

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

TEMAS: USO DE CANALES FINANCIEROS -
RECUPERACIÓN DE CAPITAL INVERTIDO

SUMILLA: En cuanto a la interpretación errónea del artículo 8 de la Ley N° 28194, la redacción de la norma permite advertir que al no existir un mandato expreso de prohibición de los medios de pago bancarizados en el exterior, se encuentra la posibilidad del contribuyente de elegir a los mismos como un mecanismo de pago válido, ello como una prerrogativa que se desprende del principio de vinculación negativa, es decir, de su facultad de realizar todo aquello que no se encuentre expresamente prohibido por ley. Asimismo, en cuanto a la infracción normativa por interpretación errónea de los artículos 6, 20, 21 y 76 (inciso g) de la Ley del Impuesto a la Renta, así como de los artículos 11 y 57 de su reglamento, esta Sala Suprema considera que la Ley del Impuesto a la Renta y su reglamento no toman en cuenta las diferencias que existen en las distintas modalidades de reducción de capital por absorción de pérdidas, ni contienen precisión alguna sobre la verdadera naturaleza de la reducción de capital por “restablecimiento del equilibrio social”, y que no es posible ignorar su finalidad y tratamiento societario, así como los distintos hechos que lo generan; por tanto, corresponde asumir que el reconocimiento de capital invertido de acciones cuyo valor nominal fue reducido por causal de restablecimiento del equilibrio social, y que a su vez no generaron restitución alguna de su inversión a los accionistas, debe ser por el mismo monto que el costo de adquisición.

PALABRAS CLAVE: medios de pago, recuperación de capital invertido, certificado de reconocimiento de capital invertido

Lima, veinte de julio de dos mil veintitrés

**LA QUINTA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL
TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

VISTA

La causa en audiencia pública de la fecha y luego de verificada la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO DE CASACIÓN

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

En el presente proceso sobre nulidad de resolución administrativa, la demandante, **Empresa Nacional de Telecomunicaciones Sociedad Anónima**, interpuso recurso de casación el doce de septiembre de dos mil veintidós, contra la sentencia de vista, del veintiséis de agosto de dos mil veintidós (foja mil trescientos cuarenta y uno del expediente judicial electrónico - EJE¹), expedida por la Sexta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas Tributarios y Aduaneros de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirmó la sentencia de primera instancia, contenida en la resolución número ocho, del veinticinco de mayo de dos mil veintidós (foja mil ciento sesenta y uno), que declaró infundada la demanda.

Antecedentes

Demanda

Mediante escrito de fecha veintiséis de abril de dos mil veintiuno (foja tres), **Empresa Nacional de Telecomunicaciones Sociedad Anónima** interpuso demanda contra el **Tribunal Fiscal y la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT)**, solicitando como petitorio lo siguiente:

Primera pretensión principal: Nulidad parcial de la Resolución del Tribunal Fiscal N° 07791-3-2020, del once de diciembre de dos mil veinte, mediante la cual se ha agotado la vía administrativa en el procedimiento relacionado con la solicitud de recuperación de capital invertido por la compañía respecto a tres mil ciento ochenta y un millones cuatrocientos catorce mil ochenta y nueve (3181'414,089) acciones de la empresa peruana Entel Perú Sociedad Anónima solo por un monto de dos mil setecientos setenta y cuatro millones novecientos cincuenta y seis mil trescientos ochenta y seis soles con cero céntimos (S/ 2774'956,386.00) de un total solicitado de cuatro mil ochocientos tres millones seiscientos

¹ Todas las referencias remiten a este expediente, salvo indicación distinta.

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

treinta y dos mil cuatrocientos cincuenta y cinco soles con cero céntimos (S/ 4803'632,455.00), y se formuló tres reparos por los siguientes montos y conceptos: **i)** desconocimiento del costo de adquisición de acciones por no encontrarse sustentada en medios de pago autorizados, mil treinta y cuatro millones ciento ochenta y dos mil cuatrocientos cincuenta y seis soles con cero céntimos (S/ 1034'182,456.00); **ii)** desconocimiento de acciones amortizadas por reducción de capital para la absorción de pérdidas, novecientos noventa millones trescientos noventa y tres mil seiscientos catorce soles con cero céntimos (S/ 990'393,614); y **(iii)** tipo de cambio aplicable a los aumentos de capital por capitalización de deuda, cuatro millones cien mil soles con cero céntimos (S/ 4'100,000), por ello solicita la nulidad parcial de la Resolución del Tribunal Fiscal N° 07791-3-2020 en el extremo que confirma los reparos indicados en los numerales **i)** y **ii)** del párrafo anterior, por un total de dos mil veinticuatro millones quinientos setenta y seis mil setenta soles con cero céntimos (S/ 2024'576,070.00).

Segunda pretensión principal: Se emita un pronunciamiento de plena jurisdicción mediante el cual se reconozca que la demandante, Empresa Nacional de Telecomunicaciones Sociedad Anónima, ha invertido en total la suma de cuatro mil setecientos noventa y nueve millones quinientos treinta y dos mil cuatrocientos cincuenta y seis soles con cero céntimos (S/ 4799'532,456.00) por la adquisición de las tres mil ciento ochenta y un millones cuatrocientos catorce mil ochenta y nueve (3181'414,089 acciones) de Entel Perú Sociedad Anónima, por lo que, corresponde que se emita el certificado de recuperación de capital invertido por los montos involucrados en los dos reparos impugnados mediante la presente demanda e identificados como **reparo i)** y **reparo ii)**, toda vez que mediante la Resolución de Intendencia N° 0120240001693/SUNAT solo se ha autorizado la certificación de dos mil setecientos setenta y cuatro millones novecientos cincuenta y seis mil trescientos ochenta y seis soles con cero céntimos (S/ 2774'956,386.00).

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

Pretensión accesoria a la segunda pretensión principal: Se ordene a la administración tributaria emitir a favor de Empresa Nacional de Telecomunicaciones Sociedad Anónima el certificado de recuperación de capital invertido que corresponde a los montos involucrados en los dos reparos impugnados en la presente demanda e identificados como **reparo i)** y **reparo ii)**.

Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia de fecha veinticinco de mayo de dos mil veintidós (foja mil ciento sesenta y uno), el Vigésimo Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo con Sub Especialidad en Temas Tributarios y Aduaneros declaró infundada la demanda en todos sus extremos por considerar que:

- a) En cuanto a la pretensión principal, esto es, sobre el costo de adquisición de las acciones no sustentada en medios de pago autorizados, sostiene que para deducir el costo computable por la adquisición de acciones en virtud del Contrato de Compra de Acciones, de fecha cuatro de abril de dos mil trece, cuya certificación de recuperación de capital invertido se solicita por el monto de mil treinta y cuatro millones ciento ochenta y dos mil cuatrocientos cincuenta y seis soles con cero céntimos (S/ 1034'182,456.00), la demandante estaba obligada a pagar la contraprestación utilizando los medios de pago a que se refiere el artículo 5 de la Ley N° 28194², mediante entidades financieras. Sin embargo, de autos se acredita que la demandante no utilizó los medios de pago en la compra de acciones plasmada en el Contrato de Compra de Acciones del cuatro de abril de dos mil trece, y solamente presentó correos y constancias que evidencian transferencias en cuentas abiertas en entidades bancarias no domiciliadas, las mismas que, lógicamente, no

² Ley para la Lucha contra la Evasión y para la Formalización de la Economía, publicada el veintiséis de marzo de dos mil cuatro.

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

están bajo la supervisión de la Superintendencia de Banca y Seguros, y, en consecuencia, las transferencias de fondos realizadas por la demandante no se sustentan en los medios de pago señalados en el artículo 5 de la Ley N° 28194.

- b)** En cuanto al argumento en virtud del cual la demandante alega que una interpretación que admita la posibilidad de acreditar la veracidad de las operaciones con medios de pago distintos a los medios bancarizados por las entidades de nuestro sistema financiero, es contraria a esta finalidad y al principio de verdad material, el Juzgado sostiene que la finalidad de lo que en términos corrientes se conoce como “bancarización” es evitar la evasión y el fraude tributario, y al haber sido emitida mediante una norma de orden público debe ser cumplida por los contribuyentes y controlada por la administración tributaria. Asimismo, enfatiza que el artículo 86 del Texto Único Ordenado del Código Tributario establece que los funcionarios y servidores que laboren en la administración tributaria al aplicar los tributos, sanciones y procedimientos que corresponda, se sujetarán a las normas tributarias de la materia. En ese sentido, no existe ninguna vulneración del principio de verdad material, como alega la demandante.
- c)** Seguidamente, sostiene que la Junta General de Accionistas de Entel Sociedad Anónima acordó en tres oportunidades la reducción de su capital social con la finalidad de restablecer el equilibrio entre el capital social y el patrimonio neto, disminuido por pérdidas. Tal reducción consta en las escrituras públicas del tres de octubre de dos mil catorce, del veinte de enero de dos mil dieciséis y del uno de febrero de dos mil diecisiete; en esas tres oportunidades, se amortizó setecientos setenta millones cuatrocientos setenta y cuatro mil quinientos noventa y siete (770'474,597), ochocientos sesenta y nueve millones seiscientos treinta mil quinientos ocho (869'630,508) y cuatrocientos ochenta y ocho millones ochocientos ochenta y dos mil (488'882,000) acciones. En ese sentido y acorde a lo vertido por el Tribunal Fiscal, la reducción de capital para absorber pérdidas mediante la amortización de acciones determina la extinción del

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

costo computable de las acciones amortizadas, por lo cual la certificación de recuperación de capital invertido debe otorgarse solo por el costo computable de las acciones remanentes; por lo que resulta con arreglo a derecho que como consecuencia de la determinación del costo promedio ponderado de las acciones remanentes del capital social de Entel Perú Sociedad Anónima se excluyan las sumas invertidas en mil trescientos cincuenta y ocho millones quinientos diez mil quinientos ocho (1358'510,508) acciones, que fueron amortizadas como motivo de las reducciones de capital acordadas en las Juntas Generales de Accionistas del dieciséis de diciembre de dos mil quince y del treinta y uno de diciembre de dos mil dieciséis, lo cual en modo alguno constituye una vulneración al principio de legalidad, como asevera la demandante.

- d)** Agrega que el Informe N° 198-2009-SUNAT/2B0000 no resulta vinculante y el tenor del mismo, sobre el reconocimiento del capital invertido en el caso de la disminución del valor nominal de las acciones como consecuencia de la reducción del capital, siendo este un caso distinto al que ahora ocupa a su judicatura. Asimismo, sostiene que solo las sentencias emitidas por la Corte Suprema resultan vinculantes para ella, acorde a lo establecido en el artículo 36 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo.
- e)** Finalmente, en cuanto a la solicitud de que el Juzgado emita un pronunciamiento de plena jurisdicción mediante el cual se reconozca que la demandante ha invertido en total la suma de cuatro mil setecientos noventa y nueve millones quinientos treinta y dos mil cuatrocientos cincuenta y seis soles con cero céntimos (S/ 4799'532,456.00) por la adquisición de las tres mil ciento ochenta y un millones cuatrocientos catorce mil ochenta y nueve (3181'414,089) acciones de Entel Perú Sociedad Anónima, corresponde que se emita el certificado de recuperación de capital invertido por los montos involucrados en los dos reparos impugnados en su demanda e identificados como reparo i) y reparo ii) toda vez que mediante la Resolución de Intendencia

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

N° 01202400-01693/SUNAT solo se ha autorizado la certificación de dos mil setecientos setenta y cuatro millones novecientos cincuenta y seis mil trescientos ochenta y seis soles con cero céntimos (S/ 2774'956,386.00). El Juzgado señala que esta pretensión es similar a la contenida en la pretensión principal, siendo que igualmente solicita la emisión del certificado de recuperación de capital invertido. Asimismo, hace referencia a los reparos que oportunamente fueron materia de análisis, por lo que, vía motivación por remisión, reitera que la pretensión principal deviene infundada por haberse verificado que no existe ninguna causal de nulidad en las citadas resoluciones administrativas.

Sentencia de vista

Mediante sentencia de vista del veintiséis de agosto de dos mil veintidós (foja mil doscientos sesenta y siete), la Sexta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas Tributarios y Aduaneros de la Corte Superior de Justicia de Lima, resolvió **confirmar** la sentencia que declaró **infundada** la demanda en todos sus extremos. Argumenta lo siguiente:

- a) En cuanto al primer agravio, el colegiado manifiesta que en cuanto al reparo consistente en el desconocimiento del costo computable de acciones no sustentada en medios de pago autorizados, los medios de pago autorizados según el artículo 5 de la Ley N° 28194 están referidos a aquellos que son utilizados por empresas del sistema financiero, entendiéndose con ello que son aquellas empresas autorizadas y supervisadas por la Superintendencia de Banca y Seguros, y que según lo dispuesto en el título I de la sección primera de la Ley N° 26702³, a efectos de su autorización por la indicada superintendencia, tales empresas deben constituirse en el país, ya sea como sociedad anónima o sucursales de empresas financieras del sector. En el presente caso, tal como la propia

³ Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

demandante reconoce, no ha hecho uso de medios de pago autorizados conforme lo regulado por el artículo 5 de la Ley N° 28194, respecto de la adquisición de acciones mediante el Contrato de Compra de Acciones del cuatro de abril de dos mil trece, conforme así se acredita de la documentación presentada con ocasión del Requerimiento N° 122180002417. En ese contexto, la demandante presentó una constancia y correos por operaciones de fondos entre cuentas abiertas en empresas bancarias o financieras no domiciliadas, las cuales no se encuentran bajo la supervisión de la Superintendencia de Banca y Seguros, y al no corresponder a alguno de los supuestos de excepción, dichas transferencias de fondos no califican como medios de pago autorizados de acuerdo con lo exigido por la Ley N° 28194. Por tanto, la actuación de la administración tributaria, corroborada por el Tribunal Fiscal y la *a quo*, se ha desarrollado con sujeción al principio de legalidad.

- b) Acorde a lo precisado en el inciso a) del artículo 57 del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, así como en los artículos 20 y 21 del mismo dispositivo legal, el costo computable se refiere únicamente a los bienes enajenados, es decir, transferidos, o en otras palabras aquellos que son materia de solicitud de recuperación de capital invertido al momento de la solicitud presentada a la SUNAT (número de acciones), quien sobre la base de la información cierta, como lo es el real número de acciones a transferir, evaluará el costo de estas, es decir, emitirá un pronunciamiento respecto del real número de acciones a enajenarse. En ese sentido, los argumentos planteados por la demandante no se condicen con el contenido literal de los artículos mencionados ni mucho menos con el contenido literal del inciso a) del artículo 57 del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, los cuales se refieren al costo computable de los bienes que se enajenan y que serán materia de solicitud para la certificación del costo computable. En ninguno de los artículos mencionados se hace referencia al costo real de la inversión, como erróneamente interpreta la actora en su demanda.

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

c) En lo referido a la amortización de reducción de capital, la demandante sostiene que no se le puede desconocer el total invertido, principalmente porque la inversión no ha sido recuperada. Al respecto, se aprecia en autos que mediante Junta General de Accionistas de Entel Perú Sociedad Anónima se acordó en tres oportunidades aumentar el capital social y reducirlo con la finalidad de establecer el equilibrio entre el capital social y el patrimonio neto disminuidos como consecuencia de las pérdidas, amortizando las acciones emitidas. Así, mediante escritura pública del tres de octubre de dos mil catorce, la Junta General de Accionistas de Entel Perú Sociedad Anónima acordó la reducción de su capital con la finalidad de restablecer el equilibrio entre el capital social y el patrimonio neto disminuidos como consecuencia de pérdidas, para lo cual, el bloque de acciones de mil setecientos ochenta y tres millones setenta y tres mil ciento noventa y nueve (1783'073,199) se redujo a mil doce millones quinientos noventa y ocho mil seiscientos dos (1012'598,602); en consecuencia, se amortizaron setecientos setenta millones cuatrocientos setenta y cuatro mil quinientos noventa y siete (770'474,597) acciones. Sin embargo, este bloque de acciones corresponde al bloque de acciones recibidas en ocasión de contrato del cuatro de abril de dos mil trece, cuya cancelación no fue acreditada con medios de pago autorizados, por lo que no se reconoció el costo de adquisición correspondiente. De igual forma, mediante escritura pública del veinte de enero de dos mil dieciséis, la Junta General de Accionistas de Entel Perú Sociedad Anónima acordó la reducción de su capital social con la finalidad de restablecer el equilibrio entre el capital social y el patrimonio neto disminuidos como consecuencia de pérdidas, para lo cual el bloque de acciones de dos mil quinientos cincuenta y siete millones quinientos setenta y cuatro mil quinientos noventa y siete (2'557'574,597) se redujo a mil seiscientos ochenta y siete millones novecientos cuarenta y cuatro mil ochenta y nueve (1687'944,089); en consecuencia, se amortizaron ochocientos sesenta y nueve millones seiscientos treinta mil quinientos ocho (869'630,508)

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

acciones. Posteriormente, mediante escritura pública del uno de febrero de dos mil diecisiete, la Junta General de Accionistas de Entel Perú Sociedad Anónima, acordó la reducción de su capital con la finalidad de restablecer el equilibrio entre el capital social y el patrimonio neto disminuidos como consecuencia de pérdidas, para lo cual el bloque de acciones de dos mil trescientos sesenta y seis millones novecientos cuarenta y cuatro mil ochenta y nueve (2366'944,089) se redujo a mil ochocientos setenta y ocho millones sesenta y cuatro mil ochenta y nueve (1'878'064,089); en consecuencia, se amortizaron cuatrocientos ochenta y ocho millones ochocientos ochenta mil (488'880,000) acciones. Como se puede apreciar en el presente caso, la administración tributaria ha determinado el costo promedio ponderado de las acciones teniendo en cuenta lo dispuesto por el inciso e) del numeral 21.2 del artículo 21 de la Ley y el inciso e) del artículo 11 de su reglamento sin considerar el valor de las acciones amortizadas como consecuencia de la reducción de capital acordadas para la absorción de pérdidas del dieciséis de diciembre de dos mil quince y treinta y del uno de diciembre de dos mil dieciséis. Esto es, en virtud a las precitadas normas reglamentarias, corresponde la determinación del costo promedio ponderado. A mayor abundamiento, la reducción de capital para absorber pérdidas mediante la amortización de acciones determina la extinción del costo computable de las acciones amortizadas; por tanto, la certificación de recuperación del capital invertido debe otorgarse solo por el costo computable de las acciones remanentes.

Materia controvertida en el presente caso

Con relación a los hechos determinados por las instancias de mérito y en concordancia con las causales por las que fue admitido el recurso de casación interpuesto, concierne a esta Sala Suprema determinar si corresponde reconocer el valor de adquisición de las acciones que le fueron transferidas a la demandante por un total de mil treinta y cuatro millones ciento ochenta y dos mil cuatrocientos cincuenta y seis soles con cero céntimos (S/ 1034,182,456.00),

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

mediante contratos privados, y a la vez si corresponde reconocer los montos comprendidos en las reducciones de capital que han sido reparadas por un total de novecientos noventa millones trescientos noventa y tres mil seiscientos catorce soles con cero céntimos (S/ 990,393,614.00).

Causales procedentes del recurso de casación

Mediante auto de calificación del cinco de diciembre de dos mil veintidós (foja doscientos veintiuno del cuaderno de casación), la Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República declaró procedente el recurso de casación interpuesto por la empresa demandante, Empresa Nacional de Telecomunicaciones Sociedad Anónima, por las siguientes causales:

1. Infracción normativa por inaplicación de los numerales 3 y 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, referido al derecho constitucional al debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva en su variante de la debida motivación de las resoluciones judiciales

La parte demandante ha cumplido con señalar argumentos suficientes y claros vinculados a la presunta vulneración a la debida motivación por parte de la Sala Superior, pues refiere que la sentencia de vista incurre en una motivación aparente, dado que no se ha pronunciado sobre los argumentos presentados por el recurrente vinculados a los artículos referidos a los medios de pago y la finalidad de la Ley N° 28194. Asimismo, ha omitido pronunciarse sobre la operación de reducción de capital con amortización de acciones y determinar si la misma tiene la capacidad de eliminar el derecho del inversionista a recuperar su inversión o el costo que pagó por la compra de dichas acciones. Finalmente señala que la Sala Superior no se ha pronunciado concretamente respecto a las particularidades que no permiten aplicar un caso similar, como es el denominado Caso Scania.

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

- 2. Infracción normativa por interpretación errónea del artículo 8 de la Ley N° 28194 e inaplicación del artículo IV (numeral 1.11) de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (principio de verdad material), de la norma XVI del Código Tributario (principio de realidad económica), con la consecuente infracción del artículo 74 de la Constitución Política del Estado (principio de no confiscatoriedad)**

La recurrente ha señalado su tesis interpretativa y sus argumentos vinculados a lo contenido en el artículo 8 de la Ley N° 28194; del mismo modo, ha precisado de forma clara la infracción normativa respecto a la inaplicación del artículo IV (numeral 1.11) de la Ley del Procedimiento Administrativo General y la norma XVI del Código Tributario, y ha presentado los argumentos suficientes sobre la infracción normativa del artículo 74 de la Constitución Política del Perú.

- 3 Infracción normativa por interpretación errónea de los artículos 6, 20, 21 y 76 (inciso g) de la Ley del Impuesto a la Renta, así como de los artículos 11 y 57 de su reglamento, y vulneración del artículo 2 (numeral 2) de la Constitución Política del Estado (principio de igualdad en la aplicación de la ley), con la consecuente violación del artículo 74 de la Constitución Política del Estado (principio de no confiscatoriedad)**

La recurrente ha precisado su tesis interpretativa y los argumentos vinculados a lo contenido en los artículos 6, 20, 21 y 76 (inciso g) de la Ley del Impuesto a la Renta, así como en los artículos 11 y 57 del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, ello vinculado a la vulneración del artículo 2 (numeral 2) de la Constitución Política del Perú y lo contenido en el artículo 74 de la Constitución Política del Perú.

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

CONSIDERANDOS

PRIMERO. El recurso de casación

1.1. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el recurso extraordinario de casación tiene por objeto el control de las infracciones que las sentencias o los autos puedan cometer en la aplicación del derecho; partiendo a tal efecto de los hechos considerados probados en las instancias de mérito y aceptados por las partes, para luego examinar si la calificación jurídica realizada es la apropiada a aquellos hechos. No basta la sola existencia de la infracción normativa, sino que se requiere que el error sea esencial o decisivo respecto a lo decidido.

1.2. En ese entendido, la labor casatoria es una función de cognición especial sobre vicios en la resolución por infracciones normativas que inciden en la decisión judicial, labor en la que los jueces realizan el control de derecho, velando por su cumplimiento “y por su correcta aplicación a los casos litigiosos, a través de un poder independiente que cumple la función jurisdiccional”⁴, y revisando si los casos particulares que acceden a casación se resuelven de acuerdo a la normatividad jurídica. En ese sentido, corresponde a los jueces de casación cuestionar que los jueces encargados de impartir justicia en el asunto concreto respeten el derecho objetivo en la solución de los conflictos.

1.3. Así también, habiéndose acogido entre los fines de la casación la función nomofiláctica, se debe precisar que esta no abre la posibilidad de acceder a una tercera instancia ni se orienta a verificar un reexamen del conflicto ni a la obtención de un tercer pronunciamiento por otro tribunal sobre el mismo petitorio y proceso. Es más bien un recurso singular que permite acceder a una corte de casación para el cumplimiento de determinados fines, como la adecuada

⁴ HITTERS, Juan Carlos. (2002) *Técnicas de los recursos extraordinarios y de la casación*. Segunda edición. La Plata, Librería Editora Platense; p. 166.

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia de la República.

1.4. Ahora bien, por causal de casación se entiende al motivo que la ley establece para la procedencia del recurso⁵, que debe sustentarse en aquellas anticipadamente señaladas en la ley. Puede, por ende, interponerse por apartamiento inmotivado del precedente judicial, por infracción de la ley o por quebrantamiento de la forma. Se consideran motivos de casación por infracción de la ley, la violación en el fallo de leyes que debieron aplicarse al caso, la falta de congruencia entre lo decidido y las pretensiones formuladas por las partes, y la falta de competencia. Los motivos por quebrantamiento de la forma aluden a infracciones en el proceso, por lo que, en tal sentido, si bien todas las causales suponen una violación de la ley, también lo es que estas pueden darse en la forma o en el fondo.

SEGUNDO. Delimitación de la controversia

2.1. En el recurso de casación objeto de análisis se han formulado infracciones normativas de carácter procesal (*error in procedendo*) e infracciones normativas de carácter material (*error in iudicando*); por tanto, corresponde, en primer término, que esta Sala Suprema emita pronunciamiento respecto a las denuncias de carácter procesal, toda vez que, de ser estimadas, carecería de objeto pronunciarse sobre las otras causales. Solo en caso se desestimen las infracciones normativas de carácter procesal, se analizarán las de carácter material.

2.2. En consideración a los antecedentes narrados y antes de proceder con el análisis de las causales procesales y posteriormente —de corresponder— de las causales materiales, es necesario dejar en claro que en el proceso judicial se discutió el supuesto de la variable “costo de adquisición” y la recuperación del

⁵ MONROY CABRA, Marco Gerardo (1979). *Principios de derecho procesal civil*. Segunda edición. Bogotá, Editorial Temis Librería; p. 359.

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

capital invertido, siendo que, la presente controversia cuestiona los reparos siguientes: **i)** costo de adquisición de acciones no sustentada en medios de pago y **ii)** acciones amortizadas por reducción de capital. De esta forma, el análisis de las causales —tanto de naturaleza procesal como material— se realizará teniendo en cuenta ambos aspectos controvertidos, así como las implicancias que los diferencian entre sí. En consecuencia, la decisión a la que se arribe respecto a uno de ellos no necesariamente repercutirá o incidirá en la decisión que se acoja sobre el otro aspecto.

Análisis de las causales de naturaleza procesal

TERCERO. Infracción al derecho a la motivación de las resoluciones judiciales previsto en los incisos 3 y 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, referido al derecho constitucional al debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva en su vertiente de la debida motivación de resoluciones judiciales; así como inaplicación del artículo IV (numeral 1.11) de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (principio de verdad material) y la norma XVI del Código Tributario (principio de realidad económica), con la consecuente infracción del artículo 74 de la Constitución Política del Estado (principio de no confiscatoriedad), y la vulneración del artículo 2 (numeral 2) de la Constitución Política del Estado (principio de igualdad en la aplicación de la ley), con la consecuente violación del artículo 74 de la Constitución Política del Estado (principio de no confiscatoriedad)

3.1. Advirtiéndose que se declaró procedente el recurso de casación promovido por la demandante Empresa Nacional de Telecomunicaciones Sociedad Anónima por causales de naturaleza procesal al denunciar el derecho a una motivación adecuada, corresponde realizar el análisis conjunto de los fundamentos que sustentan el medio impugnatorio, luego de lo cual se procederá a emitir pronunciamiento. Para este fin, corresponde citar el dispositivo legal cuya infracción de alega:

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

Constitución Política del Perú

Artículo 139°.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

[...]

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

[...]

5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

3.2. En este sentido, iniciamos el análisis casatorio haciendo mención al debido proceso (o proceso regular), recogido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, derecho complejo que está conformado por un conjunto de derechos esenciales que impiden que la libertad y los derechos de los individuos perezcan ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento o se vean afectados por cualquier sujeto de derecho, incluido el Estado, que pretenda hacer uso abusivo de sus prerrogativas.

3.3. El derecho al proceso regular constituye un conjunto de garantías de las cuales goza el justiciable, que incluyen el derecho a ser oportunamente informado del proceso (emplazamiento, notificación, tiempo razonable para preparar la defensa), derecho a ser juzgado por un juez imparcial que no tenga interés en un determinado resultado del juicio, derecho a la tramitación oral de la causa y a la defensa por un profesional (publicidad del debate), derecho a la prueba, derecho a ser juzgado sobre la base del mérito del proceso y derecho al juez legal.

3.4. El derecho al debido proceso comprende también, entre otros derechos, el de motivación de las resoluciones judiciales, previsto en el numeral 5 del artículo 139 de la Carta Fundamental, esto es, obtener una resolución fundada en derecho mediante decisiones en las que los jueces expliciten en forma suficiente las razones de sus fallos, con mención expresa de los elementos fácticos y jurídicos que los determinaron, dispositivo que es concordante con lo

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

preceptuado por el inciso 3 del artículo 122 del Código Procesal Civil⁶ y el artículo 12 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS⁷.

3.5. Además, la exigencia de motivación suficiente garantiza que el justiciable pueda comprobar que la solución del caso concreto viene dada por una valoración racional de la fundamentación fáctica de lo actuado y la aplicación de las disposiciones jurídicas pertinentes, y no de una arbitrariedad de los magistrados, por lo que en ese entendido es posible afirmar que una resolución que carezca de motivación suficiente no solo infringe normas legales, sino también principios de nivel constitucional⁸.

3.6. El **proceso regular** en su expresión de motivación escrita de las resoluciones judiciales, entiende que una motivación defectuosa puede expresarse en los siguientes supuestos: **a) Falta de motivación propiamente dicha**: cuando se advierte una total ausencia de motivación en cuanto a la decisión jurisdiccional emitida en el caso materia de conflicto, sea en el elemento fáctico y/o jurídico; **b) Motivación aparente**: cuando el razonamiento en la sentencia sea inconsistente, sustentado en conclusiones vacías que no guardan relación con el real contenido del proceso; **c) Motivación insuficiente**: cuando se vulnera el principio lógico de la razón suficiente, es decir que el sentido de las

⁶ **Código Procesal Civil**

Artículo 122°: Las resoluciones contienen: [...] 3. La mención sucesiva de los puntos sobre los que versa la resolución con las consideraciones, en orden numérico correlativo, de los fundamentos de hecho que sustentan la decisión, y los respectivos de derecho con la cita de la norma o normas aplicables en cada punto, según el mérito de lo actuado.

⁷ **Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial**

Artículo 12°: Todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustentan.

⁸ El Tribunal Constitucional en el Expediente N.º 1480-2006-AA/TC ha puntualizado que:

[...] el derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, [...] deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso. Sin embargo, la tutela del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no debe ni puede servir de pretexto para someter a un nuevo examen las cuestiones de fondo y decididas por los jueces ordinarios.

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

conclusiones a las que arriba el juzgador no se respalda en pruebas fundamentales y relevantes, de las cuales este debe partir en su razonamiento para lograr obtener la certeza de los hechos expuestos por las partes y la convicción que lo determine en un sentido determinado, respecto de la controversia planteada ante la judicatura; y **d) Motivación defectuosa en sentido estricto**: cuando se violan las leyes del hacer/pensar, tales como la de no contradicción (nada puede ser y no ser al mismo tiempo), la de identidad (correspondencia de las conclusiones a las pruebas), y la del tercio excluido (una proposición es verdadera o falsa, no hay tercera opción), entre otros, omitiendo los principios elementales de la lógica y la experiencia común.

3.7. Asimismo, el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales tiene como una de sus expresiones el **principio de congruencia**, establecido en el artículo VII del título preliminar del Código Procesal Civil, el cual exige el pronunciamiento del juez mediante una sentencia que contenga la decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida, declarando el derecho de las partes, o excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal, en virtud de lo cual los jueces no pueden otorgar más de lo demandado o cosa distinta a lo pretendido, ni fundar sus decisiones en hechos no aportados por los justiciables, con obligación, entonces, de pronunciarse sobre las alegaciones expuestas por las partes, tanto en sus escritos postulatorios como, de ser el caso, en sus medios impugnatorios, de tal manera que cuando se decide u ordena sobre una pretensión no postulada en el proceso, y menos fijada como punto controvertido, o a la inversa, cuando se excluye dicho pronunciamiento, se produce una incongruencia, lo que altera la relación procesal y transgrede las garantías del proceso regular.

3.8. En el sentido descrito, se tiene que la observancia del principio de congruencia implica que en toda resolución judicial exista **i) coherencia** entre lo petitionado por las partes y lo finalmente resuelto, sin omitir, alterar o excederse de dichas peticiones (congruencia externa), y **ii) armonía** entre la motivación y la

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

parte resolutive (congruencia interna), de tal manera que la decisión sea el reflejo y externación lógica, jurídica y congruente del razonamiento del juzgador, conforme a lo actuado en la causa concreta, todo lo cual garantiza la observancia del derecho al debido proceso, resguardando a los particulares y a la colectividad de las decisiones arbitrarias, conforme a lo establecido por el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 11 de la Sentencia N° 1230-2003-PCH/TC.

3.9. Entonces, el derecho a la debida motivación de las resoluciones obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva).

3.10. Resulta un imperativo constitucional que los justiciables obtengan de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente de las pretensiones efectuadas, pues precisamente el principio de congruencia procesal exige que el juez, al momento de pronunciarse sobre una causa determinada, no omita, altere o se exceda de las peticiones ante él formuladas.

Sin embargo se debe considerar que el tratamiento del principio de congruencia procesal en el proceso civil no puede equipararse al tratamiento que se debe otorgar en el proceso contencioso administrativo; máxime si se tiene en cuenta que este proceso especial es de plena jurisdicción, conforme al inciso 2 del artículo 5 y al inciso 2 del artículo 40 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, y de índole

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

tuitiva, al tener como finalidad el control jurídico de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados, esto es, están en juego intereses estatales, de acuerdo a lo previsto en el artículo 1 de la Ley N° 27584 y el artículo 148 de la Constitución Política del Perú.

De modo que, siguiendo el razonamiento esbozado y el contenido de la Ley N° 27584, el reconocimiento de la vulneración del derecho no es suficiente, en tanto resulta necesario que se adopten las medidas que sean necesarias para tal fin; lo cual, en aplicación del principio de congruencia procesal —con los rasgos característicos de este proceso especial— implica flexibilizar dicho principio en la línea de la división “integral” de la legalidad de los actos administrativos y del restablecimiento o reconocimiento de la situación jurídica lesionada, aun cuando no hayan sido pretendidas en la demanda, siempre que quede evidenciado del debate y de los elementos aportados al proceso.

3.11. Siendo ello así, en el presente caso, se observa que la recurrente **Empresa Nacional de Telecomunicaciones Sociedad Anónima** denuncia la vulneración del debido proceso y del derecho a una motivación adecuada, y sostiene, entre otros, que la Sala Superior no cumplió con pronunciarse respecto de los agravios descritos en su escrito de apelación, toda vez que interpretó erróneamente el artículo 8 de la Ley N° 28194, el cual permite la deducción de los costos de adquisición acreditados de modo fehaciente, aun cuando no se hayan utilizado medios de pago de la banca nacional, sino de bancos extranjeros, en coherencia con el principio de verdad material; asimismo, tampoco se habría valorado que el Juzgado no interpretó los artículos 1, 6, 21 y 76 (inciso g) de la Ley del Impuesto a la Renta, así como los artículos 11 y 57 de su reglamento, los cuales no establecen que el derecho del inversionista se pueda ver afectado por un evento posterior ejecutado por un tercero, tal como la reducción del capital de la empresa nacional bajo la modalidad de amortización o eliminación de acciones.

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

3.12. En este orden de ideas, en atención a los cuestionamientos realizados por la recurrente, se advierte que se encuentran referidos a aspectos sustanciales de la controversia, toda vez que afirma que se produjo la vulneración del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales por cuanto la Sala Superior validó las interpretaciones erróneas que inicialmente realizó el Juzgado del artículo 8 de la Ley N° 28194, así como de los artículos 1, 6, 20, 21 y 76 inciso g) y los artículos 11 y 57 de su reglamento. La Sala Superior se habría limitado a citar una sentencia del Tribunal Constitucional correspondiente al año dos mil cuatro respecto al tema de la bancarización y omitió pronunciarse respecto a si la operación de reducción de capital con amortización de acciones, realizada por la empresa nacional emisora de las acciones adquiridas por la recurrente en los años dos mil catorce, dos mil quince, dos mil dieciséis y dos mil diecisiete, tenía la capacidad de eliminar el derecho de la inversionista a recuperar su inversión o el costo que pagó por la compra de dichas acciones en el año dos mil trece.

3.13. Del mismo modo, en cuanto a la inaplicación del artículo IV (numeral 1.11) de la Ley del Procedimiento Administrativo General (principio de verdad material) y la norma XVI del Código Tributario (principio de realidad económica), con la consecuente infracción del artículo 74 de la Constitución Política del Estado (principio de no confiscatoriedad), cabe destacar que el principio de verdad material se encuentra regulado en el numeral 1.11 del artículo IV del título preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, que fuera aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS. En virtud del referido principio, en el procedimiento la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas. Por su parte, en la norma XVI del Código Tributario textualmente se establece: “Para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible, la SUNAT tomará en cuenta los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

realicen, persigan o establezcan los deudores tributarios. [...]”. Finalmente, el artículo 74 de la Constitución Política del Perú regula:

Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo.

Los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de éstas, dentro de su jurisdicción, y con los límites que señala la ley. El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener carácter confiscatorio.

Las leyes de presupuesto y los decretos de urgencia no pueden contener normas sobre materia tributaria. Las leyes relativas a tributos de periodicidad anual rigen a partir del primero de enero del año siguiente a su promulgación.

No surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo.

3.14. La recurrente sostiene que, pese a haberse acreditado el costo de adquisición vía cuatro transferencias bancarias realizadas en entidades financieras del exterior por un importe ascendente a cuatrocientos diez mil millones quinientos sesenta y un mil quinientos sesenta y cinco dólares americanos con treinta y siete centavos (US \$ 410'561,565.37), esto no fue reconocido por la administración tributaria, motivo por el cual considera que la administración reconoce el real costo de adquisición pero pretende desconocer la inversión de la compañía porque los pagos fueron realizados por medio de transferencias bancarias con entidades financieras del exterior. Así, la sentencia de vista en su considerando 5.3, luego de referenciar los artículos 3, 4 y 8 de la Ley N° 28194, desconoce la inversión de la recurrente tras una equívoca lectura de la norma; con ello vulnera el principio de verdad material. Añade que el artículo 8 de la Ley N° 28194 permite acreditar los costos y gastos mediante medios de pago que no se limitan a los tramitados en la banca nacional, pero siempre con la verificación de su fehaciencia, con lo cual se protege tanto la lucha contra la evasión y el fraude tributario, y se garantiza el derecho del contribuyente a tributar acorde a su real ganancia de capital. Sin embargo, la Sala Superior impide al contribuyente deducir sus costos de adquisición aun si los mismos se encuentran fehacientemente acreditados; con ello, genera

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

escenarios de ganancia de capital irreal, lo cual trae consigo la afectación del principio de verdad material y del principio de realidad económica. Agrega que el literal b) del artículo 1 de la Ley del Impuesto a la Renta grava la ganancia de capital, para cuyo cálculo se autoriza al contribuyente titular de acciones en empresas nacionales (inversionista) deducir el capital invertido para su compra, es decir, el costo computable o costo de adquisición. Ante ello, la recurrente considera que a nuestro sistema tributario le interesa que la ganancia de capital sea real, pues si la ganancia de capital declarada o determinada por la administración es menor a la efectivamente obtenida, se puede estar ante un caso de defraudación tributaria; y si la ganancia de capital real es mayor, se estaría ante un supuesto de confiscatoriedad del patrimonio del contribuyente. Por ende, no se pueden desconocer arbitrariamente los gastos o inversiones que el contribuyente está autorizado a deducir, pues en este caso se generaría una ganancia de capital irreal (por exceso), con la consecuente afectación de los principios de verdad material, realidad económica y no confiscatoriedad.

3.15. Asimismo, la recurrente denuncia la vulneración del artículo 2 (numeral 2) de la Constitución Política del Estado (principio de igualdad en la aplicación de la ley), con la consecuente violación del artículo 74 de la Constitución Política del Estado (principio de no confiscatoriedad). Al respecto, cabe señalar que la recurrente no desarrolla los alcances respecto de los cuales considera que lo resuelto por la autoridad administrativa contraviene lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 2 de la Constitución, el cual establece que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley, y que nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole. Aunado a ello, alude nuevamente a la aparente vulneración de lo regulado en el artículo 74 de la Constitución Política del Estado (principio de no confiscatoriedad), lo cual fue advertido en otra de sus causales del recurso de casación, como se ha referido en los considerandos que anteceden, por lo que no procede emitir un pronunciamiento al respecto.

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

3.16. En ese orden de ideas, en cuanto a las infracciones normativas de carácter procesal, la parte recurrente estima que el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales se vio afectado, toda vez que la Sala Superior validó las interpretaciones erróneas que inicialmente realizó el Juzgado en cuanto a la interpretación del artículo 8 de la Ley N° 28194, así como de los artículos 1, 6, 20, 21 y 76 (inciso g) de la Ley del Impuesto a la Renta y los artículos 11 y 57 de su reglamento. En cuanto a ello, resulta pertinente mencionar que la inaplicación de dichas normas también fue materia de exposición en otra de las causales normativas enunciadas en el recurso de casación, las cuales a su vez fueron admitidas en el auto calificadorio del cinco de diciembre del año dos mil veintidós. Es decir, aunque se plantearon como parte de infracciones de naturaleza procesal, en realidad constituyen infracciones de naturaleza material, y corresponden estrictamente al análisis de fondo de la controversia.

3.17. Posteriormente, al momento de fundamentar la afectación de los principios de verdad material, realidad económica y no confiscatoriedad, señaló que la incorrecta interpretación del artículo 8 de la Ley N° 28194 trajo consigo el desconocimiento del gasto realmente efectuado por la compañía, solo porque no utilizaron los medios de pago en la banca nacional. Respecto a ello, cabe señalar que el sustento de las infracciones nuevamente se genera en virtud del supuesto que la Sala Superior no ha cumplido con aplicar correctamente el contenido del artículo 8 de la Ley N° 28194, por lo que cabe reiterar que la interpretación errónea del artículo 8 de la Ley N° 28194 constituye una causal de carácter material y no procesal, y debe analizarse en su oportunidad.

3.18. Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, resulta pertinente señalar que el colegiado superior cumplió con efectuar una valoración conjunta y razonada de las pruebas actuadas en sede administrativa, así como de los argumentos formulados por las partes, conforme se verifica del considerando quinto de la sentencia de vista. Asimismo, expuso los motivos por los cuales consideró que la emisión de la certificación para la recuperación de capital invertido solicitado por

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

la empresa demandante, respecto de tres mil ciento ochenta y un millones cuatrocientos catorce mil ochenta y nueve (3181'414,089) acciones de la empresa peruana Entel Perú Sociedad Anónima solo debía proceder respecto del monto de dos mil setecientos setenta y cuatro millones novecientos cincuenta y seis mil trescientos ochenta y seis soles con cero céntimos (S/ 2774'956,386.00) y no del total solicitado, que asciende a cuatro mil ochocientos tres millones seiscientos treinta y dos mil cuatrocientos cincuenta y cinco soles con cero céntimos (S/ 4803'632,455.00). Con ello, se verifica que la Sala Superior cumplió con resolver la principal controversia del presente proceso, conforme se desprende de los considerandos quinto y sexto de la sentencia de vista.

3.19. En consecuencia, la sentencia de vista cumplió con la protección y la exigencia constitucional que permite a los justiciables defenderse adecuadamente, porque expuso los fundamentos fácticos y jurídicos que justificaron su decisión. Por ello, los cuestionamientos realizados por las partes no pueden ser analizados bajo causales de naturaleza procesal, como es intención de la recurrente cuando alega que la Sala Superior incurrió en infracción del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales previsto en el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, referido al derecho constitucional al debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva en su vertiente de la debida motivación de resoluciones judiciales y en el artículo IV (numeral 1.11) de la Ley del Procedimiento Administrativo General (principio de verdad material), así como en la norma XVI del Código Tributario (principio de realidad económica), con la consecuente infracción del artículo 74 de la Constitución Política del Estado (principio de no confiscatoriedad). Esto constituye en puridad un cuestionamiento del fondo de la controversia, para lo cual resulta necesario efectuar el análisis de las causales materiales formuladas por las partes. Siendo ello así y al no ser posible analizar la totalidad de los fundamentos formulados por la recurrente bajo las causales procesales que invoca, **las causales de vulneración del inciso 5 del artículo 139 de la**

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

Constitución Política del Perú, inaplicación del artículo IV (numeral 1.11) de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (principio de verdad material), así como de la norma XVI del Código Tributario (principio de realidad económica), con la consecuente infracción del artículo 74 de la Constitución Política del Estado (principio de no confiscatoriedad), devienen infundadas.

Análisis de las causales de naturaleza material

CUARTO: Infracción normativa por interpretación errónea del artículo 8 de la Ley N° 28194

4.1. La parte recurrente considera que, de haberse interpretado correctamente el artículo 8 de la Ley N° 28194, se habría revocado la sentencia de primera instancia y consecuentemente se habría autorizado la emisión del Certificado de recuperación de capital invertido por el monto resultante de deducir el costo de adquisición de las acciones, más cuando lo mismo se encuentra fehacientemente acreditado. Sin embargo, la Sala Superior optó por avalar la decisión de la administración tributaria de desconocer el gasto realmente efectuado por la empresa actualmente recurrente, solo amparada en el supuesto de que no utilizaron medios de pago en la banca nacional. Agrega la recurrente que el artículo 8 establece que, para efectos tributarios, los pagos que se efectúen sin utilizar medios de pago no darán derecho a deducir gastos, costos o créditos, a efectuar compensaciones ni a solicitar devoluciones de tributos, saldos a favor, reintegros tributarios, recuperación anticipada, restitución de derechos arancelarios, y que su antecedente normativo añadía el siguiente supuesto: “[...] aun cuando se acredite o verifique la veracidad de las operaciones o quien los reciba cumpla con sus obligaciones tributarias”, sin embargo, la recurrente considera que la Sala Superior no valoró tal supuesto, pues de haberlo hecho habría podido concluir que los gastos pueden ser deducidos si se acredita la veracidad de las operaciones.

Asimismo, la recurrente estima que el artículo 8 de la Ley N° 28194 permite acreditar los costos y gastos mediante medios de pago que no se limitan a los

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

que se canalizan por la banca nacional, siempre que los mismos permitan verificar la fehaciencia de la operación; consecuentemente, así se protege tanto la lucha contra la evasión y el fraude tributario.

4.2. El artículo 8 de la Ley N° 28194, Ley para la Lucha contra la Evasión y para la Formalización de la Economía, expresamente establece:

Artículo 8.- Efectos tributarios

Para efectos tributarios, los pagos que se efectúen sin utilizar Medios de Pago no darán derecho a deducir gastos, costos o créditos; a efectuar compensaciones ni a solicitar devoluciones de tributos, saldos a favor, reintegros tributarios, recuperación anticipada, restitución de derechos arancelarios.

Para efecto de lo dispuesto en el párrafo anterior se deberá tener en cuenta, adicionalmente, lo siguiente:

a) En el caso de gastos y/o costos que se hayan deducido en cumplimiento del criterio de lo devengado de acuerdo a las normas del Impuesto a la Renta, la verificación del Medio de Pago utilizado se deberá realizar cuando se efectúe el pago correspondiente a la operación que generó la obligación.

b) En el caso de créditos fiscales o saldos a favor utilizados en la oportunidad prevista en las normas sobre el Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo y del Impuesto de Promoción Municipal, la verificación del Medio de Pago utilizado se deberá realizar cuando se efectúe el pago correspondiente a la operación que generó el derecho.

En caso de que el deudor tributario haya utilizado indebidamente gastos, costos o créditos, o dichos conceptos se tornen indebidos, deberá rectificar su declaración y realizar el pago del impuesto que corresponda. De no cumplir con declarar y pagar, la SUNAT en uso de las facultades concedidas por el Código Tributario procederá a emitir y notificar la resolución de determinación respectiva.

Si la devolución de tributos por saldos a favor, reintegros tributarios, recuperación anticipada, o restitución de derechos arancelarios se hubiese efectuado en exceso, en forma indebida o que se torne en indebida, la SUNAT, de acuerdo a las normas reglamentarias de la presente Ley o a las normas vigentes, emitirá el acto respectivo y procederá a realizar la cobranza, incluyendo los intereses a que se refiere el artículo 33 del Código Tributario.

Tratándose de mutuos de dinero realizados por medios distintos a los señalados en el artículo 5, la entrega de dinero por el mutuante o la devolución del mismo por el mutuatario no permitirá que este último sustente incremento patrimonial ni una mayor disponibilidad de ingresos para el pago de obligaciones o la realización de consumos, debiendo el mutuante, por su parte, justificar el origen del dinero otorgado en mutuo.

4.3. En ese sentido, se advierte que el Colegiado Superior al momento de expedir la sentencia de vista ha considerado que los medios de pago autorizados

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

acorde al artículo 5 de la Ley N° 28194 son todos aquellos que son utilizados por las empresas del sistema financiero, esto es, aquellas empresas que se encuentran autorizadas y supervisadas por la Superintendencia de Banca y Seguros, y que según lo dispuesto en el título I de la sección primera de la Ley N° 26702, a efectos de su autorización por la superintendencia, deben constituirse en el país, sea como sociedades anónimas o sucursales de empresas financieras en el exterior (párrafo final del considerando 5.4 de la sentencia de vista). Del mismo modo, sostiene que la empresa demandante y actual recurrente presentó una constancia y correos por operaciones de transferencias de fondos entre cuentas abiertas en empresas bancarias o financieras no domiciliadas, los cuales no se encuentran bajo la supervisión de la Superintendencia de Banca y Seguros, motivo por el cual, al no corresponder a alguno de los supuestos de excepción, dichas transferencias no califican como medios de pago autorizados acorde a lo exigido por la Ley N° 28194, motivo por el cual el Colegiado Superior concluye que lo resuelto por el Tribunal Fiscal y el Juzgado se desarrolló con sujeción a lo dispuesto en el principio de legalidad.

4.4. En virtud a lo señalado con anterioridad, también resulta pertinente citar lo establecido por el artículo 5 de la Ley N° 28194, Ley para la Lucha contra la Evasión y para la Formalización de la Economía, el cual regula lo siguiente:

Artículo 5.- Medios de Pago

Los Medios de Pago a través de empresas del Sistema Financiero que se utilizarán en los supuestos previstos en el artículo 3 son los siguientes:

- a) Depósitos en cuentas.*
- b) Giros.*
- c) Transferencias de fondos.*
- d) Órdenes de pago.*
- e) Tarjetas de débito expedidas en el país.*
- f) Tarjetas de crédito expedidas en el país.*
- g) Cheques con la cláusula de “no negociables”, “intransferibles”, “no a la orden” u otra equivalente, emitidos al amparo del artículo 190 de la Ley de Títulos Valores.*

Los Medios de Pago señalados en el párrafo anterior son aquellos a que se refiere la Ley General.

Mediante decreto supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas se podrá autorizar el uso de otros Medios de Pago considerando, entre otros, su frecuencia y uso en las empresas del Sistema Financiero o fuera de ellas.”.

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

Además, el artículo 3 de la misma ley establece:

Artículo 3.- Supuestos en los que se utilizarán Medios de Pago

Las obligaciones que se cumplan mediante el pago de sumas de dinero cuyo importe sea superior al monto a que se refiere el artículo 4 se deberán pagar utilizando los Medios de Pago a que se refiere el artículo 5, aun cuando se cancelen mediante pagos parciales menores a dichos montos.

También se utilizarán los Medios de Pago cuando se entregue o devuelva montos de dinero por concepto de mutuos de dinero, sea cual fuera el monto del referido contrato. Los contribuyentes que realicen operaciones de comercio exterior también podrán cancelar sus obligaciones con personas naturales y/o jurídicas no domiciliadas, con otros Medios de Pago que se establezcan mediante Decreto Supremo, siempre que los pagos se canalicen a través de empresas del Sistema Financiero o de empresas bancarias o financieras no domiciliadas.

No están comprendidas en el presente artículo las operaciones de financiamiento con empresas bancarias o financieras no domiciliadas.

4.5. Pues bien, tenemos que la controversia se suscita en virtud del supuesto de si, en cuanto a la aplicación del artículo 8 de la Ley N° 28194, corresponde validar la interpretación que expone la recurrente, según la cual el mencionado artículo permite acreditar costos y gastos mediante medios de pago que no se limitan a aquellos que se canalizan en la banca nacional, siempre que tales costos y gastos se logren verificar fehacientemente; o si, por el contrario, corresponde validar el criterio vertido por la Sala Superior, que afirma que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 5 de la Ley N° 28194, los medios de pago autorizados son aquellos utilizados por empresas del sistema financiero, esto es, por aquellas empresas autorizadas y supervisadas por la Superintendencia de Banca y Seguros.

4.6. De autos se valida que la recurrente —a efectos de acreditar el costo de adquisición de determinadas acciones y así poder recuperar el valor invertido en la adquisición de las mismas— en su oportunidad sostuvo que cumplió con presentar todos los documentos para acreditar la veracidad de la transferencia de acciones, así como el pago del valor de adquisición. En efecto, anexó cuatro transferencias bancarias realizadas a través de entidades financieras del exterior, por un total de cuatrocientos diez millones quinientos sesenta y un mil quinientos sesenta y cinco dólares americanos con treinta y siete centavos (US\$

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

410'561,565.37), los cuales, al tipo de cambio, corresponde al valor de adquisición ascendente a mil treinta y cuatro millones ciento ochenta y dos mil cuatrocientos cincuenta y seis soles con cero céntimos (S/ 1034'182,456.00), y cuyos códigos SWIFT⁹ obran en el expediente administrativo. En cuanto a ello, a fojas novecientos noventa y seis a mil dos, constan correos electrónicos en que se aprecian transferencias que registran como destinatarios NII Holdings y NII Mercosur Telecom SL; y los códigos SWIFT de números 0286791, 0285812 y 0286389, por los montos de treinta y nueve millones cuatrocientos treinta y ocho mil cuatrocientos treinta y cuatro dólares americanos con sesenta y tres centavos (US\$ 39'438,434.63); por trescientos veinticuatro millones quinientos cinco mil cuatrocientos ocho dólares americanos con ochenta y tres centavos (US\$ 324'505,408.83); y por treinta y seis millones cincuenta y seis mil ciento cincuenta y seis dólares americanos con cincuenta y cuatro centavos (US\$ 36'056,156.54); montos que fueron transferidos desde cuentas abiertas en la entidad financiera no domiciliada HSBC NA USA.

4.7. En ese sentido y de la lectura integral de la normativa descrita con anterioridad, se tiene que el artículo 8 de la Ley N° 28194 establece que todos aquellos pagos que se realicen sin utilizar medios de pago no darán derecho a deducir gastos, costos o créditos, a efectuar compensaciones ni a solicitar devoluciones de tributos, saldos a favor, reintegros tributarios, recuperación anticipada, restitución de derechos arancelarios. Ahora bien, en cuanto al presente proceso se advierte que la parte demandante pretendió acreditar tanto los costos y los gastos mediante medios de pago consistentes en códigos SWIFT, lo cual también fue valorado por la misma administración tributaria al momento de expedir la Resolución del Tribunal Fiscal N° 07791-3-2020.

4.8. Resulta pertinente señalar que la finalidad de la Ley N° 28194 es luchar contra la evasión, y a la vez, buscar la formalización de la economía por medio

⁹ En cuanto al código SWIFT, lo mismo constituye un código de ocho a once caracteres, a efectos de ser utilizado en determinada transacción financiera internacional entre bancos de diferentes países, especialmente para enviar o recibir dinero.

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

del sistema de la bancarización de todas aquellas obligaciones que se cumplan mediante el pago de sumas de dinero que superen los montos establecidos en el desarrollo de la ley en comentario. En tanto que, el artículo 5 de la Ley N° 28194 contempla los medios de pago a utilizar a efectos de deducir el crédito fiscal correspondiente, ello permite válidamente afirmar que la eventual utilización de un medio de pago no autorizado por la Ley N° 28194 no generaría el derecho de deducir determinado crédito fiscal.

4.9. En ese mismo sentido interpretativo, conviene advertir que, de la lectura integral de la norma –entiéndase la Ley N° 28194-, válidamente se advierte que la misma no establece en forma específica que los medios de pago tengan que limitarse a todos aquellos que hayan sido canalizados en la banca nacional, dicho de otro modo, no se advierte prohibición alguna expresa que permita aseverar que la ley haya admitido dicho supuesto de prohibición, por ello, el presente colegiado discrepa con los criterios vertidos por el órgano jurisdiccional de segunda instancia, quien al momento de expedir la sentencia de vista consideró que los medios de pagos autorizados mediante el artículo 5 de la Ley N° 28194 se refieren a aquellos que son utilizados por Empresas del Sistema Financiero, y puntualizaron que se debía entender por ello a todas aquellas empresas autorizadas y supervisadas por la Superintendencia de Banca y Seguros, y que según lo dispuesto en el Título I de la Sección Primera de la Ley N° 26702, a efectos de su autorización por la indicada superintendencia deben constituirse en el país, ya sea como sociedad anónima o sucursales de empresas financieras del exterior.

4.10. En adición a lo antes precisado, y acorde al sentido de la presente sentencia casatoria, se debe valorar que los códigos SWIFT permiten gestionar transferencias internacionales entre cuentas bancarias. Por su parte, tal como se ha desarrollado con anterioridad en la presente, la Ley N° 28194 constituye un elemento esencial en la lucha contra la evasión fiscal, por lo que devendría inconsistente el sentido del fallo por medio del cual el colegiado superior

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

pretende desconocer los medios de pago que eventualmente no fueron viabilizados en banca nacional, más aun cuando los códigos SWIFT constituyen un mecanismo pertinente a efectos de realizar transacciones bancarias internacionales.

4.11. Asimismo, de la lectura integral del artículo 8 de la Ley N° 28194, se advierte que no excluye a todos aquellos pagos que pudieran realizarse fuera de la banca nacional, en ese sentido, se logra advertir que lo dispuesto por la Sala Superior obedece a un criterio interpretativo adoptado por dicho colegiado, criterio con el cual -reiteramos- no concuerda el presente colegiado supremo, tras considerar que el eventual desconocimiento de los medios de pago realizados fuera de la banca nacional traería consigo el desmerecimiento total de una transacción bancaria efectivamente realizada por la demandante en su oportunidad.

4.12. Aunado a lo antes expuesto, corresponde señalar que el Tribunal Constitucional mediante sentencia expedida en el Expediente N.º 0004-2004-AI/TC, en cuanto al tema en comentario, prescribió:

9. El objetivo de la denominada “bancarización” es formalizar las operaciones económicas con participación de las empresas del sistema financiero para mejorar los sistemas de fiscalización y detección del fraude tributario. A tal propósito coadyuva la imposición del ITF, al que, a su vez, como todo tributo, le es implícito el propósito de contribuir con los gastos públicos, como una manifestación del principio de solidaridad que se encuentra consagrado implícitamente en la cláusula que reconoce al Estado peruano como un Estado Social de Derecho (artículo 43º de la Constitución). Se trata, pues, de reglas de orden público tributario, orientadas a finalidades plenamente legítimas, cuales son contribuir, de un lado, a la detección de aquellas personas que, dada su carencia de compromiso social, rehúyen la potestad tributaria del Estado, y, de otro, a la promoción del bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (artículo 44º de la Constitución), mediante la contribución equitativa al gasto social.

4.13. Continuando el análisis casatorio, se tiene que los precitados artículos 3 y 5 de la Ley N° 28194 contemplan los medios de pago autorizados a efectos de evitar la evasión y para la formalización de la economía. Por su parte, el artículo 1 de la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, contempla el

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

marco de regulación y supervisión a que se someten las empresas que operen en el sistema financiero y de seguros, así como aquellas que realizan actividades vinculadas o complementarias al objeto social de dichas personas, en tanto que el artículo 3 expresamente regula: “Los vocablos y siglas que se señalan en la presente ley, tendrán el significado que se indica en el glosario anexo a esta ley”. Conforme al glosario contenido en la norma, por empresa se debe entender a todas aquellas empresas del sistema financiero y de seguros autorizadas a operar en el país y sus subsidiarias, con exclusión de aquellas que prestan servicios complementarios; asimismo, describe al sistema financiero como el conjunto de empresas que, debidamente autorizadas, operan en la intermediación financiera, incluyendo las subsidiarias que requieran de autorización de la superintendencia para constituirse.

4.14. En cuanto a ello, el colegiado superior señaló que los medios de pagos autorizados según el artículo 5 de la Ley N° 28194 son aquellos utilizados por empresas del sistema financiero, entendiéndose a estas como aquellas autorizadas y supervisadas por la Superintendencia de Banca y Seguros, y que según lo dispuesto en el título I de la sección primera de la Ley N° 26702, a efectos de su autorización por la indicada superintendencia, deben constituirse en el país, ya sea como sociedad anónima o sucursales de empresas financieras del exterior, y al ser la misma demandante quien sostuvo que no hizo uso de los medios de pago autorizados en el artículo 5 de la Ley N° 28194, en cuanto a la adquisición de acciones mediante el contrato de compraventa del cuatro de abril del año dos mil trece, no le asiste –en concepto de la Sala Superior- el derecho a deducir el costo computable por cuanto los documentos anexados no constituyen medios de pago autorizados.

4.15. En virtud de lo expuesto y desarrollado con anterioridad, se observa que el colegiado superior estimó que, conforme a lo señalado en el artículo 5 de la Ley N° 28194, los medios de pago autorizados se refieren a aquellos que son utilizados por empresas del sistema financiero, que son empresas que se

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

encuentran autorizadas y supervisadas por la Superintendencia de Banca y Seguros, y que según lo dispuesto en el Título I de la Sección Primera de la Ley N° 26702, a efectos de su autorización por la indicada Superintendencia deben constituirse en el país, ya sea como sociedad anónima o sucursales de empresas financieras del exterior. En cuanto al citado criterio interpretativo, corresponde advertir que la sentencia de vista omitió valorar el alcance general de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley N° 26702, el cual expresamente regula que los alcances de ésta, establecen el marco de regulación y supervisión a que se someten las empresas que operen en el sistema financiero y de seguros, así como aquellas que **realizan actividades vinculadas** o complementarias al objeto social de dichas personas.

4.16. En virtud de ello, conviene advertir que de autos se valida el supuesto de que en el año dos mil trece (foja setecientos cuarenta), la compañía demandante adquirió mil setecientos ochenta y tres millones setenta y tres mil ciento noventa y nueve (1783'073,199) acciones representativas del capital social de la empresa peruana Entel Perú Sociedad Anónima por un total de mil treinta y cuatro millones ciento ochenta y dos mil cuatrocientos cincuenta y seis soles con cero céntimos (S/ 1034'182,456.00), mediante la celebración de dos contratos de transferencia de acciones con las empresas NII Mercosur Móviles S.L. y NII Mercosur Telecom S.L.; y en virtud de diversos acuerdos de aumento y reducción del capital social de Entel Perú Sociedad Anónima, al año dos mil dieciocho la demandante era propietaria de tres mil ciento ochenta y un millones cuatrocientos catorce mil ochenta y nueve (3,181,414,089) acciones, las cuales evaluaron transferir a favor de Entel Internacional SPA, sociedad chilena con la cual tienen vinculación económica.

4.17. En esa misma línea interpretativa, el colegiado supremo difiere de los alcances interpretativos vertidos en la sentencia de vista, la cual sustenta su fundamentación en virtud de una interpretación restrictiva del artículo 1 de la Ley N° 26702, asimismo, el presente colegiado supremo discrepa del tenor de lo

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

señalado en la sentencia de vista, cuando erradamente afirmó en la parte final del numeral 5.5 que los medios de pagos autorizados según el artículo 5 de la Ley N° 28194 están referidos a aquellos que son utilizados por Empresas del Sistema Financiero, entendiéndose con ello que son aquellas empresas autorizadas y supervisadas por la Superintendencia de Banca y Seguros, y que acorde a lo establecido en el Título I de la Sección Primera de la Ley N° 26702, a efectos de su autorización por la indicada superintendencia deben constituirse en el país, ya sea como sociedad anónima o sucursales de empresas financieras del exterior. El citado razonamiento generó como consecuencia que el colegiado superior concluya que los medios de pago efectuados por la recurrente no pueden ser admitidos o valorados; en cuanto a ello, corresponde advertir que el artículo 1 de la Ley N° 26702 no solo establece el marco de regulación y supervisión a que se someten las empresas que operen en el sistema financiero y de seguros, toda vez que también incluye a todas aquellas que **realizan actividades vinculadas** o complementarias al objeto social de dichas personas, tal como acontece en el presente proceso; en ese sentido, no resulta razonable admitir que de lo establecido en la Ley N° 28194, se pueda desprender que los medios de pago bancarizados en el exterior no corresponden ser admitidos o valorados a efectos de deducir el costo computable en la compra de acciones, por el contrario, la redacción de la norma permite advertir que al no existir un mandato expreso de prohibición de los medios de pago bancarizados en el exterior, se encuentra la posibilidad del contribuyente de elegir a los mismos como un mecanismo de pago válido, ello como una prerrogativa que se desprende del principio de vinculación negativa, es decir, de su facultad de realizar todo aquello que no se encuentre expresamente prohibido por ley.

4.18. Conforme a ello, el colegiado supremo advierte que las operaciones de compra de acciones de empresas domiciliadas en el país podrán pagarse utilizando medios de pago de entidades bancarias sean estas del Perú o del extranjero; toda vez que, en virtud a lo anteriormente señalado, se tiene que los alcances de la Ley N° 28194 en modo alguno desconocen o invalidan los medios

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

de pago canalizados por medio de entidades financieras extranjeras, por cuanto, lo realmente pretendido es que las operaciones sean debidamente bancarizadas, tal como ha concurrido en el presente caso. Aunado a ello, se tiene que los medios de pagos autorizados en el artículo 5 de la Ley N° 28194 se refieren a todos aquellos que son utilizados por Empresas del Sistema Financiero; en ese sentido, se debe valorar también que, acorde a lo expuesto en el artículo 1 de la Ley N° 26702, los alcances de la ley establecen el marco de regulación y supervisión a los que se someten todas aquellas empresas que operan en el sistema financiero y de seguros, así como de aquellas que realizan actividades vinculadas o complementarias al objeto social de dichas personas, con ello, válidamente se concluye que el colegiado superior a efectos de arribar a la interpretación del artículo 8 de la Ley N° 28194 se remitió a aplicar criterios restrictivos de la normativa aplicable al caso en particular, criterios respecto de los cuales difiere esta Sala Suprema, por lo que, corresponde declarar **fundado** el recurso de casación respecto a la infracción normativa por interpretación errónea del artículo 8 de la Ley N° 28194.

QUINTO: Infracción normativa por interpretación errónea de los artículos 6, 20, 21 y 76 (inciso g) de la Ley del Impuesto a la Renta, así como de los artículos 11 y 57 de su reglamento

5.1. La recurrente sostiene que Entel Perú Sociedad Anónima acordó en tres oportunidades (años dos mil catorce, dos mil dieciséis y dos mil diecisiete) reducir su capital social, amortizando las acciones emitidas con la finalidad de establecer el equilibrio con el patrimonio neto, disminuido como consecuencia de las pérdidas. En cuanto a ello, la Sala Superior ha considerado que la reducción de capital para absorber pérdidas mediante la amortización de acciones determina la extinción del costo computable de las acciones amortizadas, pues alega que las normas en forma clara establecen que el costo computable se refiere únicamente a bienes enajenados, y no hace mención alguna al costo real de la inversión. Asimismo, la recurrente considera que en aplicación de lo

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

dispuesto en el artículo 21 de la Ley del Impuesto a la Renta y el artículo 11 de su reglamento, correspondía que la administración tributaria determine el costo promedio ponderado de las acciones, sin considerar el valor de las acciones amortizadas como consecuencia de la reducción de capital acordadas para la absorción de pérdidas, y puntualiza también que la amortización de las acciones implica la extinción de estas, lo cual implica la desaparición del capital de la sociedad, y, atendiendo a que el inversionista decidió destinar parte del valor de las acciones a cubrir las pérdidas, en consecuencia, ante una potencial enajenación de acciones, cabría solicitar la certificación del costo de las acciones existentes.

5.2. La recurrente señala que las normas de la Ley del Impuesto a la Renta y su reglamento expresamente se refieren a la recuperación de capital invertido, identificándolo con el costo de adquisición; así, acorde al artículo 1 del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, se considera, como un concepto gravado a la ganancia de capital, la cual, según lo establecido en el artículo 2 de la misma norma, se produce —entre otros supuestos— cuando un contribuyente enajena acciones representativas del capital social de una empresa. Ello resulta concordante con lo descrito en el artículo 6 de la Ley del Impuesto a la Renta, la cual refiere que los sujetos no domiciliados en el Perú, como es el caso de la demandante, únicamente se encuentran obligados a tributar respecto a sus rentas que califiquen como renta de fuente peruana. Asimismo, de acuerdo con el inciso h) del artículo 9 de la Ley del Impuesto a la Renta, califica como renta de fuente peruana la proveniente de la enajenación de acciones y participaciones representativas del capital emitidas por entidades constituidas o establecidas en el Perú. De otro lado, de acuerdo al inciso g) del artículo 76 de la Ley del Impuesto a la Renta, se consideran rentas netas, sin admitir prueba en contrario, al importe que resulte de deducir la recuperación del capital invertido, en los casos de rentas no comprendidas en los incisos anteriores, provenientes de la enajenación de bienes o derechos o de la explotación de bienes que sufran desgaste. A ello agrega que la deducción del

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

capital invertido se efectuará con arreglo a las normas que a tal efecto establecerá el reglamento. Seguidamente, sostiene que el artículo 57 del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Rente establece que: “Se entenderá por recuperación del capital invertido para efecto de aplicar lo dispuesto en el inciso g) del Artículo 76 de la Ley: [...] a) Tratándose de la enajenación de bienes o derechos: el costo computable se determinará de conformidad con lo dispuesto por los artículos 20 y 21 de la Ley del Impuesto a la Renta y el artículo 11 del Reglamento”. En este caso, al tratarse de capital invertido en la adquisición de acciones a título oneroso, el costo computable viene a ser el costo de adquisición de las acciones, tal como lo establecen los artículos 20 y 21 de la Ley del Impuesto a la Renta y el artículo 11 del Reglamento. En ese sentido, la recurrente considera que las normas de la Ley del Impuesto a la Renta y su reglamento gravan la ganancia de capital de un sujeto no domiciliado, por sus rentas obtenidas de fuente peruana; así, al tratarse de un inversionista que adquirió acciones en una empresa nacional, se le reconoce el derecho a la recuperación del capital invertido, deduciendo del valor de la enajenación o venta de las acciones adquiridas, el costo de adquisición.

5.3. Resulta pertinente citar las normas cuya vulneración de alega:

Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta aprobado por Decreto Supremo N° 179-2004-EF:

Artículo 20.- *La renta bruta está constituida por el conjunto de ingresos afectos al impuesto que se obtenga en el ejercicio gravable.*

Cuando tales ingresos provengan de la enajenación de bienes, la renta bruta estará dada por la diferencia existente entre el ingreso neto total proveniente de dichas operaciones y el costo computable de los bienes enajenados, siempre que dicho costo esté debidamente sustentado con comprobantes de pago.

No será deducible el costo computable sustentado con comprobantes de pago emitidos por contribuyentes que a la fecha de emisión del comprobante:

(i) Tengan la condición de no habidos, según publicación realizada por la administración tributaria, salvo que al 31 de diciembre del ejercicio en que se emitió el comprobante, el contribuyente haya cumplido con levantar tal condición.

(ii) La SUNAT les haya notificado la baja de su inscripción en el Registro Único de Contribuyentes.

Artículo 21.- *Tratándose de la enajenación, redención o rescate cuando corresponda, el costo computable se determinará en la forma establecida a continuación:*

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

[...]

21.2 Acciones y participaciones:

a) Si hubieren sido adquiridas a título oneroso, el costo computable será el costo de adquisición.

[...]

c) Acciones recibidas y participaciones reconocidas por capitalización de utilidades y reservas por reexpresión del capital, como consecuencia del ajuste integral, el costo computable será su valor nominal.

[...]

e) Tratándose de acciones o participaciones de una sociedad, todas con iguales derechos, que fueron adquiridas o recibidas por el contribuyente en diversas formas u oportunidades, el costo computable estará dado por su costo promedio ponderado. El Reglamento establecerá la forma de determinar el costo promedio ponderado.

Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta aprobado por Decreto Supremo N° 122-94-EF

Artículo 11.- Costo Computable

[...]

e) Tratándose de acciones y participaciones a que se refiere el inciso e) del numeral 21.2 del artículo 21 de la Ley, el costo promedio ponderado se determinará aplicando la siguiente fórmula:

$$\text{Costo Promedio Ponderado} = \frac{P_1 \times Q_1 + P_2 \times Q_2 + P_3 \times Q_3 + \dots + P_n \times Q_n}{Q}$$

Donde:

P_i = Costo Computable de la acción adquirida o recibida en el momento "i"

Q_i = Cantidad de acciones adquiridas o recibidas en el momento "i" al precio P_i .

Q = $Q_1 + Q_2 + Q_3 + \dots + Q_n$ (Cantidad total de acciones adquiridas o recibidas).

La aplicación de la fórmula anterior se hará respecto de acciones o participaciones que otorguen iguales derechos y que correspondan al mismo emisor.

Si luego de la enajenación quedaran aún acciones o participaciones en poder del enajenante, éstas mantendrán como costo computable, para futuras enajenaciones, el costo promedio previamente determinado.

De adquirirse o recibirse nuevas acciones o participaciones luego de una enajenación, se deberá determinar un nuevo costo promedio ponderado que será calculado tomando en cuenta el costo computable correspondiente a las adquisiciones o recepciones recientes y el costo promedio ponderado de las acciones o participaciones remanentes.

El costo promedio ponderado de las acciones y participaciones que formen parte de los fondos mutuos de inversión en valores, fondos de inversión, fondos de pensiones -en la parte que corresponda a los aportes voluntarios sin fines previsionales-, fideicomisos bancarios y de titulización, se determinará sin considerar aquéllas que formen parte de otros fondos o patrimonios, o aquéllas que sean de propiedad de los partícipes, inversionistas, afiliados, fideicomitentes o fideicomisarios. (1)(2)

(1) Inciso e) sustituido por el Artículo 8 del Decreto Supremo N° 011-2010-EF, publicado el 21 enero 2010.

(2) Quinto párrafo modificado por el Artículo 5 del Decreto Supremo N° 258-2012-EF, publicado el 18 diciembre 2012, el mismo que entró en vigencia a partir del 1 de enero de 2013, cuyo texto es el siguiente:

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

El costo promedio ponderado de las acciones y participaciones que formen parte de los fondos de inversión, fideicomisos bancarios y de titulización, se determinará sin considerar aquellas que formen parte de otros fondos o patrimonios, o aquellas que sean de propiedad de los partícipes, inversionistas, fideicomitentes o fideicomisarios.

En los casos de aumentos de capital que no implican la emisión de nuevas acciones o participaciones sino el incremento del valor nominal de las acciones o participaciones existentes de conformidad con el artículo 203 de la Ley General de Sociedades, a efectos de poder aplicar la fórmula del costo promedio ponderado unitario, se utilizará sólo en función a la variable Pi que se determinará de la siguiente manera:

$$CPP = Pi + (NV - VN)$$

Donde

CPP	=	Costo promedio ponderado individual de la acción o participación
Pi	=	Costo computable de la acción adquirida o recibida en el momento "i" o último costo por capitalización o modificación patrimonial anterior
NV	=	Nuevo valor nominal otorgado al momento de la capitalización sin emisión de acciones o participaciones.
VN	=	Valor nominal original de la acción existente al momento de la capitalización o valor nominal de la capitalización anterior (1) (2)

(1) Último párrafo incorporado por el Artículo 1 del Decreto Supremo N° 041-2011-EF, publicado el 10 marzo 2011.

(2) De conformidad con la Octava Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 136-2011-EF, publicado el 09 julio 2011, el último párrafo del inciso e) del presente artículo, establece el procedimiento que se debe seguir siempre que se aplique el inciso e) del numeral 21.1 del artículo 21 de la Ley, para determinar el costo promedio ponderado en los casos de aumentos de capital que no impliquen emisión de nuevas acciones o participaciones sino el incremento del valor nominal de las acciones o participaciones.

En los casos de reducción de capital que no implican la amortización de acciones o participaciones emitidas sino la disminución del valor nominal de las acciones o participaciones existentes de conformidad con el artículo 216 de la Ley General de Sociedades, a efecto de poder aplicar la fórmula del costo promedio ponderado unitario, se utilizará sólo en función a la variable Pi que se determinará de la siguiente manera:

$$CPP = Pi - (VN - NV)$$

Donde:

CPP	=	Costo promedio ponderado individual de la acción o participación.
Pi	=	Costo computable de la acción adquirida o recibida en el momento "i" o último costo por capitalización o modificación patrimonial anterior.
NV	=	Nuevo valor nominal otorgado al momento de la reducción de capital con disminución de valor.
VN	=	Valor nominal original de la acción o participación existente al momento de la reducción de capital o valor nominal de la

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

capitalización anterior o reducción anterior.” ()*

(*) Último párrafo incorporado por el Artículo 3 del Decreto Supremo N° 275-2013-EF, publicado el 06 noviembre 2013.

Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado por Decreto Supremo N° 122-94-EF:

Artículo 57.- Recuperación de Capital Invertido tratándose de contribuyentes no domiciliados

Se entenderá por recuperación del capital invertido para efecto de aplicar lo dispuesto en el inciso g) del Artículo 76 de la Ley:

a) Tratándose de la enajenación de bienes o derechos, el costo incurrido en la adquisición y mejoras de los mismos que se acrediten fehacientemente ante la SUNAT.

[...]

5.4. Siendo ello así, para iniciar el análisis casatorio respecto de la presente infracción, resulta importante examinar ciertos conceptos a fin de delimitar la naturaleza jurídica del certificado de reconocimiento de capital invertido, de las reducciones de capital por absorción de pérdidas vía amortización de acciones y de las reducciones de capital por absorción de pérdidas vía reducción del valor nominal de acciones; así como su efecto en el costo computable de las acciones. Ello se hará con la finalidad de esclarecer si se ajusta a derecho lo resuelto por la administración tributaria en cuanto al desconocimiento del costo de adquisición de las acciones por Entel Perú Sociedad Anónima, para efectos de la recuperación del capital invertido, bajo el argumento de que la reducción de capital que implicaba la amortización del número de acciones adquiridas por la compañía no podía ser materia de enajenación, y, consecuentemente, no correspondía que forme parte del cálculo del costo computable, toda vez que acorde a los artículos 20 y 21 de la Ley del Impuesto a la Renta, dicho cálculo se debía realizar respecto de los bienes a enajenar.

5.5. En este sentido, respecto al **certificado de reconocimiento de capital invertido**, su importancia surge cuando se realizan operaciones de transferencia de bienes dentro del territorio peruano por parte de una persona no domiciliada, supuesto en el cual se estaría generando una renta de fuente peruana, en consecuencia el sujeto no domiciliado se encuentra sujeto al pago del impuesto

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

a la renta. En este sentido, la situación en concreto que se puede presentar es determinar sobre qué base se debe efectuar la retención por el ingreso generado en la operación de transferencia: si debe ser sobre el total del ingreso o por la diferencia entre el valor de venta y el costo de adquisición. Por ello, la “recuperación de capital invertido” cobra especial importancia, ya que permite realizar el descuento del valor de compra y poder determinar cuál será el monto del impuesto a la renta a pagar sobre la utilidad obtenida¹⁰.

5.6. En otras palabras, teniendo en consideración que el impuesto a la renta se calcula sobre la utilidad (ganancia), a efectos de conocer a cuánto asciende la utilidad, el Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado por Decreto Supremo N° 179-2004-EF, señala que en las transferencias onerosas que realicen los no domiciliados, que se encuentran gravadas con el impuesto a la renta, se debe restar del precio de venta, el costo certificado por SUNAT. Es así que **el certificado de capital invertido viene a ser el acto administrativo expedido por la administración tributaria mediante el cual se certifica el costo mencionado**. Por tanto, ello permite colegir que si no se tramita el referido certificado y el no domiciliado recibe de su comprador la retribución por la transferencia de bienes o derechos que haya realizado, según lo establecido en la Ley del Impuesto a la Renta, no habrá costo y el impuesto a la renta se calculará sobre el precio de venta.¹¹

5.7. Asimismo, respecto a la forma de determinación del costo a certificar, se debe tener en cuenta el marco legal citado precedentemente, en el cual se

¹⁰ FERNÁNDEZ, Rafael (2022). “La recuperación de capital invertido en la venta de bienes inmuebles por parte de los sujetos no domiciliados”. <https://es.linkedin.com/pulse/la-recuperaci%C3%B3n-de-capital-invertido-en-venta-bienes-por-fernandez>

¹¹ BARRIOS & FUENTES Abogados. “En las transferencias indirectas de acciones gravadas con Impuesto a la Renta conforme a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley del Impuesto a la Renta, ¿se debe solicitar a SUNAT el certificado de capital invertido?” <http://www.bafur.com.pe/en-las-transferencias-indirectas-de-acciones-gravadas-con-impuesto-a-la-renta-conforme-a-lo-dispuesto-en-el-articulo-10-de-la-ley-de-impuesto-a-la-renta-se-debe-solicitar-a-la-sunat-el-certific/#:~:text=El%20Certificado%20de%20Capital%20Invertido%20es%20el%20acto%20administrativo%20expedido,la%20redundancia%2C%20el%20costo%20mencionado>

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

observa que conforme a lo establecido en el artículo 57 del Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado por Decreto Supremo N° 179-94-EF, al tratarse de enajenación de bienes o derechos, el costo computable se determinará de conformidad con lo dispuesto en los artículos 20 y 21 de la Ley del Impuesto a la Renta y en el artículo 11 del texto único ordenado del reglamento de dicha norma, aprobado por Decreto Supremo N° 122-94-EF.

5.8. En este orden de ideas, al tratarse de sujetos no domiciliados que deciden enajenar sus acciones de empresas peruanas, estos deben realizar un procedimiento de certificación de capital invertido ante la administración tributaria; sin embargo, surge la controversia en la determinación del costo de dichas acciones cuando las empresas peruanas emisoras de tales acciones han realizado **reducciones de capital para absorber pérdidas**.¹²

Siendo ello así, cabe precisar que, lo establecido en el artículo 220 de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades, permite advertir que cuando las pérdidas provoquen la disminución del capital social de una empresa en más del 50% y dicha situación perdure por más de un ejercicio, las sociedades peruanas se encuentran obligadas a realizar la reducción de capital para absorber las mismas. Respecto a esta circunstancia, consideramos importante citar a León Puccio y Llontop Hugo, quienes refieren, respecto a las posibles consecuencias para las sociedades en caso incurran en pérdidas que superen el 50% de su capital, lo siguiente:

Es importante notar que, si las sociedades no toman acciones para que las pérdidas no superen el cincuenta por ciento de su capital, podrían llegar a verse incursas en la causal de disolución establecida en el inciso 4 del artículo 407 de la LGS, si es que sus pérdidas llegasen a reducir su patrimonio neto a una cantidad inferior a la tercera parte del capital pagado. No obstante lo anterior, la empresa podría evitar dicha situación si es

¹² Al respecto, el artículo 220 de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades, establece: “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.”

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

*que las pérdidas son resarcidas o si el capital pagado es aumentado o reducido en cuantía suficiente.*¹³ [Énfasis agregado]

5.9. En este contexto, el artículo 216 de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades, establece diversas modalidades mediante las cuales se puede efectuar la reducción de capital:

Artículo 216: Modalidades

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

Se realiza mediante:

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

[Énfasis agregado]

De igual manera, respecto al concepto de reducción de capital, Enrique Elías Laroza¹⁴ señala lo siguiente:

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.

[...] 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 esta manera en la principal garantía para estos 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.

Siendo inamovible la cifra del capital, pues resguarda derechos e intereses de socios y terceros, solamente la Ley puede reglamentar los casos en que en su monto sea disminuido.

5.10. Asimismo, Jesús Rubio¹⁵ señala: “La reducción de capital social puede pretender una doble finalidad: devolver a los accionistas capitales que se

¹³ LEÓN PUCCIO, Pablo Antonio, y LLONTOP HUGO, Fabio (2019). “Las reducciones de capital por absorción de pérdidas y sus efectos en el costo computable de accionistas no domiciliados”. En *Themis*, N.º 76; pp. 262 y 263

¹⁴ ELÍAS LAROZA, Enrique. *Derecho societario peruano. La Ley General de Sociedades*. Trujillo, Editora Normas Legales; p. 449.

¹⁵ RUBIO, Jesús (1974). *Curso de derecho de sociedades anónimas*. Tercera edición. Madrid, Editorial de Derecho Financiero; p. 84.

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

consideran innecesarios o equilibrar, en caso de pérdidas, patrimonio y capital". En este sentido, lo señalado por los autores permite advertir que la reducción de capital puede tener lugar por una variedad de razones; por ello, la doctrina propone una serie de clasificaciones en función a la voluntad societaria que las origina. Sin embargo, como lo señala Enrique Elías, reviste especial importancia, tener presente que el objetivo primordial de la reglamentación legal de estas operaciones corresponde a dos parámetros fundamentales: **i)** a la salvaguarda de los derechos de los acreedores y terceros, que podrían verse vulnerados ante la disminución de la garantía que es el capital; y **ii)** que las reducciones de capital deben afectar en estricta proporción a todos los accionistas, pues en caso contrario se podría utilizar para disminuir la tenencia accionaria de uno o algunos de los socios o inclusive para separarlos de la sociedad contra su voluntad¹⁶.

5.11. En este orden de ideas, el mismo autor¹⁷ propone dos clasificaciones sobre la disminución de capital: **i)** las reducciones de capital voluntarias y las reducciones obligatorias, y **ii)** las reducciones de capital efectivas y las reducciones nominales. A continuación, desarrollamos brevemente cada una de ellas, a fin de lograr una mejor comprensión de las modalidades de reducción de capital reguladas en el artículo 216 de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades.

5.11.1. Respecto a la **clasificación de las reducciones de capital en voluntarias y obligatorias**; la reducción de capital es **voluntaria** cuando no se realiza por imposición de la Ley, mientras que la **obligatoria** se produce cuando existe un mandato legal expreso que lo ordene. Por tanto, la reducción voluntaria será aquella que depende únicamente de la voluntad de la sociedad y responde a causas que son de interés para esta o para sus accionistas. A modo de ejemplo, podemos citar todos aquellos casos de reducción de capital que contempla nuestra Ley General de Sociedades que impliquen una efectiva

¹⁶ ELÍAS LAROZA, *op. cit.*, p. 450.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 450 y 451.

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

devolución de capital a los accionistas, como son la condonación de dividendos pasivos, la compensación de pérdidas cuando no se ha alcanzado los límites de la ley para que sea obligatoria, la adquisición por la sociedad de sus propias acciones con cargo al capital y la escisión de la sociedad. En cambio, la reducción obligatoria se produce en los casos de compensación de pérdidas de los artículos 176, 220 y 407 de la Ley General de Sociedades.

5.11.2. En cuanto a la **clasificación de reducciones de capital en efectivas y nominales**, se entiende como **reducción efectiva** aquella que se produce debido a una abundancia excesiva de capital que determina un excedente del mismo para el que la sociedad no tiene empleo; por ello, se puede realizar **reducciones mediante reembolsos parciales de capital a los socios o mediante liberación de dividendos pasivos**. Asimismo, los casos de adquisición por parte de la sociedad de sus propias acciones con cargo al capital y las separaciones de socios con cargo a esos mismos recursos. En cambio, la **reducción nominal** se da cuando **lo único que se pretende es reajustar la situación real del patrimonio neto, sin devolución de los recursos a los socios**. En esta clase, **se encuentran los casos de compensación de pérdidas con cargo al capital** y los de los artículos 76 y 80 de la Ley General de Sociedades.

5.12. Hechas estas precisiones y conforme a lo establecido en el artículo 216 de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades, se advierte que existen diversas formas mediante las cuales se puede realizar una reducción de capital. Podemos observar las **formas de reducción efectivas**, que implican la devolución de capital a los socios; por ejemplo, la liberación de aquellos dividendos pasivos; así como las **formas de reducción nominales**, en las cuales no existirá devolución alguna de aportes o recursos a los accionistas, como ocurrirá en el caso de que, como consecuencia de la obtención de pérdidas, **se pretenda restablecer el equilibrio entre capital y el patrimonio de determinada empresa mediante la referida reducción**. Asimismo, del primer párrafo del artículo 216 de la

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

Ley N° 26887 antes citado, se advierte que la reducción de capital se puede determinar bajo dos efectos distintos: **i) la amortización de acciones emitidas o ii) la disminución del valor nominal de acciones.**

5.13. En este sentido, debemos partir de la premisa de que, al tratarse de una **absorción de pérdidas con el objeto de restablecer el equilibrio entre capital y patrimonio**, nos encontramos en el supuesto establecido en el inciso 4 del artículo 216 de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades, referido a una forma de reducción de capital en la que no existe devolución alguna de aportes o recursos a los accionistas, toda vez que estos asumen, a prorrata de su participación en las acciones de la empresa, las pérdidas generadas en determinado ejercicio económico. Por tanto, como consecuencia de tales pérdidas, se pretende únicamente restablecer el equilibrio entre capital y el patrimonio de la empresa, **sin que los accionistas reciban a cambio la devolución de sus aportes o recursos. En consecuencia, el capital invertido al adquirir las acciones sigue siendo el mismo, a pesar de que la sociedad incurriera en pérdidas, independientemente de que la absorción de pérdidas se materialice mediante amortización de acciones o mediante disminución del valor nominal de acciones.**

5.14. Siendo ello así, en atención a lo establecido en la normas citadas y las implicancias prácticas de la **reducción de capital por absorción de pérdidas**, corresponde considerar que el costo de adquisición de las acciones recibidas por un sujeto no domiciliado por su inversión en una empresa peruana, es el importe desembolsado a efectos de tal inversión, puesto que las reducciones no han sido efectivas sino del tipo obligatorias, que no han significado la devolución del capital invertido, sino la necesidad de buscar *restablecer el equilibrio entre capital y el patrimonio de determinada empresa mediante la referida reducción* por imperio o mandato de la Ley.

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

5.15. Adicionalmente, se observa que el artículo 20 del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado por Decreto Supremo N° 179- 2004-EF, establece que la renta bruta será calculada a partir de la diferencia entre el ingreso neto total proveniente de la enajenación de bienes y el costo computable de los bienes enajenados. Asimismo, el literal a) del inciso 21.2 del artículo 21 de la misma norma establece que, para el caso de enajenación de acciones, el costo computable de acciones adquiridas a título oneroso será el costo de adquisición. A su vez, el literal e) del mismo inciso establece que al tratarse de acciones o participaciones de una sociedad, todas con iguales derechos, que fueron adquiridas o recibidas por el contribuyente en diversas formas u oportunidades, el costo computable estará dado por su costo promedio ponderado, precisando además que el reglamento establecerá la forma de determinar el costo promedio ponderado; siendo el caso que el inciso e) del artículo 11 del Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley de Impuesto a la Renta, aprobado por Decreto Supremo N° 122-94-EF, establece las fórmulas con el procedimiento que corresponderá utilizar para determinar el costo computable de las acciones o participaciones de una sociedad, todas con iguales derechos, que fueron adquiridas o recibidas por el contribuyente en diversas formas u oportunidades. Sin embargo, se advierte que el referido inciso e) del artículo 11 no contiene precisión alguna sobre la determinación del costo computable de acciones o participaciones en supuestos en que se produjo la reducción de capital por absorción de pérdidas, toda vez que el mismo solo regula formas de cálculo del costo promedio ponderado cuando se trata de **i)** acciones o participaciones que otorguen iguales derechos y que correspondan al mismo emisor y **ii)** en casos de aumento de capital que no impliquen la emisión de nuevas acciones, sino el incremento del valor nominal de las acciones o participaciones existentes; por lo cual **no resulta lógico asumir que resulta aplicable el referido inciso e) del artículo 11 del reglamento, cuando se producen enajenaciones de acciones en “diversas formas u oportunidades”, como refiere el literal e) del inciso 21.2 del artículo 21 de la Ley del Impuesto a la Renta, toda vez que tal literal de la Ley de Impuesto a**

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

la Renta nos remite al inciso e) del reglamento de la misma, que no contiene regulación ni precisión alguna para casos de reducciones de capital por absorción de pérdidas y que tengan por finalidad restablecer el equilibrio entre capital y patrimonio de la empresa.

5.16. En este orden de ideas y conforme a lo señalado precedentemente, al buscar restablecer el equilibrio entre capital y el patrimonio de determinada empresa, como consecuencia de pérdidas, mediante la reducción de capital, no se produce devolución de aportes o recursos a los accionistas; o, expresado en otras palabras, no se origina restitución alguna al accionista por dicha modalidad de reducción de capital. Por tanto, la inversión realizada al adquirir las acciones o derechos sigue siendo la misma que la efectuada al momento de tal adquisición de acciones.

Así pues, esta circunstancia constituye un supuesto distinto a la simple enajenación de acciones, en la que el accionista percibe como contraprestación la devolución de sus aportes por el monto equivalente a las acciones enajenadas, o en los casos de reducción de capital mediante la entrega a sus titulares del valor nominal de las acciones amortizadas, o la entrega a los titulares del importe correspondiente a su participación en el patrimonio neto de la sociedad, o la condonación de dividendos pasivos; pues en todos estos supuestos el titular de las acciones o participaciones percibe, como contraprestación, la devolución de sus aportes o algún otro tipo de restitución de los mismos.

5.17. En ese sentido, al tratarse de reducciones de capital por absorción de pérdidas, en las que se busca el restablecimiento del equilibrio entre capital y el patrimonio de la empresa, y sobre todo al estar ausente cualquier tipo de restitución por tal reducción de capital, **no es posible aplicar las reglas contenidas en el literal e) del inciso 21.2 del artículo 21 del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado por Decreto**

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

Supremo N° 179-2004-EF, sino las reglas contenidas en el inciso a) de dicho artículo.

5.18. En este orden de ideas, partiendo de la premisa anterior, en la que se precisó que la reducción de capital por absorción de pérdidas, con el objeto de restablecer el equilibrio entre capital y patrimonio, puede materializarse mediante amortización de acciones, o, también, mediante disminución del valor nominal de acciones, procederemos a examinar cada uno de estos supuestos, así como su impacto en la determinación de capital invertido.

5.19. Respecto al primer supuesto, referido a las **reducciones de capital por absorción de pérdidas que se realizan vía amortización de acciones**, es importante citar a León y Llontop Hugo¹⁸, quienes refieren que una reducción de capital por absorción de pérdidas con amortización de acciones implicaría alguno de los siguientes efectos tributarios: **i)** que el costo computable que detenta el accionista no domiciliado por la totalidad de sus acciones se vea reducido en el importe correspondiente a las acciones amortizadas; o **ii)** que el costo computable de las acciones que sean amortizadas se mantenga y sea reasignado a las acciones remanentes.

5.20. En este sentido, se advierte que **la primera situación descrita, referida a la reducción del costo computable que detenta el accionista no domiciliado por la totalidad de sus acciones, en el importe correspondiente a las acciones amortizadas**, tendría correspondencia con una lectura literal del inciso g) del artículo 76¹⁹ de la Ley del Impuesto a la Renta y del inciso a) del

¹⁸ LEÓN y LLONTOP, *op. cit.*, p. 264.

¹⁹ **Ley del Impuesto a la Renta**

Artículo 76.- *Las personas o entidades que paguen o acrediten a beneficiarios no domiciliados rentas de fuente peruana de cualquier naturaleza, deberán retener y abonar al fisco con carácter definitivo dentro de los plazos previstos por el Código Tributario para las obligaciones de periodicidad mensual, los impuestos a que se refieren los artículos 54 y 56 de esta ley, según sea el caso. Si quien paga o acredita tales rentas es una Institución de Compensación y Liquidación de Valores o quien ejerza funciones similares constituida en el país, se tendrá en cuenta lo siguiente:*
[...]

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

artículo 57²⁰ del reglamento de la ley referida, los cuales regulan los supuestos de enajenación de bienes y derechos, toda vez que de dichas normas se desprende que únicamente corresponde reconocer el costo computable de los bienes y derechos que existen.

5.21. Del mismo modo, se advierte que dichas normas solo establecen la forma en que los sujetos domiciliados pueden acceder a la deducción del costo computable a través de la recuperación del capital invertido. Sin embargo, dichas normas no regulan la forma o el procedimiento de determinación de dicho costo computable, prevista en los artículos 20 y 21 de la Ley del Impuesto a la Renta, así como en el artículo 11 de su reglamento; ni mucho menos reparan en el hecho de que se trata de “amortizaciones por reducción de capital ocasionadas por pérdidas” en las que los accionistas no percibieron contraprestación alguna, conforme a los motivos expuestos en los numerales 5.8 al 5.14 de la presente sentencia. Por tanto, ello nos permite concluir que en el caso de que se produzcan las reducciones de capital por absorción de pérdidas que se realizan vía amortización de acciones, corresponde asumir **la segunda situación, es decir, que se debe entender que el costo computable de las acciones que sean amortizadas se mantenga.**

5.22. Por otro lado, respecto al segundo supuesto, concerniente a las **reducciones de capital por absorción de pérdidas que se realizan vía reducción del valor nominal de acciones**, cabe precisar que, en este supuesto, a diferencia del anterior, el número de acciones se mantiene y solo se

g) *El importe que resulte de deducir la recuperación del capital invertido, en los casos de rentas no comprendidas en los incisos anteriores, provenientes de la enajenación de bienes o derechos o de la explotación de bienes que sufran desgaste. La deducción del capital invertido se efectuará con arreglo a las normas que a tal efecto establecerá el Reglamento.*

²⁰ **Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta**

Artículo 57.- *Se entenderá por recuperación del capital invertido para efecto de aplicar lo dispuesto en el inciso g) del Artículo 76 de la Ley:*

a) *Tratándose de la enajenación de bienes o derechos: el costo computable se determinará de conformidad con lo dispuesto por los artículos 20 y 21 de la Ley y el artículo 11 del Reglamento. [...]*

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

reduce el valor nominal de cada una de ellas. Asimismo, se debe tener presente que el inciso e) del artículo 11²¹ del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta establece las fórmulas con el procedimiento para el cálculo del costo promedio ponderado de las acciones y participaciones a que se refiere el literal e) del inciso 21.2 del artículo 21²² de la Ley del Impuesto a la Renta, que a su vez se refiere a “las acciones y participaciones de una sociedad, todas con iguales derechos, que fueron adquiridas o recibidas por el contribuyente en diversas formas u oportunidades”, precisando además que su costo estará dado por su costo promedio ponderado y que el reglamento establecerá la forma de determinar el mismo. Esto permite advertir que ni el inciso e) del artículo 11 del reglamento ni mucho menos el literal e) del inciso 21.2 del artículo 21 de la Ley del Impuesto a la Renta otorgan un tratamiento diferenciado a la modalidad de reducción de capital realizado para “el restablecimiento del equilibrio entre el capital social y el patrimonio neto disminuido por consecuencia de pérdidas”, toda vez que dicha modalidad, establecida en el artículo 216 de la Ley General

²¹ **Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta**

Artículo 11.- Costo Computable

[...]

e) *Tratándose de acciones y participaciones a que se refiere el inciso e) del numeral 21.2 del artículo 21 de la Ley, el costo promedio ponderado se determinará aplicando la siguiente fórmula:*

La aplicación de la fórmula anterior se hará respecto de acciones o participaciones que otorguen iguales derechos y que correspondan al mismo emisor.

[...]

En los casos de reducción de capital que no implican la amortización de acciones o participaciones emitidas sino la disminución del valor nominal de las acciones o participaciones existentes de conformidad con el artículo 216 de la Ley General de Sociedades, a efecto de poder aplicar la fórmula del costo promedio ponderado unitario, se utilizará sólo en función a la variable Pi que se determinará de la siguiente manera: [...] ()*

(*) Último párrafo incorporado por el artículo 3 del Decreto Supremo N° 275-2013-EF, publicado el 06 noviembre 2013.

[Énfasis agregado]

²² **Ley del Impuesto a la Renta**

Artículo 21.- *Tratándose de la enajenación, redención o rescate cuando corresponda, el costo computable se determinará en la forma establecida a continuación:*

[...]

21.2 *Acciones y participaciones:*

[...]

e) **Tratándose de acciones o participaciones de una sociedad, todas con iguales derechos, que fueron adquiridas o recibidas por el contribuyente en diversas formas u oportunidades, el costo computable estará dado por su costo promedio ponderado.** *El Reglamento establecerá la forma de determinar el costo promedio ponderado.* [Énfasis agregado]

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

de Sociedades, tiene una naturaleza, causas que lo originan y efectos distintos al resto de modalidades de reducción de capital, conforme lo explicamos ampliamente en los numerales 5.9 al 5.17 del presente considerando.

5.23. En consecuencia, corresponde establecer que la correcta interpretación del inciso e) del artículo 11 del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, en lo que respecta a las reducciones de capital, es que se refiere únicamente a aquellas que originan una restitución o devolución de la inversión a los accionistas. Esto, además, guarda correspondencia con el artículo 20 y el literal a) del inciso 21.1 del artículo 21 de la Ley del Impuesto a la Renta, los cuales establecen que el costo computable de las acciones será su costo de adquisición.

5.24. En este mismo sentido, nos encontramos de acuerdo con lo señalado por León y Llontop²³, quienes citando a Humberto Atete Miranda, refieren:

Sobre este extremo, cabe destacar lo mencionado por Humberto Astete Miranda, quien indica que [...] no habría por lo demás una razón valedera para establecer un tratamiento diferenciado entre ambas situaciones. En esencia, la única distinción entre ellas radica en que, en un caso, la sociedad emisora decidió reflejar la reducción del capital mediante una disminución del valor nominal de los títulos y, en el otro, vía la amortización de alguno de ellos. Ambos caminos, como hemos visto, son admitidos por nuestra legislación societaria y tienen como propósito concretar un mismo hecho jurídico: la reducción de capital (en el supuesto analizado, con el propósito de cubrir pérdidas). En ambos escenarios, consecuentemente, el costo de la inversión debiera seguir siendo el mismo (2010, p. 23). En este sentido, consideramos que el inciso e) del artículo 11 del Reglamento de la LIR debería ser aplicable a todo tipo de reducciones de capital, salvo a aquellas reducciones de capital vía disminución del valor nominal de las acciones para absorber pérdidas, ya que, de lo contrario, se estaría disminuyendo el costo computable a sujetos no domiciliados que no han recibido ninguna restitución de su inversión. Sin embargo, dado que del texto de la norma reglamentaria no se desprende expresamente eso, consideramos que sería importante que se realice una precisión en el Reglamento de LIR, a fin de excluir expresamente a las reducciones de capital por absorción de pérdidas. [Énfasis agregado]

5.25. En este orden de ideas, al considerar que la Ley del Impuesto a la Renta y su reglamento no toman en cuenta las diferencias que existen en las distintas modalidades de reducción de capital por absorción de pérdidas ni contienen

²³ LEÓN y LLONTOP, *op. cit.*, p. 268.

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

precisión alguna sobre la verdadera naturaleza de la reducción de capital por “restablecimiento del equilibrio social”, no es posible ignorar su finalidad y tratamiento societario, así como los distintos hechos que lo generan; por lo que corresponde asumir que el reconocimiento de capital invertido de acciones cuyo valor nominal fue reducido por causal de restablecimiento del equilibrio social y que a su vez no hayan generado restitución alguna de su inversión a los accionistas, debe ser por el mismo monto que el costo de adquisición.

Así, conforme a lo establecido en el inciso g) del artículo 76 de la Ley del Impuesto a la Renta, en caso de producirse una enajenación de acciones efectuada por un sujeto no domiciliado, este debe contar con el denominado certificado de recuperación de capital invertido, emitido por la administración tributaria, ello con la finalidad de conocer el importe del costo computable de las acciones materia de enajenación; de lo contrario, el sujeto no domiciliado tendrá que tributar sobre su ingreso neto. Aquello, a su vez, permite determinar que el certificado de reconocimiento de capital invertido será el único medio por el cual el sujeto no domiciliado puede lograr el reconocimiento de su inversión para efectos de su deducción al momento de tributar en caso decida enajenar sus acciones.

5.26. En el caso de autos, se discute si corresponde declarar el derecho de la recurrente a la recuperación del capital invertido en la compra de las acciones emitidas por una empresa nacional, en directa relación con el segundo reparo relativo a las acciones amortizadas por reducción de capital para la absorción de pérdidas, por cuanto la administración ha cumplido con señalar que aquella reducción de capital que implique la amortización del número de acciones adquiridas por la compañía no podrá ser materia de enajenación y, por tanto, no corresponde que forme parte del cálculo del costo computable, debido a que conforme a los artículos 20 y 21 de la Ley del Impuesto a la Renta dicho cálculo se realiza respecto de los bienes a enajenar.

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

5.27. Siendo ello así, la recurrente sostiene que conforme a lo estipulado en el inciso g) del artículo 76 de la Ley del Impuesto a la Renta y el artículo 57 del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, al tratarse de capital invertido en la adquisición de acciones a título oneroso, el costo computable viene a ser el costo de adquisición de acciones, tal como lo establecen los artículos 20 y 21 de la Ley del Impuesto a la Renta y el artículo 11 del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, los cuales gravan la ganancia de capital de un sujeto no domiciliado por sus rentas obtenidas de fuente peruana.

5.28. En este orden de ideas y habiendo determinado precedentemente la correcta interpretación de las normas aplicables para la determinación del costo computable para efectos de la emisión del certificado de reconocimiento de capital invertido en los casos en que se haya producido la reducción de capital para absorber pérdidas, vía amortización de acciones y/o a través de la disminución del valor nominal de las mismas, con la finalidad de lograr el restablecimiento del equilibrio entre el capital social y el patrimonio neto²⁴, se advierte que lo resuelto por la Sala Superior no se encuentra acorde a la interpretación establecida en la presente sentencia casatoria, toda vez que la sentencia de vista establece en sus considerandos 5.9 y 5.10, objeto de cuestionamiento en la presente causal, lo siguiente:

5.9. De una interpretación literal y acorde con los artículos hasta ahora citados, las normas tributarias son claras, al precisar que el costo computable se refiere únicamente a los bienes enajenados, es decir transferidos, o en otras palabras aquellos que son materia de solicitud de recuperación de capital invertido al momento de la solicitud presentada a la SUNAT (número de acciones), quien sobre la base de información cierta, como lo es el real número de acciones a transferir, evaluará el costo de estas, es decir emitirá un pronunciamiento respecto del real número de acciones a enajenarse.

En ese sentido, los argumentos planteados por la demandante, no se condicen con el contenido literal de los artículos mencionados, ni mucho menos con el contenido literal del inciso a) del artículo 57° del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, los cuales se refieren al costo computable de los bienes que se enajenan y que serán materia de solicitud para la certificación del costo computable. En ninguno de los artículos mencionados se hace referencia al costo real de la inversión, como erróneamente interpreta la actora en su demanda.

5.10. Por otro lado, es importante referirnos, en el caso que nos ocupa, a lo expresamente establecido en el inciso e) del numeral 21.2 del artículo 21° de la Ley del Impuesto a la

²⁴ Véase el análisis efectuado en los acápites 5.9 al 5.23 de esta ejecutoria suprema.

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

Renta, que establece que tratándose de acciones o aportaciones de una sociedad todas con igual derechos que fueron adquiridos o recibidos por el contribuyente en diversas formas u oportunidades, el costo computable estará dado por su costo promedio ponderado siendo que el reglamento establecerá la forma de determinar el costo promedio ponderado. En tal sentido, se observa que el inciso e) del artículo 11° del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta establece la forma de establecer el costo promedio ponderado. Respecto a este último, tal como se dejó constancia en la resolución del Tribunal Fiscal materia de demanda –y lo que no ha sido cuestionado ni mucho menos desvirtuado por la demandante–, la Administración advirtió y dejó constancia en el Resultado del Requerimiento N.° 0122180002417, que la recurrente adquirió/recibió acciones del capital social de Entel Perú S.A. en diversas oportunidades. Por tanto, en el presente caso sí resulta aplicable el inciso e) del artículo 11° del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, en el sentido que se debe determinar el promedio ponderado.

5.29. Los considerandos citados muestran las conclusiones a las que arriba la Sala Superior, las cuales permiten validar que no se ha cumplido con identificar con claridad las premisas importantes que justifican la decisión de establecer que las personas no domiciliadas tendrán derecho a mantener como costo computable el valor de adquisición de las acciones, sin que dicho costo deba verse disminuido o alterado por la reducción del capital invertido como consecuencia de la reducción del número de acciones y la disminución del valor nominal de las mismas, en los casos en que se haya producido la reducción del capital de una sociedad en la modalidad de restablecimiento del equilibrio entre el capital social y el patrimonio neto disminuido a consecuencia de pérdidas.

5.30. En este sentido, se aprecia además que en el considerando 5.9 de la sentencia de vista la Sala Superior realiza una interpretación sistemática del artículo 20 y del literal a) del inciso 21.1 del artículo 21 de la Ley del Impuesto a la Renta, estableciendo que:

[...] las normas tributarias son claras, al precisar que el costo computable se refiere únicamente a los bienes enajenados, es decir transferidos, o en otras palabras aquellos que son materia de solicitud de recuperación de capital invertido al momento de la solicitud presentada a la SUNAT (número de acciones), quien sobre la base de información cierta, como lo es el real número de acciones a transferir, evaluará el costo de estas, es decir emitirá un pronunciamiento respecto del real número de acciones a enajenarse. [...]

5.31. En efecto, se advierte que la sentencia de vista incurre en interpretación errónea de las normas denunciadas en la presente causal, toda vez que concluye, de manera incorrecta, que la reducción de capital para absorber

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

pérdidas mediante la amortización de acciones determina la extinción del costo computable de las acciones amortizadas, tras considerar que las normas claramente establecen que el costo computable únicamente se refiere a bienes enajenados y, asimismo, no hacen mención alguna al costo real de la inversión, también agrega que por la aplicación de los artículos 21 de la Ley del Impuesto a la Renta y 11 de su reglamento correspondía que la administración tributaria determine el costo promedio ponderado de las acciones, sin considerar el valor de las acciones amortizadas como consecuencia de la reducción de capital acordadas para la absorción de pérdidas; igualmente, consideró que la amortización de las acciones implica la extinción de las mismas.

5.32. Aunado a lo antes expuesto, resulta importante precisar que a la fecha de incorporación del literal e) del inciso 21.2 del artículo 21 de la Ley del Impuesto a la Renta mediante el artículo 6 de la Ley N° 29492, publicada el treinta y uno de diciembre del año dos mil nueve, la codemandada Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria opinaba en el mismo sentido que lo resuelto en la presente resolución, ello conforme se observa del Informe N° 198-2009-SUNAT/2B0000, en que concluye:

Para fines de la recuperación del capital invertido por un sujeto no domiciliado en el país con motivo de la enajenación de acciones adquiridas a título oneroso, se deberá deducir el costo de adquisición de dichas acciones —entendiéndose por este el monto de la contraprestación pagada más los gastos a que se refiere el numeral 1 del artículo 20° del TUO de la Ley del Impuesto a la Renta—, sin importar si su valor nominal ha sufrido alguna disminución por efecto de la reducción del capital social.²⁵

Posteriormente, con la inclusión del referido literal e) del inciso 21.2 del artículo 21 de la Ley del Impuesto a la Renta, y la regulación actual del inciso e) del artículo 11 del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, no se aprecia que se haya introducido una variación normativa específica sobre el tratamiento del reconocimiento de capital invertido por empresas no domiciliadas en el país, en casos de reducción de capital social para absorber pérdidas. Por lo expuesto, se debe tener en consideración que los argumentos invocados por la recurrente

²⁵ <https://www.sunat.gob.pe/legislacion/oficios/2009/oficios/198-2009.htm>

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

logran desvirtuar el análisis realizado por la Sala Superior, pues realizan una interpretación de los artículos referidos valorando las especiales características que conlleva la reducción de capital en la modalidad del restablecimiento del equilibrio entre el capital social y el patrimonio neto disminuidos por consecuencia de pérdidas. Por tanto, corresponde **declarar fundada la presente causal.**

DECISIÓN

Por estas consideraciones, **RESOLVIERON:**

PRIMERO: DECLARAR FUNDADO el recurso de casación interpuesto por la demandante Empresa Nacional de Telecomunicaciones Sociedad Anónima, del doce de septiembre de dos mil veintidós (foja mil doscientos ochenta y nueve).

SEGUNDO: CASAR la sentencia de vista contenida en la resolución número quince, del veintiséis de agosto de dos mil veintidós (foja mil trescientos cuarenta y uno), expedida por la Sexta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas Tributarios y Aduaneros de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirma la sentencia de primera instancia, contenida en la resolución número ocho, del veinticinco de mayo de dos mil veintidós (foja mil ciento sesenta y uno), que declaró infundada la demanda.

TERCERO: Actuando en sede de instancia, REVOCAR la sentencia contenida en la resolución número ocho, del veinticinco de mayo de dos mil veintidós (foja mil ciento sesenta y uno); y **REFORMÁNDOLA, DECLARAR FUNDADA** la demanda de autos; en consecuencia, nula la Resolución del Tribunal Fiscal N° 07791-3-2020 en el extremo que confirma los reparos **i)** desconocimiento del costo de adquisición de acciones por no encontrarse sustentada en medios de pago autorizados, por mil treinta y cuatro millones ciento ochenta y dos mil

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

SENTENCIA
CASACIÓN N° 36229-2022
LIMA

cuatrocientos cincuenta y seis soles con cero céntimos (S/ 1034'182,456.00), y ii) desconocimiento de acciones amortizadas por reducción de capital para la absorción de pérdidas, novecientos noventa millones trescientos noventa y tres mil seiscientos catorce soles con cero céntimos (S/ 990'393,614.00); por un total de dos mil veinticuatro millones quinientos setenta y seis mil setenta soles con cero céntimos (S/ 2024'576,070).

CUARTO: DISPONER la publicación de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano* conforme a ley, en los seguidos por la Empresa Nacional de Telecomunicaciones Sociedad Anónima contra la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria y el Tribunal Fiscal, sobre nulidad de resolución administrativa. Notifíquese por Secretaría y devuélvanse los actuados. Interviene como ponente el señor **Juez Supremo Burneo Bermejo**.

SS.

BURNEO BERMEJO

BUSTAMANTE ZEGARRA

CABELLO MATAMALA

DELGADO AYBAR

TOVAR BUENDÍA

GLBE/rpg