

THOMSON REUTERS

LA LEY

RAE JURISPRUDENCIA

REVISTA DE ANÁLISIS ESPECIALIZADO DE JURISPRUDENCIA

AÑO VI | N° 71 | MAYO 2014

Director

Giovañni Priori Posada

Directora Ejecutiva

Xavier Pérez Benazar

ESPECIAL

Registro de Deudores Judiciales Morosos

Además

Las enajenaciones indirectas de acciones o participaciones representativas del capital

El Derecho y los negocios ambientales

Plazos en la Ley de Títulos Valores

La Reforma de la Constitución Política

La autonomía de las Iglesias y los Derechos

Reconocimiento judicial del cambio de sexo

Inicio de actividad para la Contratación Laboral en el Perú

Declaran inconstitucional en parte a la Ley Servir

Cuota de empleo para personal con discapacidad

El dolo eventual en los delitos de homicidio ocasionados por accidente de tránsito

Caso Comandos Chavín de Huántar

Obsequios a favor de los trabajadores de la compañía

Configuración de utilización de servicios en el país

Pronunciamientos del Tribunal Fiscal referidos al Impuesto Selectivo al Consumo

Régimen de percepciones del IGV en la venta interna de bienes

ISSN 1999-799X



9 771999 799008 >

CABALLERO BUSTAMANTE



THOMSON REUTERS

Las enajenaciones indirectas de acciones o participaciones representativas del capital de personas jurídicas domiciliadas en el país

Daniel Echaiz Moreno^(*)

De acuerdo al artículo 10 inciso e) del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado mediante Decreto Supremo N° 179-2004-EF (en adelante: LIR), se produce una enajenación indirecta cuando se enajenan acciones o participaciones representativas del capital de una persona jurídica no domiciliada en el país que, a su vez, es propietaria -en forma directa o por intermedio de otra u otras personas jurídicas- de acciones o participaciones representativas del capital de una o más personas jurídicas domiciliadas en el país, siempre que se produzcan de manera concurrente las condiciones indicadas en el presente artículo.

(*) Doctorando en Derecho y Magister en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado summa cum laude por la Universidad de Lima. Socio fundador de Echaiz Estudio Jurídico Empresarial. Presidente de la Comisión Consultiva de Derecho Empresarial del Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Catedrático de las Facultades de Derecho de la Universidad de Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) y Universidad San Ignacio de Loyola. Miembro asociado del Instituto Peruano de Derecho Mercantil. Investigador académico del Instituto Argentino de la Empresa Familiar.

COMENTARIO

1. LA ENAJENACIÓN INDIRECTA

De acuerdo al artículo 10 inciso e) del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado mediante Decreto Supremo N° 179-2004-EF (en adelante: LIR), se produce una enajenación indirecta cuando se enajenan acciones o participaciones representativas del capital de una persona jurídica no domiciliada en el país que, a su vez, es propietaria -en forma directa o por intermedio de otra u otras personas jurídicas- de acciones o participaciones representativas del capital de una o más personas jurídicas domiciliadas en el país, siempre que se produzcan de manera concurrente las siguientes condiciones:

- a) **Test de valor de mercado.**- En cualquiera de los 12 meses anteriores a la enajenación, el valor de mercado de las acciones o participaciones de las personas jurídicas domiciliadas en el país de las que la persona jurídica no domiciliada sea propietaria en forma directa o por intermedio de otra u otras personas jurídicas, equivalga al 50% o más del valor de mercado de todas las acciones o participaciones representativas del capital de la persona jurídica no domiciliada. Para determinar este porcentaje se tendrá en cuenta lo siguiente:
- Se determinará el porcentaje de participación que la persona jurídica no domiciliada, cuyas acciones o participaciones se enajenan, tiene en el capital de la persona jurídica domiciliada. En caso de que aquella sea propietaria de esta por intermedio de otra u otras personas jurídicas, su porcentaje de participación se determinará multiplicando o sumando los porcentajes de participación que cada persona jurídica tiene en el capital de la otra, conforme al procedimiento establecido en el artículo 4-A, último párrafo, inciso b.2) del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado mediante Decreto Supremo N° 122-94-EF (en adelante: RIR).
 - Dicho procedimiento supone que se calculará el porcentaje de participación directa que cada persona jurídica tiene en la otra persona jurídica. El porcentaje de participación directa que la persona jurídica no domiciliada cuyas acciones o participaciones se enajenan tiene en la persona jurídica intermediaria se multiplicará por el porcentaje de participación directa que esta última tiene en el capital de la persona jurídica domiciliada cuyas acciones y participaciones son materia de enajenación indirecta. De existir dos o más personas jurídicas intermediarias, se multiplicará, sucesivamente, los distintos porcentajes de participación, hasta llegar a determinar el porcentaje de participación que la persona jurídica no domiciliada cuyas acciones o participaciones se enajenan tiene en la persona jurídica domiciliada cuyas acciones y participaciones son materia de enajenación indirecta. Si la persona jurídica no domiciliada cuyas acciones o participaciones se enajenan tiene participación por intermedio de otra u otras personas jurídicas en dos o más personas jurídicas domiciliadas, el procedimiento anteriormente descrito se seguirá de manera indepen-

diente por cada una de estas últimas. Si la persona jurídica no domiciliada cuyas acciones o participaciones se enajenan tiene participación directa en dos o más personas jurídicas no domiciliadas, que a su vez tienen participación en una misma persona jurídica domiciliada, el procedimiento anteriormente descrito se seguirá de manera independiente para cada persona jurídica en la que la persona jurídica no domiciliada cuyas acciones o participaciones se enajenan tenga participación, y luego se sumarán los porcentajes obtenidos.

- Ese porcentaje de participación se multiplicará por el valor de mercado de todas las acciones o participaciones representativas del capital de la persona jurídica domiciliada en el país. En caso de que la persona jurídica no domiciliada sea propietaria de acciones o participaciones de dos o tres personas jurídicas domiciliadas en el país, se sumarán los resultados determinados por cada una de éstas.
 - El resultado anterior se dividirá entre el valor de mercado de todas las acciones o participaciones representativas del capital de la persona jurídica no domiciliada cuyas acciones o participaciones se enajenan.
 - El resultado anterior se multiplicará por 100.
- b) **Test del 10%.**- En un período cualquiera de 12 meses se enajenen acciones o participaciones que representen el 10% o más del capital de una persona jurídica no domiciliada.

De cumplirse con estas condiciones, para determinar la base imponible se deberán considerar las enajenaciones efectuadas en el período de 12 meses antes referido.

Se presumirá que una persona jurídica no domiciliada en el país enajena indirectamente las acciones o participaciones representativas del capital de una persona jurídica domiciliada en el país de la que sea propietaria en forma directa o por intermedio de otra u otras personas cuando emite nuevas acciones o participaciones como consecuencia de un aumento de capital, producto de nuevos aportes, de capitalización de créditos o de una reorganización y las coloca por un valor inferior al valor de mercado. En este caso, se entenderá que enajena las acciones o participaciones que emite como consecuencia del aumento de capital.

Lo anteriormente previsto se aplicará siempre que, con cualquiera de los 12 meses anteriores a la fecha de emisión de las acciones o participaciones, el valor de mercado de las acciones o participaciones de las personas jurídicas domiciliadas en el país de las que la persona jurídica no domiciliada sea propietaria en forma directa o por intermedio de otra u otras personas jurídicas, equivalga al 50% o más del valor de mercado de todas las acciones o participaciones representativas del capital de la persona jurídica no domiciliada antes de la fecha de emisión.

2. LAS OPERACIONES EN PARAÍSO FISCALES

En cualquiera de los anteriores supuestos, si las acciones o participaciones que se enajenen, o las nuevas acciones o participaciones emitidas como consecuencia de un aumento del capital, corresponden a una persona jurídica residente en un país o territorio de baja o nula imposición (es decir, paraíso fiscal) se considerará que la operación es una enajenación indirecta. Esto no se aplicará cuando el contribuyente acredite de manera fehaciente que la enajenación no cumple con alguna de las anteriores condiciones. Cabe indicar que los paraísos fiscales “suponen jurisdicciones nacionales que cuentan con un sistema político y jurídico propio que les permite ofrecer confidencialidad, en muchos casos estabilidad político-social e infraestructura de comunicaciones y bancaria de primer nivel⁽¹⁾; es así que, de manera general, podemos afirmar que “un paraíso fiscal detenta las siguientes características: primera, nula o baja imposición; segunda, falta de transparencia tanto interna como externa; tercera, permisibilidad para la constitución de sociedades o empresas *off-shore*; cuarta, reserva de información a terceros; y, quinta, estabilidad social, económica y política”⁽²⁾.

Se incluye dentro de la enajenación de acciones de personas jurídicas no domiciliadas en el país a la enajenación de ADR (*American Depositary Receipts*) o GDR (*Global Depositary Receipts*) que tengan como activo subyacente a tales acciones, entendiéndose por ADR a los títulos emitidos por un banco comercial de los Estados Unidos, mantenidos por éste en depósito y que representan un número contractualmente determinado de acciones u otros instrumentos financieros emitidos por una entidad constituida fuera de los Estados Unidos de América, los que se encuentran en la custodia del banco comercial o empresa de depósito de valores en el país de origen del emisor, mientras que los GDR son certificados bancarios emitidos en más de un país de acciones de una empresa extranjera, siendo que las acciones están en manos de una sucursal extranjera de un banco internacional y dichas acciones cotizan como acciones nacionales pero están a la venta a nivel mundial a través de las diversas sucursales bancarias. Asimismo, la mención a acciones o participaciones se entenderá referida a cualquier instrumento representativo del capital, independientemente a la denominación que se otorgue en otro país.

En todos los casos, el ingreso gravable será el resultante de aplicar al valor de mercado de las acciones o participaciones de la persona jurídica no domiciliada que se enajenan, el porcentaje aludido en líneas anteriores. Para determinar el valor de mercado de las acciones o participaciones se podrá considerar, entre otros, el valor de participación patrimonial sobre la base de balances auditados, incluso anteriores a los 12 meses precedentes a la enajenación o a la emisión de acciones o participaciones.

(1) Cfr. Kern, Juan Ricardo. “Paraíso fiscal y transparencia fiscal internacional”. En: Revista Análisis Tributario. Lima, Editorial AELE, noviembre del 2003, N° 190, ps. 27 a 29.

(2) Cfr. Echaiz Moreno, Daniel. “Los paraísos fiscales y las empresas *off-shore*”. En: Revista Actualidad Jurídica. Lima, Editorial Gaceta Jurídica, febrero del 2013, Tomo 231, p. 251.

3. EL VALOR DE MERCADO

De acuerdo al artículo 4-A, último párrafo, inciso b.1) del RIR, el valor de mercado de las acciones o participaciones representativas del capital de las personas jurídicas domiciliadas en el país de las que la persona jurídica no domiciliada sea propietaria, y de las acciones o participaciones representativas del capital de la persona jurídica no domiciliada, será:

- a) El mayor valor de cotización de apertura o cierre diario, tratándose de acciones o participaciones cotizadas en alguna Bolsa o mecanismo centralizado de negociación en los 12 meses anteriores a la fecha de enajenación, emisión de acciones o participaciones o aumento de capital. De no existir valor de cotización en alguna fecha, se tomará el valor de cotización de la fecha inmediata anterior. En caso dichas acciones o participaciones coticen en más de una Bolsa o mecanismo centralizado de negociación, ubicados o no en el país, el valor de mercado será el mayor valor de cotización de apertura o cierre registrado en aquellas.
- b) El valor de participación patrimonial, el cual se deberá calcular sobre la base del último balance anual auditado de la empresa emisora cerrado con anterioridad a la fecha de enajenación, emisión de acciones o participaciones o aumento de capital, tratándose de acciones o participaciones no cotizadas en alguna Bolsa o mecanismo centralizado de negociación, o cotizando en éstos no exista valor de cotización en los 12 meses anteriores a las fechas antes mencionadas. El balance anual deberá estar auditado por una sociedad de auditoría o entidad facultada a desempeñar tales funciones conforme a las disposiciones del país donde se encuentren establecidas para la prestación de esos servicios. De no contar con dicho balance, el valor de participación patrimonial será el valor de tasación al cierre del ejercicio anterior al que se realiza la enajenación, emisión de acciones o participaciones o aumento de capital.

El cálculo del valor de participación patrimonial anteriormente aludido se efectuará dividiendo el valor de todo el patrimonio de la empresa emisora entre el número de acciones o participaciones emitidas. Si la empresa emisora está obligada a realizar ajustes por inflación para efectos tributarios, el valor del patrimonio deberá ser tomado del balance ajustado.

Las cotizaciones y el valor de participación patrimonial expresados en moneda extranjera deberán ser convertidos a moneda nacional con el tipo de cambio promedio ponderado compra publicado por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (en adelante: SBS) vigente a la fecha de cada cotización o a la fecha de cierre del último balance anual auditado, o al cierre del ejercicio anterior, o en su defecto, el último publicado, según corresponda. En caso la SBS no publique un tipo de cambio para dicha mo-

neda extranjera, ésta deberá convertirse a dólares de los Estados Unidos de América, y luego ser expresada en moneda nacional.

Para la conversión de la moneda extranjera a dólares se utilizará el tipo de cambio compra, del país en donde se ubica la Bolsa o mecanismo centralizado de negociación donde se haya obtenido el valor de cotización, o del país donde se encuentre constituida la persona jurídica, mientras que para la conversión de dólares a moneda nacional se deberá utilizar el tipo de cambio promedio ponderado compra publicado por la SBS. Ambos tipos de cambio serán los vigentes a las fechas anteriormente mencionadas o, en su defecto, los últimos publicados.

4. EL COSTO COMPUTABLE

Respecto al costo computable para los casos de enajenación de bienes, la LIR prescribe en su artículo 20 que es aquel costo de adquisición, producción o construcción o, en su caso, el valor de ingreso al patrimonio o valor en el último inventario determinado conforme a ley, más los costos posteriores incorporados al activo de acuerdo con las normas contables, ajustados de acuerdo a las normas de ajuste por inflación con incidencia tributaria, según corresponda, no siendo parte del costo computable los intereses, el mismo que deberá ser informado y registrado en la Institución de Compensación y Liquidación de Valores (en adelante: ICLV), entiéndase CAVALI.

La Ley de Promoción del Mercado de Valores, aprobada mediante Ley N° 30050 (en adelante: LPMV) modificó el artículo 73-C de la LIR, señalando que en el caso de la enajenación, rescate de acciones y participaciones representativas del capital, acciones de inversión, certificados, títulos, bonos y papeles comerciales, valores representativos de cédulas hipotecarias, certificados de participación en fondos mutuos de inversión en valores, obligaciones al portador u otros valores al portador y otros valores mobiliarios o de derechos sobre estos, efectuada por una persona natural, sucesión indivisa o socie-

dad conyugal que optó por tributar como tal, domiciliada en el país, que sea liquidada por una ICLV o quien ejerza funciones similares, constituida en el país, se deberá realizar la retención a cuenta del impuesto por rentas de fuente peruana y de fuente extranjera, en el momento en que se efectúe la liquidación en efectivo, aplicando la tasa del 5% sobre la diferencia entre el ingreso producto de la enajenación y el costo computable registrado en la ICLV. La ICLV o quien ejerza funciones similares, constituida en el país, deberá liquidar la retención mensual que corresponde a cada contribuyente.

De esta manera, con la entrada en vigencia de la LPMV, es decir a partir del 1 de enero del 2014, CAVALI -en su calidad de ICLV- deberá efectuar la retención del Impuesto a la Renta con la tasa del 5% conforme a la LIR correspondiente a en aquellas operaciones que califican como "enajenación indirecta de acciones" efectuadas por personas naturales domiciliadas y personas naturales o personas jurídicas no domiciliadas. Para ello se deberá considerar los valores emitidos por sociedades extranjeras que pueden generar una enajenación indirecta, previo cumplimiento de las condiciones y requisitos dispuestos por la LIR, incluyendo acciones, participaciones, ADR's y GDR's y cualquier otro instrumento representativo del capital que se encuentre inscrito en el Mecanismo Centralizado de Negociación.

5. LA RETENCIÓN TRIBUTARIA

La retención se efectuará en el momento en que se produzca la liquidación en efectivo de la operación de rueda de valores extranjeros listados en la Bolsa de Valores de Lima. Dicha retención tendrá carácter de pago a cuenta y será utilizada como crédito contra el pago del impuesto que en definitiva corresponda conforme a lo previsto en el artículo 52-A de la LIR por el ejercicio gravable en que se realizó la retención. Las mencionadas retenciones deberán abonarse al Fisco dentro de los plazos establecidos por el Código Tributario para las obligaciones de periodicidad mensual.