

**INCIDENCIA DEL
IMPUESTO A LA RENTA EN
LAS OPERACIONES SOCIETARIAS**

13 - 14 Diciembre 2010

**XI
JORNADAS
NACIONALES
DE DERECHO
TRIBUTARIO**

**CERTIFICACIÓN DE CAPITAL INVERTIDO POR
NO DOMICILIADOS**

Mónica Byrne Santa María

INTRODUCCIÓN

La presente ponencia analiza los vacíos normativos actualmente existentes en el Impuesto a la Renta cuando una empresa amortiza acciones a favor de un sujeto no domiciliado por la reducción de su capital.

La Ley del Impuesto a la Renta (en adelante la LIR) no regula expresamente como se realiza el pago del impuesto cuando se amortizan acciones y, por lo tanto, no queda claro si es necesaria la obtención de la certificación de la recuperación del capital invertido para sustentar el costo computable de las acciones redimidas para la determinación de la ganancia de capital gravable como renta de fuente peruana.

Como se verá a continuación ante la falta de regulación, sólo se puede realizar interpretaciones sistemáticas a efectos de poder efectuar recomendaciones respecto a cómo un sujeto no domiciliado debe realizar el pago del Impuesto a la Renta en el país, cuando éstos tienen rentas de fuente peruana generadas por las acciones de empresas constituidas en el país.

Precisamente, la ausencia de normas generan discusión sobre la reducción de capital y el reembolso al accionista del valor de sus acciones que esta supone, respecto a (i) la obligación para la empresa de retener (ii) si dicha operación configura un supuesto de "enajenación" para efectos de la LIR y, por lo tanto si dicha operación se encuentra (iii) sujeta a la obtención de la certificación de recuperación del capital invertido para sustentar el costo computable de las acciones redimidas.

Para efectuar el presente análisis se debe plantear las siguientes interrogantes:

1. Si conforme a la naturaleza jurídica de la reducción de capital ésta supone una enajenación de las acciones que se redimen que siempre genera renta de fuente peruana gravada en el país.

2. Si el Artículo 76 de la LIR, cuando exige que la personas o entidades realicen retenciones por las rentas que paguen o acrediten a no domiciliados, también incluye los reembolsos del valor de las acciones producto de una reducción de capital.
3. Si el artículo citado cuando establece que para la determinación de la renta neta es necesario el certificado de recuperación de capital invertido para la enajenación de bienes y derechos, incluye dentro del término de "enajenación" a la redención de acciones por motivo de una reducción de capital.

REDUCCIÓN DE CAPITAL

El Artículo 216 de La Ley General de Sociedades del Perú (en adelante LGS) establece que la reducción del capital determina la amortización de acciones emitidas o la disminución del valor nominal de ellas.

Dicha reducción de capital se encuentra definida por muchos tratadistas. Algunos lo hacen en forma directa y objetiva señalando que consiste en una disminución del capital social de acuerdo a lo que establezca la Ley y, otros la definen como la devolución a los accionistas de capitales innecesarios o que busca el equilibrio entre el patrimonio y el capital, en caso la empresa tenga pérdidas.¹

La LGS² tipifica las distintas modalidades de reducción de capital en: (i) la entrega a sus titulares del valor nominal amortizado; (ii) la entrega a sus titulares del importe correspondiente a su participación en el patrimonio neto de la sociedad; (iii) la condonación de dividendos pasivos; y, (iv) el restablecimiento del equilibrio entre el capital social y el patrimonio neto disminuidos por consecuencia de pérdidas.

Para efectos de nuestro análisis nos vamos a referir especialmente al primer y segundo supuestos. Esto debido a que en dichos casos hay una "redención de acciones" y, resulta discutible el hecho que exista una enajenación para efectos tributarios, cuando se trata de ganancias de capital realizadas por accionistas no domiciliados.

En efecto, en otros casos si bien existe una disminución del valor de las acciones o un cumplimiento de una obligación legal,³ en dichos supuestos podría no existir un caso de enajenación porque no hay redención de acciones y porque puede suceder que no exista devolución efectiva de recursos a los socios.

Entonces, primero que nada es necesario establecer cuándo ocurre una re-

¹ Véase ELÍAS LAROZA, Enrique. *Derecho Societario Peruano*. Pág. 559.

² Ver Artículo 216 de la LGS.

³ Como es el caso de la reducción de capital social por motivo de pérdidas.

ducción de capital que nos interese para efectos tributarios, esto es, cuando existe una reducción efectiva de capital amortizando acciones a los accionistas o cuando se da el supuesto que la sociedad adquiere sus propias acciones a cambio de un reembolso efectivo parcial del capital al accionista.

El primer caso ocurre cuando la reducción se realiza porque existe un exceso de capital que la sociedad no puede ejecutar. Es entonces cuando los accionistas en Junta General pueden decidir, por ejemplo, que existe un capital "ocioso" que debe ser retornado a ellos para darles un empleo más eficiente. Esto se puede realizar, a través de reembolsos parciales de capital a los socios o mediante la cancelación de dividendos pasivos de ser el caso. En estos supuestos, al devolver parte del capital las acciones representativas también serán canceladas.

Otros casos de reducción de capital pueden suscitarse porque la sociedad adquiere sus propias acciones con cargo al capital o cuando un accionista cree conveniente separarse de la sociedad con cargo al capital de la empresa.

En dichos casos resulta de aplicación el Artículo 104 de la LGS el cual establece que:

"La sociedad puede adquirir sus propias acciones con cargo al capital únicamente para amortizarlas, previo acuerdo de reducción de capital adoptado conforme a ley".

Podemos concluir entonces que en estos casos existe una transferencia de las acciones de los accionistas a la sociedad y que luego en una reducción de capital dichas acciones son amortizadas.

Sin embargo, como veremos líneas abajo no resulta claro cómo la LIR trata dichas transferencias para el cómputo del costo incurrido por dichas operaciones para efectos de calcular la ganancia de capital afecta a dicho impuesto y si dichas operaciones obligan a la empresa a realizar retenciones a sujetos no domiciliados cuando ellos son los accionistas a quien debe ser reembolsado el aporte correspondiente.

LA REDENCIÓN DE ACCIONES GENERA RENTA DE FUENTE PERUANA

No cabe duda que la ganancia obtenida por un no domiciliado por la redención de acciones por reducción de capital puede generar rentas de fuente peruana.

El literal h) del Artículo 9 de la LIR establece que en general y cualquiera sea la nacionalidad o domicilio de las partes que intervengan en las operaciones y el lugar de celebración o el cumplimiento de los contratos, se considera renta de fuente peruana:

"h) Las obtenidas por la enajenación, redención o rescate de ac-

ciones y participaciones representativas del capital (...) cuando las empresas, sociedades (...) que los hayan emitido estén constituidos o establecidos en el Perú”.

Conforme a esta norma es renta de fuente peruana, de una empresa o persona natural no domiciliada, la ganancia de capital que se obtenga cuando se enajene, redima o rescate acciones representativas de capital, de empresas constituidas en el Perú.

También resulta claro que la renta de fuente peruana gravable se determina deduciendo de los ingresos brutos el costo computable de los bienes enajenados.

Sin embargo, la pregunta que suele surgir de inmediato es como se calcula dicha renta de fuente peruana debido a que se trata de una renta a ser percibida por un no domiciliado.

La LIR generalmente grava a los no domiciliados sobre la base de la renta bruta obtenida y por la vía de la retención del impuesto designando para éstos efectos a un sujeto retenedor. No obstante, conforme a dicho cuerpo de normas incluso tratándose de la enajenación de un bien por un no domiciliado le resulta aplicable el Artículo 20 de la LIR, por el cual se establece que los ingresos brutos no serán el íntegro de la retribución que se obtiene por dicha transacción sino que establece que:

“Cuando tales ingresos provengan de la enajenación de bienes, la renta bruta estará dada por la diferencia existente entre el ingreso neto total proveniente de dichas operaciones y el costo computable de los bienes enajenados”.

Asimismo, el Artículo 21.2 de la LIR señala que tratándose de la enajenación, redención o rescate de acciones y participaciones adquiridas a título oneroso, el costo computable es el costo de adquisición.

Entonces, es claro que para la determinación de la ganancia de capital gravable como renta de fuente peruana de un no domiciliado se puede deducir el costo de adquisición de las acciones. Sin embargo, lo que no resuelve la LIR en nuestra opinión, y como veremos más adelante, es si basta con éstas normas para determinar en forma correcta la ganancia de capital gravada por un no domiciliado -cuando existe una reducción de capital- o es que la obtención de una certificación de recuperación de capital Invertido, es un requisito esencial para la deducción del costo de adquisición.

La pregunta resulta de suma importancia debido a que la consecuencia de no contar con dicha certificación, sería el pago del impuesto sobre la totalidad del reembolso de capital que realice la sociedad, sin tomar en cuenta ni siquiera el aporte a su valor nominal o el costo de adquisición, el que fuera aplicable.

Pero creemos que también es pertinente preguntar si en el caso de la reducción de capital que estamos analizando se debe retener el impuesto a la

renta por los reembolsos que se realicen al accionista no domiciliado.

RETENCIÓN AL ACCIONISTA NO DOMICILIADO POR LA REDENCIÓN DE ACCIONES

Hemos señalado líneas arriba que la redención de acciones representativas del capital de una persona jurídica constituida en el Perú es una operación que puede generar ganancia de capital de fuente peruana gravable con el Impuesto a la Renta, para aquellos accionistas no domiciliados y, sabemos que dicha ganancia se determina por la diferencia entre el valor al cual el no domiciliado adquirió la acción a redimir y el valor nominal de ésta (costo de adquisición).

Si bien ello es así, puede suceder que la empresa que realice la redención de acciones, debido a una reducción de capital, no deba retener monto alguno al accionista no domiciliado una vez que realice el reembolso correspondiente. Asimismo, como consecuencia la empresa no será un responsable solidario en caso de existir un impuesto a pagar,⁴ el cual deberá ser directamente abonado por el accionista no domiciliado a la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria.

En efecto, cuando se realiza una amortización de acciones producto de una reducción de capital, se entrega el valor nominal de las acciones o el importe correspondiente a su participación en el patrimonio neto de la empresa, por lo que se debe analizar si dichas entregas por sí mismas constituyen una ganancia de capital gravada con el Impuesto a la Renta.

En el supuesto de la entrega del valor nominal de acciones a su titular, ésta en sí misma no genera renta a favor del accionista debido a que en dicho caso la amortización de las acciones no es otra cosa que la devolución efectiva de los aportes efectuados al capital de la empresa.

En cambio en el caso de la redención de acciones a valor neto del patrimonio de la empresa hay dos escenarios posibles. El primero es que dicha redención se realice a valor inferior del nominal y uno segundo es que se realice a un valor superior del nominal. Si estamos ante el primer escenario las consecuencias serán exactamente iguales a cuando se entrega el valor nominal de las acciones a su titular es decir, no genera ganancia de capital gravable con el Impuesto a la Renta. Por el contrario si la redención se realiza a un valor superior al nominal estamos ante un supuesto donde puede generarse ganancia de capital para el accionista.

Sin embargo, aún en el caso en que se puede generar ganancia de capital para el accionista no domiciliado ésta no genera un supuesto de retención para la empresa que realiza un reembolso al accionista.

⁴ No asume responsabilidad solidaria alguna de conformidad con el literal g) del Artículo 67 de la LIR.

Esta conclusión se encuentra fundamentada en el Artículo 76⁵ de la LIR debido a que de su lectura la obligación de retención se encuentra vinculada necesariamente a que existan rentas gravables que se abonen, paguen o acrediten a favor de los accionistas no domiciliados, situación que no se presenta cuando la empresa redime acciones en donde, por la propia naturaleza de dichas operaciones sólo existe devolución de aportes y no la entrega de renta afecta alguna.

Entonces, podemos preguntar en qué supuestos sí existirán importes sujetos a retención. El supuesto más evidente es cuándo el importe que reciben los accionistas no domiciliados supera el valor nominal de sus aportes, debido a que la diferencia corresponde a dividendos u otras formas de distribución de utilidades. En dicho caso la LIR sí establece la obligación de retener.

Por efecto de la autonomía de regulación que el Derecho Tributario contempla, la propia LIR contiene una definición expresa del concepto de dividendos que hace que la diferencia entre el valor nominal y los importes percibidos por los accionistas sí configuren un supuesto de renta de fuente peruana. La LIR no recoge la definición de dividendos establecido por el Derecho Societario.

En efecto, el literal d) del Artículo 24-A de la LIR, precisa que para efectos del Impuesto a la Renta, se entiende por dividendos y cualquier otra forma de distribución de utilidades:

"La diferencia entre el valor nominal de los títulos representativos del capital más las primas suplementarias, si las hubiere y los importes que perciban los socios, asociados, titulares o personas que la integran acciones emitidas por una persona jurídica domiciliada; y, los importes que perciban los accionistas, en la oportunidad en que opere la reducción de capital o la liquidación de la persona jurídica".

La norma no establece excepciones por lo cual podemos concluir que cualquier diferencia que pueda existir producto de una reducción de capital sobre el valor nominal de la acción, configura un supuesto de dividendo, el cual se encontrará sujeto a un impuesto equivalente al 4.1% sea el accionista domiciliado o no.⁶ Asimismo, al existir una renta gravada a pagar a un accionista no domiciliado deberá sujetarse dicho ingreso a retención por parte de la empresa que lo paga.

Sin embargo, como vimos anteriormente la discusión se encuentra cuándo

⁵ Artículo 72 de la LIR para el caso de los accionistas que son personas naturales no domiciliadas.

⁶ Ver los Artículos 53, 54 y 56 de la LIR. Tratándose de los accionistas que califican como personas jurídicas domiciliadas, los mismos no deberán computar dichos dividendos para la determinación de su renta imponible, de acuerdo con el Artículo 24-A de la LIR.

existe ganancia de capital en la redención de acciones por la reducción de capital de una empresa y quien la realiza es un accionista no domiciliado.

Como conclusión entonces podemos señalar que si como producto de la reducción de capital, se reembolsa al accionista el valor nominal de las acciones o este es menor, entonces no se encontrará sujeto a retención. Sin embargo, el que no haya obligación de retener, no significa que no haya ganancia de capital para el no domiciliado, por lo que hay una última duda a despejar en la LIR y es si resulta necesario el obtener la certificación de la recuperación del capital invertido para sustentar el costo computable en dicho caso.

CERTIFICACIÓN DE LA RECUPERACIÓN DEL CAPITAL INVERTIDO

Al respecto y como ya señaláramos anteriormente el Artículo 76 de la LIR establece que las personas que paguen o acrediten a beneficiarios no domiciliados rentas de fuente peruana de cualquier naturaleza, deben retener y abonar al fisco con carácter definitivo los impuestos que corresponden a los sujetos no domiciliados.

Agrega el citado artículo en el inciso g) que para los efectos de la retención se consideran renta neta, sin admitir prueba en contrario: *"El importe que resulte de deducir la recuperación del capital invertido, (...), provenientes de la enajenación de bienes o derechos o de la explotación de bienes que sufran desgaste"* indicando que dicha deducción del capital invertido se debía efectuar con arreglo a las normas que a tal efecto establecería el Reglamento.

En efecto, el Reglamento de la LIR en el inciso a) del Artículo 57, señaló que tratándose de la enajenación de bienes o derechos, el costo computable debía determinarse de conformidad con los Artículos 20 y 21 antes citados pero agregó que la SUNAT con la información proporcionada sobre los bienes o derechos que se fueran a enajenar debía emitir una certificación de la recuperación del capital invertido.

Como puede apreciarse, el Reglamento de la LIR exige el certificado de recuperación de capital invertido pero establece como supuestos *"la enajenación de bienes o derechos"*, por lo que en la reducción de capital existe un problema de interpretación en relación a este artículo.

En efecto, la amortización de acciones es un acto societario que supone necesariamente la reducción de capital. Las acciones si bien son transferidas por los accionistas, como hemos señalado anteriormente tienen un propósito predeterminado que es la reducción de capital de la empresa. Cabe señalar que es en dicho sentido, que el Artículo 104 de la LGS exige un acuerdo previo de reducción de capital a la redención de acciones. En este contexto, opinamos que la redención de acciones, producto de una reducción de capital, debe ser distinguida de las enajenaciones de bienes y dere-

chos, en general.

En dicho sentido se ha pronunciado la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria en el Informe N° 104-2006-SUNAT/2B0000, al concluir que los eventuales beneficios que pueden obtener los accionistas disidentes por la redención o rescate de las acciones por la sociedad emisora de las mismas, no tienen naturaleza de ganancia, capital sino de dividendo.

En efecto, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria concluye que:

"Tratándose de la redención o rescate de acciones por la sociedad emisora, para fines de reducción de capital social, los beneficios obtenidos por los accionistas disidentes por la diferencia entre el monto percibido y el valor nominal de sus acciones califica como un dividendo u otra forma de distribución de utilidades".

En resumen los fundamentos que señala la Administración para sustentar su posición son las definiciones de los términos redención y rescate recogidas por el Diccionario de la Lengua Española y el Diccionario de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, tal como se señala a continuación:

- El Diccionario de la Lengua Española señala que el vocablo "redención" significa acción o efecto de redimir, definiendo por redimir el dejar libre algo hipotecado, empeñado o sujeto a otro gravamen o la cancelación o liberación de un derecho o librarse de una obligación o extinguirla.
- El Diccionario de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas el cual señala que en Derecho la palabra "redención" tiene como significado "la recuperación de alguna cosa que se había vendido, poseído o tenido por alguna razón o título; también, el acto de librarse de alguna obligación, o de hacer que ésta cese pagando cierta cantidad; así como el acto de dejar libre una cosa gravada, hipotecada o dada en prenda, entregando al dueño la cantidad de dinero recibida, o debida a la persona a cuyo favor se impuso el gravamen o se constituyó la garantía.
- En referencia a la expresión "rescatar", Cabanellas la define como la acción de "recobrar lo que por título, aún legítimo, ha pasado a dominio ajeno; ya sea casualmente, ya en virtud de título obligatorio".

Dadas estas definiciones es que podemos concluir que la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria admite que la redención o rescate son términos propios, distinguibles de una enajenación de acciones y, por dicha razón concluye la Administración que no estaríamos ante un dividendo sino una ganancia de capital, en los casos de rescate o redención de acciones.

También se debe señalar que esta misma conclusión había sido analizada por Alex Córdoba Arce en su ponencia presenta para las VIII Jornadas Na-

cionales de Derecho Tributario,⁷ en la cual señala lo siguiente:

"En efecto, el rescate de acciones constituye una figura sui generis que se distingue de una simple operación de compra de acciones, debido a que, en principio, la sociedad se encuentra impedida de adquirir sus propios valores representativos del capital social, no sólo porque ello supone que se convierta en "dueña" de ella misma (lo que materializa lo que el derecho civil denomina como "confusión"), sino también atendiendo a la función que cumple el capital como salvaguarda a los intereses de los acreedores y por la necesaria protección de los derechos de los accionistas, sobretudo los minoritarios."

Es necesario observar también que la LIR en distintos artículos cuando habla de enajenación y quiere referirse también a la redención o rescate lo hace expresamente. Por ejemplo, en el inciso h) del Artículo 9 de la LIR que hemos citado anteriormente.

Por el contrario el Artículo 76 citado y sus normas reglamentarias sólo se refieren a la "enajenación", por lo que podríamos señalar que no se estaría considerando entonces otros supuestos como es la redención o rescate de acciones por la reducción de capital de empresas.

Por último, y como ya indicáramos anteriormente el reembolso que se realiza a un accionista no domiciliado por sus derechos en la empresa, en sí mismo sólo supone una devolución de su aporte, razón por la que no se configuraría una enajenación de acciones en estricto y, por lo tanto, no sería necesario el certificado en cuestión aún cuando efectivamente se genere una eventual ganancia de capital para el accionista no domiciliado. En dicho supuesto, en nuestra opinión bastaría por aplicar los Artículos 20 y 21 de la LIR a efectos de determinar la renta de fuente peruana sujeta a impuestos en el país.

CONCLUSIONES

1. La LIR no regula expresamente el caso de rescate o redención de acciones por reducciones de capital efectuadas por sociedades que suponen un reembolso a accionistas no domiciliados, por lo que no resulta claro cuál es el tratamiento sobre dichas rentas, en especial si ellas se encuentran sujetas a retención y si para su determinación es necesaria la obtención del Certificado de Recuperación de Capital Invertido. Ante la ausencia de regulación sólo se puede realizar una interpretación sistemática de las normas, que no garantizan la inexistencia de futuras contingencias para el sujeto no domiciliado.

⁷ CÓRDOVA ARCE, Alex. "Naturaleza y Régimen de los Beneficios Derivados de la Redención o Rescate de Acciones Representativas del Capital Social". Ponencia Individual, VIII Jornadas Nacionales de Derecho Tributario. En: *VIII Jornadas Nacionales de Derecho Tributario*. Lima: Instituto Peruano de Derecho Tributario, 2004.

2. Según la doctrina y normas societarias la reducción de capital para redimir o rescatar acciones si bien supone una transferencia de las acciones de los accionistas a la sociedad las cuáles deben ser amortizadas, previo acuerdo de Junta General de Accionistas que autorice tal operación, es un operación propia del derecho mercantil y distinguible de otras operaciones comerciales.
3. La LIR cuando exige que la personas o entidades realicen retenciones por las rentas que paguen o acrediten a no domiciliados, en principio también incluye los reembolsos del valor de las acciones producto de una reducción de capital, pero no en todos los casos. En nuestra opinión si como producto de la reducción de capital, se reembolsa al accionista el valor nominal de las acciones o este es menor, el accionista no domiciliado no se encontrará sujeto a retención alguna por parte de la sociedad. Por el contrario, si el reembolso excede el valor nominal de la acción y de acuerdo a la LIR existirá por ejemplo un dividendo sobre el cual si debe realizar la sociedad una retención.
4. Ahora bien, como ya señalamos anteriormente puede darse el caso que no haya obligación de retener, pero esto no significa que no haya ganancia de capital para el no domiciliado cuando el valor de las acciones excede su valor nominal. Sin embargo, en dicho supuesto no será necesario el obtener la certificación de la recuperación del capital invertido para sustentar el costo computable de las acciones y, para la determinación de la renta de fuente peruana, sobre la cual debe pagarse el Impuesto a la Renta.
5. En efecto, si bien la LIR establece que para la determinación de la renta neta es necesaria la certificación de la recuperación de capital invertido, el Artículo 76 sólo establece dicha obligación para la enajenación de bienes y derechos pero no establece que este sea necesario para la redención o rescate de acciones por motivo de una reducción de capital, operaciones que son distintas a una enajenación.

Como ya indicáramos anteriormente el reembolso que se realiza a un accionista no domiciliado por sus derechos en la empresa, en si mismo sólo supone una devolución de su aporte, razón por la que no se configuraría una enajenación de acciones en estricto y, por lo tanto, no sería necesario el certificado en cuestión, lo que resulta respaldado por la opinión de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria en el Informe citado, y la doctrina nacional cuando distinguen la redención y rescate como operaciones distintas a una enajenación común de acciones.

Lima, setiembre de 2010.