

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



**Informe sobre la Resolución del Tribunal Fiscal No.
01339-9-2019: Problemática sobre la deducibilidad de la
pérdida de inversión en una sociedad domiciliada,
originada por reducciones de capital legalmente
obligatorias.**

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogada que
presenta:

AUTORA:

Jadhira del Rosario Unda Valverde

ASESORA:

Martha Cristina Huertas Lizarzaburu


Lima, 2025

Informe de Similitud

Yo, HUERTAS LIZARZABURU, MARTHA CRISTINA, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado “**Informe sobre la Resolución del Tribunal Fiscal No. 01339-9-2019: Problemática sobre la deducibilidad de la pérdida de inversión en una sociedad domiciliada, originada por reducciones de capital legalmente obligatorias.**”, del autor JHADIRA DEL ROSARIO UNDA VALVERDE, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 31%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 23/01/2025.
- He revisado con detalle dicho reporte, así como el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 23 de enero del 2025

| | |
|---|--|
| Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: HUERTAS LIZARZABURU, MARTHA CRISTINA | |
| DNI: 09674415 | Firma:  |
| ORCID: https://orcid.org/0000-0001-7939-6922 | |

RESUMEN

En la Resolución del Tribunal Fiscal No. 01339-9-2019, el Tribunal Fiscal denegó la deducción de la pérdida de inversión en una sociedad domiciliada, originada por reducciones de capital para absorber pérdidas que fueron realizadas bajo mandato legal del numeral 4 del Artículo 216 y el Artículo 220 de la LGS.

El Tribunal Fiscal se amparó en que la irreversibilidad e irrecuperabilidad de la pérdida de inversión debe determinarse en función de que la empresa subsidiaria no califique como una empresa en marcha, dándole contenido a partir del criterio “empresa en marcha” del párrafo 23 del Marco Conceptual para la preparación y presentación de la información financiera y doctrina asociada.

En el presente informe revisaremos si corresponde que se haya denegado la deducibilidad de la pérdida de inversión, a partir de la revisión de la identificación de los conceptos involucrados y de las normas del Código Tributario, el Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta y su reglamento, así como, principalmente, la jurisprudencia y la doctrina.

Palabras clave

Perdida de inversión. Deducibilidad. Irrecuperabilidad e irreversibilidad. Empresa en marcha. Reducción de capital obligatoria.

ABREVIATURAS

| | Texto | Abreviatura |
|----|--|-----------------------|
| 1 | Código Tributario, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por Decreto Supremo No. 133-2013- EF | CT |
| 2 | Constitución Política del Perú | Constitución Política |
| 3 | Graña y Montero Edificaciones S.A.C. | GME |
| 4 | Graña y Montero S.A.A. (contribuyente) | GyM |
| 5 | Impuesto a la Renta | IR |
| 6 | Ley del Impuesto a la Renta, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por Decreto Supremo No. 179-2004-EF | LIR |
| 7 | Ley General de Sociedades, aprobada por la Ley No. 26887 | LGS |
| 8 | Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por Decreto Supremo No. 122-94-EF | RLIR |
| 9 | Resolución del Tribunal Fiscal | RTF |
| 10 | Resolución del Tribunal Fiscal No. 01339-9-2019 | Resolución |
| 11 | Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria | SUNAT |
| 12 | Tribunal Constitucional | TC |
| 13 | Tribunal Fiscal | TF |

INDICE ANALÍTICO

| | |
|--|----|
| RESUMEN..... | 1 |
| ABREVIATURAS..... | 2 |
| INDICE ANALÍTICO | 3 |
| PRINCIPALES DATOS DEL CASO..... | 5 |
| I. INTRODUCCIÓN | 6 |
| 1.1. Justificación de la elección de la resolución | 6 |
| 1.2. Presentación del caso | 6 |
| II. IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES | 7 |
| 2.1. Antecedentes fácticos | 7 |
| 2.2. Antecedentes jurisprudenciales | 7 |
| 2.3. Hechos relevantes del caso | 8 |
| III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS | 13 |
| 3.1. Problema principal | 13 |
| 3.2. Problemas secundarios | 13 |
| 3.3. Problemas complementarios | 13 |
| IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A..... | 14 |
| 4.1. Respuestas a los problemas principal y secundarios | 14 |
| 4.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución | 14 |
| V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS | 15 |
| PS1: ¿la pérdida de inversión que tiene una persona jurídica domiciliada en otra persona jurídica domiciliada es un gasto bajo la LIR? ¿se siguen las reglas de causalidad? | 15 |
| PS2: En caso no se considera gasto, ¿la pérdida de inversión puede ser una deducción bajo la LIR? | 20 |
| PS3: ¿la inclusión del requisito de “empresa en marcha” es necesaria para determinar la irrecuperabilidad e irreversibilidad de una pérdida de inversión? | 22 |
| PS4: En el supuesto de que se deba observar el criterio de “empresa en marcha”, ¿deben revisarse los aspectos que consideró el TF? | 28 |
| PS5: En el supuesto que no se deba observar el criterio de “empresa en marcha” ¿la pérdida de inversión por reducción de capital obligatoria bajo LGS es irrecuperable e irreversible? | 29 |
| PC1: ¿Existe duplicidad de criterio respecto del reconocimiento de la reducción de capital a partir de la fiscalización realizada a la vinculada de GyM, que justifique la inaplicación de intereses y sanciones? | 31 |
| VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES | 33 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 34 |



PRINCIPALES DATOS DEL CASO

| | |
|---|--|
| No. Exp. / No. Resolución o sentencia / nombre del caso | Resolución del Tribunal Fiscal No. 01339-9-2019 |
| Área(s) del derecho sobre las cuales versa el contenido del presente caso | Derecho Tributario Derecho Societario |
| Identificación de las resoluciones y sentencias más importantes | Resoluciones de Intendencia No.: <ul style="list-style-type: none"> • 0150140010524 (ejercicio 2007) • 0150140010554 (ejercicio 2008) |
| Demandante / Denunciante | Contribuyente: Graña y Montero S.A.A. |
| Demandado / Denunciado | Administración: Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria - SUNAT |
| Instancia administrativa o jurisdiccional | Instancia administrativa |
| Terceros | No aplica |
| Otros | <ul style="list-style-type: none"> • La Resolución del Tribunal Fiscal No. 01339-9-2019 resuelve dos procedimientos de apelación, vía acumulación, bajo Exp. 18593-2012 (ejercicio 2007) y 613-2013 (ejercicio 2008). <p><u>Nota: Con fecha 27 de setiembre de 2024 y 26 de noviembre de 2024, la SUNAT remitió cartas informando que no es posible otorgar los expedientes en modalidad de préstamo, copia y/o acceso virtual, en tanto la instancia judicial correspondiente está en proceso de emitir la resolución de archivo definitivo.</u></p> <p><u>Asimismo, de la información obtenida, Graña y Montero S.A.A. no mantiene copias de los expedientes.</u></p> |

I. INTRODUCCIÓN

1.1. Justificación de la elección de la resolución

La elección de la Resolución se ha basado en dos aspectos.

El primero es que permite discutir un tema fundamental para la decisión de invertir en acciones de otra sociedad domiciliada: ¿cuál es, para la inversora, el impacto fiscal de que el negocio de dicha sociedad resulte en pérdidas suficientes que la obligue legalmente a reducir el capital? ¿esa pérdida es deducible? ¿bajo qué reglas?

En segundo lugar, se trata de una resolución compleja ya que hay una circunstancia trascendental, que es que las pérdidas se materializaron a través de una reducción de capital que fue realizada por mandato de la LGS; y que, a fin de resolver el caso, el TF introduce el concepto de “*empresa en marcha*” como determinante para que las pérdidas sean deducibles, bajo el requisito de ser irrecuperables e irreversibles, lo que deberá revisarse a la luz de la jurisprudencia precedente.

1.2. Presentación del caso

El presente caso versa sobre la denegatoria de la deducción en la determinación del IR, de la pérdida de inversión en una sociedad domiciliada, originada por reducciones de capital para absorber pérdidas que fueron realizadas bajo mandato legal del numeral 4 del Artículo 216 y el Artículo 220 de la LGS, por haber considerado que la sociedad subsidiaria calificaba como una empresa en marcha y; en consecuencia, que para la sociedad matriz dicha pérdida no era irrecuperable e irreversible.

A estos efectos, se analizará si corresponde que la deducibilidad de la pérdida de inversión se determine a partir del criterio de “*empresa en marcha*” como requisito necesario para la irrecuperabilidad e irreversibilidad. Para lo cual, se discutirá la naturaleza de las pérdidas, los elementos a evaluar para la deducibilidad, la aplicación del Artículo 37 de la Ley del Impuesto a la Renta, entre otros. Asimismo, se revisará la correspondencia de la inaplicación de intereses y sanciones, que también forma parte de la materia controvertida de la Resolución.

Para ello, los instrumentos jurídicos que se utilizarán son, respecto a la normativa, la Constitución Política, el CT, la LIR y el RLIR; respecto a la jurisprudencia, principalmente, RTF, tales como No. 06051-1-2003, 04232-5-2005, 0727-5-2006 y 12596-3-2009; y, la doctrina. Por último, en la medida que sea aplicable, las resoluciones del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia.

II. IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES

Nota: La descripción de antecedentes y hechos relevantes del caso se efectúa a partir de la información obtenida del texto de la Resolución, en tanto, la SUNAT ha rechazado el pedido de acceso a los expedientes, hasta en dos oportunidades, por encontrarse pendiente la emisión de la resolución de archivamiento por el Juzgado correspondiente.

2.1. Antecedentes fácticos

- GME (hoy, Inmobiliaria O.P.Q. S.A.C.), cuyo giro de negocio fue principalmente inmobiliario, se habría constituido en 1987.
- GME habría acumulado pérdidas desde 2002 al 2007. La acumulación de las pérdidas habría generado que su capital disminuya en más del 50%.
- Durante 2007 y 2008, GyM (contribuyente), habría sido accionista de GME con una participación accionaria de 99.34%.
- Se habría verificado que GME:
 - (i) Al 31 de diciembre de 2007, tuvo ventas netas.
 - (ii) Al 31 de diciembre de 2008, arrojó utilidades y contaba con cuentas por cobrar comerciales, préstamos al personal, inversiones en valores y otras cuentas por cobrar. También, su patrimonio fue de S/ 5'202,584.00.
 - (iii) Durante 2009 y 2010, tuvo gastos de administración y otros gastos¹.
- A propósito de la liquidación de activos de GME, se acordó la distribución de las utilidades de 2008².

2.2. Antecedentes jurisprudenciales

- **Resoluciones No. 06051-1-2003 y 04232-5-2005:**

En la resolución No. 06051-1-2003 se discute la deducibilidad de la pérdida de inversión en las acciones emitidas por el Banco Banex, que era una empresa del sistema financiero regulada y supervisada por la Superintendencia de Banca y Seguros ("SBS") y que se encontraba en situación de disolución y liquidación por insolvencia. Habiendo reconocido que la irrecuperabilidad e irreversibilidad es un requisito para reconocer la deducibilidad de la pérdida, el TF concluye que sí corresponde la deducción dado que Banex se encontraba iniciando su proceso de disolución y liquidación, lo que fue verificado a partir de la resolución que emitió la SBS.

En la Resolución No. 04232-5-2005 se reitera el criterio y se añade en la argumentación sobre la probanza de la irrecuperabilidad e irreversibilidad de la deuda (i) el hecho de que, para el ejercicio fiscalizado, la sociedad liquidadora de Banex había remitido una comunicación – Carta No. 234-2003-BBLC – indicando que la posibilidad de recuperar total o parcialmente los aportes en Banex era sumamente remota e improbable; y, (ii) el hecho de que el capital del banco se redujo en su totalidad por las pérdidas.

- **Resolución No. 0727-5-2006:**

En este caso, la reducción del capital social tuvo como finalidad el restablecimiento del equilibrio entre el capital social y el patrimonio neto a propósito de las pérdidas, en virtud del numeral 4 del artículo 216 de la LGS.

El TF señaló que el valor de las acciones se vio efectivamente reducido y, en consecuencia, la pérdida se encontraba acreditada. Ello basándose en que la

¹ Resolución del Tribunal Fiscal No. 01339-9-2019 no precisa los otros gastos.

² Alegado por el contribuyente.

reducción de capital implicó la extinción de las acciones y que no se realizó una devolución de aportes; por lo tanto, era deducible. Con ello, es posible colegir que para el TF bastó con la reducción de capital para admitir la deducibilidad en tanto las acciones dejaron de existir.

- **Resolución No. 12596-3-2009:**

En este caso, se discute la deducibilidad del importe en que se castigó la cuenta de inversiones asociada a las acciones de las que el contribuyente era titular en La Vitalicia S.A. (Compañía de seguros)., a propósito de una reducción de capital que se acordó vía junta general de accionistas, a partir de una recomendación de un informe de auditoría interna, un oficio de la SBS y la carta de control interno y aspectos contables de la firma de auditores externos (es decir, no se redujo capital por encontrarse en algunos de los supuestos de reducción obligatoria por pérdidas de la LGS).

A través de esta resolución, el TF introduce el criterio de empresa en marcha como aquel que verifica si una pérdida es irrecuperable o irreversible. Así, sostiene que La Vitalicia, a diferencia del Banco Banex, es una empresa en marcha, ya que podría conseguir que la inversión sea recuperada totalmente mediante, por ejemplo, una capitalización de futuras utilidades.

Asimismo, sostiene que al haber sido la reducción de capital una decisión empresarial, no califica como una pérdida extraordinaria por caso fortuito o fuerza mayor bajo el inciso d) del Artículo 37 de la LIR; por lo que, no es deducible. Añade que, de permitirse la deducción efectuada por el contribuyente, estaría permitiéndose que una empresa deduzca los gastos y/o provisiones de otra, vía la reducción de capital.

2.3. Hechos relevantes del caso

2.3.1. Hechos reales del caso:

- Con fecha 15 de setiembre de 2007, mediante Junta General de Accionistas de GME, se acordó reducir el capital en S/ 47'250,000.00, de conformidad con el inciso 4 del Artículo 216 de la LGS, y, de acuerdo a lo alegado por el contribuyente, el Artículo 220 de la misma norma.
- En la determinación del Impuesto a la Renta del ejercicio 2007, GyM habría tomado como importe a deducir el costo computable³ correspondiente a las acciones emitidas por GME que se amortizaron con ocasión de la reducción de capital de 15 de setiembre de 2007.

Durante el procedimiento de apelación, GyM habría alegado que el costo computable acreditado por dichas acciones ascendió a S/ 55,364,385.25.

- Con fecha 31 de enero de 2008, mediante Junta General de Accionistas GME, se acordó reducir el capital en S/ 64'233,170.00, de conformidad con el inciso 4 del Artículo 216 de la LGS, y, de acuerdo a lo alegado por el contribuyente, el Artículo 220 de la misma norma.
- En la determinación del Impuesto a la Renta del ejercicio 2008, GyM habría tomado como importe a deducir el costo computable⁴ correspondiente a las acciones emitidas por GME que se amortizaron con ocasión de la reducción de capital de 31 de enero de 2008.

³ En la Resolución del Tribunal Fiscal No. 01339-9-2019, no se señala cuánto fue el importe que GyM consideró como gasto deducible por la reducción de capital de GME.

⁴ En la Resolución del Tribunal Fiscal No. 01339-9-2019, no se señala cuánto fue el importe que GyM consideró como gasto deducible por la reducción de capital de GME.

Durante el procedimiento de apelación, GyM habría alegado que el costo computable acreditado por dichas acciones ascendió a S/ 75,256,645.27.

2.3.2. Hechos procesales/procedimentales:

- (i) La SUNAT inició los procedimientos de fiscalización con respecto a la determinación del Impuesto a la Renta de los ejercicios 2007 y 2008. Dentro de los reparos de la SUNAT para ambos periodos se encontró la deducción no aceptada por pérdida de la inversión en GME, originada por las reducciones de capital antes mencionadas.
- (ii) Con fecha 12 de setiembre del 2012, GyM interpuso recursos de reclamación contra las resoluciones de determinación y multa emitidas por los ejercicios 2007 y 2008, específicamente respecto del reparo a la deducción de la pérdida de la inversión en GME, originada por las reducciones de capital por compensación de pérdidas.

De la Resolución, la base legal a la que el TF haría referencia son los Artículos 2 y 20, primer párrafo e inciso d) del Artículo 37 y el Artículo 57 de la LIR.

A partir de lo anterior, la SUNAT se habría amparado en las disposiciones de la LIR sobre ganancia de capital, costo computable, principio de causalidad en la deducibilidad de gastos, gasto por pérdidas extraordinarias, así como, el criterio de imputación de ingresos y gastos para rentas de tercera categoría (devengo).

- (iii) Los recursos de reclamación fueron resueltos a través de las Resoluciones de Intendencia No. 0150140010524 y 0150140010554, emitidas el 31 de octubre y 30 de noviembre de 2012, respectivamente.

En dichas resoluciones, la SUNAT habría sostenido, a partir de la RTF 012596-3-2009, que en tanto se presume que toda empresa continua en marcha, con plena vigencia y proyección, salvo que se indique lo contrario, la pérdida no calificaba como irrecuperable e irreversible.

- (iv) El 27 de diciembre de 2012, GyM interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Intendencia No. 0150140010524, bajo Expediente No. 8593-2012.

El 14 de enero de 2013, GyM interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Intendencia No. 0150140010554, bajo Expediente No. 613-2013.

El contribuyente habría sostenido lo siguiente:

- Sobre la posibilidad de efectuar una deducción, que:
 - No existe sustento legal para desconocer la deducción.
 - La pérdida que tuvo como inversionista generó un gasto real y fehaciente.
 - El gasto generado por la pérdida no puede reflejarse en el valor de las acciones que no han sido amortizadas, dado que el costo computable de cada acción es intransferible, por lo que el costo computable vinculado con las acciones que se extinguen o eliminan debe darse de baja para efectos fiscales.

- Con base en las RTF No. 5544-4-2016, 11733-3-2015 y 11993-4-2013, una vez producida la reducción de capital, corresponde ajustar el valor de la inversión para efectos fiscales⁵.
 - Sobre el carácter irrecuperable e irreversible de la pérdida, que:
 - En el caso concreto, la anulación o cancelación de acciones se dio sin contraprestación a cambio, dado que se realizó en cumplimiento de una obligación legal (Artículo 220 de la LGS). Dicha amortización de acciones implica que una parte de su aporte haya desaparecido.
 - A partir de las RTF No. 06051-1-2003, 04232-5-2005 y 00727-5-2006, la reducción de capital es un elemento de prueba suficiente para determinar que la pérdida es irrecuperable e irreversible.
 - No es de aplicación la RTF No. 12596-3-2009, pues no se acreditó una pérdida real de inversión.
 - Sobre si GME es una empresa en marcha, que:
 - Se encontró inactiva desde 2008 y que, si bien efectuó una distribución de dividendos por utilidades de 2008, esto se debió a la liquidación de activos de la compañía.
 - La extinción es una formalidad que no desvirtúa que la compañía no es una empresa en marcha.
 - Sobre la sanción y los intereses moratorios, solicita que se deje sin efecto argumentando que (i) existe duda razonable, en tanto la RTF No. 012596-3-2009 en la que se basa SUNAT es contraria a otra jurisprudencia de Tribunal Fiscal (entendiendo que se refiere a las Resolución No. 0727-5-2006); y, (ii) que existe dualidad de criterio en tanto, en una fiscalización efectuada a una empresa vinculada, la SUNAT habría indicado que el costo de las acciones amortizadas por la reducción de capital debe reconocerse en el ejercicio en que se produce la reducción, en virtud del Artículo 170 del CT.
- (v) En instancia de apelación, ambos expedientes fueron acumulados y resueltos por la Resolución, de fecha 12 de febrero de 2019.

2.3.3. Argumentos de la Resolución del Tribunal Fiscal No. 01339-9-2019:

Argumento 1:

- Regla: Las reglas de deducibilidad de gastos en la determinación del Impuesto a la Renta se encuentran regulados en el Artículo 37 de la LIR.
- Dato: El TF cita el Artículo 37 de la LIR en sus considerandos.
- Conclusión: La deducibilidad de la pérdida en la inversión en una sociedad jurídica domiciliada se regulará por el Artículo 37 de la LIR.

Argumento 2:

- Regla 1: Según la jurisprudencia del TF, la pérdida de la inversión en una sociedad jurídica domiciliada será deducible siempre que sea irrecuperable e irreversible, lo que no se configura cuando la empresa califica como empresa en marcha.
- Regla 2: La reducción de capital originada por la existencia de pérdida, en cumplimiento de un mandato legal societario, no es suficiente para la deducibilidad, es necesario verificar si la empresa califica como empresa en marcha.

⁵ De la revisión de la RTF No. 01339-9-2019, se verifica que, al menos, el Tribunal Fiscal no cuestionó ni rechazó esta posición.

- **Regla 3:** A partir del párrafo 23 del Marco Conceptual para la preparación y presentación de la información financiera y doctrina sobre contabilidad, una empresa debe entenderse en marcha, salvo que de manera expresa se indiquen razones como el cumplimiento del plazo estipulado en el contrato, cumplimiento del objeto social, por disposiciones legales, o por decisión de sus socios.
- **Dato:**
 - Los acuerdos de reducción de capital no acreditan que no sea empresa en marcha.
 - GME habría tenido ventas netas hasta el 2007 y arrojado utilidades en el ejercicio 2008.
 - A partir de los estados financieros, GME habría contado con fondos, cuentas por cobrar comerciales, préstamos al personal, inversión en valores y otras cuentas por cobrar.
 - No se habría advertido alguna indicación sobre la discontinuidad de las operaciones de GME.
 - GME contaba con un patrimonio positivo de S/ 5'202,584.00 al 31 de diciembre de 2008.
 - A partir de las declaraciones juradas del Impuesto a la Renta de GME de 2009 y 2010, si bien no tenía ingresos, habría seguido realizando operaciones (gastos generales de administración y otros gastos).
- **Conclusión:** GME califica como empresa en marcha; por lo que, la pérdida de GyM en la inversión en GME, ocasionada por las reducciones de capital que ésta realizó, no califica como gasto deducible.

Argumento 3:

- **Regla:** Los contribuyentes, ante dualidad de criterio, pueden solicitar la no aplicación de intereses, de la actualización con Índice de Precios al consumidor, y de sanciones.
- **Dato:** La Resolución de Determinación que dio fin a la fiscalización anterior de GyM no hacía referencia a pérdida irrecuperable o irreversible, sino a venta de acciones.
- **Conclusión:** No constituye dualidad de criterio.

Argumento 4:

- **Regla 1:** La Sentencia recaída en el Expediente No. 04532-2013-PA/TC del TC determinó que los intereses moratorios pueden inaplicarse en casos en que se haya excedido el plazo legal para resolver los procedimientos contenciosos, en base a la garantía del plazo razonable como elemento del derecho al debido procedimiento administrativo.
- **Regla 2:** El Artículo 33 del CT establece que se suspenderá la aplicación de intereses moratorios a partir del vencimiento de los plazos máximos regulados en los Artículos 142°, 150°, 152° y 156° hasta la emisión de la resolución que culmine con el procedimiento correspondiente.
- **Dato⁶:**
El caso materia de apelación es un caso complejo por el grado de dificultad del análisis de la materia controvertida.
- **Conclusión:** Por la complejidad del caso, el exceso del plazo por parte del TF para resolver no vulneró del derecho al plazo razonable; por lo que, no es de aplicación el criterio de la Sentencia del Expediente No.

⁶ Cabe precisar que en la Resolución del Tribunal Fiscal No. 01339-9-2019, al momento de desarrollar los argumentos del contribuyente tanto en instancia de reclamación como apelación, no se hace referencia a la inaplicación de intereses moratorio por demora en el proceso contencioso.

04532-2013-PA/TC. No obstante, la SUNAT deberá aplicar la suspensión que se encuentra regulada en el Artículo 33 del CT.



III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

3.1. Problema principal

¿La pérdida de inversión que tiene una persona jurídica domiciliada en otra persona jurídica domiciliada es deducible para efectos del Impuesto a la Renta de tercera categoría, si es irrecuperable o irreversible, a partir de definir si califica como una empresa en marcha, en casos de reducción de capital obligatoria bajo LGS?

3.2. Problemas secundarios

PS1: ¿la pérdida de inversión que tiene una persona jurídica domiciliada en otra persona jurídica domiciliada es un gasto bajo la LIR? ¿se siguen las reglas de causalidad?

PS2: En caso no se considere gasto, ¿la pérdida de inversión puede ser una deducción bajo la LIR?

PS3: ¿la inclusión del requisito de “*empresa en marcha*” es necesaria para determinar la irrecuperabilidad e irreversibilidad de una pérdida de inversión?

PS4: En el supuesto de que se deba observar el criterio de “*empresa en marcha*”, ¿deben revisarse los aspectos que consideró el TF?

PS5: En el supuesto de que no se deba observar el criterio de “*empresa en marcha*” ¿la pérdida de inversión por reducción de capital obligatoria bajo LGS es irrecuperable e irreversible?

3.3. Problemas complementarios

PC1: ¿Existe duplicidad de criterio respecto del reconocimiento de la reducción de capital a partir de la fiscalización realizada a la vinculada de GyM?

Con relación al Argumento 4, respecto a la vulneración de la garantía del plazo razonable por haberse excedido el plazo legal para resolver el procedimiento de apelación, cabe precisar que no ha sido considerado como un problema jurídico en la presente investigación, dado que la problemática de la suspensión del cómputo de intereses en etapa de apelación -que, en el pasado conllevó a la revisión de la vulneración de la garantía de plazo razonable- se resolvió a nivel legislativo con la modificación del Artículo 33 del CT establecida por el Artículo 7 de la Ley No. 30230, ya que se incluyó que la suspensión de intereses moratorios aplicaba también para el exceso del plazo legal para resolver el recurso de apelación.

IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A

4.1. Respuestas a los problemas principal y secundarios

Las respuestas a los problemas secundarios serían las siguientes:

PS1: La pérdida de inversión que tiene una persona jurídica domiciliada en otra persona jurídica domiciliada no califica como gasto bajo la LIR y no se aplican las reglas de causalidad.

PS2: La pérdida de inversión, en la medida en que es un detrimento del activo de la sociedad matriz sí es una deducción en la determinación del IR.

PS3: La inclusión del requisito de “empresa en marcha” no es necesaria para determinar la irrecuperabilidad e irreversibilidad de una pérdida de inversión, en la medida en que no operaba una laguna jurídica que requiriese se integrada con un precepto diferente. Asimismo, en la medida en que no hay una norma específica, su inclusión no se trataría de una interpretación normativa.

PS4: Solo considerar las cuentas contables, el patrimonio, y algunos datos adicionales no es suficiente para concluir categóricamente que la empresa subsidiaria es una empresa en marcha, ya que es necesario verificar que lo que revela su contabilidad y estados financieros corresponda a actividades operativas (de su giro). Específicamente, respecto de GyM, no es posible llegar a esa conclusión con la información disponible.

PS5: Con independencia del requisito de “empresa en marcha”, la pérdida de inversión es irrecuperable e irreversible, en la medida en que las acciones se eliminan con ocasión de reducción de capital obligatoria bajo LGS.

PC1: No es posible concluir que existe dualidad de criterio respecto de los pronunciamientos de SUNAT.

4.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución

En el caso concreto de la Resolución, no estoy de acuerdo con el fallo final del Tribunal Fiscal, debido a lo siguiente:

- Si bien considero que la irrecuperabilidad e irreversibilidad de las pérdidas es un criterio para permitir la deducción en la sociedad matriz -ya que me parece razonable que el alcance de una “pérdida” se entienda como aquello que no se puede recuperar o revertir-, no estoy de acuerdo con haber dotado de contenido a estos requisitos con un criterio de origen en documentos contables que tiene una finalidad específica y, además, sin una motivación suficiente y adecuada.
- Para verificar si GyM calificaba como empresa en marcha, el TF revisó aspectos financieros que no necesariamente se encuentran relacionados con el alcance de “empresa en marcha” y/o la posibilidad de recuperar la pérdida, tales como, efectuar gastos administrativos, mantener préstamos de personal, etc, mas aún afirmando que GME no tuvo ingresos desde 2008. En adición, es cuestionable que se haya verificado circunstancias de años siguientes (2009 y 2010), ya que habría que definir cual debiera ser el horizonte de tiempo para determinar si una empresa que no se extinguió, puede ser calificada como empresa en marcha.

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

Antes de desarrollar los problemas jurídicos, es necesario precisar a qué nos referimos con pérdida de inversión, en el marco de lo discutido en la Resolución.

La pérdida de inversión para la empresa matriz es, propiamente, la pérdida de un bien del activo fijo, que son las acciones emitidas por la empresa subsidiaria, las cuales se amortizan con ocasión de la reducción de capital que debe realizarse en estricto cumplimiento de la LGS, y que implica la extinción de las acciones de titularidad de la sociedad matriz y la no devolución del capital aportado.

Por ejemplo, si la sociedad matriz "A" es accionista de la sociedad subsidiaria "B" y había incurrido en una inversión de S/1,000 por 1000 acciones emitidas por "B". Estas acciones son amortizadas por la reducción de capital a la que "B" se ve legalmente obligada a realizar por las pérdidas acumuladas de su negocio, por lo que, "A" vería disminuida su inversión inicial de 1,000 acciones en, digamos, 800; resultando que su inversión, después de la reducción de capital, será equivalente a solamente 200 acciones.

En tanto "B" se encuentra en un supuesto normativo de reducción de capital que implica que deba soportar las pérdidas generadas por su negocio, la amortización de 800 acciones no implicaría la devolución del aporte de capital correspondiente. Entonces, fiscalmente, ¿cómo reconoce "A" esa pérdida en su activo por la eliminación de las 800 acciones? Nótese que en este escenario las acciones de titularidad de "A" se extinguen producto de la reducción de capital.

A continuación, desarrollaremos el análisis de los problemas jurídicos:

PS1: ¿la pérdida de inversión que tiene una persona jurídica domiciliada en otra persona jurídica domiciliada es un gasto bajo la LIR? ¿se siguen las reglas de causalidad?

1.1. ¿las pérdidas de inversión califican como "gasto" para la LIR?

El concepto de gasto se apareja usualmente al de egreso, pero cabe que se realicen ciertas precisiones. Para aproximarnos a su alcance citaremos algunos autores como Carrasco, quien lo ha definido de la siguiente manera:

"el conjunto de desembolsos pecuniarios, o de valores y bienes equivalentes, realizados en el ejercicio o desempeño de una actividad periódica permanente" (Carrasco, 2009,258)

Este autor, refiriéndose a Kholer, señala que los gastos son erogaciones presentes o pasadas y que tienen como objeto cubrir los costos de una operación, comprendiendo los gastos corrientes, las provisiones o amortizaciones de inversiones, la depreciación de activos fijos, entre otros.

Por su parte, Ruiz de Castilla (2021) sostiene que *"dentro los egresos se encuentran -entre otros- los costos y los gastos. Los costos tienen que ver con las adquisiciones de bienes, servicios, etc. que efectúa la empresa que son destinadas a su proceso productivo. En cambio, los gastos se relacionan con las adquisiciones de bienes, servicios, etc. que lleva a cabo la empresa y que: a) no se destinan al proceso productivo, y b) son utilizadas en las demás actividades de la compañía"*

Este mismo autor reconoce dos situaciones particulares en la conceptualización de "gasto" que vale la pena mencionar. La primera es que, de forma general, un gasto implica una salida de dinero, no obstante, es posible encontrarse frente a gastos que no son de tipo dinerario, a los que

denomina “gastos especiales”. La segunda es que, partiendo de que los “gastos típicos” son los que están vinculados con la generación de ingresos (causalidad), aquellos que no guardan esa relación sí podrían recibir el tratamiento de una deducción, siempre que la legislación correspondiente lo establezca.

Como señala el autor, existen conceptos que sin ser desembolsos de dinero pueden afectar la base imponible del IR; así como conceptos que sin calificar como “gastos típicos” pueden ser considerados como gastos en la determinación del IR, **en la medida en que el legislador lo determine; es decir, que se les atribuya tal calidad de gastos.**

Si bien a lo largo de la LIR se hace referencia al término “gasto” en diversos artículos, es el Artículo 37 el que incorpora éste como un elemento de la determinación del IR de tercera categoría, así, establece que se deduce los gastos necesarios para producir la renta y mantener su fuente, a fin de determinar la renta neta de tercera categoría, lo que incluye aquellos gastos asociados a la obtención de ganancias de capital. Se precisa, además, que no deberá media una prohibición expresa respecto de la deducción.

Por su parte, el Artículo 44 establece las reglas aplicables a la no deducibilidad de ciertos conceptos.

La LIR ni el RLIR han establecido cuál es el alcance o concepto de “gasto”; por lo que, no hay una definición de carácter legal a la que atender.

De la revisión de los Artículos 37 y 44 de la LIR es posible advertir que “gasto” puede incluir diferentes tipos de erogaciones, esto es, que no responde únicamente a una tipología cerrada.

Por ejemplo, un primer tipo serían aquellos que constituyen la contraprestación de actividades económicas, tales como, los intereses financieros (literal a – Art. 37), las regalías, las retribuciones por servicios (literal a.4 – Art. 37), las primas de seguros (literal c – Art. 37), retribuciones por cobranza (literal e – Art. 37), los desembolsos califiquen como preoperativos (literal g – Art. 37), los relacionados a la labor de los trabajadores (v – Art. 37), entre otros.

Un segundo tipo se originaría en las erogaciones por el cumplimiento de obligaciones legales, tales como los tributos (literal b – Art. 37), los beneficios sociales a favor de trabajadores (literal j – Art. 37), entre otros.

Un tercer tipo comprendería el detrimento o reducción del patrimonio (en un sentido amplio y relacionado especialmente al activo fijo), tal como las pérdidas extraordinarias por caso fortuito o fuerza mayor (literal d – Art. 37), la depreciación por desgaste u obsolescencia de los bienes del activo fijo (literal f – Art. 37), las mermas y los desmedros de existencias (literal f – Art. 37), las pérdidas generadas por la diferencia entre el valor de transferencia y el de retorno en los fideicomisos de titulación de flujos futuros de efectivo (literal y – Art. 37) y el precio pagado por activos intangibles de duración limitada (literal g – Art. 44). Asociado a este caso también estarían las inversiones en bienes de uso, cuyo precio por unidad no sobrepase $\frac{1}{4}$ de la UIT (Art. 23 del Reglamento LIR).

Un cuarto tipo podría ser aquellas salidas de caja que provienen de una decisión unilateral del contribuyente, tales como las donaciones (literal x – Art. 37), las gratificaciones extraordinarias a trabajadores (literal l – Art. 37), ambos casos deducibles bajo ciertos requisitos.

Un quinto tipo no constituye siquiera una erogación propiamente, ya que solo es una estimación, tal como las provisiones por deudas incobrables (literal i – Art. 37), que la norma permite deducirlas siempre que se cumplan las condiciones asociadas a la incobrabilidad.

Debemos detenernos en el literal d) del Artículo 37 de la LIR que regula la deducción de las pérdidas extraordinarias sobre bienes afectos a la producción de renta gravada, que es el único supuesto de pérdidas que está recogido expresamente en la normativa peruana. A partir de la literalidad del inciso, se verifica que las pérdidas en él comprendidas deben cumplir con los siguientes requisitos para su deducibilidad:

- (i) Deben ser extraordinarias.
- (ii) Deben haberse generado respecto de bienes productores de renta gravada.
- (iii) Deben haberse originado en alguno de estos supuestos:
 - Por caso fortuito o fuerza mayor
 - Por delitos cometidos por terceros o dependientes en perjuicio del contribuyente. Debe haberse probado judicialmente el delito o acreditado que es inútil ejercitar la acción judicial.

Primero, si bien el carácter de extraordinaria no ha sido definido a nivel legal, es cuestionable sostener que una pérdida en inversión, proveniente de los resultados negativos acumulados de la sociedad subsidiaria en la que se ha invertido, pueda ser extraordinaria, ya que, cuando uno invierte en acciones conoce que la sociedad en que se invierte puede arrojar utilidad o pérdida.

Es, más bien, tan ordinario, que la LGS reconoce la pérdida como un potencial resultado de la inversión en acciones, que el Artículo 39 de la LGS que establece que todos los socios deberán asumir la proporción de las pérdidas de la sociedad, de acuerdo a lo que se fije en el pacto social o estatuto.

Es claro que las pérdidas del negocio es un potencial resultado de las operaciones de una sociedad; por lo que, no podría atribuírsele el carácter de extraordinariedad a la pérdida de inversión que se origina en las pérdidas del negocio de la sociedad subsidiaria.

Segundo, considerando los hechos del caso, es claro que la pérdida de inversión no se genera por caso fortuito o fuerza mayor, así como tampoco por delitos cometidos por terceros o por dependientes, sino que responde a una decisión de tipo comercial, pero con origen en la obligación normativa de la LGS.

Aunado a lo anterior, doctrinariamente se señala que las pérdidas por caso fortuito o fuerza mayor son aceptadas de forma general en distintos sistemas, bajo la lógica de que dicha pérdida de un bien depreciable debería poder computarse para efectos de la determinación del IR:

“Por su parte, el tratadista Roque García Mullín (1978) consiente la deducción de pérdidas extraordinarias al señalar: “Es norma general admitir la deducción de las pérdidas sufridas por caso fortuito o fuerza mayor por los bienes depreciables, en la parte no cubierta por indemnización o seguro (p.130). Asimismo, Enrique Jorge Reig (2010) considera que son deducibles “las pérdidas extraordinarias sufridas por caso fortuito o fuerza mayor en los bienes que producen ganancias, como incendios, tempestades u otros accidentes o siniestros, en cuanto no fuesen cubiertos por seguros o indemnizaciones (p.459)” (Romero, Perez, 2020. 16)

Asimismo, el alcance de este inciso d) ha sido ampliamente discutido a nivel jurisprudencial y, considerando resoluciones como aquellas por pérdidas de energía (RTF No.1144-9-2020), o pérdidas de bienes por hurto (RTF No.07581-3-2019), siniestro de bienes depreciables, es claro que la pérdida de inversión no se encuentra comprendida en este literal.

Entonces, ¿es posible sostener que la pérdida de inversión calificaría como un “**gasto**” bajo la LIR? Consideramos que no.

A estos efectos, al no ser un gasto típico que responda a la relación de causalidad, la LIR debió haberlo incluido en el listado de deducción del Artículo 37 como un supuesto de detrimento patrimonial para que así pueda ser considerado como un “gasto”, en los términos de aquella erogación que guarda vinculación con la generación de renta y/o el mantenimiento de su fuente productora.

En relación con ello, es menester remitirnos a unos apuntes doctrinales muy pertinentes. Veamos:

*“Ahora bien, **hay quienes sostienen que si se hace una revisión de los supuestos descritos en el artículo 37° de la LIR se podría verificar que existen gastos que conceptualmente no corresponde a una causalidad. Tales serían los casos de las pérdidas extraordinarias (señaladas en el inciso d), las provisiones y castigos por deudas incobrables (señaladas en el inciso i), los gastos en salud, recreación, cultura y educación para el personal (señalados en el inciso II), los gastos por donaciones (señalados en el inciso x) y la deducción adicional sobre remuneraciones de personas con discapacidad (señaladas en el inciso z).***

La misma idea ha sido sostenida en la doctrina comparada, cuando se ha señalado que para llegar a la renta neta es necesario restar una serie de rubros además de los gastos causales.

*De hecho García Mullín considera a tales tipo de gasto como “deducciones” y **agrega que existe otro rubro denominado como “desgravaciones”, “... que responde a detracciones que la ley autoriza, pero no porque directa o indirectamente se relacionen con la generación de renta o el mantenimiento de la fuente productiva, sino por razones de política económica...”** (3). En el caso peruano, se trataría de los incisos x) y z) del artículo 37° de la LIR.*

A su vez, Reig ha advertido, en el contexto argentino, que al analizar los supuestos de deducciones para llegar a la renta neta “... no en todos los casos se está frente a gastos necesarios para obtenerla, mantenerla y conservarla...” (4), de modo que concluye distinguiendo tres tipos de deducciones:

- a) Los resultados negativos de negociaciones, transacciones u operaciones realizadas con el propósito de obtención de beneficios, pero donde la renta no se ha manifestado en términos positivos.*
- b) Los verdaderos gastos o erogaciones vinculadas al ingreso bruto que deducidas de él nos llevan a la ganancia neta. Este sería el ámbito de lo causal.***
- c) Las deducciones que deben calificarse como exenciones objetivas o formas de inversión de rentas, en cuya virtud el IR no se paga sobre la totalidad, sino sobre el remanente luego de deducida esa inversión que se busca fomentar. En el contexto peruano ese sería el caso de los supuestos de los incisos II), x) y z) del artículo 37° de la LIR.*

Las perspectivas señaladas por García Mullín y Reig no dejan de tener lógica y aplicación, especialmente en lo que se refiere a los supuestos de los referidos incisos x) y z), pese a que al final del primer párrafo del artículo 37° de la LIR, luego de establecer el principio de causalidad, se señala expresamente que “en consecuencia son deducibles...” y se procede a listar los supuestos específicos.” (DURAN, MEJÍA, 2015,17)

Como se puede observar, a nivel doctrinal, se identifican supuestos que se califican como “verdaderos” gastos (o lo que Francisco Ruiz de Castilla llama “gastos típicos”) que, por su naturaleza, implican una relación clara con los ingresos generados o a generarse y con la actividad de la entidad jurídica, siendo estos los que estarían en “el ámbito de lo causal”. Asimismo, se identifican otros que no estando en ese grupo de gastos “verdaderos” también se consideran “gastos”, debido a que han sido incorporados como tales por la normativa correspondiente.

Dado que en el caso de la pérdida de inversión no ha sido incluida en un supuesto de “gasto deducible” en nuestra LIR – como sí, la pérdida extraordinaria- no corresponde que se le considere como un “gasto” para efectos de la determinación del IR, en el extremo de lo realmente causal; es decir, esa deducción necesaria para la generación de renta gravada o el mantenimiento de su fuente productora.

Ahora bien, no negamos que existen algunos pronunciamientos de la SUNAT y el TF que, de forma general, podrían interpretarse en el sentido de que el Artículo 37, desde la causalidad, comprende también las pérdidas, amparándose en su sentido amplio y en la existencia del literal d) de pérdidas extraordinarias.

Nos referimos al Informe No. 070-2020-SUNAT/7T000, en el que a partir de la interpretación del Art. 37, la SUNAT ha sostenido que las pérdidas se encuentran comprendidas en dicho artículo, es decir, constituyen deducciones para efectos de la determinación de la renta neta de tercera categoría.

Sobre esto, el TF se ha pronunciado en las RTF No. 17929-3-2013, 07844-3-2012 y 07768-1-2018. Por ejemplo, en la RTF 07768-1-2018, el Tribunal admite que el Artículo 37 de la LIR comprende además de gastos, la deducción de pérdidas y provisiones contables, resaltando que es un listado enunciativo y no taxativo.

Aquí corresponde resaltar que sostener ello implicaría que cualquier concepto deba necesariamente responder al enunciado general de la causalidad, para que proceda su deducción en la determinación del IR, basado en admitir que el Artículo 37 incorpora conceptos distintos del gasto típico.

Lo anterior se avalaría en que el Artículo 37 señala que serán deducibles todos aquellos gastos que cumplan con el principio de causalidad, y cuya deducibilidad no haya sido expresamente prohibida por la norma; lo que implica que los supuestos de gastos incorporados en el Artículo 37° tengan carácter meramente enunciativo.

Sobre el particular, la doctrina y jurisprudencia es unánime en reconocer que los gastos listados en el Artículo 37 de la LIR no son taxativos. Dentro de la doctrina peruana podemos encontrar al Dr. Luis Hernandez Berengel (1997).

En este escenario, correspondería también concluir que les sería de aplicación el principio de causalidad y las reglas de normalidad y

razonabilidad relacionadas⁷, que se encuentran estipulados en el mismo artículo. Más aun considerando que esta relación de causalidad ha sido establecida en términos amplios, esto es, que no siempre debe existir una vinculación directa entre el gasto y la actividad que el contribuyente desarrolla, ya que el alcance de la causalidad es amplio. Un claro ejemplo son los gastos de responsabilidad social, que no encontrándose en el listado de deducciones del Artículo 37 de la LIR, han sido admitidas jurisprudencialmente como causales de forma indirecta.

La causalidad amplia es una línea argumentativa fuertemente asentada y de aceptación uniforme en la aplicación de este principio. En línea con esto, están las RTF No. 710-2-99, 01918-1-2012, 18285-1-2011, 1275-2-2004, entre otras.

No obstante, y por las razones antes expuestas y las que expondremos en el siguiente acápite, en nuestra opinión, **no corresponde calificar a la pérdida de inversión, entendida como detrimento patrimonial, como gasto; y, por consiguiente, el principio de causalidad y los criterios que lo acompañan no son de aplicación.**

Al respecto, podemos identificar las siguientes posiciones en la doctrina peruana:

| Autor | Posición doctrinal |
|------------------------|--|
| Tulio Tartarini (2010) | <ul style="list-style-type: none"> • Siguiendo el entendido de la RTF No. 2858-3-2005, la pérdida no constituye un gasto, sino un resultado negativo, que afecta el cálculo del resultado del ejercicio, esto es, está relacionada con la obtención de la renta neta; por lo tanto, no aplica la causalidad. • Sin estar de acuerdo, admite que siguiendo la premisa de que la pérdida de inversión está asociada al costo computable, el principio de causalidad no debe considerarse para revisar la deducción de conceptos que están vinculados a la determinación de la renta bruta. |
| Humberto Astete (2010) | <ul style="list-style-type: none"> • El principio de causalidad no aplica en el "castigo de valor de una inversión", ya que se regula en las normas de determinación de la renta bruta de la LIR. |

Por lo anterior, estamos de acuerdo con sostener que una pérdida de inversión, que responde al detrimento patrimonial por la cancelación de acciones no califica como un gasto típico, en tanto no existe una relación de necesidad entre esta y la generación de renta gravada y/o el mantenimiento de su fuente, es decir, no tiene naturaleza de gasto. En tanto carece de la vinculación señalada, no es posible aplicar el principio de causalidad.

PS2: En caso no se considera gasto, ¿la pérdida de inversión puede ser una deducción bajo la LIR?

Como veíamos, la pérdida en inversión constituye el detrimento patrimonial, específicamente de las acciones, que son inversiones comprendidas en el activo de una entidad, y que se origina a propósito de la reducción del capital que una sociedad subsidiaria debe realizar por mandato de las normas societarias.

Las pérdidas no han sido desarrolladas conceptualmente en nuestra legislación tributaria; sin embargo, podemos remitirnos a la siguiente definición doctrinal que pueden ser de utilidad:

⁷ No incluimos el criterio de generalidad porque está reservado para el inciso II) del Artículo 37 de la LIR.

“las pérdidas son “privación de propiedad, posesión o tenencia. Extravío de algún objeto. Daño, mal o menoscabo. (...) Privación de un bien o un derecho” (Cabanellas, 1993, 240)

Como ya hemos señalado, autores como Tulio Tartarini, identifica en la pérdida de inversión aquella que debe tener efectos en la determinación de los resultados computables de una sociedad, que lo expresa de la siguiente manera:

“En nuestra opinión, la pérdida en este caso es igualmente definitiva e irrecuperable al originarse en una real y efectiva amortización de acciones producto de la reducción de capital.

Como se ha señalado, la reducción origina que las acciones se extingan, a fin de que puedan absorberse las pérdidas acumuladas en la sociedad. El bien (acción) que representa la inversión desaparece, amortizándose su valor o costo, lo que necesariamente debe tener un reflejo en los resultados tributarios. La irrecuperabilidad o irreversibilidad de la pérdida, entonces, quedaría determinada desde el momento en el que la acción se amortiza – de forma definitiva, diríamos-, por reducirse la cifra del capital que aquella, en una parte alícuota, representa.

(...)

Ello, ya que, si la sociedad emisora decide reducir su capital para cubrir pérdidas acumuladas, no existe forma que el accionista (cuyas acciones han sido eliminadas) recupere la inversión que en su momento efectuó. Como se ha dicho, se trata de la pérdida de un activo, cuyo costo está compuesto por el valor de los aportes -tratándose de los accionistas fundadores- o del valor pagado por el accionista al adquirir las acciones, que desaparece sin que el inversionista reciba compensación a cambio. Se trataría una pérdida irrecuperable y definitiva y, por lo tanto, deducible” (Tartarini, 2010, 315)

Así también, César Talledo considera que la pérdida de inversión en un supuesto como el discutido también debe ser considerada una pérdida para efectos del Impuesto a la Renta y lo explica de la siguiente manera:

“

1. (...)
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 el costo computable por desaparición del bien al que es atribuible ese costo. (...)*
3. (...)
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.** (Talledo, 2010,6)

Si bien ambos autores los explican desde puntos de partida diferentes: (i) El primero parte de que la naturaleza es de una pérdida en la medida en que se ha desvanecido el activo, y eso, en última instancia, impactará en el cómputo de costo computable de las acciones (que ya no existen); y (ii) el segundo, de que, ante la eliminación de

las acciones, la pérdida del costo computable es inminente; al final del día, es el mismo fenómeno que genera la conclusión del detrimento patrimonial en el contribuyente: la amortización de las acciones.

En efecto, los aspectos evaluados por ambos autores están intrínsecamente relacionados al hecho de que el contribuyente ya no contará con las acciones y que bajo nuestra legislación el reconocimiento del valor de una acción se realiza a través del costo computable.

Somos de la opinión de que el detrimento patrimonial en que se ve el contribuyente es innegable, y debe ser reconocido como una deducción en su determinación, ya sea que se plantee como la pérdida de un activo o como la pérdida del costo computable asociado a ese activo, siendo que ambas tienen como punto en común la amortización de las acciones sin la devolución del aporte de capital relacionado.

PS3: ¿la inclusión del requisito de “empresa en marcha” es necesaria para determinar la irrecuperabilidad e irreversibilidad de una pérdida de inversión?

Las características de irrecuperabilidad e irreversibilidad de una pérdida han sido establecidas en la jurisprudencia de Tribunal Fiscal. Es importante entender cómo y respecto de qué han sido planteadas estas características, así como, cómo se introduce el criterio contable de “*empresa en marcha*” como requisito de estas.

A continuación, desarrollaremos la aproximación de la jurisprudencia y en el Anexo I presentaremos los extractos correspondientes.

- RTF No. 06051-1-2003, en la que la aproximación a la irrecuperabilidad e irreversibilidad se plantea en términos de la **pérdida del valor de las acciones, sin establecerse una relación con la cualidad de empresa en marcha de la empresa subsidiaria**.

En el caso de autos, esto tendría un correlato con cómo se registró la pérdida, ya que el contribuyente, en ausencia de otra norma contable, contabilizó el castigo de las inversiones en la cuenta 682 “Provisión para fluctuación de valores”.

- RTF No. 04232-5-2005, por el mismo caso de Banco Banex antes referido, en la que nuevamente la aproximación a la irrecuperabilidad e irreversibilidad se plantea respecto del valor de las acciones y sin mencionar el requisito de empresa en marcha.
- RTF No. 0727-5-2006:

En este precedente, si bien (i) se mantiene la terminología de “pérdida en el valor de las acciones” y (ii) se resalta que la jurisprudencia previa ha establecido que la irrecuperabilidad e irreversibilidad son las características a verificar para la deducibilidad, cuando resuelve no concluye que las pérdidas son irrecuperables e irreversibles, sino que es una pérdida “acreditada”/“real” (esto se contrapone a las estimaciones de valor), ya que, el valor de las acciones fue efectivamente reducido.

No obstante, debemos rescatar que la pérdida de inversión es aceptada como deducción dado que el capital social es efectivamente reducido para absorber las pérdidas, esto es, dado que se cancelaron las acciones.

En cualquier caso, el objeto de su análisis es la pérdida de valor de las acciones, lo que sería similar a los casos de 2003 y 2005 antes presentados. Asimismo, no ha contemplado el requisito de empresa en marcha.

- RTF No. 12596-3-2009:

Este caso es un antecedente clave para este informe por las siguientes razones:

- (i) La pérdida no se plantea respecto del valor de las acciones, sino del número de estas.
- (ii) Asocia la irrecuperabilidad e irreversibilidad a la “inversión”, entendida en sentido lato; es decir, no vincula de forma directa a las acciones eliminadas, sino más bien pareciera vincularlo al éxito del negocio de la subsidiaria.

Tal es así que, considera que una forma de recuperar inversión es que la subsidiaria genere utilidades en el futuro, las mismas que al ser capitalizadas generarían que la sociedad matriz tenga nuevamente las acciones que canceló (una vez más, lo asocia al número de acciones).

A nuestro modo de entender, para esta jurisprudencia, la inversión es una abstracción relacionada al resultado de la operación de la subsidiaria.

Es por ello que incorpora el hecho de que sea “empresa en marcha”, ya que, si la empresa subsidiaria sigue operando, potencialmente podría generar resultados positivos, lo que implicaría que la “inversión” – nuevamente, en sentido general- de la empresa matriz se vea recuperada.

En línea con esto, en el último párrafo citado afirma que, permitir la deducción de la pérdida de inversión implica que la sociedad matriz estuviera asumiendo los gastos y provisiones de la sociedad subsidiaria (como si hubiera una doble deducción).

Si bien es el primer pronunciamiento en que se incorpora el concepto de “empresa en marcha”, asociado a la irrecuperabilidad e irreversibilidad, en éste el TF aún no es tan categórico como en la Resolución y no establece ningún alcance o interpretación al respecto.

- La Resolución:

En la RTF 01339-9-2019, que nos convoca para este informe, el TF adopta tanto las RTFs 06050-1-2003 y 04232-5-2005, como la RTF 12596-3-2009, señalando lo siguiente:

“Que al respecto cabe señalar que este Tribunal ha señalado en las Resoluciones N° 06051-1-2003 y 04232-5-2005, que la pérdida de acciones es aceptada para efectos del Impuesto a la Renta cuando se encuentre acreditado que es irrecuperable e irreversible, como cuando la Superintendencia de Banca y Seguros determinó que por aplicación de las pérdidas, a las reservas y capital social del Banco Banex, su capital se había reducido en su totalidad, y el valor de las acciones de propiedad de los accionistas de dicho banco se volvió irrecuperable e irreversible.

Que a su vez la Resolución N° 12596-3-2009 precisó que no resultaba deducible la pérdida en acciones cuando la empresa emisora de las acciones era una empresa en marcha, que podría lograr una recuperación del total de la inversión efectuada por la recurrente, y restituirla, a través, por ejemplo, de la capitalización de utilidades futuras; asimismo, mantiene como fundamento permitir la deducción de la pérdida por disminución del número de acciones como consecuencia de su amortización al producirse la reducción de capital para cubrir pérdidas, enfatizando en los factores de irreversibilidad e

irrecuperabilidad, que se encuentran presentes en Resoluciones de este Tribunal como las N° 06051-1-2003 y 04232-5-2005, en las que la empresa se encontraba en liquidación.”

Como puede observarse, el TF no advierte las diferencias entre los criterios de las RTFs de 2003 y 2005, y de la RTF de 2009, quedándose con la última de ellos; por lo que, procede a analizar si calificaba como una empresa en marcha.

Habiendo establecido lo anterior, corresponde revisar cómo se introduce el criterio “empresa en marcha” a la Resolución, lo que sucede una vez que el TF afirma que este proviene de la RTF de 2009 y que es un requisito:

“Que el párrafo 23 del Marco Conceptual para la preparación y presentación de la información financiera indica que los estados financieros [en su versión oficializada mediante Resolución N°005-94-EF/93.01, según nota a pie de página 2] se preparan normalmente sobre la base de que la entidad está en funcionamiento, y continuará sus actividades de operación dentro del futuro previsible. Por lo tanto, se asume que la entidad no tiene intención ni necesidad de liquidar o cortar de forma importante la escala de sus operaciones. Si tal intención o necesidad existiera, los estados financieros pueden tener que prepararse sobre una base diferente y, si así fuera, se revelará información sobre la base utilizada en ellos.

Que Amat y Perramon [en su artículo “Comprender las Normas Internacionales de Contabilidad NIC. ACCID. Ediciones Gestión 2000. España, 2005, pp. 25 y 26, según nota a pie de página 3] señala que el supuesto fundamental del negocio en marcha o empresa en funcionamiento supone que la empresa esté en funcionamiento y continuará sus actividades operativas dentro del futuro previsible; siendo que en caso que la empresa tuviera necesidad de liquidar o reducir de forma importante su actividad se tendría que informar de ello, de las razones por las que no puede considerar como un negocio en marcha y preparar los estados financieros sobre esta base.

Que de lo antes indicado, a efectos de deducir una pérdida por inversión en acciones, no resulta suficiente que se produzca una disminución del capital, y que como consecuencia de la absorción de pérdidas desaparezca un número determinado de acciones de la sociedad, sino que debe verificarse que la sociedad respecto de la cual se produce la reducción de capital no califica como una empresa en marcha; y que una empresa debe entenderse en marcha, salvo que de manera expresa se indiquen razones como el cumplimiento del plazo estipulado en el contrato, cumplimiento del objeto social, por disposiciones legales, o por decisión de sus socios. ”

Como podemos observar, el TF adopta el criterio de “empresa en marcha” establecido en el párrafo 23 del Marco Conceptual para la preparación y presentación de la información financiera indica que los estados financieros y, a partir de él establece su conclusión, prácticamente replicando el criterio de que se asume que una empresa está en funcionamiento, salvo que se expresen razones suficientes para considerar que no lo está o estará.

¿el TF realiza interpretación jurídica?

Consideramos que el TF no está efectuando la interpretación de una norma jurídica que contenga el criterio “empresa en marcha”, sino que está incorporándolo como

un requisito para restringir que una pérdida sea irrecuperable o irreversible⁸, así como tampoco está recurriendo a dicho concepto para dotar de contenido a una norma pre-existente.

Esto en el entendido de que, para aplicar la interpretación, como señalan Marcial Rubio y Elmer Arce (2017), *“debemos tener una norma jurídica de cualquier tipo entre manos. Si no hay norma jurídica, no hay nada que interpretar”*.

En el mismo sentido, podemos rescatar el comentario de Rosendo Huamaní (2015) en el que señala que *“habiéndose ya precisado que lo que se interpretan son los textos normativos o las disposiciones legales contenidas en un texto, podemos afirmar que en la actualidad interpretar es asignarle o atribuirle (o determinar el) sentido o significado a un texto normativo”*.

Entonces, no es posible sugerir que el TF está efectuando una labor interpretativa, a partir de utilizar los alcances del Marco Conceptual para la preparación y presentación de la información financiera, ya que no está partiendo de una disposición normativa existente. Como veíamos en los acápites previos, la LIR no contempla una norma expresa que regule la pérdida de inversión, como tampoco, sus características o requisitos de deducibilidad.

Ahora bien, incluso en el supuesto en que se entendiera que estamos frente a una labor interpretativa, correspondería que el TF haya recurrido a los métodos de interpretación aceptados por el derecho, en virtud de lo establecido en la Norma VIII del Título Preliminar del CT que establece lo siguiente:

“Al aplicar las normas tributarias podrá usarse todos los métodos de interpretación admitidos por el Derecho.

En vía de interpretación no podrá crearse tributos, establecerse sanciones, concederse exoneraciones, ni extenderse las disposiciones tributarias a personas o supuestos distintos de los señalados en la ley.”

Como bien señala Sandra Sevillano (2014), *“la norma tributaria no es distinta a las demás en cuanto a su naturaleza y por eso, para su interpretación, se admiten todos los métodos aceptados por el derecho y así lo reconoce la Norma VIII del Título Preliminar del Código Tributario, **regla general que está dirigida a todos los operadores del derecho (contribuyentes, administración o juez) que busquen establecer el significado de una norma tributaria**”*

El TF no establece a partir de qué método concluye que para la irrecuperabilidad e irreversibilidad de la pérdida debe recurrirse al concepto de empresa en marcha del Marco Conceptual para la preparación y presentación de la información financiera.

Ahora bien, aquí también es pertinente señalar que las fuentes de Derecho Tributario se encuentran expresamente reguladas en la Norma III del Título Preliminar del CT, que son: las disposiciones constituciones, los tratados internacionales aprobados por el Congreso y ratificados por el Presidente de la República, las leyes tributarias y las normas de rango equivalente, las leyes orgánicas o especiales que norman la creación de tributos regionales o municipales, los decretos supremos y las normas reglamentarias, la jurisprudencia, las resoluciones de carácter general emitidas por la Administración Tributaria; y la doctrina jurídica.

Es importante notar que las normas contables ni los criterios recogidos en documentos de naturaleza contable o financiera están comprendidos entre las

⁸ Sobre las características de irrecuperabilidad e irreversibilidad de la pérdida, a diferencia de lo que sucede con el criterio “empresa en marcha”, podría inferirse que estas fueron establecidas originalmente en el marco del alcance semántico de lo significa una pérdida; y, considerando que tendrá efectos fiscales.

fuentes del derecho tributario. Si bien esto es así, es innegable que la práctica jurisprudencial recurre a los criterios contables. Como señala Luis Durán (2014), “no podría negarse a los estándares contables como mínimo una calidad auxiliar e indirecta de fuente del derecho tributario, a modo de “normas de enlace” como se pondera según el derecho constitucional en la búsqueda de la plenitud jurídica de las normas de interés público, siempre y cuando formal y materialmente hayan sido emitidas respetando el ordenamiento jurídico”

Claro, esto tiene sentido cuando la jurisprudencia se remite a los criterios, estándares y normas contables, cuando se trata de interpretar alcances de normas tributarias que, por su contenido, están relacionadas a dichos preceptos contables, como lo son el devengo, los costos, las estimaciones, la forma de reflejar operaciones en la contabilidad, entre otros. Entonces, cabe preguntarse si un caso como el que nos convoca guarda esa relación con los criterios recogidos para elaborar estados financieros, que justifique su recurrencia para dotar de contenido en materia fiscal.

En este aspecto, además, cabe hacer una precisión importante respecto del criterio recogido del párrafo 23 del Marco Conceptual para la preparación y presentación de la información financiera, y es que el propio Marco, oficializado por Resolución de CNC No. 005-94-EF/93.01, señala en los numerales 1, 2, 3 y 4 del acápite “Propósito y valor normativo” en su Introducción que sus disposiciones no tienen naturaleza de norma contable, que se encuentran en revisión ocasional, y, con mayor importancia, que sus finalidades no contemplan servir de apoyo a aplicadores del derecho nacional de una jurisdicción determinada, sino que se enmarca exclusivamente en lo que compete a la elaboración de normas contables, preparación y revisión de estados financieros y otros afines.

Por último, en este acápite, cabe añadir algunas acotaciones que consideramos importantes, a partir de la lectura de autores como Riccardo Guastini (2015):

- Si bien la construcción jurídica (término acuñado por Rudolf von Jhering) o también denominada “interpretación creativa” podría ser considerada como parte de la labor interpretativa de un operador del derecho, Guastini reconoce que es una actividad que, en estricto, no califica como interpretación y parte de la premisa de que no existe una norma para un caso concreto y para lo cual hay que valerse de operaciones inferenciales.
- Guastini señala que la formulación de normas implícitas (que, creemos, conceptualmente encajaría con la incorporación del criterio empresa en marcha para la deducción de la pérdida de inversión), como técnica de construcción jurídica, a menudo proviene de un razonamiento aplicado a normas que sí son explícitas. Por ello, considera como técnicas para construir normas implícitas al argumento en contrario, la analogía y el argumento *a fortiori*.

En el caso concreto, no solo no se verifica la utilización de las técnicas indicadas, sino que además no hay una norma preexistente que pueda dar luces de la necesidad de utilizar el criterio “empresa en marcha” para resolver la deducibilidad de la pérdida de inversión en un caso de reducción de capital obligatoria por absorción de pérdidas.

De hecho, considerando cómo se plantean los vacíos normativos en nuestro ordenamiento jurídico, a continuación, se tratarán los alcances de la integración jurídica en el caso de la Resolución.

¿Se trata de integración jurídica?

Como veíamos antes, nos encontramos ante la incorporación de un nuevo criterio (“empresa en marcha”) que lo que implicará es la aplicación restrictiva de la deducibilidad de la pérdida de inversión.

El derecho tributario no es ajeno a la posibilidad de que no existan normas, así la Norma IX del Título Preliminar del CT ha establecido que podrán aplicarse normas distintas a las tributarias cuando no se hayan previsto en dicho cuerpo normativo o en otras normas tributarias, siempre que no se opongan a ellas ni las desnaturalicen; asimismo, se podrán aplicar supletoriamente los Principios del Derecho Tributario o, en defecto de estos, los Principios del Derecho Administrativo y los Principios Generales del Derecho.

Sobre el particular, es interesante cómo plantea Luis Durán (2014) la respuesta de los aplicadores del derecho tributario a recurrir a criterios contables ante ausencia normativa:

“Es importante advertir que las razones jurídicas por las cuales se toman en cuenta los estándares contables para llenar de contenido el vacío o la deficiencia de las normas tributarias han sido diversas y poco uniformes (como norma, como doctrina, etc) o finalmente inexistentes.

En el caso peruano, la Norma IX del Título Preliminar del CT ha sido invocada en algunas ocasiones para habilitar el auxilio interpretativo de los estándares contables con definiciones y directrices, como “normas distintas a las tributarias” en tanto establece lo siguiente: “En lo no previsto por el Código o en otras normas tributarias podrán aplicarse normas distintas a las tributarias siempre que no se les oponga ni las desnaturalicen.” (Durán, 2014, 10-11)

Es pertinente determinar si es de aplicación la Norma IX del Título Preliminar del CT. Esta, en términos de Rosendo Huamaní (2015), *“ha establecido expresamente la posibilidad de aplicar en nuestra materia normas distintas a las tributarias y determinados principios; es decir, sin perjuicio de las demás reglas de aseguramiento, a fin de resolver o corregir los defectos o deficiencias (esencialmente por lagunas) de los que pueda adolecer el ordenamiento jurídico tributario, ha recurrido a la integración de la ley”.*

Entonces, ¿cuándo corresponde recurrir a la integración de la ley?

La integración de la ley es un mecanismo que promueve la plenitud jurídica y resuelve las lagunas.

Autores como Marcial Rubio y Elmer Arce explican que la integración jurídica debe aplicarse en los casos de lagunas. Así, Marcial Rubio (2017) señala que la integración jurídica *“está elaborada para los casos en los que no hay norma jurídica aplicable, pero se debe – o se considera que se debe – producir una respuesta jurídica al caso planteado”* y añade que *“contiene técnicas para producir normas aplicables, pero no a través de las fuentes del derecho sino a través de la aplicación del derecho”.*

Específicamente en el Derecho Tributario, se señala que *“en la parte pertinente a la reserva de ley (ejemplo, creación, modificación, extinción o exoneración de tributos), prima facie no cabe asumir la existencia de lagunas; en estos casos solo puede extenderse la existencia de vacíos legales conscientes: es decir, actos, hechos, supuestos o personas no regulados ex profesamente en la ley (porque, por ejemplo, no se los quiso gravar); así, en estos casos no corresponderá aplicar la analogía, no corresponderá “completar” (o integrar) tales vacíos con otras normas. En los demás casos, tal como lo permite la Norma IX, sí es posible integrar su conjunto normativo con la aplicación de normas ajenas a la materia tributaria.”* (Huamaní, 2015, 283)

Es importante definir cuándo se debe o no producir una respuesta jurídica ante la ausencia de una norma tributaria, lo que nos lleva a enfrentar los conceptos de laguna y vacío. En términos de Elmer Arce (2015):

“En consecuencia, según lo señalado, existen dos fenómenos: la laguna y el vacío. Nos encontramos frente a una laguna cuando el hecho no está regulado, pero debería estarlo por la trascendencia social que tiene. Por otro lado, nos encontramos frente a un vacío cuando el hecho que no está regulado ni debería estarlo.”

En términos de Marcial Rubio (2017), los supuestos en los que se debe considerar que hay una laguna son los siguientes:

- (i) *“Cuando la situación bajo estudio tiene una racionalidad sustantivamente igual a la de otro caso que sí está normado, aún cuando ambos son fenómenos distintos: teniendo una especificidad diferente, tienen una esencia común”*
- (ii) *“Cuando el caso, de no recibir respuesta jurídica, generara una consecuencia que pudiera agravar los principios del derecho. Esto nos lleva al problema de integración mediante la recurrencia a dichos principios”*
- (iii) *“Cuando el derecho ha producido una norma genérica pero vigente, y por lo tanto exigible en sí misma, que requiere una normatividad reglamentaria aún no promulgada”*

Entonces, ¿era necesario incorporar un criterio nuevo para dar respuesta a la irreuperabilidad e irreversibilidad de la pérdida de inversión, en un caso en que opera la reducción de capital obligatoria por normas societarias?

Creemos que no, no solo porque no se encuentra en ninguno de los supuestos de laguna del derecho antes mencionados, sino, porque, además, en el caso de la pérdida de inversión de la Resolución sí es posible determinar su irreuperabilidad, en la medida en que, al provenir de una reducción de capital obligatoria que implicó la amortización de las acciones sin la devolución de los aportes, las acciones dejan de existir.

Reiteramos que lo que se pierde es el activo representado en las acciones de titularidad de la sociedad matriz en la subsidiaria, que se ven amortizadas por mandato legal.

Por lo anteriormente señalado, no debería considerarse que hay una laguna jurídica y, en consecuencia, no debería aplicar la integración jurídica; por consiguiente, no correspondía incorporar el criterio de “empresa en marcha”.

PS4: En el supuesto de que se deba observar el criterio de “empresa en marcha”, ¿deben revisarse los aspectos que consideró el TF?

A fin de concluir que GME era una empresa en marcha, el TF hace alusión a los siguientes datos a partir de los cuales establece su conclusión. En la medida que no se cuenta con el expediente administrativo de la Resolución, tomaremos la información tal cual ha sido recogida por el TF:

- GME habría tenido ventas netas hasta el 2007 y arrojado utilidades en el ejercicio 2008.
- A partir de los estados financieros, GME habría contado con fondos, cuentas por cobrar comerciales, préstamos al personal, inversión en valores y otras cuentas por cobrar.
- GME contaba con un patrimonio positivo de S/ 5'202,584.00 al 31 de diciembre de 2008.

- A partir de las declaraciones juradas del Impuesto a la Renta de GME de 2009 y 2010, si bien no tenía ingresos, habría seguido realizando operaciones (gastos generales de administración y otros gastos).

Además, se señala que no se habría advertido alguna indicación sobre la discontinuidad de las operaciones de GME.

El párrafo 23 del Marco Conceptual hace referencia a “actividades de operación” y “operaciones”, lo que ha sido entendido por la doctrina incorporada en la Resolución como “actividades operativas”; es decir, estaría haciéndose referencia a las actividades que comprenden el giro de negocio o a las actividades que usualmente desarrolla. En ese sentido, lo que hay que verificar es que la sociedad deje de realizar sus actividades operativas.

Consideramos que el hecho de que mantenga cuentas por cobrar comerciales, préstamos al personal, entre otros, así como haber realizado gastos generales, sin precisar en qué consisten, no es suficiente para determinar si la empresa está en marcha.

Lo mismo sucede con la cuenta ventas netas y el origen de las utilidades en 2007 y 2008 respectivamente, así como el patrimonio neto. Corresponde revisar por qué actividades se generaron ya que, por ejemplo, GyM sostiene que se encontró inactiva desde 2008 y que, si bien efectuó una distribución de dividendos por utilidades de 2008, fue por la liquidación de activos de la compañía.

Somos de la opinión de que las cuentas revisadas podrían dar luces de que GyM realiza ciertas actividades, pero para poder concluir categóricamente que es o no una empresa en marcha es necesario verificar que las operaciones que respondan a su contabilidad correspondan a sus actividades operativas.

PS5: En el supuesto que no se deba observar el criterio de “empresa en marcha” ¿la pérdida de inversión por reducción de capital obligatoria bajo LGS es irrecuperable e irreversible?

Como veíamos anteriormente, la pérdida de inversión se origina por la eliminación de las acciones a propósito de la reducción de capital, que se realiza por mandato de la LGS. Esto no implica una reducción de capital voluntaria, sino por el contrario una en que se compele a la entidad emisora a absorber la pérdida (resultado negativo del negocio) contra su capital social, lo que en el caso de la amortización de acciones (que es el caso de la Resolución) impactará en el número de acciones existente. Cabe remarcar que en la medida en que se amortizan las acciones absorbiendo las pérdidas, el accionista titular de las acciones no recibe la devolución de sus aportes.

Entonces, con esas premisas, ¿puede considerarse que la pérdida es irrecuperable e irreversible? Veamos.

- (i) Consideramos que el enfoque que la jurisprudencia le dio a la irreversibilidad e irrecuperabilidad de la pérdida fue correcto hasta la RTF No. RTF No. 0727-5-2006, y especialmente en esta, ya que concentran la discusión de la irrecuperabilidad e irreversibilidad en la eliminación de las acciones como inversiones del activo.
- (ii) Como hemos explicado en el desarrollo de la PS3, dicho enfoque se distorsiona cuando la RTF No.12596-3-2009 asocia la irrecuperabilidad e irreversibilidad con la potencialidad de que la empresa subsidiaria pueda dejar de estar en situación de resultados negativos.

Creemos que esto produce un error conceptual que es, que de mejorar los resultados de la empresa subsidiaria y eventualmente llegar a tener utilidades capitalizables, las nuevas acciones generadas en esa capitalización podrían implicar recuperar el valor de las acciones que fueron canceladas con ocasión de la reducción de capital. Esto debido a que las nuevas acciones tendrán su propio costo computable.

Aquí vale la pena volver al entendimiento de que lo que se pierde son las acciones o, como dice la jurisprudencia previa, el valor de las acciones, es decir, el activo de la sociedad matriz, no obstante, con la RTF No. 12596-3-2009 en cuestión, pareciera que lo que se busca confirmar es que sea la sociedad subsidiaria la que pueda recuperar su pérdida, para que así se entienda que la inversión de la sociedad matriz se recupere y/o revierta.

- (iii) El supuesto de reducción de capital obligatoria establecido en el numeral 4 del Artículo 216 y el Artículo 220 de la Ley General de Sociedades se aplica cuando las pérdidas acumuladas hayan disminuido el capital en más del 50% y hubiese transcurrido un ejercicio completo sin que la situación hubiese sido superada.

Es importante recalcar que el capital, en términos societarios, es una garantía; por lo que, se reconoce su intangibilidad, lo que produce que su reducción suceda en los supuestos establecidos por ley, como puede observarse a continuación:

*“La doctrina ha terminado definiendo la reducción de capital en una forma directa y objetiva: **sólo puede darse una reducción cuando, por cualquier circunstancia, se disminuye la cifra del capital social escriturado.***

***Hemos visto en comentarios anteriores que el capital es una cifra inamovible del pasivo social que tiene tres efectos de extraordinaria importancia: (i) Señalar un monto de contención inamovible, que no puede ser devuelto a los socios sin que antes se pague a todos los acreedores sociales, convirtiéndose de ésta manera en la principal garantía para éstos últimos;** (ii) Expresar el valor nominal de aporte de los bienes y derechos recibidos por la sociedad de sus accionistas; y (iii) Establecer el monto máximo que puede estar representado por fracciones, llamadas acciones, cuya tenencia determina el alcance de los derechos y obligaciones de cada accionista.” (Laroza, 2008, 508)*

A su vez, cabe remarcar que la obligatoriedad de la reducción de capital es una circunstancia que determina consecuencias específicas. En términos de Elías La Roza en sus comentarios al Artículo 220° de la LGS:

*“La obligatoriedad de la reducción de capital cuando la pérdida supera el 50% del mismo **origina dos efectos: el primero: al reducirse el capital, asumiendo la pérdida (o parte de ella) los accionistas,** se logra restablecer, automáticamente, una proporción de pérdidas que no llega al 50% del nuevo capital (reducido) de la sociedad; **el segundo es más importante aún: los acreedores y terceros quedan informados, debido a la publicidad del acuerdo, que se encuentran frente a una sociedad que se ve obligada a enjuagar una importante cantidad de pérdidas, disminuyendo el monto de la garantía que la cuenta capital representa para los terceros.** En otras palabras,*

están informados de la situación aflictiva de la empresa” (Laroza, 2008, 522)

El primer efecto es crucial para entender por qué hay una pérdida para la sociedad titular de las acciones. Como bien expresa Laroza, es contra el capital que se absorben las pérdidas de la empresa emisora, es decir, contra las acciones, con lo cual, el accionista está obligado a soportar la pérdida de sus acciones por el restablecimiento del equilibrio patrimonial de la sociedad de la que es partícipe. Y, ¿por qué? Porque son titulares de la sociedad que atraviesa la situación de pérdidas, lo que deben publicitar en pro de cuidar a acreedores y terceros.

Entonces, este articulado lo que busca no es solo el restaurar el equilibrio patrimonial sino también colocar, transparentemente, la situación real del patrimonio de la sociedad para proteger a terceros y acreedores y, es por esto, que es inminente que las pérdidas sean absorbidas y que el capital sea el que soporte dicha absorción. En consecuencia, la pérdida de inversión siempre implicará la desaparición del activo para el titular de las acciones.

Esas acciones canceladas, que fueron a cubrir las pérdidas del negocio de la emisora, no se recuperan. Si se inyectase capital ya no estaríamos en el supuesto de reducción de capital y si dicha inyección fuera posterior, eso generaría nuevas acciones, las que deberán mantener su propio costo computable. Sobre la intransferibilidad del costo computable de una acción, nos remitimos a lo citado de Cesar Talledo en el desarrollo de PS3, ya que como bien señala el autor, el costo computable de cada acción corresponde solo a dicha acción y, ante su cancelación, no correspondería atribuir dicho costo a otras acciones.

- (iv) Concordamos con la opinión de Tulio Tartarini, respecto de que una vez canceladas las acciones, la pérdida sobre el activo de la sociedad titular de las acciones es indiscutible; por lo que, se verifica la irrecuperabilidad e irreversibilidad de dicha pérdida.

Por lo anteriormente señalado es claro que la pérdida de inversión para la sociedad matriz, en un caso como el de reducción obligatoria bajo el numeral 4 del Artículo 216 y el Artículo 220 de la LGS, es irrecuperable e irreversible.

PC1: ¿Existe duplicidad de criterio respecto del reconocimiento de la reducción de capital a partir de la fiscalización realizada a la vinculada de GyM, que justifique la inaplicación de intereses y sanciones?

Si bien no se cuenta con el expediente administrativo de la Resolución, se analizará a partir de los datos que se extraen de la misma.

GyM habría alegado que la SUNAT siguió una fiscalización a una empresa vinculada (no se precisa si sería GME) y habría sostenido que el costo de las acciones amortizadas por reducción de capital en la empresa invertida debe reconocerse en el ejercicio de tal reducción, verificándose así, la dualidad de criterio.

Sobre la inaplicación de intereses y sanciones por dualidad de criterio, el numeral 2 del Artículo 170 del Código Tributario, que establece que no procede la aplicación de intereses ni sanciones “*si la Administración Tributaria haya tenido duplicidad de criterio en la aplicación de la norma y sólo respecto de los hechos producidos, mientras el criterio anterior estuvo vigente*”.

Sobre la dualidad de criterio, Rosendo Huamaní señala que esta se presenta cuando la Administración Tributaria, ante una norma específica, cambia el criterio que seguía para su aplicación y que, además, debe verificarse que ese cambio haya inducido a error al contribuyente (2015, 1718).

Por su parte, el TF mediante la RTF No.1294-4-2013 ha señalado que la duplicidad de criterio se identifica cuando la Administración cambia su criterio de aplicación respecto de una misma norma, de una forma expresa. Asimismo, la RTF No. 8232-A-2011 sostiene que la dualidad de criterio comprende no solo la interpretación de la norma, sino también los procedimientos seguidos por el contribuyente o su situación jurídica.

Aunado a ello, la Corte Suprema en la sentencia recaída en el Expediente No. 2256-2015-Lima, sobre la aplicación del mencionado dispositivo que regula la dualidad de criterio, ha establecido que también se entenderá que hay dualidad de criterio en resoluciones o actos administrativos que no sean de carácter general, ya que de ellos también es posible identificar el criterio que toma la Administración respecto de un tema en particular y que debiera poder ser replicado por los contribuyentes para casos que guarden similitud en el futuro.

De lo citado, se puede concluir que existirá dualidad de criterio cuando existiendo un criterio manifestado formalmente por la SUNAT respecto de la aplicación de una norma, de procedimientos seguidos y/o de la situación jurídica de un contribuyente, luego es modificado por la misma a través otro acto formal, que si bien debe ser expreso no necesariamente debe tener carácter general.

Considerando ello, en el caso de autos, de acuerdo a lo expresado por el TF, la Resolución de Determinación que contendría el nuevo criterio -que habría sido emitida en el marco de un procedimiento de fiscalización de una empresa vinculada a GyM- versó sobre reparos referidos a la venta de acciones y otros no relacionados con el cuestionamiento de la deducción de una pérdida de inversión por irrecuperabilidad e irreversibilidad.

Entonces:

- (a) Para poder concluir si se trata de una dualidad de criterio, debiera existir identidad respecto del objeto del primer y segundo criterio, que, como veíamos, podría ser la aplicación e interpretación de la norma tributaria, los procedimientos seguidos por el contribuyente y/o la situación jurídica de un contribuyente.

De la información disponible, aparentemente, no sería el caso; no obstante, los datos no son suficientes para poder concluir al respecto.

- (b) El hecho de que el criterio que sería discordante con aquel desarrollado por la SUNAT en la fiscalización de GyM se haya establecido en una resolución de determinación cuyo contribuyente era distinto no implica la inaplicación de la dualidad de criterio, ya que no se exige la identidad respecto de los contribuyentes que son destinatarios de los actos administrativos que contienen los criterios.

VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES

Las conclusiones del presente informe son las siguientes:

1. Considerando que la pérdida de inversión proviene de la amortización de acciones como resultado de una reducción de capital realizada por mandato de la LGS, aquella no califica como un gasto dado su naturaleza, por lo que, no corresponde que se apliquen las reglas de causalidad.
2. En la medida que es un detrimento patrimonial de la sociedad matriz, la pérdida de inversión sí podría deducirse de la determinación del IR.
3. Respecto de la inclusión del requisito de “empresa en marcha”, el TF no realizó interpretación jurídica en tanto no se determinó el alcance de un precepto normativo, así como tampoco califica como una laguna jurídica que requiriese de realizar una integración jurídica. Consideramos que dicha inclusión no es necesaria; y, por lo tanto, no debía recurrirse al Párrafo 23 del Marco Conceptual para la preparación y presentación de la información financiera.
4. Con relación a la evaluación de si GME, como empresa subsidiaria, califica como una empresa en marcha, no debiera ser suficiente revisar ciertas cuentas contables, el patrimonio, y algunos datos adicionales para determinar dicha calidad, ya que, a partir del Párrafo 23 del Marco Conceptual para la preparación y presentación de la información financiera, lo que corresponde verificar es que la empresa no haya cesado sus actividades operativas, esto es, las relativas a su giro de negocio.

Lo anterior no implica que estemos de acuerdo con la revisión del requisito de empresa en marcha, como manifestamos anteriormente.

5. La pérdida de inversión en casos en que las acciones son amortizadas por reducciones de capital obligatorias bajo LGS, debe considerarse como irrecuperable e irreversible, en tanto con su eliminación estas dejan de existir y no implica devolución del capital social asociado.
6. Respecto de la controversia sobre la supuesta dualidad de criterio respecto de los pronunciamientos de SUNAT en el procedimiento de fiscalización seguido a una compañía vinculada a GyM, con la información disponible, no es posible concluir que existe tal dualidad de criterio.
7. A modo de recomendación, consideramos que la debiera incorporarse en la LIR -así como se hizo para las pérdidas extraordinarias- una disposición expresa que establezca la deducibilidad de la pérdida de inversión, en la que además deberá precisarse que la irrecuperabilidad e irreversibilidad de la pérdida debe verificarse, siendo un caso la amortización de acciones con ocasión de reducciones de capital obligatorias bajo ley societaria en las que no medie la devolución del capital social. Asimismo, pueden establecerse reglas de naturaleza antielusiva si lo que se busca es que las sociedades no abusen de las reglas societarias.

BIBLIOGRAFÍA

ASTETE, Humberto (2010). Reducción de capital para cubrir pérdidas: Aspectos fiscales involucrados. Lima: XI Jornadas Nacionales de Derecho Tributario - Instituto Peruano de Derecho Tributario.

ARCE, Elmer (2015). Teoría del Derecho. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

CABALLERO, Pedro. (2019). La teoría de la interpretación jurídica de Guastini y las teorías del significado. En *L'arte della distinzione: Scritti per Riccardo Guastini Vol. II* (Vol. 2, pp. 127). Marcial Pons.

CABANELLAS, Guillermo (1993). Diccionario Jurídico Elemental. Argentina: Heliasta S.R.L.

CARRASCO, Luciano (2009). Aplicación práctica del Impuesto a la Renta, ejercicios 2008 y 2009. Lima: Centro de Investigación Jurídico Contable S.A. – CIJCSA

DURAN, Luis (2014). Estado actual y perspectivas de la contabilidad – Clave de lectura para analizar su relación con el derecho tributario. Buenos Aires: Derecho diario de doctrina y jurisprudencia. Editorial Universidad Católica de Argentina.

DURAN, Luis y MEJÍA, Marco (2015). El principio de causalidad y la deducción de gastos. Lima: Análisis Tributario – AELE.

GUASTINI, Riccardo (2015). La Interpretación y construcción jurídica. Isonomía - Revista De teoría Y filosofía Del Derecho, (43), 11–48.

HERNANDEZ, Luis (1997). Algunas consideraciones sobre el principio de causalidad en el Impuesto a la Renta. Lima: Ius et Veritas No. 15.

HUAMANÍ, Rosendo (2015). Código Tributario Comentado. Volumen 1. Lima: Jurista Editores.

HUAMANÍ, Rosendo (2015). Código Tributario Comentado. Volumen 2. Lima: Jurista Editores.

RUBIO, Marcial (2009). El sistema jurídico: Introducción al Derecho. Lima: Fondo Editorial PUCP.

RUBIO, Marcial y ARCE, Elmer (2017). Teoría esencial del ordenamiento jurídico peruano. Lima: Fondo Editorial PUCP.

RUIZ DE CASTILLA, Francisco (2021). Derecho Tributario Peruano – Impuesto a la Renta. Lima: Palestra.

SEVILLANO, Sandra (2014). Lecciones de Derecho Tributario: Principios Generales y Código Tributario. Lima: Fondo Editorial PUCP.

TALLEDO, César (2010). Ponencia General: Incidencia del Impuesto a la Renta en las operaciones societarias. Lima: XI Jornadas Nacionales de Derecho Tributario - Instituto Peruano de Derecho Tributario.

TARTARINI, Tulio (2010). La reducción de capital por pérdidas: Implicancias fiscales para el accionista. Lima: XI Jornadas Nacionales de Derecho Tributario - Instituto Peruano de Derecho Tributario.

ROMERO, Maria y PEREZ, Juan (2020). *Tratamiento tributario en el Impuesto a la Renta de las pérdidas extraordinarias, por caso fortuito o fuerza mayor, indemnizadas* (Tesis para optar por el grado de Magister en Tributación y Política Fiscal). Universidad de Lima. Lima.

Resolución del Tribunal Fiscal No. 06051-1-2003

Resolución del Tribunal Fiscal No. 04232-5-2005
Resolución del Tribunal Fiscal No. 0727-5-2006
Resolución del Tribunal Fiscal No. 12596-3-2009
Resolución del Tribunal Fiscal No. 1144-9-2020
Resolución del Tribunal Fiscal No. 07581-3-2019
Resolución del Tribunal Fiscal No. 17929-3-2013
Resolución del Tribunal Fiscal No. 07844-3-2012
Resolución del Tribunal Fiscal No. 07768-1-2018
Resolución del Tribunal Fiscal No. 710-2-99
Resolución del Tribunal Fiscal No. 01918-1-2012
Resolución del Tribunal Fiscal No. 18285-1-2011
Resolución del Tribunal Fiscal No. 1275-2-2004
Resolución del Tribunal Fiscal No. 1294-4-2013
Resolución del Tribunal Fiscal No. 8232-A-2011
Sentencia de la Corte Suprema de Justicia recaída en el Expediente No. 2256-2015-Lima
Informe de SUNAT No. 070-2020-SUNAT/7T000

ANEXO I

| RTF | Extracto |
|--------------|---|
| 06051-1-2003 | <p>“Que en el caso de autos, se discute la deducción de la <u>pérdida de valor sufrida por las acciones</u> que tenía la recurrente en el Banco Banex S.A., (...)</p> <p>Que ello acredita que nos encontramos ante un caso en el que la pérdida del valor de las acciones de propiedad de la recurrente es irrecuperable e irreversible, lo que naturalmente debe afectar sus resultados, no siendo una deducción prohibida por la Ley del Impuesto a la Renta;</p> <p>Que de lo expuesto se concluye que la pérdida sufrida por la recurrente respecto de las acciones de su propiedad en el Banco Banex S.A., debe ser aceptada para efectos del Impuesto a la Renta, (...)”</p> |
| 04232-5-2005 | <p>“Que de acuerdo con lo indicado, el gasto por provisión de desvalorización de inversiones deducido por la recurrente para efecto de la determinación de su pérdida neta tributaria del ejercicio 2001, <u>tiene su origen en la disminución de valor de las acciones que poseía en el referido banco</u> producida por su proceso de liquidación.</p> <p>Que en la Resolución N° 06051-1-2003 de 24 de octubre de 2003, recaída en un caso similar al de autos, este Tribunal estableció que al haber determinado la Superintendencia de Banca y Seguros mediante Resoluciones SBS N°s 1045-99, 1046-99 y 1049-99, del 29 de noviembre de 1999, que por aplicación de las pérdidas a las reservas y capital social del Banco Banes, su capital se redujo en su totalidad, <u>el valor de las acciones de propiedad de los accionistas de dicho banco era irrecuperable e irreversible</u>, lo que debía afectar sus resultados, por lo que la pérdida sufrida por tal motivo era aceptable para efecto del Impuesto a la Renta.”</p> |
| 0727-5-2006 | <p>“Que en el numeral 4 del cierre del citado Requerimiento N° 00078244, obrante a fojas 460, se señala que, para sustentar dicha observación, la recurrente manifestó que <u>sufrió una pérdida por la disminución del valor de las acciones que posee en la empresa ETPOSA como consecuencia de la reducción de su capital</u> y que adjuntó el testimonio de la escritura pública de disminución de capital social y modificación de estatuto de la mencionada empresa de fecha 15 de febrero de 1999, habiendo la Administración reparado el referido gasto por considerar que no cumplía con el principio de causalidad previsto en el artículo 37° de la Ley del Impuesto a la Renta.</p> <p>Que este Tribunal ha señalado en sus Resoluciones N°s 06050-1-2003 (...) y 04232-5-2005 (...) que <u>la pérdida en el valor de las acciones debe ser aceptada para efectos del Impuesto a la Renta cuando se encuentre acreditado que ésta es irrecuperable e irreversible</u>, como ocurrió en el caso de la intervención de la Superintendencia de Banco y Seguro en el Banco Banex, <u>donde las reservas y el capital social de dicho banco se aplicaron a cubrir las pérdidas, reduciendo su capital social</u>.</p> <p>(...) reduciendo la recurrente su participación en el capital social de la citada empresa, de 1 152 400 acciones de S/. 1,00 c/u, a 57 620 acciones de S/. 1,00 c/u.</p> <p>Que de acuerdo con el balance general al 31 de octubre de 1998, el motivo que originó la decisión de reducir el capital de ETPOSA fue absorber los</p> |

| | |
|--------------|---|
| | <p>resultados acumulados negativos pérdidas, que a dicha fecha ascendían a S/ 3 719 961,35, lo cual se realizó en aplicación del artículo 26° de la Ley General de Sociedades (...)</p> <p>Que el citado artículo, referido a las modalidades de reducción de capital, dispone en su numeral 4, que la reducción de capital se realizará mediante el restablecimiento del equilibrio entre el capital social y el patrimonio neto disminuidos como consecuencia de las pérdidas.</p> <p>Que de lo expuesto, <u>se observa que en el presente caso está probado que el valor de las acciones de la recurrente en la empresa ETPOSA efectivamente se ha reducido al haber acordado esta última disminuir su capital social para asumir las pérdidas económicas sufridas en el ejercicio económico 1998, por lo que se trata de una pérdida acreditada y no de una estimación</u> como ocurre por ejemplo en los casos de disminución del valor de cotización bursátil, <u>por lo que en consideración a lo expuesto corresponde levantar el reparo.</u>"</p> |
| 12596-3-2009 | <p>"Que de lo expuesto se observa que en el presente caso está probado que la cantidad de acciones de La Vitalicia S.A., de las que era propietaria la recurrente, efectivamente se redujo al haber acordado esta última disminuir su capital social para provisionar diversas partidas observadas en los Estados Financieros al 31 de enero de 1999.</p> <p>Que al respecto cabe señalar que si bien este Tribunal ha señalado en las Resoluciones N° 06051-1-2033 (...) y 04232-5-2005 (...), que la pérdida de acciones debe ser aceptada para efectos del Impuesto a la Renta cuando se encuentre acreditado que es irrecuperable e irreversible, como ocurrió en el caso de la intervención y disolución, las reservas y el capital social de dicho banco se aplicaron a cubrir las pérdidas reduciéndose en su totalidad dicho capital social, produciéndose la liquidación del referido banco, dicha situación no se ha presentado en el caso de autos.</p> <p>Que en efecto, <u>en el caso de autos no nos encontramos ante un caso en el que la pérdida del número de acciones de propiedad de la recurrente sea irrecuperable e irreversible, dado que La Vitalicia S.A. a diferencia del Banco Banex, es una empresa en marcha, que puede lograr una recuperación del total de la inversión efectuada por la recurrente, y restituirla, a través, por ejemplo, de la capitalización de utilidades futuras.</u></p> <p>(...)</p> <p>Que, finalmente cabe agregar que <u>de permitirse la deducción efectuada por la recurrente se estaría permitiendo que las provisiones efectuadas por La Vitalicia S.A. por hechos generados en el devenir de sus operaciones, cubiertas con la reducción de su capital social, pudiera ser asumida a su vez por la recurrente, reduciendo su renta bruta sobre la base del resultado de las operaciones de La Vitalicia S.A., es decir, se permitiera que una empresa dedujera los gastos y/o provisiones de otra, vía la reducción de su capital, lo que no puede resultar amparable.</u>"</p> |



Tribunal Fiscal

N° 01339-9-2019

EXPEDIENTES N° : 18593-2012 y 613-2013
INTERESADO :
ASUNTO : Impuesto a la Renta y Multa
PROCEDENCIA : Lima
FECHA : Lima, 12 de febrero de 2019

VISTAS las apelaciones interpuestas por con Registro Único de Contribuyente (RUC) N° contra las Resoluciones de Intendencia N° , emitidas el 31 de octubre y el 30 de noviembre de 2012 por la Intendencia de Principales Contribuyentes Nacionales de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, que declararon infundadas las reclamaciones formuladas contra las Resoluciones de Determinación N° giradas por el Impuesto a la Renta de tercera categoría de los ejercicios 2007 y 2008, y las Resoluciones de Multa N° giradas por la infracción tipificada en el numeral 1 del artículo 178 del Código Tributario.

CONSIDERANDO:

Que de conformidad con el artículo 160 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, corresponde acumular los procedimientos seguidos con Expedientes N° 18593-2012 y 613-2013, por guardar conexión entre sí.

Que la recurrente manifiesta que no existe sustento legal para desconocer la deducción de las pérdidas generadas en la empresa invertida, evidenciada con la anulación o cancelación de acciones sin contraprestación a cambio, con la finalidad de cubrir pérdidas; precisando que dicha pérdida es irrecuperable e irreversible más aún cuando la empresa invertida mantuvo una situación de inactividad durante los ejercicios posteriores, que desde el ejercicio 2008 no realizó actividades comerciales, y que su extinción es una formalidad que no desvirtúa su situación real.

Que agrega que mediante la reducción del valor nominal o amortización de la acción, se verifica la desaparición de una parte del aporte con la finalidad de absorber la pérdida, y que la reducción de capital no proviene de una voluntariedad del accionista sino de una obligación de carácter legal, y que una vez que se acuerda la reducción del capital, se verifica el detrimento en la esfera jurídica patrimonial del inversionista, no estando este obligado a seguir invirtiendo en una sociedad que obtiene pérdidas, agregando que la distribución de dividendos del ejercicio 2008 se debió únicamente a la liquidación de activos.

Que aduce que la pérdida generada en su calidad de accionista por la inversión en genera un gasto real y fehaciente que es irrecuperable e irreversible desde el momento que se modifica el estatuto, y por ello, configura un gasto, más aún cuando dicha reducción era obligatoria en virtud de los artículos 220 y 407 de la Ley General de Sociedades, y que en unanimidad, el Instituto Peruano de Derecho Tributario señaló en las XI Jornadas Nacionales de Derecho Tributario que la amortización de acciones por absorción de pérdidas, extingue el costo computable de las acciones, y por tanto, genera una pérdida deducible para efectos del Impuesto a la Renta.

Que refiere que el gasto generado por la pérdida no puede reflejarse en el valor de las acciones que no han sido amortizadas, dado que el costo computable de cada acción es intransferible, por lo que el costo computable vinculado con las acciones que se extinguen o eliminan debe darse de baja para efectos fiscales, y que en la fiscalización efectuada a su vinculada por concepto del Impuesto a la Renta

[Firma manuscrita]



Tribunal Fiscal

Nº 01339-9-2019

del ejercicio 2006, la Administración reparó el costo computable de las acciones enajenadas por esta, dado que incluía el costo de las acciones amortizadas por reducción de capital en la empresa invertida, pues dicha pérdida según la Administración no debía reconocerse en el ejercicio de la enajenación de las acciones remanentes sino en el ejercicio en que se produce la reducción de capital.

Que afirma que el Tribunal Fiscal reconoce que cuando se materializa la reducción de capital y se procede a amortizar (eliminar) las acciones se produce en cabeza del accionista la obligación de asumir pérdidas, indicando que no es necesario que exista o se haya iniciado un proceso de liquidación a efecto que la pérdida pueda ser reconocida, tal como la Administración reconoció en la fiscalización de una empresa vinculada; verificándose de ello una dualidad de criterio.

Que sustenta su posición en las Resoluciones del Tribunal Fiscal Nº 16101 de 1980, 06051-1-2003, 04232-5-2005 y 00727-5-2006, indicando que para el Tribunal la reducción de capital era un elemento de prueba suficiente para determinar que la pérdida fuera irrecuperable e irreversible, y que la Resolución Nº 12596-3-2009 no resulta aplicable a su caso, pues en ella se analizó un supuesto en donde no se acreditó una pérdida real de inversión.

Que manifiesta que adjuntó documentación que acredita que el costo de las acciones ascendía a S/ 55 364 385,25 y S/ 75 256 645,27 para los ejercicios 2006 y 2007, respectivamente, en aplicación de los artículos 20 y 21 de la Ley del Impuesto a la Renta, por lo que correspondía que la Administración considere un importe de deducción mayor al consignado en su declaración jurada de los ejercicios 2006 y 2007.

Que sostiene que el desarrollo jurisprudencial evidencia que producida la reducción de capital, se debe ajustar tributariamente el valor de la inversión, citando las RTF 5544-4-2016, 11733-3-2015, y 11993-4-2013.

Que señala que la deducción cumple con el principio de causalidad, y alega que no procede la aplicación de intereses moratorios por efecto de las Sentencias del Tribunal Constitucional Nº 04082-2012-PA/TC y 04532-2013-PA/TC, por ser sus criterios de aplicación general.

Que en relación con la multa solicita que sea dejada sin efecto sobre la base de los argumentos antes señalados, y que en todo caso, la Administración considera que la Resolución del Tribunal Fiscal Nº 12596-3-2009 es aplicable a su caso, lo que va en contra de otra jurisprudencia de este Tribunal, por lo que existe duda razonable; asimismo, que en la fiscalización efectuada a su vinculada, la Administración indicó que el costo de las acciones amortizadas por reducción de capital en la empresa invertida debía reconocerse en el ejercicio en que se produce la reducción de capital, verificándose por lo tanto dualidad de criterio; en tal sentido, conforme con el artículo 170 del Código Tributario, no procede la aplicación de intereses y sanciones.

Que la Administración señala que según el criterio vertido en la Resolución del Tribunal Fiscal Nº 012596-3-2009, para deducirse la pérdida debe acreditarse que esta es irrecuperable e irreversible, y que la empresa es una empresa en marcha, toda vez que se presume que todo organismo económico tiene plena vigencia y proyección salvo indicación en contrario, y que respecto a la aplicación del inciso d) del artículo 37 de la Ley del Impuesto a la Renta, señala que este no resulta aplicable al no calificar la pérdida como un evento producido como caso fortuito o fuerza mayor.

Que agrega que el criterio adoptado respecto a una fiscalización a una vinculada de la recurrente, no es contradictorio con el criterio adoptado en el caso de autos, pues se trata de un supuesto distinto referido a la enajenación de acciones, por lo que no se advierte un cambio de criterio o interpretación que se

U. p. 2



Tribunal Fiscal

N° 01339-9-2019

encuentre en el supuesto establecido en el numeral 2 del artículo 170 antes referido.

Que de autos se tiene que mediante la Orden de Fiscalización N° 120011372620-01 (folio 557 del Expediente N° 18593-2012), Carta N° (folio 689 del Expediente N° 613-2013), así como los Requerimientos N° (folios 546 y 547 del Expediente N° 18593-2012) y (folios 654 y 655 del Expediente N° 613-2013), la Administración inició procedimientos de fiscalización con respecto del Impuesto a la Renta de los ejercicios 2007 y 2008, estableciendo reparos a la renta neta imponible de dichos ejercicios, motivo por el cual se emitieron las Resoluciones de Determinación N° , así como las Resoluciones de Multa N° , por la infracción tipificada en el numeral 1 del artículo 178 del Código Tributario (folios 684 a 700 del Expediente N° 18593-2012 y folios 802 a 820 del Expediente N° 613-2013).

Que se verifica de los Anexos N° 2 de las referidas resoluciones de determinación (folio 696 del Expediente N° 18593-2012 y folio 760 del Expediente N° 613-2013) que la Administración reparó la renta neta imponible, entre otros conceptos, por la deducción no aceptada por pérdida por reducción de acciones en la empresa ¹.

Que el 12 de setiembre de 2012 la recurrente interpuso recurso de reclamación contra las resoluciones de determinación y multa citadas (folios 650 a 675 del Expediente N° 18593-2012 y folios 766 a 796 del Expediente N° 613-2013), impugnando únicamente el reparo por deducción no aceptada por pérdida por reducción de acciones en la empresa y resuelto con las resoluciones apeladas, que las declararon infundadas.

Que en tal sentido, la controversia consiste en determinar si el reparo por deducción no sustentada por pérdida por reducción de acciones en la empresa , impugnados en esta instancia, han sido emitidas conforme a ley.

Resoluciones de Determinación N°

Que de acuerdo con los Anexos N° 6 de las Resoluciones de Determinación N° emitidas por el Impuesto a la Renta de los ejercicios 2007 y 2008, se formuló el reparo por deducción de pérdida vinculada a reducción de capital de la empresa , señalando como sustento los Requerimientos N° así como sus resultados, y como base legal los artículos 2 y 20, el primer párrafo e inciso d) del artículo 37 y el inciso a) del artículo 57 de la Ley del Impuesto a la Renta (folios 684 a 692 del Expediente N° 18593-2012 y folio 754 a folio 758 del Expediente N° 613-2013).

Que el artículo 37 de la del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado por Decreto Supremo N° 179-2004-EF, dispone que a fin de establecer la renta neta de tercera categoría se deducirá de la renta bruta, los gastos necesarios para producirla y mantener su fuente así como los vinculados con la generación de ganancias de capital, en tanto la deducción no esté expresamente prohibida por ley.

Que al respecto cabe señalar que este Tribunal ha señalado en las Resoluciones N° 06051-1-2003 y 04232-5-2005, que la pérdida de acciones es aceptada para efectos del Impuesto a la Renta cuando se encuentre acreditado que es irrecuperable e irreversible, como cuando la Superintendencia de Banca y Seguros determinó que por aplicación de las pérdidas, a las reservas y capital social del Banco Banex, su

¹ Actualmente Inmobiliaria O.P.Q. S.A.C.



Tribunal Fiscal

Nº 01339-9-2019

capital se había reducido en su totalidad, y el valor de las acciones de propiedad de los accionistas de dicho banco se volvió irrecuperable e irreversible.

Que a su vez la Resolución N° 12596-3-2009 precisó que no resultaba deducible la pérdida en acciones cuando la empresa emisora de las acciones era una empresa en marcha, que podría lograr una recuperación del total de la inversión efectuada por la recurrente, y restituirla, a través, por ejemplo, de la capitalización de utilidades futuras; asimismo, mantiene como fundamento permitir la deducción de la pérdida por disminución del número de acciones como consecuencia de su amortización al producirse la reducción de capital para cubrir las pérdidas, enfatizando en los factores de irreversibilidad e irrecuperabilidad, que se encuentran presentes en Resoluciones de este Tribunal como las N° 06051-1-2003 y 04232-5-2005, en las que la empresa se encontraba en liquidación.

Que el párrafo 23 del Marco Conceptual para la preparación y presentación de la información financiera² indica que los estados financieros se preparan normalmente sobre la base de que la entidad está en funcionamiento, y continuará sus actividades de operación dentro del futuro previsible. Por lo tanto, se asume que la entidad no tiene intención ni necesidad de liquidar o cortar de forma importante la escala de sus operaciones. Si tal intención o necesidad existiera, los estados financieros pueden tener que prepararse sobre una base diferente y, si así fuera, se revelará información sobre la base utilizada en ellos.

Que Amat y Perramon³ señalan que el supuesto fundamental de negocio en marcha o empresa en funcionamiento supone que la empresa está en funcionamiento y continuará sus actividades operativas dentro del futuro previsible; siendo que en caso que la empresa tuviera necesidad de liquidar o reducir de forma importante su actividad se tendría que informar de ello, de las razones por las que no se puede considerar como un negocio en marcha y preparar los estados financieros sobre esta base.

Que de lo antes indicado, a efectos de deducir una pérdida por inversión en acciones, no resulta suficiente que se produzca una disminución del capital, y que como consecuencia de la absorción de pérdidas desaparezca un número determinado de acciones de la sociedad, sino que debe verificarse que la sociedad respecto de la cual se produce la reducción de capital no califica como una empresa en marcha; y que una empresa debe entenderse en marcha, salvo que de manera expresa se indiquen razones como el cumplimiento del plazo estipulado en el contrato, cumplimiento del objeto social, por disposiciones legales, o por decisión de sus socios.

Que, asimismo, el artículo 216 de la Ley General de Sociedades, Ley N° 26887, señala que la reducción del capital determina la amortización de acciones emitidas o la disminución del valor nominal de ellas, y se realiza mediante, entre otros, la entrega a sus titulares del valor nominal amortizado, o la entrega a sus titulares del importe correspondiente a su participación en el patrimonio neto de la sociedad.

Que el artículo 220 de dicha ley establece que la reducción del capital tendrá carácter obligatorio cuando las pérdidas hayan disminuido el capital en más del cincuenta por ciento y hubiese transcurrido un ejercicio sin haber sido superado, salvo cuando se cuente con reservas legales o de libre disposición, se realicen nuevos aportes o los accionistas asuman la pérdida, en cuantía que compense el desmedro.

² Oficializada mediante Resolución N° 005-94-EF/93.01, según precisión efectuada a través del artículo 4 de la Resolución N° 027-2001-EF/93.01.

³ AMAT, O.; PERRAMON, J.; et al. *Comprender las Normas Internacionales de Contabilidad NIC*. ACCID. Ediciones Gestión 2000. España. 2005. pp. 25 y 26.

4



Tribunal Fiscal

N° 01339-9-2019

Que la Administración mediante el Requerimiento N° 0122120001081 (folio 547 del Expediente N° 18593-2012) y el Requerimiento N° 0122120001080 (folio 655 del Expediente N° 613-2013), para verificar las deducciones consignadas en su declaración jurada anual del Impuesto a la Renta de los ejercicios 2007 y 2008, solicitó a la recurrente que proporcione el análisis detallado de las deducciones, precisando la cuenta contable, la naturaleza y la base legal correspondiente; así como exhibir los libros contables, comprobantes de pago, contratos y liquidaciones que acrediten fehacientemente dichas deducciones.

Que en el escrito presentado en atención a los citados Requerimientos (folios 526 y 527 del Expediente N° 18593-2012 y folios 634 y 635 del Expediente N° 613-2013), la recurrente señaló que por la reducción de capital de empresa de la cual era accionista, se originó una pérdida, y que tanto el Tribunal Fiscal como la Administración han señalado que la reducción de capital en una empresa determina que sus accionistas deban reconocer y deducir dicha pérdida en el ejercicio en que se produce la reducción, sin perjuicio de lo cual, señala que por error dedujo una cifra inferior a la que correspondía, al considerar un costo computable menor, por lo que solicita se reconozca una mayor deducción.

Que mediante el literal e) del Anexo N° 1 al Resultado del Requerimiento N° 0122120001081 (folios 533 a 537 del Expediente N° 18593-2012) y el literal d) del Anexo N° 1 al Resultado del Requerimiento N° 0122120001080 (folios 641 a 646 del Expediente N° 613-2013), la Administración señaló que la recurrente no exhibió documentación que sustentase el mayor costo computable alegado y que solo exhibió los documentos denominados "Junta General Obligatoria Anual de Accionistas de de 15 de setiembre de 2007 y "Junta General Obligatoria Anual de Accionistas de Inmobiliaria O.P.Q S.A.C." de 31 de enero de 2008, en los que se indica que la recurrente es propietaria del 99,34% del capital social, siendo que en el punto 2 de dichos documentos se indica el acuerdo de reducción de capital por los importes de S/ 47 250 000,00 y S/ 64 233,170, respectivamente, agregando que en estos documentos no se menciona la existencia de caso fortuito o fuerza mayor, lo que tampoco se ha acreditado.

Que posteriormente, a través del literal b) del Anexo N° 1 al Requerimiento N° 0122120001394 (folios 514 a 517 del Expediente N° 18593-2012) y el literal b) del Anexo N° 1 al Requerimiento N° 0122120001395 (folios 617 a 620 del Expediente N° 613-2013), la Administración reitera a la recurrente que efectúe los descargos correspondientes con la documentación y base legal respectiva.

Que en respuesta la recurrente a través de escritos de fecha 27 de junio de 2012 (folio 501 a reverso folio 505 del Expediente N° 18593-2012 y folio 598 a reverso folio 602 del Expediente N° 613-2013), reitera que como accionista de absorbió las pérdidas que esta había generado desde el año 2000 mediante la reducción de capital vía amortización de sus acciones, y que cuando se produce una reducción de capital nominal, sin reembolso, los socios absorben una parte del patrimonio negativo, verificándose la desaparición de parte de su inversión destinada a absorber la referida pérdida, por lo que la pérdida es inmediata, pues se verifica la extinción o eliminación de parte de las acciones que representan su inversión, resultando una pérdida real y efectiva, tal como se desprende del criterio adoptado por el Tribunal Fiscal en las Resoluciones N° 06051-1-2003 y 00727-5-2006, agregando que no solo la pérdida es irrecuperable e irreversible cuando la sociedad invertida se encuentra inmersa en un proceso de liquidación, pues si posteriormente se capitalizan utilidades futuras, se emitirán nuevas acciones distintas de las amortizadas con un costo computable propio, y que no se trató de una reducción voluntaria decidida discrecionalmente, y que sorprende que la Administración desconozca el criterio contenido en la Resolución de Determinación N° 012-003-0020862 emitida a su vinculada

Que mediante el literal e) del Anexo N° 1 al Resultado del Requerimiento N° 0122120001394 (folios 508 y 509 del Expediente N° 18593-2012) y el literal b) del Anexo N° 1 al resultado del Requerimiento N° 0122120001395 (folios 605 a 609 del Expediente N° 613-2013), la Administración señaló que corresponde

[Firmas manuscritas] 5



Tribunal Fiscal

Nº 01339-9-2019

reiterar los argumentos ya expuestos, por lo que concluyó que no procedía la deducción efectuada por la recurrente.

Que de lo antes expuesto, se tiene que la materia de controversia se relaciona con la procedencia de la deducción efectuada por la recurrente en sus declaraciones juradas de los ejercicios 2007 y 2008 por concepto de reducción de acciones como consecuencia de la compensación de pérdidas en la empresa

Que de autos, se advierte de los Cuadros de Deducciones al cálculo del Impuesto a la Renta – Ejercicios gravables 2007 y 2008 (folio 524 del Expediente N° 18593-2012 y folio 627 del Expediente N° 613-2013), que la recurrente para determinar la renta neta imponible de dichos ejercicios, dedujo bajo el concepto de pérdida tributaria vinculada a la reducción de capital de , las sumas de S/ 46 938 150,00 y S/ 59 557 221,00, respectivamente.

Que respecto de la situación en la que se encontraba la subsidiaria de la recurrente, esto es, cabe indicar que la propia Administración reconoce que esta tenía pérdidas que reducían en un monto importante su capital pagado, sufriendo un menoscabo en su patrimonio a lo largo de los ejercicios 2002 a 2007, periodos en los cuales las pérdidas disminuyeron el capital en más del cincuenta por ciento, por lo que se encontraba obligada a reducir su capital.

Que según el Testimonio de la Escritura Pública de Aumento de Capital, Reducción de Capital y Modificación parcial del Estatuto de de fecha 9 de enero de 2007, cuya copia obra a folios 353 a 356 del Expediente N° 18593-2012 y folios 457 a 460 del Expediente N° 613-2013, mediante sesión de fecha 5 de julio de 2006, la Junta General de Accionistas acordó aumentar el capital en S/ 30 830 840,00, esto es, de S/ 115 584 879,00 a S/ 146 415 719,00⁴, como consecuencia de la capitalización del ajuste por corrección monetaria acumulada al ejercicio 2004 por la suma de S/ 10 400 783,00 y la capitalización del capital adicional por el importe de S/ 20 430 057,00. Asimismo, se acordó la reducción del capital social por el importe de S/ 30 830 840,00 a fin de mantener el capital en el monto de S/ 115 584 879,00, aplicando el capital disminuido a reducir las pérdidas acumuladas de la sociedad.

Que, asimismo, acorde con el Testimonio de la Escritura Pública de Reducción de Capital, Modificación de denominación social y Modificación parcial del Estatuto de de fecha 16 de noviembre de 2007, cuya copia obra a folios 358 a 365 del Expediente N° 18593-2012 y folios 462 a 469 del Expediente N° 613-2013, mediante sesión de fecha 15 de setiembre de 2007, la Junta General de Accionistas aprobó la reducción del capital social de conformidad con el inciso 4 del artículo 216 de la Ley General de Sociedades por el monto de S/ 47 250 000,00, esto es, de S/ 115 584 879,00 a S/ 68 334 879,00, a fin de aplicar el capital disminuido a reducir las pérdidas acumuladas. En cuanto al cambio de denominación, se acordó modificar la denominación a Inmobiliaria

Que posteriormente, conforme con el Testimonio de la Escritura Pública de Aumento de Capital, Reducción de Capital y Modificación parcial del Estatuto de de fecha 15 de agosto de 2008, cuya copia obra a folios 471 a 474 del Expediente N° 613-2013, mediante sesión de fecha 31 de enero de 2008, la Junta General de Accionistas aprobó la reducción del capital social de conformidad con el inciso 4 del artículo 216 de la Ley General de Sociedades por el monto de S/ 64 233 170,00, esto es, de S/ 68 334 879,00 a S/ 4 101 709,00⁵.

⁴ Representado en acciones nominativas con derecho a voto de un valor nominal de S/ 1,00.

⁵ Representado en acciones nominativas con derecho a voto de un valor nominal de S/ 1,00.



Tribunal Fiscal

N° 01339-9-2019

Que de lo antes indicado se tiene que el mantenimiento de la correspondencia entre capital y valor de patrimonio dispuesto por la norma societaria se cumplió en los ejercicios 2007 y 2008, en los que se advierte que el número de acciones que originalmente tenía la recurrente en [redacted] disminuyó producto de la amortización de acciones, es decir, de su eliminación al cubrir las pérdidas, y por ende, la titularidad de las acciones con derecho a voto de la recurrente se redujo al 31 de diciembre de 2007 y 2008 a 67 883 869 y 4 074 638 acciones, En este sentido, no se trató de una reducción voluntaria decidida discrecionalmente, siendo que era una opción válida para restituir la situación económica de la empresa, absorbiendo los resultados acumulados negativos o pérdidas acumuladas.

Que de otro lado, la reducción de capital originada por la existencia de pérdida, en cumplimiento de un mandato legal societario, puede constituir la constatación de una pérdida irreparable o irreversible, para lo cual debe verificarse la condición de la empresa emisora de las acciones, es decir, de [redacted] a fin de determinar si se trata de una empresa en marcha o no.

Que obra en autos, el cuadro denominado Declaraciones Anuales Renta de tercera categoría comparativo de [redacted] (folio 507 del Expediente N° 613-2013), en el que se advierte que esta tuvo ventas netas hasta el ejercicio 2007, inclusive, y utilidad en el ejercicio 2008, no advirtiéndose que la empresa dejase de calificar como empresa en marcha.

Que de otro lado, se tienen los estados financieros de la empresa [redacted] y los análisis de estos, al 31 de diciembre de 2008 (folios 724 a 727 del Expediente N° 18593-2012 y folios 1065 a 1068 del Expediente N° 613-2013), en los que se aprecia que esta contaba con fondos, cuentas por cobrar comerciales, préstamos al personal, inversiones en valores y otras cuentas por cobrar; no advirtiéndose indicación alguna que hiciera prever la discontinuidad de sus operaciones, apreciándose que contaba asimismo con un patrimonio positivo de S/ 5 202 584,00 al 31 de diciembre de 2008.

Que obra en autos la declaración jurada anual del Impuesto a la Renta de tercera categoría del ejercicio 2009, presentada a través del PDT 664 N° 750120898-15 (folios 754 a 775 del Expediente N° 18593-2012 y folios 1095 a 1116 del Expediente N° 613-2013); y del ejercicio 2010 presentada a través del PDT 668 N° 750135952-10 (folios 780 a 792 del Expediente N° 18593-2012 y 1121 a 1133 del Expediente N° 613-2013); de la empresa [redacted], observándose que hasta el ejercicio 2010, esta empresa, si bien no tenía ingresos, continuaba realizando operaciones, realizando gastos generales de administración y otros gastos.

Que se observa diversa documentación presentada por la recurrente, como copia de factura, Acta de sesión de junta, asientos contables, Actas de Junta General de Accionistas de GME S.A.C., estados financieros y otros, sin que de esta se advierta que la recurrente calificara como una empresa que no se encontraba en marcha, cabiendo precisar que los acuerdos de reducción de capital o modificaciones de estatuto que aprueban la pérdida no acreditan lo contrario.

Que en consecuencia, si bien se puede deducir la pérdida por disminución del número de acciones como consecuencia de su amortización al producirse la reducción de capital para cubrir las pérdidas en los casos de irreversibilidad e irrecuperabilidad de ésta, sin embargo, en el presente caso no se advierte que la recurrente hubiera acreditado circunstancias o razones por las cuales ésta hubiera dejado de ser una empresa en marcha en los ejercicios 2007 y 2008, por lo que la referida pérdida no cumplía el requisito de ser irrecuperable e irreversible en dichos ejercicios.

Que en tal sentido, el reparo por concepto de deducción no sustentada por pérdida por reducción de acciones se encuentra arreglado a ley, toda vez que a la fecha de tales deducciones no existía evidencia

Handwritten signatures and initials at the bottom of the page, including a large 'C' and a '7'.



Tribunal Fiscal

Nº 01339-9-2019

que demostrara que no era posible lograr la recuperación de la empresa en donde se tenía la inversión, como por ejemplo en caso de acuerdos para la liquidación de la empresa o en caso de los propios procesos de liquidación, por lo que corresponde mantener el reparo.

Que lo argumentado por la recurrente en sentido que la pérdida generada por su invertida generó un gasto irrecuperable e irreversible, máxime si la reducción de capital era obligatoria por ley, y que desde el 2008 no realizó actividades comerciales por lo que su extinción es una formalidad; ello no es amparable, pues como se ha señalado precedentemente, esta tuvo ventas netas hasta el ejercicio 2007, inclusive, y contaba con fondos, cuentas por cobrar comerciales, préstamos al personal, inversiones en valores y otras cuentas por cobrar, así como utilidades y un patrimonio positivo de S/ 5 202 584,00 al 31 de diciembre de 2008, no habiendo acreditado en consecuencia que dejara de ser una empresa en marcha en los ejercicios verificados, 2007 y 2008, por lo que no ha acreditado las circunstancias para considerar tal pérdida como irrecuperable e irreversible, sin que sea relevante si la reducción de capital fue resultado de una obligación legal.

Que lo alegado sobre que no es aplicable la Resolución de este Tribunal N° 12596-3-2009, siendo aplicable jurisprudencia de este Tribunal citada; ello carece de sustento, pues la referida resolución está referida a un caso similar en el que este Tribunal confirma el reparo a la pérdida deducida por la reducción de capital con la correspondiente cancelación de las acciones de la empresa invertida, verificándose que se trataba de una empresa en marcha, como en el presente caso; debiendo precisarse que parte de la jurisprudencia citada está referida a supuestos diferentes al de autos, como el de la recuperación de capital invertido, y en otros casos dicha jurisprudencia exige que para casos similares al presente se acrediten las circunstancias de irrecuperabilidad e irreversibilidad, las que en el presente caso no se han producido al encontrarse acreditado que la recurrente era una empresa en marcha, por lo que tampoco se verifica el supuesto de duda razonable que la recurrente alega.

Que lo expresado en el sentido que la deducción cumple con el principio de causalidad, y que la distribución de dividendos del ejercicio 2008 se debió únicamente a la liquidación de activos, debe precisarse que esta instancia ha concluido que la pérdida no cumplía el requisito de ser irrecuperable e irreversible en dichos ejercicios, prescindiendo de tales argumentos; asimismo, estando al presente pronunciamiento, no es procedente considerar un importe de deducción mayor al consignado en sus declaraciones juradas, tal como lo solicita la recurrente.

Que lo alegado sobre las opiniones vertidas en las XI Jornadas Nacionales de Derecho Tributario sobre la procedencia de la pérdida deducible, ello no es amparable, teniendo en cuenta que en el presente caso se ha determinado que la pérdida deducida no era irrecuperable e irreversible.

Que el argumento en el que señala que en la fiscalización a su vinculada, la Administración indicó que el costo de las acciones amortizadas por reducción de capital en la empresa invertida debía reconocerse en el ejercicio de tal reducción, verificándose dualidad de criterio, carece de sustento pues la Resolución de Determinación N° emitida a la vinculada, contiene reparos en referencia a la venta de acciones y otros, en la que no se aprecia se hubiera cuestionado el carácter de pérdida irrecuperable e irreversible, circunstancias diferentes a la de autos, lo que no ha sido desvirtuado por la recurrente.

Resoluciones de Multa N° 1

Que la Resolución de Multa N° fue emitida por la infracción tipificada en el numeral 1 del artículo 178 del Código Tributario, sobre la base de la determinación del Impuesto a la Renta del ejercicio 2007, contenida en la Resolución de Determinación N° mientras que la Resolución de



Tribunal Fiscal

N° 01339-9-2019

Multa N° fue emitida por la infracción tipificada en el numeral 1 del artículo 178 del Código Tributario, sobre la base de la determinación del Impuesto a la Renta del ejercicio 2008, contenida en la Resolución de Determinación N°

Que de conformidad con el numeral 1 del artículo 178 del Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado mediante Decreto Supremo N° 135-99-EF, modificado mediante Decreto Legislativo N° 953, constituye infracción relacionada con el cumplimiento de obligaciones tributarias, no incluir en las declaraciones ingresos y/o remuneraciones y/o retribuciones y/o rentas y/o patrimonio y/o actos gravados y/o tributos retenidos o percibidos, y/o aplicar tasas o porcentajes o coeficientes distintos a los que les corresponde en la determinación de los pagos a cuenta o anticipos, o declarar cifras o datos falsos u omitir circunstancias en las declaraciones, que influyan en la determinación de la obligación tributaria; y/o que generen aumentos indebidos de saldos o pérdidas tributarias o créditos a favor del deudor tributario y/o que generen la obtención indebida de Notas de Crédito Negociables u otros valores similares.

Que la Tabla I de Infracciones y Sanciones del Código Tributario, aprobada por el citado decreto legislativo, aplicable a las personas y entidades que perciban renta de tercera categoría⁶, la referida infracción es sancionada con una multa equivalente al 50% del tributo omitido o 50% del saldo, crédito u otro concepto similar determinado indebidamente, o 15% de la pérdida indebidamente declarada o 100% del monto obtenido indebidamente, de haber obtenido la devolución.

Que toda vez que las Resoluciones de Multa N°, se sustentan en los reparos contenidos en la Resolución de Determinación N° corresponde resolver en igual sentido.

Que respecto a lo alegado en cuanto a la inaplicación de intereses moratorios por la demora en resolver el presente procedimiento contencioso, cabe señalar que si bien en la Sentencia recaída en el Expediente N° 04532-2013-PA/TC el Tribunal Constitucional dispuso que la entidad emplazada (SUNAT) y las demás entidades competentes en el conocimiento de casos similares tomen en cuenta los criterios establecidos en los fundamentos 51 a 53 de dicha sentencia⁷, tal como se señala en el fundamento 33 de la aludida sentencia, para determinar si en el ámbito de un procedimiento administrativo se ha producido o no la violación del derecho al plazo razonable, se debe evaluar, entre otros criterios, la complejidad del asunto⁸, siendo que en el

⁶ Como es el caso de la recurrente, según se verifica del Comprobante de Información Registrada (folios 4223 y 4224 del Expediente N° 020104-2014).

⁷ Estos fundamentos señalan lo siguiente:

"51. Finalmente, advertida la existencia de controversias similares a la dilucidada en el Expediente 04082-2012-PA/TC, este Tribunal considera necesario, en aplicación del principio de previsión de consecuencias, precisar los alcances de la aplicación de esta decisión a casos sustancialmente iguales. Con el criterio allí establecido no se ha pretendido revivir procedimientos fenecidos ni mucho menos premiar a los contribuyentes que mantienen obligaciones antiguas con la Sunat. Ello en mérito a dos razones fundamentales: i) al tratarse de un proceso de control concreto, los efectos de lo resuelto sólo vinculan a las partes del mismo, y ii) el razonamiento allí desarrollado no puede ser aplicado retroactivamente, sino sólo a partir de la publicación de la aludida sentencia.

52. En ese sentido, dicho criterio no resulta aplicable a aquellos procedimientos contencioso-tributarios que se encuentren concluidos (...).

53. Si corresponderá, en cambio, la aplicación de estos criterios en aquellos casos en los que, luego de publicada la sentencia, ya sea que se trate de procedimientos contencioso-tributarios o procesos judiciales, aún se encuentren en trámite o pendientes de resolución firme, incluyendo para tal efecto la fase de ejecución del procedimiento o proceso en la que se suele proceder a la liquidación de los intereses moratorios".

⁸ Añade la citada sentencia en el fundamento 33 que en la complejidad del asunto "se consideran factores tales como la naturaleza de la situación fáctica que es materia de evaluación o fiscalización por la administración (procedimiento administrativo ordinario o sancionador), los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los hechos, la pluralidad de administrados involucrados procedimiento, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de un determinado asunto resulta particularmente complicada y difícil".



Tribunal Fiscal

N° 01339-9-2019

caso de autos, del análisis del procedimiento de fiscalización que dio lugar a la emisión de las Resoluciones de Determinación N° así como de las Resoluciones de Multa N°

y de los demás actuados en el procedimiento contencioso tributario, se tiene que se trata de un caso complejo, dado el grado de dificultad del análisis de la materia controvertida, tal como lo expresó el Tribunal Constitucional en el acápite i) del Fundamento 33, situación distinta al caso analizado en la citada sentencia, que concluyó que el caso no era complejo⁹, por lo que no corresponde la aplicación de dicha sentencia al caso de autos al no tratarse de un caso sustancialmente igual o similar.

Que sin perjuicio de ello, corresponde que la Administración tenga en consideración lo dispuesto en el artículo 33 del Código Tributario y la Cuarta Disposición Complementaria y Transitoria de Ley N° 30230¹⁰, publicada el 12 de julio de 2014, respecto a la suspensión de intereses moratorios.

Que el informe oral se realizó con la asistencia de ambas partes, según se acredita de la Constancia de Informe Oral N° (folio 1261 del Expediente N° 613-2013).

Con los vocales Queuña Díaz, Sarmiento Díaz y Villanueva Arias, e interviniendo como ponente el vocal Sarmiento Díaz.

RESUELVE:

1. **ACUMULAR** los procedimientos seguidos con Expedientes N° 018593-2012 y 613-2013.
2. **CONFIRMAR** la Resolución de Intendencia N° emitida el 31 de octubre de 2012, y la Resolución de Intendencia N° , emitida el 30 de noviembre de 2012.

Regístrese, comuníquese y remítase a la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria; para sus efectos.


QUEUÑA DÍAZ
VOCAL PRESIDENTE


SARMIENTO DÍAZ
VOCAL


VILLANUEVA ARIAS
VOCAL


Saez Montoya
Secretario Relator (e)
SD/SM/LA/mpe.

⁹ Así, el fundamento 40 de la referida sentencia señala lo siguiente: "Del expediente se advierte, que la materia a dilucidar era el tributo omitido por la demandante con la presentación de las declaraciones rectificatorias en las que la empresa determinó el tributo a pagar por concepto del pago a cuenta del Impuesto a la Renta. Asimismo, se advierte que, mediante Resolución de Intendencia (...) la Intendencia Regional de Ica rechazó el pedido de la empresa demandante de acumulación con otro reclamo signado con número de expediente (...). Por lo tanto, todos estos elementos evidencian que el asunto materia de análisis en el procedimiento contencioso tributario no resultó ser complejo".

¹⁰ Esta disposición complementaria y transitoria señala para las deudas tributarias que se encontraran en procedimientos de apelación en trámite a la fecha de entrada en vigencia de la Ley N° 30230, que la regla sobre no exigibilidad de intereses moratorios será aplicable si en el plazo de doce meses contados desde la entrada en vigencia de dicha ley, el Tribunal Fiscal no resuelve las apelaciones interpuestas.