibidas implica: 1) que el descargo o liberación del pasivo está siendo considerado como ingreso 2) que ese ingreso no se gravará en la oportunidad de su obtención, esto es, al realizarse la reorganización simple; y 3) que será gravado cuando se vendan las acciones, por la vía del cómputo de una mayor renta bruta o una menor pérdida, en razón de la deducción de un menor costo computable.

En la reorganización simple, al igual que en la fusión o escisión, cuando la adquirente asume pasivos por un monto igual o en exceso del valor de los activos, no aumenta su capital ni en consecuencia, emite acciones, como señala la ponencia del Dr. **Hidalgo**. Por ende, no será de aplicación la regla final del segundo párrafo. Al respecto es pertinente lo anotado sobre el supuesto similar al comentar el primer párrafo.

Es de destacar que el pasivo asumido por la adquirente en exceso del valor del activo, representa para la transferente un ingreso gravado, aspecto sobre el cual no se pronuncia el párrafo en comentario.

Reorganización simple con entrega de dinero o bienes además de acciones: Finalmente, cabe hacer extensiva a la reorganización simple lo

señalado en relación con la fusión y escisión para el supuesto en que la operación involucra, además de la entrega de acciones, la de dinero u otros bienes, que, en este caso, se efectuaría a la transferente.

4. Recomendación

En relación con los procesos de reorganización societaria, debe normarse el efecto tributario que tienen la entrega de dinero o bienes, además de acciones, a cambio del activo adquirido, así como la asunción por la adquirente de pasivos en cuantía superior a ese activo.

VI. CUESTIONES RELATIVAS A LOS DIVIDENDOS

1. Introducción

La normativa actual del Impuesto a la Renta sobre dividendos se orienta a establecer lo que se entiende por tales a los fines del impuesto, las reglas sobre la determinación de su renta neta, la tasa con que el Impuesto incide sobre esa renta, la configuración de su hecho generador, su forma y oportunidad de pago y la exclusión de las personas jurídicas que los reciban del ámbito de aplicación del impuesto. Como puede apreciarse, se regula fundamentalmente la configuración del hecho generador y sus efectos.

Ahora bien, dado que los dividendos y su distribución son materia igualmente relevante para el derecho societario, algunos aspectos de la regulación en ese ámbito, también ofrecen gran interés en el del Impuesto a la Renta, como lo ponen de manifiesto las ponencias presentadas. Estas se han ocupado del reparto no proporcional de dividendos, de su caducidad y renuncia y, del usufructo de acciones y de la exclusión del accionista. Algunas ponencias han tratado varios de estas formas. Rasgo rescatable es la diversidad de pareceres de sus autores sobre los efectos tributarios de los hechos jurídicos examinados. Lo que hace sentir la necesidad de contar con una regulación que en lo posible los establezca clara u cabalmente. Escapa a esta observación la caducidad del dividendo, en cuyos efectos tributarios existe coincidencia en las ponencias que lo han examinado.

A continuación se presenta un resumen de las posiciones de los ponentes sobre los temas tratados, con exclusión de lo relativo a la caducidad del dividendo.¹⁸

¹⁸ Todas las ponencias presentadas sobre este tema concluyen que los dividendos caducos no constituyen renta gravada de la sociedad, pues pasan a integrar el patrimonio social, no en virtud de una operación con terceros, sino por mandato del artículo 232 de la Ley General de Sociedades.

2. El reparto no proporcional de dividendos

2.1. Posiciones de los ponentes individuales

De este tema se han ocupado en una ponencia común las doctoras **Rocío Liu** y **Johana Timana**. La Ley General de Sociedades autoriza el reparto de los dividendos en proporción distinta a los aportes al capital si el pacto social o el estatuto lo permiten (artículo 39) y admite que por acuerdo de Junta se establezca que no todas las acciones tienen el mismo derecho al dividendo (artículo 230). En base a ello y tras señalar que el artículo 24A, literal a), de la Ley¹⁹ recoge “el concepto de dividendo que establecen las normas societarias”, afirman que su reparto con criterio distinto al de la participación en el capital, no afecta su carácter ni su régimen frente al Impuesto a la Renta.

2.2. Posición del relator general

Cabe compartir este parecer. El literal a) mencionado conceptúa el dividendo como la utilidad distribuida entre los socios, sin ninguna otra connotación. Por ello se puede afirmar que en cualquiera de los supuestos de configuración de dividendos, previstos en el artículo 24-A, en que medie una entrega a los accionistas, es irrelevante que la misma se efectúe en proporción a su participación en el capital. Sólo existe una excepción a ese enunciado general: en el caso de los créditos reputados como dividendos, a que se refiere el inciso f) del artículo 24-a, el dividendo se genera “*únicamente respecto del monto que le corresponde al socio (...) en las utilidades o reservas de libre disposición.*”, según lo prevé el Reglamento, artículo 13, inciso a). Es de notar que esta particular restricción se justifica porque el otorgamiento del crédito al accionista no origina un cargo a utilidades, que evidencie el monto de estas que le son entregadas. Por ello, el Reglamento precisa que la presunción de la entrega de un dividendo sólo opera en la medida de las utilidades que habrán de corresponder al accionista (deudor) según su participación en el capital social.

3. Momento en que surge la obligación de retener el impuesto

3.1. Posiciones de los ponentes

Este aspecto ha sido considerado en las ponencias individuales de las doctoras **Beatriz De la Vega** y **Lourdes Chau** y en la ponencia conjunta de las doctoras **Rocío Liu** y **Johana Timana**.

La Dra. **De la Vega** es del parecer que la obligación de retener, establecida

¹⁹ De acuerdo al citado literal a), para los efectos del impuesto se entiende por dividendos “(las) utilidades que las personas jurídicas (...) distribuyan entre sus socios (...) en efectivo o en especie, salvo mediante títulos de propia emisión representativos del capital”.

por el artículo 73-A²⁰ de la Ley, surge en cualquier caso con el acuerdo de distribución de dividendos o con su pago o puesta a disposición, lo que ocurra primero, en aplicación del artículo 89²¹ del Reglamento.

La Dra. **Chau**, en cambio, distingue entre los dividendos de las personas naturales domiciliadas y los de sujetos no domiciliados. En cuanto a los primeros, afirma que la obligación de retener surge con el acuerdo de distribución o con su pago o puesta a disposición, lo que ocurra primero, conforme a los artículos 73-A de la Ley y 89 del Reglamento. Sin embargo, considera impropio caracterizar esa obligación como una de retención del impuesto, pues este acto sólo es posible con la entrega del dividendo al accionista.

En lo tocante a los dividendos de sujetos no domiciliados, es del criterio que la obligación de retener surge recién con su acreditación o pago, momento en que también nace la obligación tributaria, conforme a los artículos 9, inciso d)²² y 76²³ de la Ley y 24-B del Reglamento.

A su vez, las doctoras **Liu y Timana** sostienen que la obligación de retener no nace con el acuerdo de distribución, pues los dividendos, en cuanto son renta de la segunda categoría, se imputan al ejercicio en que se perciben, de acuerdo al artículo 57, inciso d), de la Ley. Consideran aplicable esa norma por ser la única que contiene criterios de imputación de la renta al ejercicio y a falta de otra norma expresa que regule los impuestos cuyo

²⁰ Ley artículo 73-A:

“Las personas jurídicas comprendidas en el artículo 14 que acuerden la distribución de dividendos o cualquier otra forma de distribución de utilidades, retendrán el 4.1% de las mismas (...).”

²¹ Reglamento, artículo 89:

“La obligación de retener a que se refiere el Artículo 73-A de la Ley nace en la fecha de adopción del acuerdo de distribución o cuando los dividendos y otras formas de utilidades distribuidas se pongan a disposición en efectivo o en especie, lo que ocurra primero”.

²² Ley, artículo 9, inciso d), primer párrafo:

“En general y cualquiera sea la nacionalidad o domicilio de las partes que intervengan en las operaciones y el lugar de celebración o cumplimiento de los contratos, se considera rentas de fuente peruana:

(...)

d) Los dividendos y cualquier otra forma de distribución de utilidades, cuando la empresa o sociedad que los distribuya, pague o acredite se encuentre domiciliada en el país, o cuando el Fondo de Inversión, Fondo Mutuo de Inversión en Valores, Patrimonios Fideicometidos o el fiduciario bancario que los distribuya, pague o acredite se encuentren constituidos o establecidos en el país”.

²³ Ley, artículo 76, primer párrafo:

“Las personas o entidades que paguen o acrediten a beneficiarios no domiciliados rentas de fuente peruana de cualquier naturaleza, deberán retener y abonar al fisco con carácter definitivo dentro de los plazos previstos por el Código Tributario para las obligaciones de periodicidad mensual, los impuestos a que se refieren los artículos 54 y 56 de esta Ley, según el caso (...).”

hecho generador es de configuración inmediata. Señalan que la retención en la fuente sólo es posible en el momento de la percepción del dividendo por el beneficiario, entendiéndose por dicho momento aquél en que las rentas se encuentran a disposición del beneficiario, conforme al artículo 59²⁴ de la LIR. Destacan la similaridad de este criterio con los de las resoluciones del Tribunal Fiscal 05015-2-2003 (la retención supone la posibilidad material de realizarla, en virtud del contacto directo del agente de retención con la suma de dinero a ser entregada al contribuyente) y 6942-1-2002 (la obligación de pagar un monto equivalente a la retención cuando se contabilicen como costo o gasto las regalías y las retribuciones por asistencia técnica, cesión en uso u otros de naturaleza similar, no tiene el carácter de retención del impuesto que grava tales retribuciones). En conclusión, para las doctoras **Liu y Timana**, la obligación de retener el impuesto surge recién en esa oportunidad, sin perjuicio de la obligación de las personas jurídicas de “desembolsar en forma adelantada”, como consecuencia del acuerdo de distribución, “un monto equivalente al impuesto que retendrá en el futuro cuando realice el pago o ponga a disposición del beneficiario los dividendos”, en aplicación del artículo 88²⁵ del Reglamento.

3.2. Posición del relator general

Cabe compartir el punto de vista de las doctoras **Liu y Timana** y sus fundamentos. La normativa del impuesto busca dar certeza al Fisco en cuanto a la oportunidad y monto en que debe producirse su recaudación. A tal fin se basa en la fecha del acuerdo de distribución de los dividendos y en el monto a distribuir según el acuerdo. Se desentiende así de las circunstancias que pueden afectar la oportunidad y pago efectivo de los dividendos. Pero ello no convierte al acuerdo en el hecho generador del impuesto sobre los dividendos. Como tal hecho permanece incólume el pago o puesta a disposición de los dividendos, cualquiera sea el contribuyente. De suerte que el pago del impuesto luego del acuerdo y cuando aún no se ha producido la percepción del dividendo por el accionista contribuyente, representa sólo un anticipo de aquel. En la medida en que se desembolsen los dividendos, el adelanto irá aplicándose a la cancelación del impuesto que los grava. Mas si ocurriera que el acuerdo fuese anulado, revocado o sustituido por otro de capitalización de utilidades, entre otras posibles circunstancias, el adelanto efectuado devendría en indebido.

En principio, los titulares del derecho de repetición serían los accionistas con relación a los cuales se efectuó el pago del adelanto. Sin embargo, más eficiente y simple y menos oneroso, sería el ejercicio de ese derecho por parte de la sociedad, toda vez que los elementos probatorios del acuerdo, del pago

²⁴ Ley, artículo 59: “Las rentas se consideran percibidas cuando se encuentren a disposición del beneficiario, aun cuando éste no las haya cobrado en efectivo o en especie”.

²⁵ Reglamento, artículo 88: “Entiéndase que la distribución de utilidades a que alude el inciso a) del Artículo 24-A comprende, entre otros conceptos, a la distribución de reservas de libre disposición y adelanto de utilidades”.

efectuado y de los hechos que lo tornaron indebido, son controlados por ella. Entonces, es recomendable que la sociedad goce en ese supuesto del derecho a solicitar la devolución. En protección de los derechos de los accionistas por los cuales se realizó el pago, podría exigirse como requisito formal, la notificación de la solicitud a los accionistas interesados y el reconocimiento del derecho de oposición por parte de estos dentro de determinado plazo.

4. La renuncia al dividendo

4.1. Introducción

Además de la ponencia de las doctoras **Liu y Timana**, han incidido en este punto las de las doctoras **De la Vega y Chau**.

Los ponentes parten del entendido que la renuncia es el acto jurídico por el que el titular de un derecho hace dejación del mismo. Las doctoras **De la Vega y Chau** acogen la tesis de que puede realizarse sin indicación del beneficiario (renuncia abdicativa) o con ella (renuncia traslativa). Para las doctoras **Liu y Timana**, la renuncia siempre es unilateral, incondicionada y sin contra-prestación. No causa la cesión del derecho, sino su extinción, por lo que es irrevocable. Vale decir que, en su opinión, la renuncia sólo puede ser abdicativa. Para todas las ponentes la renuncia del derecho al dividendo supone que ya se acordó su distribución y resulta ser un acto de disposición patrimonial.

Las ponentes se preguntan si la renuncia al dividendo: 1) libera al accionista de sufrir la retención del impuesto sobre el dividendo; 2) genera un ingreso a la sociedad cuando es abdicativa y 3) genera un ingreso gravado para el beneficiario de la renuncia, cuando es traslativa. Además, se han examinado los efectos del pago de los dividendos luego de la renuncia.

4.2. Posición de las ponentes individuales

4.2.1. *Incidencia de la renuncia al dividendo en la retención y pago del Impuesto*

Según la Dra. **De la Vega**, puesto que conforme al artículo 89 del Reglamento, la obligación de pagar el Impuesto a la Renta sobre los dividendos nace con la adopción del acuerdo de su distribución o con su puesta a disposición, la renuncia al dividendo no enerva el cumplimiento de esa obligación. En opinión de la Dra. **Chau**, si el accionista es persona natural domiciliada, su renuncia a los dividendos no enerva la obligación de “retener” el Impuesto, que surge con el acuerdo de distribución; y si es un sujeto no domiciliado, la renuncia no genera esa obligación, que nace recién con el pago o acreditación de los dividendos.

En cambio, según las doctoras **Liu y Timana**, los efectos de la renuncia sobre a la indicada obligación dependen del momento en que aquella se produzca. Si se formula antes de la percepción del dividendo, entendida como su puesta a disposición, extingue el derecho al dividendo y, por ende, el na-

cimiento de la obligación tributaria. De suerte que si la sociedad pagó el adelanto de la retención en ocasión de la adopción del acuerdo, dicho pago deviene en indebido, siendo pasible de devolución a favor de la sociedad. Si la renuncia fuera posterior a la puesta a disposición del dividendo, no tendría incidencia alguna en la obligación tributaria ya surgida. En tal supuesto, los dividendos objeto de la renuncia que la sociedad mantendría, serían sólo el remanente luego de la deducción del impuesto que los gravó.

4.2.2. Efecto de la renuncia abdicativa frente a la sociedad

Según el punto de vista de la Dra. **De la Vega**, cuando la renuncia es abdicativa, al no existir un beneficiario determinado, el dividendo objeto de la renuncia permanece en el patrimonio de la sociedad. Da a entender así que respecto de ésta, no se produce ningún efecto tributario.

Añade que si se cumpliera el plazo de caducidad, en aplicación del artículo 232 de la Ley General de Sociedades, el monto del dividendo materia de la renuncia deberá incrementar la reserva legal y, de haber llegado ésta al máximo legal, el dividendo podrá ser objeto capitalización o redistribución. Otro es el parecer de la Dra. **Chau**. Señala que si la renuncia se formula sin indicación del beneficiario, cabe interpretar que ha sido hecha a favor de la sociedad, *"pues el accionista habría dispuesto de su derecho a favor de quien tenía que cumplir con su pago"*. Agrega que *"en el entendido que la compañía de alguna forma habría aceptado la suma correspondiente, se habría generado un ingreso extraordinario producto de una operación, gravado con el Impuesto a la Renta"*.

Divergen de ambas opiniones las doctoras **Liu y Timana**. Son de la idea que la sociedad debe tratar los dividendos materia de renuncia en la misma forma en que trata los dividendos caducos: no son renta producto ni son ingresos provenientes de operaciones con terceros, en tanto resultan de un acto unilateral. No derivan de una donación, que es un contrato, ni de una condonación o remisión, que es transmisiva y bilateral, pues se requiere el consentimiento del deudor favorecido, cuyo beneficio es el fin de la operación. Consideran que, además, debe evitarse la doble imposición de la misma utilidad.

4.2.3. Incidencia de la renuncia traslativa en el beneficiario

Las doctoras **De la Vega y Chau** consideran que cuando la renuncia es traslativa involucra una donación. Según el parecer de la primera, si el beneficiario es una persona natural, esa donación no tendrá efectos fiscales, pero si es una persona jurídica, incluyendo la sociedad que acordó los dividendos, el ingreso calificará como renta gravada de acuerdo al criterio del flujo de riqueza.

La Dra. **Chau** también establece efectos distintos según el beneficiario, aunque con variantes. Según su criterio, si la beneficiaria es una empresa domiciliada, incluyendo la propia sociedad, que acepta el dividendo donado, se estará ante una operación con tercero generadora de un ingreso gravado según el criterio del flujo de riqueza, recogido en el artículo 3 de la Ley y el artículo 1 del Reglamento. En cambio, si fuese un sujeto no domiciliado, el

dividendo donado no constituiría renta gravada, pues no calificaría como renta de fuente peruana. Es entendido que, según el criterio de la Dra. **Chau**, las donaciones a sujetos no domiciliados no están previstas como renta de fuente peruana en los artículos 9 a 11 de la Ley.

4.2.4. Efectos del pago o acreditación de los dividendos luego de la renuncia

De acuerdo a la Dra. **De la Vega**, cuando los dividendos materia de una renuncia abdicativa son capitalizados o redistribuidos luego de transcurrido el plazo de caducidad fijado en el artículo 232 de la Ley General de Sociedades, los accionistas no obtienen una renta producto, ni un ingreso derivado de una operación con terceros. Lo primero, por cuanto no se está ante un ingreso periódico derivado de la explotación de una fuente y, lo segundo, en razón de que el accionista renunciante no expresó su voluntad de transferir los dividendos a ninguno de los demás accionistas. Considera que en esta situación el *“ingreso se produce a consecuencia de lo establecido en la Ley (...)”*. Se entiende que esta afirmación alude al artículo 232 de la Ley General de Sociedades, que autoriza tácitamente la eventual distribución de los dividendos caducos en caso la reserva legal, a la que deben destinarse, haya llegado a su tope legal.

En la perspectiva de la Dra. **Chau** *“el hecho que la renuncia se haya efectuado antes de que se hubiese dispuesto el pago o la acreditación, no significa que la suma que por efecto de tal renuncia se entregue luego a una persona distinta al accionista, pierda la calidad de dividendo para este último”*. Deriva de ello que *“será con ocasión del pago que se haga a ese tercero que habrá nacido la obligación tributaria con relación al accionista”*.

4.3. Posición del relator general

4.3.1. Incidencia de la renuncia abdicativa en la sociedad

En nuestro ordenamiento jurídico no es posible la renuncia abdicativa del derecho al dividendo, pues su efecto extintivo de ese derecho requiere el consentimiento de la sociedad. Así resulta del artículo 1295 del Código Civil, según el cual *“de cualquier modo que se pruebe la condonación de la deuda efectuada de común acuerdo entre el acreedor y el deudor, se extingue la obligación, sin perjuicio del derecho de tercero”*. En contraste con esta disposición, su antecedente, el artículo 1298 del Código Civil de 1936, expresaba que *“de cualquier modo que se pruebe la remisión o perdón voluntario de la deuda hecha por el acreedor, termina la obligación”*. Vale decir, que ya no es suficiente el perdón voluntario de la deuda para que opere la liberación del deudor. La renuncia del derecho de crédito necesariamente adopta en nuestra legislación el carácter de una remisión o condonación de la deuda. En el ámbito del derecho al dividendo, se requerirá entonces el acuerdo de voluntades entre el accionista y la sociedad para que ésta quede liberada de la obligación de pagar el dividendo que corresponda al primero.

Ahora bien, puesto que el objetivo buscado es liberar a la sociedad del pa-

sivo representado por el dividendo y esa liberación habrá de incrementar el patrimonio neto, cabe preguntarse si no se está ante una ganancia o ingreso gravado, en aplicación del artículo 3, de la Ley, que considera renta gravada de las empresas cualquier ganancia o ingreso derivado de operaciones con terceros. La respuesta debe ser negativa a la luz del Marco Conceptual de las NIC, que define los ingresos como *“los aumentos en los beneficios económicos durante el período contable producidos en forma de entradas o incrementos de activos o disminución de pasivos, y que a su vez, producen incrementos en el patrimonio que son de naturaleza diferente a los aportes hechos por los socios”* (párrafo 70, literal a). El mismo cuerpo normativo señala que la definición de ingreso alcanza tanto al concepto de ingreso, como el de ganancia (párrafo 74). La liberación de la obligación de pagar los dividendos por convenio con un accionista, tiene el carácter de un aporte al patrimonio social, pues es realizada por el acreedor de una obligación en su condición de accionista. No es ganancia ni ingreso para la sociedad. Por ende, escapa a los alcances del artículo 3 de la Ley.

4.3.2. Incidencia de la renuncia traslativa en el beneficiario

La renuncia traslativa al derecho del dividendo conlleva su cesión al beneficiario. Debe necesariamente resultar de un contrato cuya ejecución dé lugar a la cesión de ese derecho. El artículo 1206 del Código Civil expresa que *“La cesión es el acto de disposición en virtud del cual el cedente transmite al cesionario el derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor, que se ha obligado a transferir por un título distinto”*. La cesión del derecho al dividendo podrá resultar así de una donación, compraventa o permuta y podrá materializarse mediante la comunicación de la cesión a la sociedad.

Como es de verse, si fuera realizada a título gratuito, el beneficiario, que puede ser otro accionista o un tercero distinto a la sociedad, obtendrá un beneficio económico. Si se trata de una empresa obtendrá una ganancia gravada, de acuerdo al artículo 3 de la Ley, por provenir de una operación con un tercero (accionista cedente). Y si fuera un sujeto no domiciliado, la donación recibida no constituirá renta de fuente peruana, como bien lo ha señalado la Dra. **Chau**, por tratarse de un supuesto no comprendido en los artículos 9 a 11 de la Ley.

4.3.3. Incidencia en la obligación de retener el Impuesto

Es incuestionable que en ambos tipos de renuncia, la abdicativa (condonación del dividendo) y la traslativa (cesión del derecho al dividendo), hay un acto de disposición patrimonial por parte del accionista. Ese acto recae en el derecho al dividendo y, por ende, en éste, que es el objeto de ese derecho y constituye la renta gravada. Puede afirmarse así que renunciar al derecho al dividendo equivale a disponer de esa renta.

Considérese, por ejemplo, que si se condona el dividendo se estará posibilitando o favoreciendo un futuro aumento de capital, el incremento de las reservas o de las utilidades por distribuir, etc. Con ello se beneficia directamente a la sociedad e indirectamente a los demás accionistas. Y si el de-

recho es cedido a un tercero, podría estarse ante el cumplimiento de una contraprestación o ante una donación. En sustancia esos actos vienen a ser el sustituto económico y jurídico de la percepción del dividendo y su aplicación inmediata a alguno de los fines señalados.

Considérese adicionalmente el supuesto en que el accionista, luego del acuerdo de distribución y antes de la percepción del dividendo, conviene con la sociedad en aplicarlo al pago de una deuda con ella. Habrá que convenir que el accionista ha dispuesto de la renta que le correspondía y ha alcanzado el mismo fin que habría logrado si percibidos los dividendos los hubiera destinado a pagar su deuda. Como es de verse, lo relevante no es el fin del acto de disposición sino su carácter de tal. El accionista se desprende de su derecho antes de su pago formal o puesta a disposición por la sociedad.

Obsérvese que la percepción formal del dividendo constituye el hecho generador previsto en la Ley porque típicamente a través de él se accede a la disponibilidad de la renta, en este caso, del dividendo. Mas si llega a producirse un acto que evidencia esa disponibilidad y hace improcedente ya el pago o puesta a disposición de la renta, no por ello puede considerarse que el hecho generador no se ha realizado.

En ese sentido, cabe afirmar que ni la condonación del dividendo ni la cesión del derecho a percibirlo, enervan los efectos de la retención ya realizada en virtud del acuerdo de su distribución y que, antes bien, dan origen al nacimiento de la obligación de pagar el impuesto.

De acuerdo a este criterio, el posterior pago o puesta a disposición del dividendo a favor del cesionario del derecho, resultará un hecho jurídico intrasendente para fines de Impuesto.

5. Conclusiones

1. La distribución de dividendos con criterio distinto a la prorrata, carece de relevancia a los fines de su imposición.
2. Cualquiera sea el contribuyente accionista, la retención del impuesto una vez adoptado el acuerdo de distribución de dividendos tiene carácter de adelanto del impuesto que se devenga recién con el pago o puesta a disposición del accionista.
3. La renuncia al dividendo, entendida como su condonación o cesión del derecho a percibirlo, constituye un acto de disposición del dividendo y no enerva la obligación de retención que surge con el acuerdo de distribución y da lugar a la obligación de pagar el impuesto.

6. Recomendación

Que se reconozca a la sociedad el derecho de repetición en situaciones en que el pago de la retención del impuesto antes de su devengo, deviene en

indebido por anulación, revocación o sustitución del acuerdo de distribución que originó la retención.

VII. EL USUFRUCTO DE ACCIONES

1. Introducción

Como es sabido, La Ley General de Sociedades admite la constitución del usufructo sobre acciones. Según prescribe su artículo 107, en tal supuesto, *“salvo pacto en contrario, corresponden al propietario los derechos de accionista y al usufructuario el derecho a los dividendos en dinero o en especie acordados por la sociedad durante el plazo del usufructo”* (primer párrafo). Puede pactarse inclusive *“que también corresponderá al usufructuario los dividendos pagados en acciones de propia emisión que toquen al propietario durante el plazo del usufructo”*.

A partir de esta escueta regulación se plantea en el ámbito tributario la cuestión relativa a los efectos del usufructo respecto del nudo propietario como del usufructuario, sea que su constitución haya tenido lugar a título oneroso o gratuito.

Las ponencias de la Dra. **Chau** y del Dr. **Roberto Cores** intentan develar varias de esas cuestiones. Ambas ponencias asumen que el usufructo de acciones conlleva la cesión temporal del derecho a percibir los dividendos.

2. Posición de los ponentes individuales

2.1. Consecuencias para el nudo propietario

El Dr. **Cores** considera que el ingreso obtenido por el accionista a consecuencia de la constitución del usufructo a título oneroso, es renta producto, pues proviene de una fuente durable, cual es el derecho a participar en los resultados de la sociedad, que es susceptible de generar ingresos periódicos. Descarta que se trate de una ganancia de capital en tanto no se origina en la enajenación de acciones, sino en la cesión temporal del derecho a participar en los dividendos de la sociedad.

Puntualiza que si el nudo propietario es una persona natural, el pago recibido, por derivar de la cesión de un derecho patrimonial (y no de un derecho intelectual), será renta de la primera categoría, en aplicación del artículo 23, inciso b), primer párrafo, de la Ley²⁶ y del artículo 13, inciso a),

²⁶ Según esa definición son rentas de la primera categoría, entre otras, *“las producidas por la locación o cesión temporal de cosas muebles o inmuebles, no comprendidos en el inciso anterior (que alude a predios), así como los derechos sobre éstos, inclusive sobre los comprendidos en el inciso anterior”*.

numeral 2, primer párrafo, del Reglamento.²⁷ Y si el nudo propietario fuera una persona jurídica, la renta obtenida calificaría como de tercera categoría.

La Dra. **Chau** alude al supuesto de constitución del usufructo por un accionista que es persona jurídica y señala que *“deberá considerar la suma recibida como renta, por provenir de una operación con tercero”*. Sostiene que si el accionista es un sujeto no domiciliado, la renta obtenida por la constitución del usufructo no es de fuente peruana y, por ende, no está gravada. Señala que para ser renta de fuente peruana, un ingreso debe estar comprendido en los supuestos de los artículos 9 a 11 de la Ley. Destaca que si bien el artículo 9, inciso b) contempla como rentas de fuente peruana las *“producidas por bienes o derechos situados físicamente o utilizados económicamente en el país”*, no puede considerarse que la acción esté situada físicamente o aprovechada económicamente en el país. Agrega que, por lo que resulta de los incisos d) y h) del mismo artículo 9, las rentas de fuente peruana vinculadas a las acciones son los dividendos y las que provienen de su enajenación.

El Dr. **Cores** afirma que el usufructo a título gratuito no genera renta presunta para el accionista. Ampara este criterio en que los artículos 24, inciso b), segundo párrafo y 28, inciso b), de la Ley, que establecen supuestos en que la cesión gratuita del uso de bienes muebles genera renta presunta, aluden a la de bienes muebles amortizables y no a la cesión de derechos patrimoniales.

2.2. Consecuencias para el usufructuario

Los dividendos que perciba el usufructuario tienen la condición de tales para fines del Impuesto. En ello convienen los ponentes.

Añade el Dr. **Cores** que si el usufructuario es receptor de rentas de la tercera categoría y adquirió el usufructo a título oneroso, podría amortizarlo por tratarse de un derecho patrimonial de duración limitada; y si lo hubiera adquirido a título gratuito, el valor del usufructo constituiría renta gravada; sin embargo, reconoce la dificultad para valorar ese derecho patrimonial.

3. Posición del relator general

En términos generales, cabe concordar con las consecuencias establecidas por los ponentes individuales tanto respecto del nudo propietario como del usufructuario, con una excepción. Cabría sostener que si el nudo propietario fuera un no domiciliado, la renta obtenida de la constitución del usufructo, provendría de la utilización o explotación económica de un bien, la acción, en el país. La acción viene a ser el título del cual emana el derecho al dividendo. Al constituirse un usufructo sobre ese derecho, se está produciendo indirectamente la utilización económica de la acción emitida en el

²⁷ De acuerdo a este párrafo *“los derechos a que se refiere el inciso b) del artículo 23 de la Ley son aquellos que no se encuentran comprendidos en el inciso d) del artículo 24 de la misma”*.

país, lo que hace aplicable la previsión del artículo 9, inciso b), de la Ley.

4. Conclusiones

1. La renta obtenida por el nudo propietario de la constitución del usufructo a título oneroso, es renta producto de la primera o tercera categoría, según se trate de una persona natural o de una persona jurídica, sea domiciliada o no.
2. La constitución del usufructo a título gratuito no genera renta ficta.
3. Los dividendos que perciba el usufructuario tienen la condición de tales para efectos del Impuesto.
4. Si el usufructuario adquirió el usufructo a título oneroso, tiene derecho a amortizar su inversión si es receptor de rentas de la tercera categoría.

VIII. OTRAS CUESTIONES VINCULADAS A OPERACIONES SOCIETARIAS

1. Introducción

Las ponencias de la Dra. **Sonia Dávila** y del Dr. **David Warthon** tratan de las fusiones de sociedades del exterior que dan lugar a la transferencia de acciones emitidas en el país. La Dra. **Dávila** centra su reflexión en la conveniencia de extender la neutralidad fiscal a esas fusiones. A su vez el Dr. **Warthon** incide en la necesidad de fijar reglas para la determinación del costo computable de las acciones adquiridas en esos procesos. La Dra. **Mónica Byrne** plantea cuestiones vinculadas a la reducción de capital con reembolso a accionistas no domiciliados. Finalmente, el Dr. **Jorge Bravo** se ocupa de la calificación de la escisión subjetiva como operación elusiva.

2. La ponencia de la Dra. Dávila

La Dra. **Dávila** aborda la problemática de la reorganización de sociedades extranjeras, en particular de las fusiones, que involucran la transferencia de acciones peruanas y dan lugar a la imposición de la ganancia obtenida de esa transferencia.

Empieza por señalar que una sociedad extranjera no puede acogerse a las normas de reorganización de empresas si previamente no se domicilia en el país siguiendo las reglas de la Ley General de Sociedades, lo que representa una sobrecarga difícil de cumplir.

Agrega que la imposición de la referida ganancia puesta de manifiesto en

una fusión internacional, quiebra el principio de neutralidad que impera en el tratamiento de las operaciones de reorganización, en las que la actividad empresarial no se extingue, sino continúa bajo una nueva forma jurídica.

Puntualiza que la actual legislación no exige la certificación de recuperación de capital invertido en una transferencia entre sujetos no domiciliados. No obstante, estima conveniente su obtención para dar seguridad al inversionista no domiciliado. Expresa, asimismo, que en un operación entre no domiciliados, no es posible exigir al comprador el pago del impuesto por cuenta del vendedor, pues no le alcanza la facultad de recaudación de la SUNAT, por lo que la responsabilidad del pago recae exclusivamente en el vendedor.

Propone armonizar la normativa societaria y tributaria en lo que respecta a la reorganización internacional, para ofrecer un régimen que garantice la actuación de los inversionistas extranjeros en base al principio de neutralidad en los procesos de reorganización de empresas. Asimismo, sugiere celebrar convenios para evitar la doble imposición internacional, que delimiten la potestad de los Estados para gravar las rentas originadas en la transferencia de activos en procesos de reorganización internacional, de modo de evitar que el reconocimiento de ese principio por unos Estados, se realice en detrimento de su recaudación fiscal y favorecimiento de la de otros.

3. La ponencia del Dr. Warthon

En su trabajo el Dr. **Warthon** examina lo concerniente al costo computable de las acciones emitidas por sociedades peruanas que son adquiridas por una empresa no domiciliada en virtud de una fusión por absorción llevada a cabo en el exterior. Expresa que de los artículos 20 y 21 de la Ley y 11 del Reglamento no resulta claro cuál es dicho costo.

Su afirmación inicial es que en la fusión por absorción la absorbente adquiere los activos de la absorbida a título oneroso, pues a cambio de ello entrega en contraprestación acciones. La transferencia de activos así operada califica, según lo hace notar, como una enajenación, susceptible de generar una ganancia de capital en aplicación de los artículo 2, 5, y 9 h) de la Ley.

Deriva de lo anterior que el costo computable de los activo adquiridos en una reorganización debería ser su costo de adquisición, en aplicación del artículo 21, numeral 21.2, literal a), de la Ley. Observa que, sin embargo, según el artículo 11, literal a) numeral 2), párrafo ii, del Reglamento, el costo computable de los bienes adquiridos con motivo de una reorganización empresarial está dado por el valor de ingreso al patrimonio, el cual, en el caso de las acciones, está dado por su valor nominal, por aplicación del artículo 21, numeral 21.1, literal b), numeral 1, de la Ley.

Ante esa contraposición normativa se inclina por la regla del artículo 21, numeral 21.1, literal a), de la Ley, que específicamente señala el costo computable de las acciones adquiridas a título oneroso. Circunscribe la aplicación de la norma reglamentaria antes citada al supuesto de reorganiza-

ción previsto en el artículo 104, inciso 1, de la Ley.

Concluye que *“el costo computable de las acciones adquiridas como consecuencia de una fusión, es el valor de adquisición”*, según resulta del artículo 21, numeral 21.1, literal a), de la Ley.

Observa, sin embargo, que en las fusiones existe una valorización del bloque patrimonial adquirido, no de las acciones en particular. Puntualiza que en *“ausencia de una valorización o de un valor de transacción de las acciones deberá considerarse realizada a su valor patrimonial, el que vendría a constituir su costo computable para la adquirente”*. Destaca la compatibilidad de este criterio con el de la NIIF 3, según la cual el valor al que debe ser registrado un activo adquirido en un proceso de combinación de negocios, es el que corresponda a la participación del adquirente en el valor razonable de los activos. Así, el valor de mercado o valor patrimonial de las acciones debería ser considerado como el valor de transferencia y, por ende, como su costo de adquisición, que vendría a ser su costo computable.

La acreditación del valor de las acciones podría efectuarse a través de los acuerdos de fusión, en los que debería constar la valoración de los activos transferidos. En caso de inexistencia de esa valoración propone que el valor de adquisición de las acciones sea determinado, en ausencia de normas específicas, en base a las reglas del Impuesto que establecen el valor de mercado de las acciones en casos de su enajenación. De acuerdo a ese criterio, de la aplicación del artículo 32 de la Ley y 19 del Reglamento, el valor de mercado resulta ser su valor de participación patrimonial. Siendo ese su valor de transferencia a considerar, debe reputarse como costo de adquisición para el adquirente.

Propone que expresamente se contemple en la Ley, que en un caso como el planteado, se considere como valor de mercado, el valor patrimonial de las acciones emitidas en Perú, que vendría a constituir su costo de adquisición y, por ende, su costo computable.

4. La ponencia de la Dra. Byrne

La Dra. **Byrne** señala los vacíos normativos existentes en la normativa del impuesto, en relación con la amortización de acciones de un no domiciliado a consecuencia de una reducción de capital. Concretamente señala que, con relación a ese supuesto, existe falta de regulación en cuanto a si la empresa debe efectuar la retención del Impuesto, si la operación configura un supuesto de enajenación y si debe obtenerse la certificación de recuperación de capital invertido para sustentar el costo computable de las acciones redimidas.

Asume que en la reducción de capital con reembolso y en la adquisición de acciones con cargo al capital hay una redención de acciones y, por ende, la operación puede dar lugar a la obtención de una ganancia de capital gravada.

Se pregunta si para determinar la ganancia de capital obtenida basta aplicar las reglas de los artículos 20 y 21, numeral 21.2, de la Ley, según las cuales la renta bruta derivada de la enajenación de acciones está dada por la diferencia entre el ingreso neto y el costo de adquisición de las acciones, o si es necesario obtener la certificación de capital invertido.

Señala que si la empresa reembolsa un monto superior al valor nominal, debe retener el Impuesto con la tasa de 4.1% sobre dicho exceso; pero si reembolsa un monto igual o inferior al valor nominal, sólo está reembolsando capital y aun cuando en ese caso el accionista puede estar generando una ganancia de capital, no está establecida la obligación de retener el Impuesto que la grava.

Finalmente, considera que en las operaciones de redención de acciones no existe enajenación y, por ende, no es exigible la certificación de recuperación de capital invertido, dado que el artículo 76 de la Ley, que impone la obligación de obtener esa certificación, sólo la ha previsto para casos de enajenación de acciones por no domiciliados.

5. La ponencia del Dr. Bravo

Como es sabido, el artículo 368 de la Ley General de Sociedades autoriza las escisiones con entrega de las nuevas acciones a los accionistas de la escindida en proporción distinta a su participación en el capital. De modo que la escisión puede dar lugar a la fragmentación del patrimonio social en bloques que pasen a ingresar el patrimonio de otras sociedades cuyas acciones pertenezcan a un accionista o a varios con participación distinta a la que se daba en la escindida. Añádese a ello, la circunstancia de que el bloque patrimonial escindido puede no corresponder a una línea o rubro de la actividad de la escindida, pudiendo limitarse a un activo, como lo señala el artículo 369 de la misma Ley. Visto ese régimen, podría asimilarse la operación a una disolución de sociedades o a una devolución de aportes, según el caso. Lo que podría hacer pensar que ha sido realizada con fines elusivos, tanto del Impuesto a la Renta como del Impuesto General a las Ventas.

A partir de esta constatación, el Dr. **Bravo** plantea, como criterio de evaluación de la operación, verificar *“si el fin perseguido por las partes se adecúa a la causa fin del negocio jurídico empleado”*. En otras palabras, se trata de establecer si las partes no han querido ocultar mediante la escisión acordada (negocio jurídico simulado) otro negocio jurídico (disimulado) con efectos tributarios más gravosos. Descarta que la apreciación pueda realizarse atendiendo la realidad económica de la operación, pues ello *“supondría una interpretación económica del hecho imponible, siendo que únicamente es posible interpretar los hechos desde la perspectiva normativa, aplicando los métodos permitidos por el derecho”*.

Lima, diciembre de 2010.