

# *Imposición a la Renta sobre Inversiones Peruanas en el Exterior*

*Alex Córdova A.\*  
Relator General*

## **PARTE PRIMERA CONCEPTOS GENERALES**

### **1. INTRODUCCIÓN**

En la última década el Perú ha experimentado un cambio prodigioso. No sólo se ha convertido en un país moderno con un crecimiento económico sostenido, sino que se ha integrado al mundo a través de la apertura de su comercio, la implementación de políticas fiscales que alientan la inversión extranjera y la masificación de las telecomunicaciones y la tecnología de la información.

Podemos decir que el Perú es un país inserto en la globalización con las ventajas y desventajas que ello conlleva.

El auge económico de los últimos tiempos ha dado lugar a un fenómeno que hasta hace unos años era impensable: la realización de inversiones en el exterior por parte de empresas peruanas que a la fecha alcanzan aproximadamente los tres mil quinientos millones de dólares.

Como consecuencia del crecimiento y la necesidad de ampliar mercados para sus productos, importantes grupos económicos locales vienen invirtiendo en países extranjeros en diversas ramas de la economía, tales como minería, productos lácteos, textiles, construcción, pesca, banca, servicios, bebidas, perfumería y cómo no gastronomía, el boom cultural y turístico de moda en el Perú.

Dicho fenómeno económico que como siempre va más rápido que el de-

---

\* Socio de Rodrigo, Elías & Medrano, Abogados. Profesor de Impuestos al Consumo de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

recho, ha puesto en evidencia que nuestra legislación en materia de Impuesto a la Renta no se encuentra preparada para abordarlo adecuadamente, toda vez que como país en vías de desarrollo e importador de capitales, siempre se focalizó en la imposición de las rentas generadas localmente, bajo el predominio del criterio de la fuente.

Humberto Medrano sostiene que históricamente *“los países de América Latina han sido tradicionalmente importadores de capital; sus débiles economías les obligan a tratar de atraer inversionistas foráneos y, en ocasiones, puede observarse que existe entre ellos una marcada competencia para conseguir la preferencia de los Estados Unidos, Europa y Japón. Frente a tal realidad es evidente que ni siquiera podrían pensar en disputar con los países desarrollados las conquistas de otros mercados”*.<sup>1</sup>

Ana María Dávila y Sheila Espinal indican en su ponencia conjunta que la Ley del Impuesto a la Renta *“no contempla una normativa que permita tratar al Perú como un país exportador de capital generándose así una serie de vacíos que deberán ser llenados por el legislador, a fin que el crecimiento económico comercial no se vea afectado por la falta de claridad y precisión en las leyes y normas tributarias”*.<sup>2</sup>

Y es que, como señala Fernando Núñez, no obstante que desde el año 1968 el Perú decidió introducir el criterio de “renta de fuente mundial” para gravar a todos los sujetos domiciliados en el país (artículo 6° del Decreto Supremo N° 287-68-HC), en la década de los sesenta nuestro país estaba muy lejos de ser un exportador de capitales o de impulsar inversiones en el exterior, por lo que la incorporación del criterio de fuente mundial en la realidad tenía una aplicación prácticamente nula. Se asumió este criterio sin advertir las consecuencias que podían derivarse de su implementación plena e integral.<sup>3</sup>

Partiendo del reconocimiento de la existencia de serios vacíos legales y contradicciones normativas, las presentes jornadas de tributación tienen por propósito fundamental iniciar el debate sobre la necesidad de

---

1 MEDRANO, Humberto; *“Impuesto a la Renta e inversiones en el exterior”*; en Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario; Vol. N° 34; junio 1998; Pág. 53.

2 DAVILA, Ana María y ESPINAL, Sheila; Ponencia conjunta *“Operaciones entre sociedades constituidas en el Perú y sus establecimientos permanentes en el exterior en el Impuesto a la Renta”*; Pág. 150.

3 NUÑEZ, Fernando; Ponencia individual *“Compensación de pérdidas de fuente extranjera”*; Págs. 375 y 376.

introducir disposiciones en la legislación del Impuesto a la Renta que permitan gravar de manera adecuada y neutral las rentas derivadas de las actividades e inversiones que las empresas peruanas realizan en el exterior, sujetándose a estándares internacionales de los países que se encuentran a la vanguardia en esta materia.

Sería muy ambicioso pretender arribar a conclusiones definitivas o proponer normas específicas destinadas a regular la imposición a la renta a las inversiones de empresas peruanas en el exterior, no sólo por la existencia de diversas tendencias o alternativas existentes en el ámbito internacional, sino también por tratarse de una materia de Política Fiscal en la que el Estado Peruano debe sopesar las consecuencias económicas de cualquier decisión que pueda implicar una limitación o ampliación de su potestad tributaria y, sobre todo, la posibilidad real con la que cuenta la Administración Tributaria para fiscalizar el cumplimiento de la normativa legal que se dicte.

Sin embargo, desde una perspectiva estrictamente jurídica, no puede soslayarse la necesidad de plantear propuestas destinadas a cubrir los vacíos legales existentes en la Ley del Impuesto a la Renta respecto del tratamiento de las rentas de fuente extranjera, toda vez que las inversiones de empresas peruanas en el exterior constituyen una realidad que requiere de una regulación apropiada que, por un lado, elimine la inseguridad jurídica existente y, de otro, no reste competitividad al capital peruano en el extranjero.

Humberto Medrano advierte que *“el hecho de gravar la renta de fuente mundial pero sin legislar con precisión sobre el tratamiento que corresponde a los ingresos de fuente extranjera genera una serie de vacíos que ponen en evidencia la necesidad de dictar normas complementarias que aclaren los extremos citados”*.<sup>4</sup>

Sólo por citar un ejemplo de las graves contradicciones que contiene nuestra legislación en esta materia, cabe mencionar el caso de los dividendos provenientes del exterior que, al ser repatriados al Perú, originan para las sociedades “holding” locales una carga tributaria del 30% sin posibilidad de deducir como crédito el impuesto pagado por la subsidiaria en el exterior, con lo cual el costo fiscal sobre este tipo de rentas se convierte en excesivo. Si a eso se suma que en los países en donde se realiza la inversión los dividendos usualmente no están gravados o se afectan con alícuotas reducidas por haberse exigido el pago del tributo a la sociedad emisora de las acciones, no existe posibilidad

---

<sup>4</sup> MEDRANO, Humberto; Op. Cit. Pág. 65.

de deducir en el Perú crédito directo alguno por impuestos a la renta pagados en el exterior, ocasionando así problemas de doble imposición en perjuicio del capital nacional.

No menos graves son los vacíos existentes en lo que respecta a la determinación de la renta de fuente extranjera (¿se aplica la Ley del país de residencia de la casa matriz o la del país de la fuente?), la compensación y arrastre de las pérdidas sufridas en el exterior, la deducción de créditos tributarios por impuestos abonados fuera del país, el tratamiento de las sucursales o establecimientos permanentes en el extranjero de sociedades constituidas en el Perú, entre otros aspectos que requieren de urgente regulación, los cuales han sido abordados por las magníficas ponencias presentadas con ocasión de estas jornadas y sin las cuales no podría iniciarse el debate propuesto.

No debemos olvidar que el Perú busca formar parte de los países de la OCDE, por lo que es necesario que adicionalmente a la celebración de Convenios para Evitar la Doble Imposición (CDI) adecúe sus normas internas considerando los parámetros internacionales que rigen a tales naciones, pues de lo contrario se generarán problemas de doble o múltiple imposición internacional que no sólo impedirán aprovechar los beneficios económicos que se desea obtener con dicha integración, sino que -como se ha dicho- podría afectarse seriamente la competitividad de las empresas locales en perjuicio del capital peruano que se invierte en el exterior.

Antes de tratar los temas específicos a los que se refieren los trabajos presentados con ocasión de estas jornadas, es necesario mencionar ciertos conceptos generales que constituyen el marco de la imposición a la renta de fuente extranjera.

## **2. BASE JURISDICCIONAL DEL IMPUESTO A LA RENTA**

Cuando hablamos de base jurisdiccional del impuesto nos referimos a los criterios que utiliza cada Estado para ejercer su potestad tributaria sobre los hechos imponible que se verifican tanto en su territorio como fuera de sus fronteras, claro está siempre que exista una conexión económica con ellos y la posibilidad fáctica de exigir el pago de la obligación tributaria.

Como sostiene el profesor Uckmar *“la comunidad internacional está formada por Estados soberanos dotados de potestad normativa primaria e independiente. Cada Estado puede imponer su propia potestad tributaria a todas aquellas circunstancias que impliquen una relación eco-*

*nómica con su propio sistema estatal, aun en los casos en que el mismo hecho imponible se encuentre vinculado por algún elemento a otros ordenamientos jurídicos. Cada Estado puede imponer tributos a cualquiera que se encuentre en el ámbito de su propia potestad de imperio, de la cual la tributaria no es más que una de sus manifestaciones, lo que puede dar lugar a un conflicto de jurisdicciones en razón de la falta de límites del poder impositivo de cada Estado, derivados de la ley interna o del derecho público internacional, respecto de hechos vinculados a su propio territorio”.*<sup>5</sup>

Según Roque García Mullín “*para que un enriquecimiento calificado abstractamente como renta para una legislación genere el impuesto correspondiente, no basta con que él encaje en la descripción hipotética de la ley, sino que además es necesario que tenga algún tipo de conexión o vinculación con el país; que por alguna circunstancia, el Estado se atribuya jurisdicción, en el sentido de potestad tributaria, para hacer tributar ese fenómeno a sus arcas*”.<sup>6</sup>

Tales criterios de conexión o vinculación pueden ser subjetivos u objetivos. Entre los primeros encontramos a los de residencia, domicilio y nacionalidad que tienen como punto de conexión atributos o características personales de los contribuyentes, mientras que entre los segundos destaca el de la fuente.

Con relación a los criterios subjetivos, García Mullín sostiene que se considerarán como tales “*a todos aquéllos que, para decidir si un determinado fenómeno económico es o no gravado en el país, atienden a las circunstancias personales de quien participa en él. En materia de impuesto a la renta, eso significa que se atiende a la figura del perceptor de la misma como piedra de toque para la aplicación del principio jurisdiccional*” y agrega que “*será entonces alguna cualidad personal del perceptor de la renta la que determinará que el fenómeno genere o no impuesto en cierto Estado. Cualidades personales relevantes son, en materia de personas físicas la nacionalidad y el domicilio; y en materia de sociedades, el lugar de constitución o la sede efectiva (...)*”.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> UCKMAR, Víctor; “*Los tratados internacionales en materia tributaria en Curso de Derecho Tributario Internacional*”. Tomo I. Editorial Temis S.A., Bogota, 2003, Pág. 86.

<sup>6</sup> GARCIA MULLIN, Roque; “*Manual de Impuesto a la Renta*”; Centro Interamericano de Estudios Tributarios (CIED); Organización de Estados Americanos; Buenos Aires 1978; Pág. 33.

<sup>7</sup> GARCIA MULLIN, Roque; Op. Cit. Pág. 34.

Por su parte, el criterio objetivo de fuente prescinde de las consideraciones personales antes expuestas, sustentando el ejercicio de la potestad tributaria para gravar cierta renta, la relación económica o de pertenencia que una actividad o bien gravado tiene con un determinado Estado.

No es propósito de este trabajo analizar los criterios de vinculación antes señalados. Se busca en esta parte destacar que dado que los criterios subjetivos no toman en consideración el nexo económico entre la renta y el lugar donde ésta se produce, sino las cualidades personales de los sujetos y su relación con un Estado, su implementación origina la obligación de tributar por la “renta mundial” ya que, como sostiene Rajmilovich, se *“somete a la disciplina o ámbito del gravamen a la globalidad de la renta con prescindencia de su origen, con el único requisito de la concurrencia del factor subjetivo escogido por la norma sustantiva como nexo vincular”*.<sup>8</sup>

Apunta con propiedad Angel Schindel que *“en función de las modalidades de aplicación de ambos criterios se suele calificar al criterio de residencia como de sujeción ilimitada, por alcanzar a los sujetos (residentes) sobre todas sus rentas, mientras que el criterio de la fuente suele ser calificado como sujeción limitada por circunscribirse sólo a las rentas (o, en su caso, patrimonios) generadas o relacionadas con el respectivo país impositor”*.<sup>9</sup>

Como puede verse, la imposición sobre la “renta global” o “renta mundial” tiene su origen en el empleo de criterios personales que sujetan a un determinado ciudadano, ya sea por su nacionalidad, domicilio o residencia, con un determinado Estado, encontrando sustento en el hecho que quien convive en una determinada organización social o política debe contribuir al financiamiento de los servicios que utiliza.<sup>10</sup>

La afectación de la renta mundial encuentra justificación en principios de eficacia económica en la circulación de capitales (neutralidad), equidad entre personas y naciones y de control para evitar la fuga de capitales.

---

<sup>8</sup> RAJMILOVICH, Darío; *“La Renta Mundial en el Impuesto a las Ganancias”*; la Ley; Buenos Aires 2001; Pág. 14.

<sup>9</sup> SCHINDEL, Angel; *“Los Criterios de la Fuente y de la Residencia”*; en Estudios de Derecho Tributario Constitucional e Internacional, homenaje latinoamericano a Víctor Uckmar; PISTONE, Pascuale y TAVEIRA, Heleno, coordinadores; Editorial Abaco de Rodolfo Depalma; Buenos Aires; 2005; Pág. 799.

<sup>10</sup> GARCIA MULLIN, Roque; Op. Cit. Pág. 39.

Entre ellos destaca el de neutralidad que se define como *“el postulado que plantea la mayor prescindencia posible del factor impositivo en la toma de decisiones de inversión, ahorro o consumo de los agentes económicos, la cual actúa como una condición para el logro de la eficiencia económica (situación de maximización de la relación costo - beneficio social)”*.<sup>11</sup>

Sobre este principio García Mullín sostiene que *“si el país de domicilio sólo gravara las rentas que los residentes obtienen en el país y no las que obtienen en el extranjero, se estaría favoreciendo indebidamente la radicación de capitales fuera de frontera, alterando la neutralidad del sistema (neutralidad de exportación de capitales)”*.<sup>12</sup>

Refiriéndose a este mismo principio, Schindel citando a Vogel señala que *“la eficiencia requiere, a su vez, que la carga total tributaria sobre los rendimientos obtenidos por inversores externos no sea superior a la que recae sobre empresas locales en los países respectivos. Para lograr tal objetivo de eficiencia, la neutralidad de los tributos debería ser factor prevaleciente en economías abiertas”*.<sup>13</sup>

Refiriéndose a la “neutralidad en la exportación de capitales”, Tadeo Caballero menciona en su ponencia que este principio *“es cumplido cuando el Impuesto a la Renta agregado, aplicado tanto por el país de la fuente como por el de la residencia, es igual al impuesto correspondiente en el país de residencia sobre esa misma cantidad de renta. Así, bajo condiciones puras de neutralidad a la exportación de capitales, la determinación de dónde efectuar una inversión debe ser adoptada según el retorno más alto antes de impuestos y sin tener en consideración las tasas efectivas impositivas vigentes en diferentes lugares, con lo cual las decisiones de inversión no se ven distorsionadas con el factor tributario”*.<sup>14</sup>

En lo que se refiere al principio de equidad, cabe señalar que éste puede sustentarse tanto en el beneficio que obtiene un contribuyente por las actividades y servicios estatales que recibe como por su capacidad contributiva. Sobre este último fundamento García Mullín afirma: *“el real poder económico de una persona, que debe ser la base para su con-*

---

<sup>11</sup> RAJMILOVICH, Darío; Op. Cit.; Pág. 21.

<sup>12</sup> GARCIA MULLIN, Roque; Op. Cit. Pág. 39.

<sup>13</sup> SCHINDEL, Angel; Op. Cit. Págs. 808 y 809.

<sup>14</sup> CABALLERO, Tadeo; Ponencia Individual *“Tratamiento de los créditos por Impuesto a la Renta abonados en el exterior”*; Pág. 97.

*tribución, está dado en materia de rentas por el total de las que reciba independientemente del lugar donde las obtenga; todas ellas conforman la capacidad contributiva de la persona y en función de totales que debe gravarse”.*<sup>15</sup>

Los principios antes mencionados deben ser respetados por la legislación interna. Por tanto, cuando un Estado decide gravar la renta mundial, debe hacerlo con eficiencia y neutralidad, lo que supone que la imposición que establezca no debe convertirse en un aliciente que promueva el traslado de capitales hacia otras jurisdicciones, pero tampoco constituya un freno o cortapisa que desaliente las inversiones en el exterior, ocasionando que se migre hacia otros países de baja o nula imposición (las que si bien pueden generar menores márgenes de rentabilidad, otorgan un mayor margen neto después del pago del Impuesto a la Renta).

Para que la imposición sobre la renta mundial resulte adecuada y respete los principios que la justifican, resulta imprescindible que reúna ciertas características que van desde la correcta definición de los criterios de vinculación (domicilio o residencia), la regulación precisa para su determinación, la consideración de la situación económica global del contribuyente (reconociendo sus ganancias y pérdidas a nivel consolidado) y que se atenúen los efectos de la doble imposición internacional.

Finalmente, para conseguir una real y efectiva imposición sobre la renta mundial, debe tomarse en cuenta la capacidad práctica que tiene la Administración Tributaria para ejercer sus facultades de fiscalización y determinación de la obligación tributaria y llevar a cabo la cobranza del tributo. De lo contrario, se cae en el riesgo de hacer inocuo el gravamen o convertirlo en excesivamente oneroso en su aplicación, si se traslada al contribuyente obligaciones de acreditación o sustentación que pudieran resultar gravosas o desproporcionadas.

Como afirma Rajmilovich *“la implementación y el control de la tributación sobre rentas del exterior representan factores de complejización en la gestión de liquidación del impuesto a las ganancias, pero esa realidad no puede representar un freno en la adopción del principio de renta mundial”*. Ello porque, siguiendo la línea del citado autor, en el caso de personas jurídicas, si bien la tributación de las rentas del exterior genera cierto grado de dificultad, cuenta con el apoyo de la conta-

---

<sup>15</sup> GARCIA MULLIN, Roque; Op. Cit. Pág. 39.

bilidad consolidada del ente local y, en el caso de las personas naturales, a pesar que el grado de evasión es más elevado, puede combatirse mediante el intercambio de información con otras administraciones tributarias o, por lo menos, generando un riesgo para el evasor que desalentará el incumplimiento fiscal a nivel internacional.

### **3. EL CONCEPTO DE RESIDENCIA**

En el Perú, la Ley del Impuesto a la Renta adopta como criterios de vinculación los del domicilio y la fuente. Sin embargo, estos criterios no se encuentran en forma pura, sino que se interrelacionan entre sí e incluso se confunden con otros criterios como el de la nacionalidad.

Así, por ejemplo, si bien las sucursales en el país de sociedades constituidas en el exterior son consideradas como contribuyentes domiciliados en el Perú, únicamente lo son respecto de sus rentas de fuente peruana. De igual manera, la calificación de una persona natural como sujeto domiciliado, parte en principio de su nacionalidad peruana.

Es más, se ha llegado a sostener que en el caso de las personas jurídicas, el criterio de vinculación que en realidad subyace es el de la nacionalidad por constitución, lo que da lugar a la afectación de sus rentas de fuente mundial (por ser de naturaleza subjetiva).

Lo que sí resulta claro es que la Ley del Impuesto a la Renta no ha recogido el criterio de la residencia para someter a los contribuyentes a la potestad tributaria del Estado Peruano, pese a haberlo adoptado en los distintos CDI celebrados con Canadá, Chile y Brasil.

El criterio de residencia difiere al del domicilio. Mientras éste último es un concepto estático que queda restringido al lugar de permanencia habitual de las personas naturales o al de constitución de las personas jurídicas, el primero es de carácter dinámico, pues también toma en consideración el desarrollo de actividades temporales y criterios funcionales o de decisión relacionados con el quehacer empresarial.

El concepto de residencia es más amplio que el de domicilio, ya que además de recoger aspectos formales de constitución, registro o creación de las personas jurídicas o entidades con personalidad tributaria, los complementa con otros criterios económicos basados en la dirección del negocio o el desarrollo de actividades empresariales.

Como apunta Rajmilovich, en el derecho comparado el concepto de re-

sidencia puede adoptar distintos criterios de carácter sustancial, tales como: el lugar de la sede social, esto es donde se ejerce la administración y la dirección de la sociedad; el lugar de la dirección efectiva, donde se adoptan las decisiones importantes de la sociedad; el lugar de ubicación de la oficina principal o “head office”; el lugar de desarrollo de las actividades principales, es decir de aquellas que constituyen el objeto social de la compañía; o, el lugar de ejercicio del control societario.<sup>16</sup>

El profesor Hugh J. Ault señala que en el caso de individuos (personas naturales) la calificación de la residencia usualmente se basa en factores o circunstancias que toman en cuenta las relaciones económicas y sociales que un contribuyente tiene con la jurisdicción que exige el pago del tributo, como en la intención de aquél de mantener relaciones con otras jurisdicciones, agregando que dicho test es frecuentemente complementado por otros basados en el número de días de presencia física en una jurisdicción, con independencia de la calidad de residente como estatus migratorio. Por su parte, tratándose de corporaciones (personas jurídicas) dos son principalmente las consideraciones utilizadas para establecer un criterio de conexión personal: uno de carácter formal vinculado con la jurisdicción de constitución o registro comercial de la empresa; y, otro basado en la selección de ciertos criterios económicos y comerciales como el lugar de administración, desarrollo de la actividad principal o menos frecuentemente el de residencia de los accionistas.<sup>17</sup>

La diferencia en el alcance del concepto de domicilio utilizado por la legislación interna y el de residencia recogido en los CDI puede generar inconvenientes y dudas en la aplicación de los referidos tratados y crear limitaciones para una adecuada sujeción de carácter personal a los diversos supuestos recogidos por el derecho comparado para gravar las rentas de fuente local y extranjera.

No olvidemos que la adopción del criterio de residencia no sólo permite gravar los beneficios obtenidos en el Perú por entidades extranjeras que actúan en el país a través de establecimientos permanentes, sino también regular de manera adecuada la situación de los establecimientos permanentes en el exterior de sociedades peruanas.

---

<sup>16</sup> RAJMILOVICH, Darío; Op. Cit. Pág. 64.

<sup>17</sup> AULT, Hugh J.; “*Comparative Income Taxation: A Structural Analysis*”; Kluwer Law International; Holanda 1997; Págs. 368 y 371 (traducción libre del inglés).

Es conveniente, por tanto, que la Ley del Impuesto a la Renta sustituya el criterio de domicilio por el de residencia, lo que otorgará una mayor flexibilidad normativa para el ejercicio de las potestades tributarias del Estado Peruano sobre los hechos económicos sustanciales que legitiman la afectación de las rentas y permitirá armonizar nuestra legislación con la de otros países, adecuándonos a su vez a los CDI vigentes y futuros.

#### 4. EL GRAVAMEN A LA RENTA MUNDIAL Y LOS PROBLEMAS DE DOBLE IMPOSICIÓN INTERNACIONAL

Como se indicó anteriormente, los Estados tienen la potestad de utilizar los criterios de vinculación que consideren más convenientes al momento de gravar las rentas que se buscan afectar. Producto de ello, si convergen sobre una misma renta distintos criterios utilizados por diferentes países, se genera una doble o múltiple tributación.

La doble imposición a nivel internacional se presenta cuando una misma renta o un mismo bien resulta sujeto al gravamen en dos o más Estados durante un mismo período de tiempo. Así, pueden generarse conflictos de residencia vs. fuente (que es el más común, por el hecho que criterios distintos inciden sobre la misma renta), residencia vs. residencia (cuando dos Estados distintos consideran que un mismo contribuyente tiene la condición de residente en ambos) o de fuente vs. fuente (cuando dos Estados invocan que una misma renta tiene su origen en sus respectivos territorios, como consecuencia de utilizar criterios de fuente diferentes).<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> En efecto, en la calificación de las rentas como de fuente local o extranjera, las legislaciones internas suelen adoptar criterios distintos, lo cual puede originar serias distorsiones que terminan afectando la neutralidad en la imposición sobre los respectivos beneficios.

Un ejemplo lo encontramos en el inciso j) del artículo 9º de la Ley del Impuesto a la Renta, conforme al cual los servicios de asistencia técnica generan rentas de fuente peruana si son utilizados económicamente en el país, con independencia del lugar en el que se ejecuten o presten.

Si una sociedad peruana brindara fuera del territorio nacional servicios de asistencia técnica a una compañía extranjera con relación a la realización de inversiones en el Perú, los beneficios que obtendría calificarían como rentas de fuente peruana, pero seguramente estarían gravados al mismo tiempo con el impuesto a la renta del Estado donde desarrolló sus actividades bajo la aplicación de su propio criterio de fuente. La situación descrita ocasionaría que la empresa peruana no pueda deducir el tributo exigido en el extranjero como crédito en el Perú, porque tal posibilidad sólo se admite respecto de impuestos

Para García Mullín, *“la doble imposición internacional se verifica cuando se cumple lo que se ha denominado regla de las cuatro identidades, según la cual debe existir: identidad de objeto o aspecto material de uno y otro impuesto; identidad de período de tiempo; identidad de sujeto gravado; e identidad de impuesto”*.<sup>19</sup>

Cabe distinguir entre doble imposición jurídica y doble imposición económica.

La doble imposición jurídica se presenta en cabeza de una misma persona, esto es cuando el mismo contribuyente tributa en su Estado de residencia por una renta cuya fuente está ubicada en otro Estado que también se atribuye la potestad de gravarla.

La doble imposición económica se refiere a aquellas situaciones en las que una misma renta o bien es sometido a imposición en dos o más jurisdicciones durante un mismo período de tiempo, pero en cabeza de contribuyentes distintos (por ejemplo, cuando un Estado grava las rentas obtenidas por una sociedad y el Estado de residencia de sus accionistas grava los dividendos que aquélla distribuye).

Refiriéndose a este tipo de doble imposición, Sergio Gálvez expresa en su ponencia que *“aparece cuando se da en cabeza de dos contribuyentes distintos cada uno perteneciente a un Estado diferente, pero con la misma ganancia, ingreso o transacción económica y es gravado durante el mismo periodo”*. Citando a Alberto Xavier añade que *“un ejemplo de doble tributación económica internacional, ocurre cuando dos sociedades interdependientes residentes en dos Estados distintos se atribuyen rentas no deducibles en uno de ellos y tributables en el otro”*, para concluir -haciendo mención a Barbosa Mariño- que *“la doble imposición jurídica será aplicable al Crédito Tributario Directo y referente a la doble imposición económica lo será la modalidad del Crédito Tributario Indirecto”*.<sup>20</sup>

La doble imposición origina una carga fiscal excesiva para los contribuyentes, lo que puede dar lugar a que se haga inviable la realización

---

pagados por rentas de fuente extranjera. En tales casos, sólo cabría deducir los tributos abonados en el exterior como gasto vinculado con la generación de rentas gravadas de fuente peruana.

<sup>19</sup> GARCIA MULLIN, Roque; Op. Cit. Pág. 201.

<sup>20</sup> GALVEZ, Sergio; Ponencia Individual *“Tratamiento de los Créditos por Impuestos a la Renta abonados en el exterior”*; Pág. 230.

de sus operaciones o que las sociedades pagadoras de las rentas se vean en la obligación de asumir el tributo aplicable en la fuente, lo que representa un sobre costo que incide en mayor medida en las economías de los países importadores de capital y tecnología.

Respecto a estos efectos nocivos de la doble imposición internacional, José Chiarella sostiene que el referido fenómeno origina *“una serie de inconvenientes que generan la pérdida de oportunidades de inversión y de desarrollo de nuevos negocios (limitando la generación de nuevos empleos y el consumo, etc.). Al final del día, vista en perspectiva la doble imposición internacional representa una traba que impide se incremente la recaudación fiscal del país”*.<sup>21</sup>

Teniendo en cuenta que la doble tributación afecta los principios constitucionales de capacidad contributiva y neutralidad por las razones anteriormente expuestas y que muchas veces produce un aumento de la evasión fiscal a nivel internacional, en la medida que incrementa más de lo debido la presión tributaria en los contribuyentes, los países deben buscar la manera de solucionar este problema.

Con relación a los mecanismos para evitar la doble imposición internacional, García Mullín señala que deben diferenciarse las “medidas” para evitar la doble imposición de los “métodos” para hacerlo. Añade que *“el primer concepto dice relación con las características del instrumento normativo con el que ha de intentarse prevenir la doble imposición, en tanto el segundo se refiere a las características técnicas y operativas del sistema que se pone en práctica”*.<sup>22</sup>

Siguiendo la explicación de García Mullín, las medidas para evitar la doble imposición pueden clasificarse en unilaterales (exención en el país de la fuente o crédito en el país de la residencia), bilaterales (CDI) o multilaterales (Directivas de la Unión Europea o el caso de la Decisión N° 578 de la Comunidad Andina).

En lo que respecta a los métodos para eliminar la doble imposición, éstos pueden operar sobre la base imponible (método de exención al gravamen sobre las rentas de fuente extranjera o de prorratio de rentas) o sobre el impuesto a pagar (siendo el más común el del crédito por impuesto pagado conocido también como método de imputación) y pue-

---

<sup>21</sup> CHIARELLA, José; Ponencia Individual *“Inversión Extranjera y Convenios para Evitar la Doble Imposición”*; Págs. 125 y 126.

<sup>22</sup> GARCIA MULLIN, Roque; Op. Cit. Pág. 202.

den ser adoptados indistintamente por la legislación doméstica o a nivel de tratados bilaterales o multilaterales.

A continuación haremos una breve referencia a estos métodos.

#### **4.1. Método de exención**

En virtud de este método el Estado de la residencia renuncia a gravar las rentas procedentes del Estado de la fuente.

Como señala Ault, la doble tributación internacional se alcanza mediante la exoneración al pago del impuesto local de ciertas clases de renta de fuente extranjera, cediendo exclusivamente la potestad tributaria al país de la fuente. Dicho autor agrega que el método de exención está usualmente limitado a específicas categorías de renta, generalmente actividades empresariales o rentas del trabajo que normalmente están sujetas al pago de impuestos comparables con los aplicables en el país de la residencia. Si en efecto, las tasas impositivas del Estado de la fuente y el de la residencia son similares, el sistema del crédito en el país de la residencia no recaudará ningún impuesto adicional sobre la renta de fuente extranjera, siendo por tanto equivalente a la exención de la renta.<sup>23</sup>

Este es el caso, por ejemplo, de los intereses cuando se decide o acuerda que sólo tributen en el país de residencia del deudor; los dividendos cuando únicamente se encuentran sometidos a imposición en el país de la fuente, etc.

Ahora bien, como señala García Mullín, el sistema de exención presenta dos variantes, según sea simple o con progresividad. Afirma que *“en el primer caso las rentas exentas no son tomadas en cuenta a ningún efecto por el país en cuestión. En el segundo, en cambio, el país se reserva el derecho de considerar esas rentas, pero al sólo efecto de determinar la alícuota progresiva que luego ha de aplicarse exclusivamente sobre las rentas gravadas del contribuyente”*.<sup>24</sup>

El método de exención tiene la ventaja de ser consistente con una política de importación o repatriación de capitales y por preservar la neutralidad competitiva empresarial. En efecto, este método garantiza que la renta de fuente extranjera no estará sujeta al pago de un impuesto

---

<sup>23</sup> AULT, Hugh; J.; Op. Cit. Págs. 381 y 382 (traducción libre del inglés).

<sup>24</sup> GARCIA MULLIN, Roque; Op. Cit. Pág. 204.

superior de aquél que se hubiera generado en la jurisdicción foránea y que es el aplicable a sus competidores en ese mercado. Asimismo, asegura que las exenciones o beneficios fiscales extranjeros no queden desvirtuados por la imposición en el país de la residencia.

No obstante, el método de exención puede dar lugar a problemas de “doble no imposición internacional” si es que en el Estado de la fuente se otorgan exoneraciones a las rentas susceptibles de gravamen, por lo que muchos países han optado por no utilizarlo, salvo en determinadas categorías de rentas o mediante la introducción de cláusulas que condicionan la exención a la efectiva imposición en el país de la fuente (“subject to tax”).

#### **4.2. Método de imputación o del crédito**

Bajo este método el Estado de la residencia grava las rentas de fuente extranjera, aún si las mismas han estado sujetas a imposición en el Estado de la fuente, pero admite la aplicación como crédito del tributo pagado en este último, lo que origina una reducción del impuesto en el lugar de residencia.

Como explica Ault, bajo el mecanismo del crédito por impuesto extranjero, la renta extranjera es incluida en la base del impuesto, admitiéndose el derecho del país de la fuente de gravarla al reconocer como crédito el impuesto pagado en el extranjero hasta el límite de la obligación doméstica que normalmente hubiera resultado aplicable. Si la tasa del impuesto en el país de la residencia es mayor que en el Estado de la fuente, un tributo adicional doméstico será recaudado, pero en el plano internacional la doble imposición se habría eliminado. Si la tasa extranjera fuera mayor que la doméstica, el total del impuesto local queda eliminado y, de nuevo, la doble imposición habría quedado anulada.<sup>25</sup>

Ahora bien, el Estado de la residencia puede otorgar créditos directos o también indirectos.

Como explica Roberto Cores:

*“Créditos directos: Son otorgados respecto de los impuestos pagados en el extranjero por una sociedad residente beneficiaria de una renta de fuente extranjera. Se encuentran comprendidos en esta categoría, por ejemplo, los impuestos retenidos respecto*

---

<sup>25</sup> AULT, Hugh J.; Op. Cit. Pág. 381 (traducción libre del inglés).

*de intereses o dividendos recibidos del extranjero.*

*Es importante notar que en este tipo de créditos existe una coincidencia de identidad entre la persona que paga el impuesto en el extranjero y la persona que utiliza el crédito en el país de residencia. En efecto, el sujeto del impuesto en el país de la fuente será el mismo sujeto que podrá utilizar como crédito dicho impuesto en el país de residencia.*

*Créditos indirectos: Se permite que la sociedad accionista de una subsidiaria utilice como crédito contra su Impuesto a la Renta corporativo, los impuestos pagados en el extranjero por la sociedad afiliada o controlada. Normalmente, el crédito concedido es el monto del impuesto pagado por la sociedad afiliada respecto de las rentas que generan los dividendos que son distribuidos.*

*Téngase en cuenta que a diferencia de lo que ocurre respecto de los créditos directos, la posibilidad de otorgar créditos indirectos supone el desconocimiento de la condición de ente separado de la sociedad afiliada que distribuye los dividendos. Ello porque no existe coincidencia de identidad entre la sociedad que paga el impuesto (afiliada) y la sociedad que utiliza el crédito (matriz).<sup>26</sup>*

Como puede verse, el crédito directo busca mitigar el fenómeno de doble imposición jurídica, mientras que el crédito indirecto pretende aliviar la doble imposición económica.

En uno u otro caso, los Estados de la residencia suelen imponer una serie de limitaciones y exigencias para la deducción del crédito por impuestos pagados en el exterior (tax credit), ya sea a través de restricciones de carácter temporal, de cuantía o de origen.

Sobre dichas limitaciones, Sergio Gálvez indica en su ponencia lo siguiente:

***“Tipo de cálculo global (OVERALL LIMITATION)”***

*El cálculo global o “OVERALL LIMITATION” que utilizan algunos países, para efectos de establecer el límite deducible como*

---

<sup>26</sup> CORES, Roberto; Ponencia Individual “El Crédito por Impuesto a la Renta pagado en el Extranjero”; Pág. 110.

*Crédito Tributario, se toma la totalidad de los impuestos pagados en el extranjero combinados, agrupando toda la ganancia neta generada en el exterior y se los compara con el impuesto nacional correspondiente al cálculo global de las rentas de fuente extranjera.*

*Esta modalidad permite combinar las ganancias de fuente extranjera gravadas con altas tasas, incluso mayores a las vigentes en el estado de residencia (que de ser consideradas separadamente producirían un exceso de crédito no computable), con otras sujetas a un nivel de imposición más bajo, ampliando por lo tanto el Crédito Fiscal disponible.*

*Esto quiere decir que se otorga un trato preferente a aquellos contribuyentes que tengan ingresos en más de un país extranjero.*

### **Tipo de cálculo “País por País” (PER COUNTRY LIMITATION)**

*El método “país por país” permite calcular el límite de Crédito Tributario, incorporando en la fórmula que la ganancia neta de la fuente extranjera en el numerador se determine separadamente para cada país extranjero donde el contribuyente obtiene ganancias. En este sistema, el límite se calcula separadamente en cada uno de los países en donde se genera el ingreso mediante la comparación del importe total de los impuestos satisfechos en ese país con la porción del impuesto propio que corresponde al conjunto de las rentas obtenidas en ese estado.*

### **Tipo de cálculo por categorías de renta (BASKET LIMITATION)**

*En el trabajo realizado por Juan Barbosa se define como una: “modalidad de cómputo por categorías de rentas o canastas o “BASKET LIMITATION”, se permite calcular el límite del crédito ordinario mediante la fórmula según la cual las ganancias de fuente extranjera a ser consideradas en el numerador se agrupan según el tipo de ingreso y/o nivel de tarifa en diferentes canastas.*

*Es un tipo de cálculo que restringe el crédito del impuesto en base a la naturaleza de la renta a la que corresponden, permitiendo apenas la compensación por “canastas” de rentas de igual naturaleza.*

*Podemos decir que esta modalidad constituye un punto intermedio entre las anteriormente señaladas y nos permite tener en cuenta la realidad de que determinados tipos de ganancias (intereses, regalías, etc.) están usualmente sujetas a niveles de tributación distintas al aplicable (rentas operativas o activas) en el o los países donde se genera el ingreso”.<sup>27</sup>*

#### **4.3. Método del crédito ficticio (“tax sparing”)**

Este método consiste en que el Estado de la residencia otorga un crédito equivalente al impuesto que hubiera sido aplicable en el Estado de la fuente de no haber mediado una exoneración tributaria.

El “tax sparing” no tiene por finalidad principal mitigar la doble imposición internacional, sino evitar que los beneficios fiscales otorgados por el país de la fuente afecten al contribuyente frente a sus competidores en ese mercado como consecuencia del gravamen impuesto por el Estado de la residencia. También constituye un mecanismo para que el sacrificio recaudatorio del Estado de la fuente no resulte inocuo y termine beneficiando al Estado de la residencia, lo que constituye un reconocimiento al principio de equidad entre naciones.

De esta manera, pese a considerarse gravada la renta de fuente extranjera en el Estado de la residencia, se permite la deducción de un crédito hasta por un monto equivalente al impuesto que hubiera resultado aplicable en el Estado de la fuente de no haber existido la exoneración, obligándose al pago del tributo en el primer Estado únicamente por la diferencia si éste tuviera una tasa impositiva superior a la contemplada por el segundo.

Con relación al “tax sparing”, Paul Cahn-Speyer sostiene con acierto que con este mecanismo se pretendía, *“para evitar que las exoneraciones impositivas que otorgaban los países en vías de desarrollo (importadores de capital) fuesen negatorias por la inaplicación del crédito fiscal (tax credit) en el país de residencia, que tales ventajas dieran origen al derecho de los contribuyentes exportadores de capital de acreditarlas contra los impuestos a pagar (crédito por impuestos exonerados - tax sparing). Es decir, que no solamente los impuestos pagados en el Estado de la fuente fueran materia de imputación deducible, sino también los no pagados en virtud de incentivos tributarios ofrecidos por los*

---

<sup>27</sup> GALVEZ, Sergio; Op. Cit. Pág. 240 y 241.

*Estados de la fuente*”.<sup>28</sup>

Cabe señalar que el “tax sparing” constituye un mecanismo de equidad propugnado históricamente por la doctrina latinoamericana a fin de que los países desarrollados exportadores de capital no se beneficien fiscalmente de las exoneraciones otorgadas por los países en vías de desarrollo para atraer inversiones foráneas. Por tanto, este tipo de crédito fiscal no se encuentra en las legislaciones de los países de nuestra región aún si estuvieran en proceso de comenzar a exportar capitales al exterior.

No puede dejar de reconocerse que el otorgamiento de este tipo de beneficios es cada vez menos frecuente por parte de los países desarrollados, lo que ha llevado a Paul Cahn-Speyer a sostener que “*si el Estado del inversionista no aplica el tax credit sobre los impuestos exonerados por el país de la fuente (tax sparing), la exoneración constituye un sacrificio inútil y absurdo realizado por el fisco del país en vía de desarrollo, en ilegítimo beneficio del país inversor. Para evitar que este efecto perverso se produzca, lo lógico es que se adopten medidas para no conceder exoneraciones cuando no implican una reciprocidad. Se trata de medidas unilaterales de autodefensa que también se pueden denominar normas de retorsión*”.<sup>29</sup>

## **5. LA LEY DEL IMPUESTO A LA RENTA Y LA IMPOSICIÓN A LA RENTA DE FUENTE MUNDIAL: VACÍOS EXISTENTES**

El artículo 6° de la Ley de Impuesto a la Renta (LIR) señala que

*“Están sujetas al impuesto la totalidad de las rentas gravadas que obtengan los contribuyentes que, conforme a las disposiciones de esta Ley, se consideran domiciliados en el país, sin tener en cuenta la nacionalidad de las personas naturales, el lugar de constitución de las jurídicas, ni la ubicación de la fuente productora.*

*En caso de contribuyentes no domiciliados en el país de sus su-*

---

<sup>28</sup> CAHN-SPEYER, Paul; “*El Método de Imputación de Impuestos no Pagados (Tax Sparing) en un Mundo Globalizado*”; en *El Tributo y su Aplicación: Perspectivas para el Siglo XXI* (en Homenaje al L Aniversario del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario), Tomo II, Marcial Pons; Buenos Aires 2008; Págs. 1994 y 1995.

<sup>29</sup> CAHN-SPEYER, Paul; Op. Cit. Pág. 2013.

*cursales, agencias o establecimientos permanentes, el impuesto recae solo sobre las rentas gravadas de fuente peruana”.*

Como puede verse, los contribuyentes domiciliados en el país resultan incididos con el Impuesto a la Renta respecto de sus rentas de fuente mundial, con la única excepción de las sucursales, agencias o establecimientos permanentes en el país de sujetos no domiciliados, que sólo están gravados por sus rentas de fuente peruana (pese a otorgárseles el estatus de domiciliados).

Por tanto, la determinación de la condición de contribuyente domiciliado resulta esencial para establecer la base jurisdiccional del impuesto.

El artículo 7° de la LIR contiene la relación de los contribuyentes que se consideran domiciliados en el Perú, dentro de los cuales encontramos a las personas naturales de nacionalidad peruana que tengan domicilio en el país conforme a las normas de derecho común y a las personas jurídicas constituidas en el país.

Es de destacar que la citada norma sólo otorga la condición de sujetos domiciliados a las sucursales, agencias u otros establecimientos permanentes en el Perú de personas naturales o jurídicas no domiciliadas en el país (sujetos al impuesto únicamente por sus rentas de fuente peruana como se indicó anteriormente), mas no hace ninguna referencia a las sucursales, agencias o establecimientos permanentes en el exterior de personas jurídicas constituidas en el Perú.

Si bien la LIR ha optado por gravar las rentas de fuente mundial en los casos antes mencionados, no contiene normas de desarrollo que permitan establecer la forma en que se determina la renta de fuente extranjera.

En efecto, la única norma que encontramos sobre el particular es la prevista en el artículo 51°-A de la LIR, que señala lo siguiente:

*“A fin de establecer la renta neta de fuente extranjera, se deducirá de la renta bruta los gastos necesarios para producirla y mantener su fuente.*

*Salvo prueba en contrario, se presume que los gastos en que se haya incurrido en el exterior han sido ocasionados por rentas de fuente extranjera.*

*Cuando los gastos necesarios para producir la renta y mantener su fuente, incidan conjuntamente en rentas de fuente peruana y*

*rentas de fuente extranjera, y no sean imputables directamente a una o a otras, la deducción se efectuará en forma proporcional de acuerdo al procedimiento que establezca el Reglamento.*

*Los gastos incurridos en el extranjero se acreditarán con los correspondientes documentos emitidos en el exterior, de conformidad a las disposiciones legales del país respectivo, siempre que conste en ellos, por lo menos, el nombre, denominación o razón social y el domicilio del transferente o prestador del servicio, la naturaleza u objeto de la operación; y, la fecha y el monto de la misma. El deudor tributario deberá presentar una traducción al castellano de tales documentos cuando así lo solicite la Superintendencia de Administración Tributaria - SUNAT”.*

Si bien la norma transcrita hace mención a los gastos que son deducibles para el cálculo de la renta neta de fuente extranjera, no establece cuáles son los requisitos o limitaciones para que proceda su deducción, salvo en lo que se refiere a la regulación formal de que consten en comprobantes de pago con la información mínima anteriormente indicada.

Surge así una primera interrogante sobre si son aplicables las regulaciones contenidas en el artículo 37° de la LIR y las prohibiciones previstas en el artículo 44° del mismo cuerpo legal para la deducción de los gastos.

Tampoco se señala si la calificación como renta gravable debe efectuarse en función de la Ley peruana o de la Ley extranjera.

No obstante, es posible interpretar que la calificación como “renta” de fuente extranjera debe realizarse de acuerdo con las normas de la LIR, por ser la ley aplicable en el país de residencia el cual se atribuye la potestad de gravar las rentas de fuente extranjera. Por tanto, sólo resultarán gravables en el Perú aquellos ingresos y beneficios provenientes del exterior que de acuerdo con los artículos 1°, 2° y 3° de la LIR califiquen como renta gravable, esto es bajo las teorías de renta - producto o flujo de riqueza recogidas por nuestra legislación, incluyendo las rentas imputadas y fictas.

En lo que respecta a la deducción de gastos, cabe señalar que no resultan aplicables los requisitos, limitaciones y restricciones contenidos en los artículos 37° y 44° de la LIR, pues éstos están referidos a la determinación de la renta neta de tercera categoría, siendo que las rentas de fuente extranjera no son categorizables.

Así lo señala Andrés Ramírez Gastón cuando afirma que “*cabe interpretar que los límites y prohibiciones referidos a la deducción de gastos vinculados con la determinación de la renta de tercera categoría de fuente peruana no resultarían aplicables para la determinación de la renta de fuente extranjera, pues, en este último caso, sólo resultaría aplicable el principio de causalidad regulado expresamente en el artículo 51-A de la Ley de IR. No obstante lo expuesto, creemos que este tema debiera estar previsto legalmente de manera expresa*”.<sup>30</sup>

Tampoco podría invocarse el artículo 44° de la LIR para desconocer la deducción de gastos de fuente extranjera, toda vez que dicha norma resulta aplicable en base a la “autorización” dada por el primer párrafo del artículo 37° de la LIR que señala de manera general que son deducibles todos los gastos que incidan en la generación de renta gravable o en el mantenimiento de su fuente productora, en tanto que la deducción no se encuentre prohibida expresamente por la ley (específicamente por el artículo 44° de la LIR).

Tal excepción o limitación al principio de causalidad no ha sido recogido por el artículo 51°-A de la LIR, el que -por el contrario- es claro al establecer como único requisito para la deducción de gastos de fuente extranjera que los mismos sean necesarios para producir la renta o mantener su fuente productora. No existe ninguna restricción adicional, salvo la vinculada con el aspecto formal de que los gastos consten en documentos con información de identificación mínima.

Lamentablemente no puede decirse lo mismo de la depreciación de los bienes del activo fijo, amortización de intangibles y de los egresos pre-operativos. En estos casos, cabe preguntarse ¿cuál es la tasa de depreciación aplicable para cada tipo de bien?, ¿cuál es el período de amortización de los intangibles o gastos pre-operativos?

Las normas del Impuesto a la Renta no contienen respuesta alguna, no siendo posible extender las tasas y períodos de depreciación y amortización referidas a la determinación de la renta de tercera categoría, ya que, como se indicó anteriormente, no alcanzan a las rentas de fuente extranjera que no tienen categoría (la interpretación debe ser coherente).

---

<sup>30</sup> RAMIREZ GASTON, Andrés; Ponencia Individual “*Algunos aspectos vinculados al tratamiento tributario aplicable a las sucursales establecidas en el extranjero de empresas constituidas en el país: panorama internacional y local*”. Pág. 417.

Encontramos acá un primer vacío legal que incide gravemente en la determinación de la renta neta de fuente extranjera y que incluso podría hacer inviable la aplicación del impuesto sobre dichos beneficios.

Cabe señalar que para hacer viable en la Argentina la imposición a las rentas de fuente mundial (afectas desde el año 1992), se requirió la expedición de la Ley N° 25.063 del año 1998 en la que se definieron los elementos esenciales para la determinación de la obligación tributaria por rentas de fuente extranjera. Fue necesaria la incorporación de 64 artículos en la Ley del Impuesto a las Ganancias para regular todos los aspectos vinculados con la imposición de las rentas de fuente extranjera y los mecanismos para aliviar la doble imposición, instaurándose prácticamente un régimen impositivo dentro de otro (un impuesto dentro de otro impuesto), aunque en muchos casos para salvar los vacíos ha bastado con que la Ley remita la regulación de cierto aspecto ya sea a lo previsto en la norma doméstica aplicable a las rentas de fuente argentina o a lo que establezca la legislación del país de la fuente, en tanto no contravenga determinados principios y reglas internas que el legislador quiso preservar.

El grado de incertidumbre previo a la dación de la Ley N° 25.063 fue tal que llevó a sostener a muchos especialistas que con anterioridad a su expedición el gravamen a las rentas de fuente extranjera era inaplicable por los graves vacíos legales existentes, lo que evidencia la necesidad de contar con reglas claras al respecto.

Las reglas para la determinación de las rentas de fuente extranjera son necesarias cuando son percibidas directamente por el contribuyente domiciliado, ya sea como consecuencia de la explotación de bienes inmuebles, muebles e intangibles, del trabajo personal o del desarrollo directo de actividades empresariales, incluso cuando estas últimas se ejecuten a través de establecimientos permanentes que no sean tratados como entes separados de la casa matriz para propósitos tributarios.

En cambio, tratándose de rentas obtenidas por subsidiarias ubicadas en el exterior o por establecimientos permanentes considerados como entes independientes por la legislación del Estado de la residencia, las rentas que obtengan deberán determinarse conforme a las reglas del país donde estén ubicados, dado que se trata de entidades distintas de sus casas matrices en el Perú y, por tanto, sujetas a la potestad tributaria del Estado en el que actúan, incluso si en este último estuvieran sometidos a un régimen de transparencia fiscal. En esos casos, sólo

los dividendos que los referidos sujetos distribuyen a sus accionistas o principales en el Perú calificarán como rentas de fuente extranjera sujetas a imposición en nuestro país.

Pero hay otros problemas que la LIR nos plantea a la imposición de las rentas de fuente extranjera

En materia de compensación de pérdidas de fuente extranjera, el artículo 51° de la LIR limita su aplicación únicamente a las rentas de fuente extranjera, no pudiendo deducirse de los beneficios obtenidos localmente. De esta manera, aún si en conjunto el contribuyente domiciliado sufrió una pérdida a nivel consolidado, se verá obligado al pago del Impuesto a la Renta por las rentas de fuente local, pese a que éstas sólo representan un resultado parcial en su economía.

Así lo establece el referido artículo cuando señala que:

*“Los contribuyentes domiciliados en el país sumarán y compensarán entre sí los resultados que arrojen sus fuentes productoras de renta extranjera y únicamente si de dichas operaciones resultara una renta neta, la misma se sumará a la renta neta del trabajo o a la renta neta empresarial de fuente peruana, según corresponda, determinadas de acuerdo con los artículos 49° y 50° de esta Ley. En ningún caso se computará la pérdida neta total de fuente extranjera, la que no es compensable a fin de determinar el impuesto.*

*En la compensación de los resultados que arrojen fuentes productoras de renta extranjera a la que se refiere el párrafo anterior, no se tomará en cuenta las pérdidas obtenidas en países o territorios de baja o nula imposición”.*

De otro lado, la LIR no contiene disposiciones referidas a la posibilidad de arrastrar a ejercicios siguientes la pérdida neta de fuente extranjera que no pudiera aplicarse en un determinado período.

A partir de ello surge la interrogante si tales pérdidas pueden ser arrastradas indefinidamente, si están sujetas a los plazos previstos en la LIR para el arrastre de las pérdidas de fuente local, si se regulan por las normas de arrastre del Estado de la fuente, o simplemente si sólo pueden aplicarse en el ejercicio en el que se generan sin posibilidad de arrastre posterior.

Analizaremos esta materia con mayor profundidad en la parte segunda de esta relatoría considerando la posición de los ponentes individuales, la doctrina extranjera y el derecho comparado.

Debe destacarse que conforme al artículo 51° de la LIR, las rentas de fuente extranjera obtenidas por personas naturales domiciliadas deben sumarse a la renta neta del trabajo, mientras que en el caso de las personas jurídicas deben agregarse a la renta de tercera categoría de fuente peruana.

Dado que el Perú ha optado por la aplicación de un impuesto dual para las personas naturales (estableciendo un sistema cedular con distintas alícuotas para las rentas del capital, del trabajo y la empresa, respectivamente), llama la atención que el legislador haya optado por atribuir la totalidad de la renta de fuente extranjera a las rentas del trabajo, gravándolas por tanto con la escala progresiva acumulativa del 15%, 21% y 30%.

Considerando el nuevo esquema acogido por la LIR para gravar a las personas naturales domiciliadas, debe analizarse si no sería más adecuado distinguir al interior de la renta de fuente extranjera la naturaleza de las mismas a efectos de gravarlas de manera cedular o por categorías como ocurre con las rentas de fuente peruana. Probablemente haya pesado en la decisión del legislador la intención de no hacer extensivo a las rentas de fuente extranjera el régimen de tributación reducida previsto para las rentas del capital, considerando que constituye una medida destinada a evitar la fuga de capitales al exterior. No obstante, en el marco del proceso de globalización, apertura de mercados y crecimiento de nuestras inversiones en el exterior, cabe preguntarse si tal política resulta la más coherente.

El artículo 88° de la LIR regula la deducción como crédito de los impuestos abonados en el exterior. El inciso e) de la referida norma señala que son deducibles contra el tributo local *“los impuestos a la renta abonados en el exterior por las rentas de fuente extranjera gravadas por esta Ley, siempre que no excedan del importe que resulte de aplicar la tasa media del contribuyente a las rentas obtenidas en el extranjero, ni el impuesto efectivamente pagado en el exterior. El importe que por cualquier circunstancia no se utilice en el ejercicio gravable, no podrá compensarse en otros ejercicios ni dará derecho a devolución alguna”*.

Dado que la LIR ha optado por permitir únicamente la deducción de créditos directos pagados por rentas de fuente extranjera (y no por aquéllos generados respecto de rentas calificadas como de fuente pe-

ruana), surge la necesidad de analizar si éste es el método más idóneo para eliminar la doble imposición internacional, pues al no admitirse la deducción de los créditos indirectos y simultáneamente gravarse los dividendos procedentes del exterior, no soluciona el problema de la doble imposición económica.

En cuanto a la imputación anual de las rentas de fuente extranjera, el inciso c) del artículo 57° de la LIR establece que deben ser reconocidas en el ejercicio gravable en que se devengan cuando se originen en la explotación de negocios o actividades empresariales en el exterior (de lo contrario se reconocen en el ejercicio en que se perciben), lo cual si bien resulta coherente con el tratamiento consolidado que se busca dar a las rentas empresariales, puede generar problemas de temporalidad con relación a la deducción del crédito por impuestos abonados en el exterior, dado que el artículo 88° de la LIR exige que hayan sido efectivamente pagados en el extranjero, lo que podría ocurrir en un ejercicio distinto al del devengo de las rentas si es que el Estado de la fuente computara el período gravable de manera distinta al Perú (por ejemplo, es usual que en otros países el año fiscal se extienda entre el 1° de julio al 30 de junio del año siguiente).

Un tema de especial importancia es el vinculado al régimen tributario aplicable a las relaciones existentes entre la casa matriz local y sus sucursales, agencias o establecimientos permanentes en el exterior. ¿Se tratan como una sola entidad o constituyen sujetos fiscalmente independientes?

La duda surge por la aparente contradicción entre el artículo 7° de la LIR que no considera como contribuyentes independientes a las sucursales, agencias o establecimientos permanentes en el exterior de personas jurídicas domiciliadas en el país (sólo estas últimas son consideradas como contribuyentes, así como las sucursales, agencias o establecimientos permanentes en el Perú de entidades del exterior) y lo dispuesto en el numeral 11 del artículo 24° del Reglamento de la LIR, conforme al cual se considera como “partes vinculadas” (por tanto, entes fiscalmente independientes) a la empresa domiciliada en el Perú y cada uno de sus establecimientos permanentes en el exterior.

En la siguiente sección analizaremos cada uno de los problemas específicos antes mencionados y otros aspectos que suscita la imposición a la renta de fuente extranjera y sobre los cuales desatacados profesionales han aportado valiosos elementos de análisis, conclusiones y recomendaciones que permiten plantear alternativas de solución.

---

## PARTE SEGUNDA

### ANÁLISIS DE PROBLEMAS ESPECÍFICOS Y ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN

#### 1. TRATAMIENTO APLICABLE A LAS SUCURSALES Y ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES EN EL EXTRANJERO DE SOCIEDADES CONSTITUIDAS EN EL PERÚ

Desde la perspectiva del derecho mercantil, las sucursales no tienen personería jurídica independiente a la de su casa matriz. Así lo establece el artículo 396° de la Ley General de Sociedades al señalar que:

*“Es sucursal todo establecimiento secundario a través del cual una sociedad desarrolla, en lugar distinto a su domicilio, determinadas actividades comprendidas dentro de su objeto social. La sucursal carece de personería jurídica independiente de su principal. Está dotada de representación legal permanente y goza de autonomía de gestión en el ámbito de las actividades que la principal le asigna, conforme a los poderes que otorga a sus representantes”.*

No obstante, bajo la autonomía del derecho tributario, el tratamiento podría ser diferente.

Así, las sucursales de empresas o sociedades, sus agencias u otros centros de atribución autónoma de ingresos y gastos, pese a no tener personería distinta a la de sus casas matrices, son tratados como contribuyentes independientes en tanto pueden ser considerados como “establecimientos permanentes” (EP), figura jurídica desarrollada por el derecho tributario.

Karina Montestruque, citando a García Prats, afirma que “*si bien la figura del EP tiene su origen en la legislación interna (concretamente la prusiana), su reconfiguración y desarrollo obedece al derecho tributario internacional, siendo que tal evolución se refleja en la legislación interna de los Estados*”. Agrega que “*a nivel internacional la figura del EP representa un criterio para legitimar la soberanía del Estado de la fuente (o Estado donde se ubica el EP) para gravar o someter a imposición las rentas de origen empresarial. Así, cuanto más amplio sea el concepto del EP mayor será el alcance del poder tributario del Estado de la fuente; mientras que en el derecho interno la figura del EP tiene por función ampliar el ámbito de aplicación del impuesto a la renta a sujetos que, jurídicamente, no gozan de personería jurídica dotándolos de dicha personalidad para propósitos tributarios o, incluso*

ve, considerándolos como sujetos residentes o domiciliados”.<sup>31</sup>

En el mismo orden de ideas, es importante recordar lo señalado por Philip Baker y Richard Collier en el 60º Congreso Mundial de la IFA:

*“La atribución de utilidades a un establecimiento permanente es necesaria por dos razones fundamentales: i) una razón primaria: la atribución de utilidades a un PE en el Estado donde está situado (Estado H) para propósitos de la afectación de dichas utilidades por el referido Estado; y, ii) por una razón de alivio: atribución de utilidades al PE por el Estado de la residencia de la empresa de la cual el PE es parte (Estado R) para establecer un alivio a la doble imposición”.*

Agregan que:

*“(…) el consenso internacional es el de atribuir las utilidades (a los EP) aplicando el concepto de empresa separada y bajo el principio de libre competencia. Sin embargo, el EP no es legalmente una persona independiente. En efecto, en términos legales:*

- No pueden existir contratos celebrados entre el EP y otras partes de la misma empresa;*
- No habrá una propiedad separada de los activos por el EP o por su casa matriz;*
- No pueden realizarse pagos entre el EP y la casa matriz desde que los fondos legalmente son abonados a la misma persona;*
- Estrictamente hablando, ninguna utilidad puede generarse de alguna transacción entre el EP y la casa matriz.*

*Hay pues una tensión entre la naturaleza legal del EP y el concepto de empresa separada. En una mano, existe el “hecho legal” que el EP es parte de una misma empresa; en la otra mano, hay una “ficción tributaria” que el EP es una empresa separada”.*<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> MONTESTRUQUE, Karina; Ponencia Individual “El Establecimiento Permanente de Empresas Peruanas en el Exterior”. Págs. 355 y 356.

<sup>32</sup> BAKER, Philip y COLLIER, Richard; General Report, “The attribution of profits to permanent establishment” (60th Congress of the International Fiscal Association; Amsterdam 2006); en Cahiers de droit fiscal international; IFA; vol.

Por su parte, Fabrizio Fernández-Dávila indica en su ponencia que:

*“(...) compartimos la posición de aquella corriente de opinión que sostiene que la noción de persona jurídica es una noción funcional pues se encuentra destinada a regular de modo más conveniente y racional las relaciones entre los hombres y, a su vez, es una noción relativa toda vez que siendo funcional, puede valer para determinados fines o efectos y no valer para otros.*

*Es justamente este último aspecto de relatividad el que en nuestra consideración permite que la personería jurídica pueda ser atribuida para efectos fiscales aun cuando no lo sea para otros aspectos del derecho como el campo societario.*

*(...)*

*En consecuencia, siendo la atribución de personería jurídica un acto de reconocimiento normativo, que responde única y exclusivamente a la necesidad de reconocer un centro de imputación de obligaciones y derechos, ésta podría ser otorgada de manera amplia, siempre que existan elementos que permitan realizar dicha imputación.*

*Atendiendo a lo expuesto, la personería jurídica, entendida como aquel concepto en mérito al cual, se puede “independizar” un determinado patrimonio que como ente económico le permita realizar y mantener relaciones jurídicas independientes con otros, constituye un elemento de planificación recaudatoria y fiscal”.<sup>33</sup>*

A partir de lo dicho anteriormente, el establecimiento permanente puede ser definido como una unidad económica capaz de ser considerada como un centro de imputación de derechos y obligaciones para propósitos tributarios, al desarrollar actividades empresariales a través de un lugar fijo de negocios o de personas destacadas por un determinado período en una jurisdicción extranjera.

Según la definición dada por la OCDE (artículo 5º del Modelo de Convenio para evitar la Doble Imposición de la OCDE), para la configuración de un establecimiento permanente se requiere la existencia de un

---

91b (traducción libre del inglés).

<sup>33</sup> FERNADEZ-DAVILA, Fabrizio; Ponencia Individual “*Tratamiento aplicable a las Sucursales y Establecimientos Permanentes en el extranjero de Sociedades Constituidas en el Perú*”; Págs. 172 y 173.

lugar fijo de negocios (esto es, que se ubique en un determinado lugar con cierto grado de permanencia) por medio del cual se desarrollen las actividades empresariales de un sujeto no residente. A dichos supuestos, el Modelo de Convenio para Evitar la Doble Imposición de la ONU, incorpora el caso del desarrollo de ciertas actividades (construcción, servicios de asistencia técnica, etc.) a través de personal destacado en una jurisdicción extranjera, lo que si bien no implica un lugar fijo de negocios, igualmente es considerado como un establecimiento permanente.

Ahora bien, el tema central a dilucidar en este punto, consiste en establecer si la sucursal o los establecimientos permanentes en el exterior de una empresa o persona jurídica domiciliada en el Perú constituyen un solo sujeto con su casa matriz; o si, por el contrario, tales entidades califican como sujetos independientes para fines fiscales.

Si se llegara a determinar que tanto matriz domiciliada como su establecimiento permanente en el exterior son entidades fiscalmente independientes, los resultados de este último deberían ser determinados de modo autónomo y, como es natural, en concordancia con las disposiciones vigentes en el Estado de la fuente. Si por el contrario, ambas entidades integraran una misma unidad o sujeto, los beneficios y gastos producidos por la sucursal o establecimiento permanente deberán consolidarse por la matriz desde el momento en que son generados, con lo cual un procedimiento de determinación independiente se tornaría prescindible.

Para resolver esta interrogante deben analizarse las dos teorías existentes respecto a la vinculación fiscal de la casa matriz y sus sucursales o establecimientos permanentes en el exterior (a los que denominaremos conjuntamente como “establecimiento permanente”).

### **1.1. Sistemas de atribución de rentas al establecimiento permanente**

Como señala Karina Montestruque, a nivel doctrinario y de la práctica internacional tributaria, son dos los sistemas que se han planteado para la atribución de beneficios al EP, a saber:

- a) El sistema de reparto proporcional (“teoría de la unidad de la persona jurídica”); y,
- b) El sistema de contabilidad separada (“separate accounting”) o también denominado sistema directo de determinación de beneficios

(“teoría de la separación patrimonial”).<sup>34</sup>

Bajo el primer sistema, la casa matriz y su establecimiento permanente son considerados como un ente único, de modo que no es posible reconocer transacciones económicas entre ellos. De esta manera, los beneficios que obtiene el establecimiento permanente son consolidados por la casa matriz como renta de fuente extranjera, lo que supone reconocer por un lado los ingresos y deducir los costos y gastos correspondientes a dicha fuente.

El sistema de contabilidad separada considera a la casa matriz y su establecimiento permanente como dos entidades autónomas para propósitos tributarios, como si se trataran de dos empresas independientes, de modo que por ficción fiscal es posible reconocer transacciones económicas entre ellas, las que a su vez deben llevarse a cabo conforme a principios de libre concurrencia (arm’s length).

Karina Montestruque señala en su ponencia que *“el sistema de contabilidad separada descansa sobre los principios de empresa separada y empresa independiente que consideran al EP como un centro de imputación de rentas similar a cualquier empresa o sociedad residentes, acudiendo a los resultados que se infieren de la contabilidad propia de cada establecimiento para determinar los beneficios sujetos a imposición. Es decir, el sistema de contabilidad separada parte de la premisa de considerar al EP como una entidad separada, independiente y distinta de su casa central, como si tuviera personería jurídica independiente de ésta, a fin de imputarse y atribuirse las rentas que le correspondan por el desarrollo de sus actividades”*.<sup>35</sup>

A su vez, bajo el sistema de contabilidad separada existen distintas teorías sobre la “intensidad” de la relación entre casa matriz y establecimiento permanente. Como lo señalan Baker y Collier, existen las teorías de la independencia absoluta frente a la independencia restringida, y las de atribución directa y atribución indirecta.

Las primeras, desarrolladas por la doctrina alemana, sostienen que, bajo la teoría de la independencia absoluta, las relaciones del EP con su casa matriz se tratan como operaciones frente a terceros, esto es como si el EP fuera una subsidiaria legalmente independiente y, por tanto, son computables para propósitos tributarios el pago de intereses por presta-

---

<sup>34</sup> MONTESTRUQUE, Karina; Op. Cit. Pág. 359.

<sup>35</sup> MONTESTRUQUE, Karina; Op. Cit. Pág. 359.

mos, regalías, comisiones de servicios, entre otros conceptos. Por su parte, bajo la teoría de la independencia restringida, se trata al EP de manera autónoma, esto es como una entidad distinta a la casa central a efectos de atribuirle ingresos, costos y gastos, aunque no se reconoce la posibilidad que realice transacciones con aquélla ni con otras partes de la empresa (desde que no se admite que los activos sean de propiedad de entes separados, no es posible reconocer el pago de regalías o rentas entre partes de la misma empresa para fines tributarios).

En lo que respecta a las teorías de atribución directa e indirecta, Baker y Collier señalan que, en función de la primera, cada parte de una empresa debe reconocer los ingresos y gastos correspondientes a ellas con el mayor grado de precisión o consistencia (método preferido por la mayoría de los tratadistas), mientras que la segunda teoría parte de la premisa que al no ser posible una atribución directa, cabe admitir una estimación indirecta de los ingresos y gastos atribuibles a un EP bajo principios de *arm's length* (aplicación de coeficientes, promedios, etc., entre otros criterios razonables).

## **1.2. El tratamiento dado por la LIR a los establecimientos permanentes en el exterior de sociedades constituidas en el país**

Como se indicó anteriormente, el artículo 7° de la LIR reconoce como contribuyentes domiciliados a las sucursales, agencias y establecimientos permanentes en el país de personas naturales o jurídicas no domiciliadas, lo que evidencia que ha optado por el sistema de contabilidad separada o de empresas independientes para tratar las relaciones de estas entidades con sus respectivas casas matrices o principales del exterior.

Por tanto, para propósitos tributarios, se reconocen las implicancias fiscales que puedan derivarse de las transacciones llevadas a cabo entre casas matrices extranjeras y sus establecimientos permanentes en el Perú, como por ejemplo, la deducción de gastos por pago de intereses, regalías, prestación de servicios, entre otros, con la correspondiente obligación de efectuar las retenciones respectivas.

Así lo ha reconocido la jurisprudencia del Tribunal Fiscal, entre otras, en la Resolución N° 01651-5-2004<sup>36</sup> del 19 de marzo de 2004, la que ha

---

<sup>36</sup> La referida jurisprudencia establece el siguiente criterio: *“Que de las normas citadas se infiere que las disposiciones que regulan el Impuesto consideran a la sucursal de una empresa establecida en el exterior como un sujeto distinto a su*

interpretado que las sucursales en el Perú de sociedades del exterior gozan de autonomía administrativa y contable de la matriz, debiendo ser tratadas como sujetos distintos para efectos fiscales.

En cambio, la LIR no ha establecido de manera expresa cuál es el régimen fiscal aplicable a las sucursales, agencias y establecimientos permanentes en el exterior de sociedades constituidas en el Perú. Por tanto, para resolver tal interrogante debe analizarse de manera sistemática las diversas disposiciones de la LIR que de manera directa o indirecta inciden en esta materia.

El artículo 7º de la LIR considera como contribuyentes domiciliados a las *“personas jurídicas constituidas en el país”*. No incluye en esa categoría a las sucursales, agencias y establecimientos permanentes en el exterior de dichas personas jurídicas.

El numeral 3 del inciso a) del artículo 4º del Reglamento de la LIR señala que *“la condición de domiciliado es extensiva a las sucursales, agencias u otros establecimientos permanentes en el exterior establecidos por personas domiciliadas en el país (...)”*.

¿Qué significa hacer extensiva a tales establecimientos permanentes la condición de domiciliada de la casa matriz? ¿Supone extender a dichos establecimientos la condición de contribuyente domiciliado para tratarlos como un ente único, esto es, que la personería tributaria de la casa matriz comprende a tales establecimientos? o que, reconociendo que tales establecimientos son entes autónomos distintos a la casa matriz ¿se les extiende la condición de contribuyente domiciliado para

---

*matriz, pues mientras la primera es considerada como un sujeto domiciliado que puede prestar servicios en el país gravados con el impuesto, la matriz conserva su naturaleza de no domiciliada y los servicios que preste y sean consumidos o empleados en el territorio nacional estarán gravados bajo un supuesto distinto: utilización de servicios.*

*Que ello es concordante con la autonomía administrativa y contable de la que gozan las sucursales del exterior constituidas en el Perú en las operaciones que realizan, las que deben inscribirse en el Registro Único de Contribuyentes (RUC) y emitir comprobantes de pago con su razón social, entre otras obligaciones formales tributarias.*

*Que no puede sostenerse que para efecto del Impuesto General a las Ventas, la sucursal de una empresa establecida en el exterior constituye un solo sujeto con su casa matriz pues ello implicaría que la primera sólo podría considerarse como un sujeto no domiciliado (calidad de su matriz) contrariamente a lo previsto por las normas que regulan el citado impuesto”.*

gravarlos por sus rentas de fuente mundial?

Contribuye a acrecentar la incertidumbre el hecho que el numeral 11 del artículo 24° del Reglamento de la LIR considera como partes vinculadas a la empresa domiciliada y a cada uno de sus establecimientos permanentes en el extranjero, lo cual es propio de un sistema de contabilidad separada.

Los ponentes individuales se han pronunciado sobre esta materia.

Karina Montestruque considera que *“la legislación peruana ha optado por acoger la teoría del EP como ente único a efectos de gravar sus rentas empresariales. De esta forma, al carecer el EP de una personalidad jurídica propia, sus rentas se consolidan con las originadas por la casa central, siendo ésta la que determina y paga el impuesto según la legislación del país de su domicilio. Es decir, las RFE del EP deberán sumarse o consolidarse con las rentas de fuente peruana (RFP) originadas por la casa central”*.<sup>37</sup>

Refiriéndose al numeral 11 del artículo 24° del Reglamento de la LIR añade que *“no resulta lógica ni coherente la calificación como partes vinculadas que otorga nuestra legislación al EP y la casa central, si al mismo tiempo reconoce y establece su régimen de tributación como ente único obligado a consolidar los resultados en la casa central. No tiene sentido, pues, disponer la aplicación de las reglas de precios de transferencia (cuyo propósito es evitar la deslocalización de rentas) cuando existe la obligación de consolidar resultados, por cuanto cualquier utilidad que se determine en el país de destino o de ubicación del EP terminará tributando por consolidación en el país de domicilio de la casa central”,* concluyendo que *“a fin de salvar la coherencia en el tratamiento dispensado por nuestra legislación tributaria puede sostenerse la ilegalidad del referido artículo 24°, numeral 11 del Reglamento de la Ley del IR al exceder y contradecir éste lo dispuesto en la Ley. Así, no existe en la Ley del IR ninguna disposición que permita el reconocimiento del EP de una empresa peruana en el exterior como persona jurídica y por ende su posible calificación como parte vinculada con su casa central, tal como ocurre con los EP de empresas domiciliadas en el exterior ubicados en el Perú, donde expresamente nuestra Ley del IR les ha otorgado la calidad de personas jurídicas distintas de la casa central y, en consecuencia, aplicables las reglas de precios de transferencia (artículo 24°, numeral 10 del Reglamento de la Ley del IR)”*.<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> MONTESTRUQUE, Karina; Op. Cit. Pág. 364.

<sup>38</sup> MONTESTRUQUE, Karina; Op. Cit. Pág. 365.

En la misma línea, Andrés Ramírez Gastón afirma que *“la persona jurídica domiciliada y su sucursal establecida en el extranjero mantienen la misma condición respecto de su lugar de domicilio, vale decir, ambas se consideran domiciliadas en el Perú. En ese sentido, consideramos que el legislador, al extender la condición de domicilio a la sucursal establecida en el exterior, está reconociendo que la sucursal no tiene personería jurídica propia sino que forma parte de su matriz, esto es, de una persona jurídica domiciliada en el Perú”*, concluyendo que *“el legislador optó por no otorgarle personería jurídica propia y distinta de su matriz a la sucursal establecida en el exterior de una persona jurídica domiciliada, pues, de esta forma, la persona jurídica domiciliada debe incluir las rentas netas gravadas que provengan de las actividades desarrolladas por sus sucursales establecidas en el exterior a su base imponible para efectos de calcular el Impuesto a la Renta peruano, en la medida en que las personas jurídicas domiciliadas en el Perú están sujetas a imposición sobre la totalidad de sus rentas”*.<sup>39</sup>

Con relación al numeral 11 del artículo 24° del Reglamento de la LIR indica que *“si bien la norma antes citada sugiere que la empresa domiciliada y sus establecimientos permanentes en el extranjero son entes distintos e independientes capaces de contratar entre ellos, consideramos que, a partir de lo expuesto anteriormente, dicha interpretación de la norma vulneraría lo dispuesto en la Ley del Impuesto a la Renta y en su propio Reglamento, por lo que consideramos que debiera ser derogada”*.<sup>40</sup>

Fabrizio Fernández - Dávila también coincide con la postura de los ponentes anteriores, señalando que *“en efecto, como hemos comentado, respecto a la personería jurídica atribuible a las sucursales, el legislador nacional ha optado por mantener en la norma tributaria el criterio del derecho privado, es decir, que las sucursales de sociedades peruanas son únicamente una extensión de la casa matriz y como tal, no cuentan con personería jurídica independiente”*.

Agrega que *“lo expresado encuentra sustento justamente en el hecho que, a diferencia de las sucursales de sociedades extranjeras a las cuales se les ha investido de personería jurídica propia, justamente por el “principio de arraigo”; para el caso de sucursales de sociedades peruanas dicha calidad no ha sido imputada”*.<sup>41</sup>

<sup>39</sup> RAMIREZ GASTON, Andrés; Op. Cit.; Pág. 413.

<sup>40</sup> RAMIREZ GASTON, Andrés; Op. Cit.; Pág. 414.

<sup>41</sup> FERNANDEZ-DAVILA, Fabrizio; Op. Cit. Pág. 179.

El mismo ponente añade que *“esto implica que al no existir una entidad distinta desde el punto de vista del centro de imputación de obligaciones y derechos, la condición de domiciliado le será igualmente aplicable por extensión en cabeza de la casa matriz. Si bien, es cierto que la norma reglamentaria de la Ley del Impuesto a la Renta ha establecido expresamente que la condición de domiciliado es extensiva a las sucursales de sociedades peruanas establecidas en el exterior, consideramos que tal referencia es innecesaria dentro de la concepción de personería jurídica que hemos desarrollado”*, concluyendo que *“en efecto, en tanto no exista una disposición concreta en el ordenamiento positivo, a través de la cual se otorgue o conceda personería jurídica especial para efectos tributarios a una entidad que carece de esta característica para el derecho privado, la regulación aplicable debe ser la genérica y bajo esas reglas, al ser la sucursal una “extensión” de la casa matriz, compartirá la misma condición de domicilio con la que cuente esta última. En segundo término, siendo la sucursal una extensión de la casa matriz, la imputación sobre rentas generadas en el exterior, será la misma que fuese de aplicación a un contribuyente domiciliado que lleve a cabo directamente labores en el exterior y por las cuales perciba rentas de fuente extranjera”*.<sup>42</sup>

A diferencia de los anteriores ponentes, Ana María Dávila y Sheila Espinal consideran en su ponencia conjunta que el numeral 11 del artículo 24° del Reglamento de la LIR introduce el principio de “ente separado” para tratar las relaciones de casa matriz y sus establecimientos permanentes en el exterior, esto es, como si se tratara de sujetos independientes (pese a reconocer que se trata de una norma de rango infralegal), por lo que concluyen que *“las operaciones que sean llevadas a cabo entre personas jurídicas constituidas en el Perú y sus establecimientos permanentes situados en el exterior sí tienen incidencia tributaria y deben ser tratadas como si se realizara entre dos partes separadas y autónomas, y deberán respetar el principio de plena competencia (arm’s length)”*.<sup>43</sup>

La posición de estas ponentes coincidiría con las anteriores de no mediar la norma reglamentaria que considera como partes vinculadas a la casa matriz con sus establecimientos permanentes del exterior, lo cual lleva a Ana María Dávila y Sheila Espinal a una conclusión distinta. Sin embargo, debe recordarse que en las IX Jornadas Nacionales de Tributación de la IFA - Grupo Peruano del año 2008, al anali-

---

<sup>42</sup> FERNANDEZ-DAVILA, Fabrizio; Op. Cit. Pág. 180.

<sup>43</sup> DAVILA, Ana María y ESPINAL, Sheila; Op. Cit.; Pág. 165.

zarse el referido dispositivo se señaló en el sexto considerando que *“tratándose de sucursales o establecimientos permanentes en el exterior de personas jurídicas domiciliadas en el país, supuesto previsto en el numeral 11 del artículo 24 del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, no cabe que sean aplicables las reglas de vinculación económica ni precios de transferencia, por tratarse de la misma persona jurídica conforme lo establece la Ley del Impuesto a la Renta”*, recomendado la derogatoria de la norma reglamentaria.

El pronunciamiento adoptado en las citadas jornadas tiene sustento en dos razones fundamentales:

- a) Las normas de precios de transferencia son normas de carácter valorativo que no crean hechos imponibles ni pueden atribuir personería fiscal a sujetos distintos a los reconocidos como contribuyentes por la LIR. Aún si pudieran hacerlo, ello debería constar en una norma con rango de ley por referirse a un aspecto esencial de la hipótesis de incidencia (la designación del contribuyente), pues de lo contrario la previsión sería inconstitucional por vulnerar el principio de legalidad, más aún cuando lo que se pretende es establecer una ficción (dotar al establecimiento permanente de personería independiente al de su matriz) que dista del tratamiento contemplado en el derecho mercantil.
- b) La interpretación sistemática de la LIR permite sostener que las sucursales, agencias y establecimientos permanentes en el exterior de personas jurídicas constituidas en el país, conforman una unidad jurídica con sus respectivas casas matrices, no siendo posible reconocer transacciones entre ellas sujetas a la aplicación de las normas de precios de transferencia. ¿Cuál sería la razón de efectuar ajustes al valor de las operaciones si es la matriz la que debe consolidar los resultados de sus establecimientos permanentes en el exterior para la determinación del Impuesto a la Renta?

En esta misma línea, Rudolf Röeder ha sostenido en la Relatoría Nacional presentada en el marco del 60º Congreso Anual de la International Fiscal Association (IFA) en Ámsterdam, Holanda que:

*“A diferencia del EP peruano de una entidad no domiciliada, el EP extranjero de una entidad residente no es tratado como un contribuyente diferente y, por tanto, cualquier negocio entre la matriz y su EP no calificará como una transacción. En adición a los problemas de atribución bajo análisis, esto genera el problema vinculado al momento en el cual debe reconocerse la renta, dado que la legislación peruana no considera las transferen-*

*cias al EP como un evento de realización.*

*En cuanto a la atribución de ingresos, las reglas de precios de transferencia, por definición legal, son aplicables sólo cuando se transfiere propiedad de una entidad a otra, o cuando una entidad presta servicios a otra, por tanto, estrictamente, estas normas no aplican cuando la matriz es una entidad residente.*

*En cuanto al problema del reconocimiento, ante la ausencia de una regla específica para las transacciones entre una matriz y su EP, el reconocimiento de ingresos debe posponerse hasta que alguno de los dos realice una transacción con un tercero y, llegado el momento, el reconocimiento de la ganancia o pérdida y su atribución ocurrirá. Creemos, por tanto, que no deberá reconocerse ganancia o pérdida alguna como consecuencia de los negocios celebrados entre la matriz y su EP, sino únicamente como consecuencia de una transacción con un tercero, y sólo en ese momento aplicará el criterio de atribución (...).*

*Finalmente, se ha sugerido que el artículo 11° de la LIR, que establece que (a) la renta del exportador de bienes comprados, producidos o manufacturados en Perú es de fuente peruana y que (b) las remisiones al exterior efectuadas por filiales, representantes, agentes de compra u otros intermediarios, son consideradas exportaciones, es una regla de reconocimiento. Los fundamentos de esta posición se basan en señalar que, si un mero procedimiento de remisión (despacho de aduanas) es una exportación y las exportaciones generan renta de fuente peruana, entonces la exportación en sí misma debe considerarse un evento de realización. No estamos de acuerdo con esta posición, primero porque el artículo 11° de la LIR forma parte del Capítulo II, que únicamente se ocupa de establecer reglas de fuente, y no de parámetros de temporalidad o reconocimiento, y lo que es más importante, porque el enunciado del artículo 11° se refiere a la remisión de bienes efectuados por un EP peruano a su matriz (y no a la remisión inversa), la cual, como hemos ya indicado, es tratada como una transacción entre partes independientes en concordancia con la definición de sociedad domiciliada antes discutida. Por tanto, en este contexto, salvo ante circunstancias muy especiales, la exportación será simultáneamente una operación de “venta” entre el EP y su matriz extranjera, la cual, claro está, produce una realización de renta. En el caso del negocio a la inversa esto no será así, por lo que no hay razón para reconocer una ganancia hasta que una transacción con un ter-*

*zero sea concluida*”.<sup>44</sup>

No puede dejar de admitirse que hay quienes no obstante reconocer que entre casa matriz y establecimiento permanente en el exterior no pueden llevarse a cabo transacciones con efectos tributarios, sostienen que constituyen entes separados para propósitos fiscales con independencia restringida.

Para ello se basan en que:

- (i) La renta que genera la sucursal o establecimiento permanente en el exterior es una renta que proviene de la explotación de un negocio o empresa en el extranjero. Esa renta foránea debe ser “neta” y adicionarse a la renta de tercera categoría de la persona jurídica domiciliada, determinándose así en cabeza del establecimiento permanente como si éste fuera un patrimonio independiente de su matriz (esto es, los ingresos y gastos de fuente extranjera se compensan a nivel del propio ente, asignándose a la casa matriz únicamente el resultado neto).
- (ii) En la RTF N° 9482-4-2007<sup>45</sup> del 5 de octubre de 2007, el Tribunal Fiscal habría reconocido, aunque sin ofrecer mayores fundamentos, que entre una empresa domiciliada en el Perú y su sucursal del exterior es posible que se realicen reembolsos de gastos como si se tratara de dos empresas separadas.

De esta manera, los propulsores de esta tesis concluyen que los establecimientos permanentes en el exterior de sujetos domiciliados en el

---

<sup>44</sup> RÖDER, Rudolf; Peru Branch Report “*The attribution of profits to permanent establishments*”. En: Cahiers de droit fiscal international: 2006 Amsterdam Congress; Vol. 91b (2006); p. 530. (traducción libre del inglés).

<sup>45</sup> Si bien el Tribunal Fiscal no discute la posibilidad de efectuar reembolsos entre una matriz domiciliada y su sucursal en el exterior (lo cual acreditaría que, en efecto, se habría optado por la teoría de la “entidad separada”), sino más bien a la acreditación y sustento de gastos, el Tribunal Fiscal parece admitir implícitamente dicha posibilidad, aceptándola como premisa. Así, el criterio sostenido es el siguiente: “*Que es del caso señalar que las notas de débito emitidas por la sucursal de la recurrente por el reembolso de costos y gastos pagados por cuenta de la recurrente no resultan por sí solas suficientes para acreditar el gasto efectuado, dado que aquéllas han sido emitidas únicamente para efecto del reembolso del gasto por la recurrente pero no acreditan la efectiva realización de tales servicios, más aún si las indicadas notas de débito consignan importes globales y no contienen un detalle de los bienes adquiridos o los servicios prestados materia de reembolso; (...)*”.

Perú están integrados a la casa matriz (ente único) pero respetando su carácter de patrimonios autónomos.

Sin embargo, esta corriente no toma en consideración que la LIR en ningún momento ha establecido que se “adicionan” para el cálculo del Impuesto a la Renta de la casa matriz, las rentas netas o los resultados netos obtenidos por sus establecimientos permanentes ubicados en el exterior (lo que podría evidenciar cierta independencia con ella bajo un régimen de separación restringida), toda vez que no se ha establecido un sistema de contabilidad independiente que constituye el requisito esencial para ello, siendo que -por el contrario- la casa matriz consolida los resultados del establecimiento permanente del exterior (ingresos, ganancias, costos y gastos) como ente único a efectos de establecer la utilidad del ejercicio, no habiendo por tanto renta alguna que deba ser adicionada vía declaración jurada para la determinación del Impuesto a la Renta, lo que ocurriría si los resultados de los establecimientos permanentes se registraran fuera de la contabilidad de la matriz (como sucede, por ejemplo, con los fideicomisos que cuentan con contabilidad separada, por lo que las rentas que se atribuyen al fideicomitente deben agregarse vía declaración jurada).

El resultado neto al que hace referencia el artículo 51° de la LIR está referido a aquella renta resultante luego de la suma y compensación entre sí de los distintos resultados que arrojen las diversas fuentes productoras de renta extranjera. En otras palabras, la determinación de la renta neta no es a nivel del establecimiento permanente tratado como patrimonio autónomo, sino para establecer el importe de las rentas de fuente extranjera a las cuales establecer las limitaciones sobre compensación de resultados y aplicación de los créditos previstos en la LIR (esto es, para tratarlas en forma independiente a las rentas de fuente peruana).

Corrobora esta tesis lo previsto en el inciso c) del artículo 57° de la LIR, según el cual las rentas de fuente extranjera que obtengan los contribuyentes domiciliados en el país provenientes de la explotación de un negocio o empresa del exterior se imputan al ejercicio gravable en que se devengan.

Nótese que, pese a reconocerse que las rentas se originan en la explotación de un negocio o empresa del exterior (supuestos típicos de configuración de un establecimiento permanente), la LIR califica a los beneficios derivados de tales actividades como “rentas de fuente extranjera” obtenidas directamente por las casas matrices en su condición de contribuyentes domiciliados.

Son las personas jurídicas constituidas en el país las que deben incluir como rentas propias para el cálculo del impuesto, los beneficios de fuente extranjera, no pudiendo reconocerse la existencia de un patrimonio autónomo por el simple hecho que la determinación de la renta neta de fuente extranjera -en cabeza del contribuyente local- se lleve a cabo de manera cedular, por las razones antes señaladas.

Sin perjuicio de la conclusión anterior que descarta la teoría de la independencia restringida en el caso peruano y se adhiere a la del ente único, no puede negarse que resulta necesaria la revisión de la legislación nacional para analizar la conveniencia de incorporar un régimen de separación o independencia de la casa matriz domiciliada con sus establecimientos permanentes en el exterior, no sólo con la finalidad que el Perú se adecúe a la práctica internacional dada en esta materia y a lo previsto en los CDI suscritos con otros países, sino también para tratar de modo más equitativo y neutral las rentas generadas en el exterior por estas entidades, eliminándose así los problemas de doble imposición internacional.

Y es que el régimen de la separación parte de reconocer que los establecimientos permanentes en el exterior, en tanto centros de imputación de derechos y obligaciones, son contribuyentes domiciliados en el Estado en el que se encuentran ubicados (surgiendo así un conflicto de residencia vs. residencia para propósitos de la doble imposición internacional que debe eliminarse mediante el otorgamiento unilateral de créditos tributarios o mediante la celebración de CDI), por lo que es conveniente que se determine el impuesto a su cargo en el exterior y la renta de fuente extranjera que deberá sumarse a la de la casa matriz, en función de las actividades que realizan y el grado de riesgos, gastos y costos que asumen. En este punto hay coincidencia entre los ponentes.

Claro está que, de llegar a adoptarse un régimen de independencia absoluta, las transacciones entre casa matriz y establecimientos permanentes en el exterior producirían efectos tributarios como si se tratarán de operaciones con terceros, siendo aplicables además las normas de precios de transferencia que procuran que los resultados imputables a cada entidad se determinen conforme a principios arm's length. Asimismo, los resultados netos obtenidos por los establecimientos permanentes del exterior, deberían ser asignados a las respectivas casas matrices para que tributen como rentas de fuente extranjera con el respectivo reconocimiento de créditos tributarios indirectos o exenciones para evitar la doble imposición. Sobre este punto volveremos más adelante.

### **1.3. Tratamiento dado por la legislación comparada**

A continuación haremos una breve referencia al régimen legal aplicable en otros países a las relaciones entre casa matriz y sus establecimientos permanentes en el exterior:

- a) En Argentina, los sujetos residentes tributan por sus rentas de fuente mundial. Los establecimientos estables en el exterior se encuentran obligados a llevar contabilidad separada de su principal o casa matriz residente en la Argentina (acá existe una clara diferencia con el caso peruano), debiendo considerar a las transacciones que realicen entre ellas como efectuadas entre partes independientes conforme a principios arm's length (debiendo ajustarse a los valores de mercado que terceros hubieran pactado en operaciones comparables).

Pese a reconocerse al establecimiento permanente la condición de entidad independiente de su casa matriz para propósitos fiscales, la ley argentina establece que ésta debe considerar como propios los ingresos y rentas que aquéllos generen, incorporándolos como rentas de fuente extranjera o argentina según corresponda, lo que en opinión de Karina Montestruque resulta incongruente y sin utilidad práctica, pues no genera ningún beneficio el considerar al establecimiento permanente como ente independiente de su casa matriz y no reconocérsele personería para propósitos fiscales.

- b) En Colombia, por ficción, la casa matriz y sus establecimientos permanentes en el exterior son considerados como entes separados, aunque sólo para efectos de la aplicación de las normas de precios de transferencia. No obstante, la oficina principal domiciliada en Colombia es la que debe incluir como rentas de fuente extranjera los ingresos y ganancias obtenidos por su establecimiento permanente en el exterior, sumándose a los generados por aquélla (tributación como ente único).
- c) En Brasil las sociedades residentes no sólo consolidan las rentas obtenidas por sus sucursales y establecimientos permanentes en el exterior, sino también las de sus filiales o subsidiarias en proporción a la participación accionaria con la que cuenten. Por ello, las filiales del exterior deben llevar contabilidad separada de acuerdo con las leyes locales.

Las utilidades obtenidas por las filiales se adicionan a la renta de la casa matriz (no se tratan como dividendos), de modo que esta

última debe consolidar los ingresos, ganancias y gastos del capital colocado en el exterior para la determinación del Impuesto a la Renta de las personas jurídicas. Para ello son aplicables las normas de la legislación brasilera.

- d) En España el establecimiento permanente, en principio, no goza de personería independiente a la de su casa matriz, no habiéndose asumido el criterio de entidad separada. Por tanto, los resultados entre la casa matriz y sus establecimientos permanentes no tienen relevancia.

A pesar de ello, la normativa española considera la posibilidad de efectuar ajustes por aplicación de las normas de precios de transferencia a las operaciones de entidades españolas y sus establecimientos en el exterior, siempre que ello hubiera generado una tributación en España inferior a la que se hubiera derivado de una transacción a valor de mercado.

Al parecer, la aplicación de los referidos ajustes al valor de las operaciones sólo genera diferencias temporales en la determinación y pago del Impuesto a la Renta por la casa matriz, pues, en definitiva, ésta tiene que consolidar como rentas de fuente extranjera los beneficios o utilidades obtenidos por el establecimiento permanente en el exterior. Así pues, la renta extranjera imputable al establecimiento permanente (determinada conforme a la legislación española) se suma a la de la casa matriz.

El común denominador en los países antes mencionados es que las rentas de los establecimientos permanentes en el exterior se suman a las de la casa matriz bajo el carácter de renta de fuente extranjera, siendo aplicables las normas de precios de transferencia para efectuar ajustes en el valor de las “transacciones” realizadas entre ellos en aquellos casos en que la legislación doméstica ha optado por el sistema de contabilidad separada de tales entidades.

En estos países se entrecruzan modelos tradicionales de imposición a las rentas de fuente extranjera (incluyendo las obtenidas por establecimientos permanentes en el exterior), con los nuevos enfoques del derecho tributario internacional que reconocen determinado grado de independencia a tales entes para propósitos tributarios, los cuales han sido adoptados únicamente para la aplicación de las normas de precios de transferencia, implantadas en algunos casos como “islas” en las respectivas disposiciones del Impuesto a la Renta.

Los parches o implantaciones parciales de normas provenientes de los países desarrollados sin una adecuación o reforma integral de las estructuras que rigen la imposición a la renta, sólo generan incertidumbre jurídica y pueden producir efectos no deseados, como ocurre en el caso del Perú con la inserción de la calificación de “partes vinculadas” de la casa matriz con sus establecimientos permanentes del exterior.

En dicho contexto internacional, es necesario que nuestros países tomen conciencia de esa problemática y procuren adecuar los modelos fiscales importados a sus propias realidades económicas y jurídicas. El primero que logre solucionarla dará un decidido salto hacia el desarrollo en materia tributaria, atraerá mayores capitales extranjeros, mejorará su competitividad y otorgará un trato equitativo al capital local eliminando barreras fiscales que impiden su expansión a otros mercados.

#### **1.4. El nuevo enfoque de la OCDE a la atribución de resultados por los establecimientos permanentes**

Reconociendo que existían diferentes interpretaciones respecto del artículo 7º del Modelo del Convenio de la OCDE para evitar la doble imposición internacional, (referido a los beneficios empresariales y a la potestad tributaria de los Estados contratantes para gravar dichas rentas cuando sean obtenidas por un establecimiento permanente), esta entidad ha adoptado recientemente un nuevo enfoque sobre sus alcances, lo que ha originado una modificación de su texto y de los comentarios aplicables.

No es propósito de esta relatoría analizar las modificaciones ni el nuevo texto del artículo 7º del Modelo de Convenio OCDE. Lo que debe destacarse, siguiendo la línea de algunos de los ponentes, es el concepto de “empresa funcionalmente separada” recogido en esta nueva versión, por incidir en la naturaleza de la relación entre el establecimiento permanente y su respectiva casa matriz que es objeto de estudio en estas Jornadas.

Bajo este nuevo enfoque, el establecimiento permanente es considerado como una entidad funcionalmente distinta y separada de su casa matriz, lo que supone la asignación a aquél de los riesgos, activos, capital y personal vinculado con su actividad empresarial bajo diversos criterios, así como la identificación de los acuerdos relevantes entre ellas, todo lo cual debe estar regido por el principio de libre competencia.

El principio de “empresa funcionalmente separada” debe ser aplicado por los dos Estados contratantes (tanto el de la fuente como el de la re-

sidencia) para determinar los beneficios imputables al establecimiento permanente y para establecer las rentas a las que se les aplicará los métodos para eliminar la doble imposición.

El nuevo enfoque adoptado por la OCDE parte de reconocer que la casa matriz y su establecimiento permanente en el exterior constituyen un ente único (por lo que las rentas obtenidas por este último también serán gravadas por la primera) pero que, para la determinación de los beneficios empresariales que resultarán incididos en el Estado de la fuente y respecto de los cuales el Estado de la residencia aplicará los mecanismos para evitar la doble imposición, deben ser tratados como entes separados a los cuales debe atribuirse los activos, riesgos, capital y acuerdos relevantes conforme principios de libre concurrencia.

Nuestra legislación debería recoger un tratamiento que guarde armonía con el establecido por la OCDE a ser utilizado en los futuros CDI que celebre el Perú, con el fin de gravar con neutralidad las rentas de fuente extranjera provenientes de establecimientos permanentes en el exterior y así evitar los problemas de doble imposición que constituyen una barrera a las empresas peruanas para ampliar sus mercados en el extranjero.

## **2. TRATAMIENTO DE LOS CRÉDITOS POR IMPUESTO A LA RENTA ABONADO EN EL EXTERIOR**

Como medida unilateral para evitar la doble imposición internacional, el artículo 88° de la LIR otorga un crédito deducible por los impuestos a la renta pagados en el exterior por rentas de fuente extranjera. Según esta norma:

*“Los contribuyentes obligados o no a presentar las declaraciones a las que se refiere el artículo 79°, deducirán de su impuesto los siguientes conceptos:*

*(...)*

- e) Los impuestos a la renta abonados en el exterior por las rentas de fuente extranjera gravadas por esta Ley, siempre que no excedan del importe que resulte de aplicar la tasa media del contribuyente a las rentas obtenidas en el extranjero, ni el impuesto efectivamente pagado en el exterior. El importe que por cualquier circunstancia no se utilice en el ejercicio gravable, no podrá compensarse en otros ejercicios ni dará derecho a devolución alguna”.*

El artículo 52° del Reglamento de la LIR precisa que:

*“d) Para efecto de lo dispuesto en el inciso e) del Artículo 88° de la Ley, por tasa media se entenderá el porcentaje que resulte de relacionar el Impuesto determinado con la renta neta del trabajo más la renta neta de fuente extranjera, o con la renta neta de la tercera categoría más la renta neta de fuente extranjera, según corresponda de acuerdo con lo establecido en el artículo 29°-A, sin tener en cuenta la deducción que autoriza el artículo 46° de la misma. De existir pérdidas de ejercicios anteriores éstas no se restarán de la renta neta”.*

Por su parte, el artículo 58° de la norma reglamentaria indica que:

*“Para efecto del crédito por Impuesto a la Renta abonado en el exterior, a que se refiere el inciso e) del Artículo 88° de la Ley, se tendrá en cuenta lo siguiente:*

- 1. El crédito se concederá por todo impuesto abonado en el exterior que incida sobre las rentas consideradas como gravadas por la Ley;*
- 2. Los importes pagados en el extranjero, cualquiera fuese su denominación, deben reunir las características propias de la imposición a la renta; y,*
- 3. El crédito solo procederá cuando se acredite el pago del Impuesto a la Renta en el extranjero con documento fehaciente”.*

En principio, el “tax credit” otorgado por la legislación peruana adopta el método de imputación ordinaria, dado que el cálculo del límite para su deducción se efectúa mediante el mecanismo de “overall limitation”, es decir que el crédito pagado en el extranjero se considera de forma global sin tener en cuenta los distintos países donde los impuestos fueron abonados.

Sin embargo, tal y como ha sido regulado el crédito en nuestra legislación, se generan básicamente tres problemas técnicos que reducen o limitan el propósito perseguido de atenuar la doble imposición: i) sólo se admite la deducción de créditos directos impidiéndose la de los indirectos, con lo cual no se soluciona la doble imposición económica; ii) no se admite el arrastre de los créditos no utilizados a ejercicios posteriores ni se ha previsto mecanismos de devolución o compensación; y, iii) existen limitaciones de carácter temporal en cuanto a la oportunidad de la aplicación del crédito que pueden ocasionar que no coincida el ejercicio en que se efectúe la deducción con el periodo en el que la

casa matriz debe reconocer la renta de fuente extranjera.

En cuanto al primer aspecto, Roberto Cores señala que *“a efectos que la persona jurídica constituida en el Perú pueda utilizar como crédito el impuesto pagado por una persona jurídica distinta (subsidiaria constituida en el extranjero), resulta necesaria la dación de una norma que expresamente autorice ello (...) en consecuencia, consideramos que el régimen tributario actualmente vigente no permite utilizar el crédito indirecto; esto es, no permite que los impuestos pagados por la subsidiaria sean utilizados como crédito por la matriz. A su vez, ello nos permite concluir que la Ley del Impuesto a la Renta y su Reglamento establecen la posibilidad de utilizar el mecanismo de crédito directo únicamente”*.<sup>46</sup>

Coincido con el ponente cuando concluye que la situación descrita genera un alto costo tributario para las inversiones peruanas en el exterior que desalientan la repatriación de las utilidades o dividendos a nuestro país, especialmente cuando el Estado de residencia de la subsidiaria establece un impuesto corporativo alto para ésta y no somete a imposición el reparto de dividendos, pues en ese supuesto, tales utilidades deberán tributar en el Perú como renta de fuente extranjera sin derecho a la deducción de crédito alguno por los impuestos pagados por la subsidiaria, por no tratarse de un tributo que haya gravado los dividendos obtenidos por la casa matriz.

En la misma línea, Sergio Gálvez considera que la legislación vigente en el Perú no admite la deducción del crédito indirecto por impuestos a la renta abonados por la subsidiaria en el exterior, toda vez que la renta obtenida por la casa matriz en el Perú es de naturaleza distinta a la percibida por el EP (dividendos). Por ello concluye que *“estos dividendos (ingresos) que ya tributaron en país de origen, volverán a tributar en nuestro país. Entonces, volvemos a la problemática antes comentada, una empresa peruana que exporta capitales no ve competitivo este asunto y buscará deslocalizar su matriz de las inversiones en el exterior (...) Para esto, con el objeto de trascender el problema, el tratamiento aplicable no debería ser el de un crédito directo, sino podría aplicarse un método de exención, aunque sea parcial, para el caso de las subsidiarias”*.<sup>47</sup>

Comparto la posición de los ponentes en el sentido que para combatir

---

<sup>46</sup> CORES, Roberto; Op. Cit. Págs. 110 y 111.

<sup>47</sup> GALVEZ, Sergio; Op. Cit. Pág. 252.

eficazmente la doble imposición económica a nivel internacional, es necesario que el Perú admita la deducción del crédito indirecto abonado por la subsidiaria en el exterior y, a su vez, el pagado en el extranjero por las filiales de esta última o establezca una exención del impuesto para los dividendos provenientes del extranjero. De ambos métodos el primero es el más recomendable, toda vez que evita la doble imposición, en aquellos casos en que el país de la fuente otorgara exoneraciones a la subsidiaria o tuviera tasas impositivas bajas.

Lo que no puede ocurrir es que, por un lado, se graven los dividendos como renta de fuente extranjera (esto es con la tasa de 30% cuando son percibidos por personas jurídicas o con la escala de 15%, 21% y 30% para personas naturales) y paralelamente no se admita la deducción como crédito del impuesto abonado por la subsidiaria del exterior, ya que desde un punto de vista económico, una misma renta se grava en dos oportunidades y probablemente con tasas excesivamente elevadas que hacen inviable cualquier repatriación de utilidades.

Cabe señalar que en el derecho comparado la mayoría de países admite la deducción de créditos indirectos o, en su defecto, establecen una exención de las rentas obtenidas en el extranjero.

Este es el caso de España que por un lado dispone la exención de determinadas rentas generadas en el exterior por un establecimiento permanente y, de otro, otorga la posibilidad de deducir el importe del impuesto subyacente pagado en el extranjero tanto por la sociedad filial (primer nivel) como por las sociedades participadas (segundo nivel) y por las sociedades participadas directamente por aquéllas (tercer nivel) y así sucesivamente en ulteriores niveles, siempre en la parte imputable a los beneficios distribuidos por la filial y que las correspondientes participaciones directas sean al menos del 5%.

En Argentina se admite la deducción de créditos indirectos aunque con algunas limitaciones en cuanto a la cantidad de niveles y al porcentaje de tenencia; igualmente en Colombia se permite este tipo de crédito calculado bajo un método objetivo, esto es, multiplicando el dividendo recibido por la tasa de tributación en el país de la fuente aplicable a las utilidades de la filial. Únicamente en el Brasil no existen disposiciones que admitan la deducción de créditos indirectos, pero ello obedece a que, al consolidar la casa matriz los resultados obtenidos por sus subsidiarias en el exterior (como si fueran rentas propias), sólo corresponde deducir el crédito directo por existir identidad en el sujeto obligado al pago del impuesto en el extranjero.

Ahora bien, según lo previsto en el artículo 88° de la LIR, para que se admita el crédito directo por impuesto abonado en el exterior, el tributo debe incidir sobre rentas de fuente extranjera. Si el impuesto recaera sobre rentas consideradas por la LIR de fuente peruana, el tributo pagado en el exterior no podría ser acreditado como crédito, produciéndose así un conflicto fuente vs. fuente que, como bien señala Roberto Cores, sólo puede ser solucionado mediante la celebración de convenios para evitar la doble imposición. Claro está que en esos casos, el impuesto que no puede aplicarse como crédito, ya sea por incidir en rentas calificadas por la legislación nacional de fuente peruana o por exceder el límite cuantitativo establecido en la LIR (tasa media), es deducible como gasto para la determinación de la renta neta de fuente peruana o extranjera, respectivamente, por tratarse de egresos necesarios para generarla que cumplen con el principio de causalidad (no siendo aplicable la restricción del inciso b) del artículo 44° de la LIR, ya que es posible sostener que esta norma sólo se refiere al Impuesto a la Renta peruano).

Roberto Cores también hace un interesante análisis sobre la naturaleza que debe tener el impuesto pagado en el exterior para que sea deducible como crédito.

Tal como lo señala el artículo 58° del Reglamento de la LIR, los impuestos pagados en el extranjero, con independencia de su denominación, deben reunir las características propias de la imposición a la renta para que puedan admitirse como crédito, lo que significa que deben incidir sobre la renta neta, esto es aplicarse luego de haber deducido de los ingresos gravables los gastos y costos correspondientes. En tal sentido, cabe preguntarse si aquellos impuestos que son calculados en el exterior sobre renta bruta vía retención en la fuente resultan deducibles como crédito en el Perú, ya que podría sostenerse que no habrían sido determinados sobre renta neta.

Si bien no existe norma alguna que aclare esta incertidumbre ni pronunciamiento del Tribunal Fiscal al respecto, puede sostenerse que para la determinación de la naturaleza del tributo pagado en el extranjero, debe atenderse a si potencialmente y por su estructura predominante está destinado a gravar los resultados netos de los contribuyentes, aún si en su aplicación al caso específico por el que se invoca el crédito haya operado como un gravamen sobre el ingreso bruto.

Sobre la imposibilidad de arrastrar los créditos no deducidos en un ejercicio, conviene citar a Alvaro Arbulú quien señala lo siguiente:

*“Ahora bien, si actualmente el Perú se encuentra inmerso en un auge económico y está combatiendo (al parecer) de manera airosa la crisis mundial, producto de la caída del sistema estadounidense, y que la mayoría de empresas peruanas siguen fortaleciéndose, resulta lamentable que nuestra medida unilateral no haya prácticamente cambiado en los últimos 30 años, debido a que una mejor regulación del crédito por renta de fuente extranjera, y tal vez un cambio de sistema produciría mayores inversiones de empresas peruanas en el exterior y probablemente atraería a más inversionistas de capitales extranjeros”.*

*“En ese contexto, es evidente que las limitaciones establecidas por nuestra norma impositiva estarían generando una doble imposición al impedir que el remanente del impuesto pagado en el extranjero y no aplicado contra el IR en Perú no se pueda ni compensar en ejercicios futuros ni solicitar su devolución: generando de esta forma una doble afectación a una misma renta, tanto por el país de la fuente como por el país de residencia o domicilio”.*<sup>48</sup>

Coincidiendo con dicho autor, es conveniente que el Perú evalúe la posibilidad de establecer mecanismos de arrastre, compensación o restitución de los impuestos pagados en el exterior que no resulten deducibles como crédito, como lo hacen otras legislaciones más avanzadas, aunque debe admitirse que ello es poco usual en países en vías de desarrollo.

En esta misma línea, Tadeo Caballero concluye en su ponencia que *“sería muy conveniente contar en nuestra normatividad con medidas que permitan la repatriación de capitales y que los inversionistas peruanos puedan deducir los créditos del impuesto a la renta abonados en el exterior (...) Pero en la actualidad, nuestra normatividad sólo reconoce al crédito directo no admitiendo los créditos indirectos, los cuales a nuestro entender deberían ser incorporados en la legislación”* agregando que *“a la luz de la legislación de los países latinoamericanos que hemos examinado en el presente trabajo, podemos manifestar que es necesario establecer disposiciones que permitan una adecuada deducción de los créditos desde un punto de vista temporal, permitiendo compensar en el Perú el saldo pagado en exceso en el (los) país(es) de la fuente, en los ejercicios siguientes estableciéndose un período razonable”.*<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> ARBULU, Alvaro; *“Nacimiento y Naturaleza del Crédito por Renta de Fuente Extranjera en el Perú”*; en Revista *Advocatus* N° 20; Págs. 337-338.

<sup>49</sup> CABALLERO, Tadeo; Op. Cit. Pág. 106.

Adicionalmente, sobre dichas limitaciones de carácter temporal, dado que las normas del Impuesto a la Renta exigen que el crédito directo se deduzca cuando se haya acreditado el pago en el extranjero con documento fehaciente, cabe preguntarse qué es lo que sucede cuando la liquidación del tributo en el exterior no coincide con el ejercicio en que el contribuyente domiciliado reconoce la renta.

Como afirma Roberto Cores, puede ocurrir que el período en que se reconozca la renta en el Perú no coincida con el ejercicio en el que el impuesto es pagado.

Considerando que la propia LIR establece que el crédito no utilizado en el ejercicio gravable no es compensable en otros períodos, resulta necesario que se precise el alcance de este requisito para no perjudicar al contribuyente por una situación que le es ajena, ya que dependerá del fisco extranjero fijar la oportunidad del pago del impuesto. Coincido por tanto con Roberto Cores en que debería establecerse que el crédito por Impuesto a la Renta pagado en el exterior debe utilizarse en el mismo ejercicio en que se reconoce la renta, siempre que sea pagado conforme a la legislación extranjera dentro del plazo para presentar la declaración jurada en el Perú. De lo contrario, debería diferirse el reconocimiento de la renta de fuente extranjera al período en el que se pague el impuesto foráneo, ya sea de manera directa o por medio de la retención.

### **3. DEDUCCIÓN DE PÉRDIDAS DE FUENTE EXTRANJERA**

La imposición a la renta mundial que recoge la LIR, no sólo nos lleva a considerar que los sujetos domiciliados en el país, con excepción de las sucursales, agencias o establecimientos permanentes en el país de sujetos no domiciliados, tengan que tributar por sus rentas de fuente extranjera, sino que genera en automático la necesidad de establecer qué es lo que sucede si sufren pérdidas por sus actividades e inversiones foráneas.

Para absolver tal interrogante, debe analizarse en primer lugar si la LIR permite la compensación de las pérdidas de fuente extranjera y cuáles son sus limitaciones y, en segundo lugar, si es posible su arrastre a ejercicios siguientes.

#### **3.1. Compensación de pérdidas**

Fernando Núñez en su ponencia individual analiza la limitación que contiene el artículo 51° de la LIR, al permitir únicamente la compensación de las pérdidas de fuente extranjera contra las rentas de la

misma fuente, impidiendo su deducción de los beneficios obtenidos localmente. Asimismo, compara el régimen peruano con el tratamiento de las pérdidas de fuente extranjera dado a nivel internacional.

El ponente señala que, en principio, el inversionista no debería verse influido por los sistemas fiscales al momento de tomar la decisión de inversión y citando a Vogel señala que *“se verifica la neutralidad en la exportación de capital cuando la decisión de invertir en el territorio nacional o en el exterior, y eventualmente en cuál, no es influida por las leyes tributarias”*. Asimismo, resalta que los flujos de capital deberían ir desde un país a otro hasta igualar la tasa de rentabilidad antes del pago de impuestos en ambos Estados, con lo que se obtendría una eficiente asignación a la inversión entre países.<sup>50</sup>

Coincido, por tanto, con lo afirmado por el ponente cuando señala que la limitación impuesta por el artículo 51° de la LIR respecto de la compensación de pérdidas, no sólo afecta la neutralidad en la exportación de capitales, sino que genera un sobrecosto impositivo que podría desincentivar las inversiones de empresas peruanas en el exterior.

Mas aún, Fernando Núñez hace notar que la restricción de la compensación de pérdidas que impone actualmente nuestra legislación, no distingue si proviene de una sucursal o establecimiento permanente o de una subsidiaria, toda vez que se brinda idéntico tratamiento a las pérdidas que se generan por una misma entidad (sucursal, agencia o establecimiento permanente con relación a su casa matriz) o por entidades jurídicamente diferentes (subsidiarias del exterior), lo que vulnera el principio de neutralidad.

En el primer caso (pérdidas directas) no existe ninguna razón económica ni jurídica que impida su compensación automática con las rentas de fuente local, ya que ello es consustancial a la decisión de gravar la renta mundial. Es inequitativo en consecuencia y vulnera el principio de capacidad contributiva, considerar los resultados del exterior sólo cuando son positivos y negar la posibilidad de compensarlos cuando son negativos. En todo caso, corresponderá al Estado de la residencia establecer los requisitos y mecanismos para verificar la real ocurrencia de las pérdidas de fuente extranjera y determinar su importe, pero las limitaciones de la capacidad fiscalizadora de la Administración no pueden conllevar la negación del derecho a compensarlas, lo cual sólo podría admitirse tratándose de detrimentos sufridos en países o territorios de baja o nula imposición, precisamente por la difi-

---

<sup>50</sup> NUÑEZ, Fernando; Op. Cit. Pág. 380.

cultad que ofrecen de proporcionar información.

En lo que respecta a la compensación de las pérdidas indirectas (sufridas por subsidiarias en el exterior), la doctrina internacional la admite condicionada a ciertos mecanismos que aseguren que las pérdidas no sean deducidas doblemente en el país de la fuente y en el de la residencia, por ejemplo el de recaptura de las mismas.

Fernando Núñez ilustra de manera muy didáctica el mecanismo de recaptura de las pérdidas en el siguiente cuadro que reproducimos de su ponencia:

	<b>Subsidiaria</b>	<b>Casa Matriz</b>
<b><u>Primer año:</u></b>		
Renta de fuente local		800.00
Pérdida de fuente extranjera	(300.00)	(300.00)
Renta de fuente mundial		500.00
Tasa del IR 30%		
Impuesto Pagado	X	150.00
<b><u>Segundo Año:</u></b>		
Renta de fuente local		600.00
Renta de fuente extranjera	400.00	400.00
Menos: Pérdida de fuente extranjera del año anterior	(300.00)	
Renta neta de fuente extranjera	100.00	
Tasa del IR 35%		
Impuesto Pagado	35.00	
Rentas de fuente mundial		1,000.00
Tasa del IR 30%		
Impuesto Determinado		300.00
Crédito por renta de fuente extranjera		(35.00)
Impuesto a Pagar		265.00

En cuanto al tratamiento de las pérdidas de fuente extranjera a nivel internacional, Fernando Núñez señala que la mayoría de los países que forman parte de la Comunidad Europea aceptan la compensación de pérdidas que hubieran generado sucursales o establecimientos permanentes en el exterior, mientras que en el caso de pérdidas provenientes de subsidiarias en el extranjero, como regla general no está permitida la compensación de las mismas.<sup>51</sup>

<sup>51</sup> NUÑEZ, Fernando; Op. Cit. Pág. 387.

Sin embargo, es relevante citar la referencia que hace el ponente acerca de la propuesta de Directiva elaborada por la Comisión Europea para establecer un tratamiento uniforme para las pérdidas de fuente extranjera.

Según dicha propuesta, no sólo procedería la imputación “automática” de pérdidas provenientes de sucursales o establecimientos permanentes en el exterior, sino que sería factible la compensación de pérdidas dentro de un grupo económico (quebrantos sufridos por las subsidiarias). Para ello, la propuesta de Directiva considera tres alternativas: (i) la transferencia definitiva que implica un sistema de deducción inmediata sin mecanismos de recaptura; (ii) la transferencia temporal de pérdidas que significa que los detrimentos que hayan sido deducidos a nivel de la casa matriz serán objeto de recaptura una vez que la subsidiaria haya obtenido utilidades; y, (iii) la tributación en el período corriente de los resultados que tiene como premisa la consolidación fiscal a nivel internacional, siendo que las rentas o pérdidas de una o más subsidiarias se contabilizan a nivel de la casa matriz.<sup>52</sup>

En lo que respecta al tratamiento dado por otras jurisdicciones a la compensación de las pérdidas de fuente extranjera, cabe señalar que Argentina no admite su deducción contra rentas de fuente local, mientras que Colombia sí lo permite en la medida que hayan sido sufridas por sucursales en el exterior (compensación automática), aunque establece ciertas limitaciones por razones de control.

Como conclusión de todo lo dicho en este punto, resulta conveniente proponer la eliminación de la limitación contenida en el artículo 51° de la LIR que impide la compensación de las pérdidas de fuente extranjera con las rentas de fuente local, por lo menos en lo que respecta a las pérdidas sufridas directamente por los contribuyentes domiciliados (incluidas las de sus sucursales y demás establecimientos permanentes en el exterior).

De eliminarse la referida limitación, resultaría necesario regular la oportunidad en que tales pérdidas deben ser atribuidas a nivel de la casa matriz, así como establecer el marco legal conforme al cual se deben determinar. Con relación a éste último aspecto, Fernando Núñez sugiere que se debería tomar como referencia el importe declarado en el exterior y efectuar un recálculo conforme a la legislación peruana, siendo de cargo de los contribuyentes locales preparar y sustentar di-

---

<sup>52</sup> NÚÑEZ, Fernando; Op. Cit. Págs. 390 y 391.

cha conciliación, así como la determinación de la pérdida de fuente extranjera.

### 3.2. Arrastre de pérdidas

El otro aspecto que suscita controversia respecto de las pérdidas de fuente extranjera, es el referido a la posibilidad de su arrastre, toda vez que dicho supuesto no cuenta con una regulación expresa en la LIR.

En efecto, surge la interrogante si tales pérdidas se deben aplicar en el ejercicio en que se generen sin posibilidad de arrastre o, de lo contrario, si pueden deducirse en un plazo determinado o en forma indefinida.

Se trata de un tema controvertido que pone en evidencia el conflicto existente entre el derecho que tiene toda sociedad de deducir las pérdidas que pudiera sufrir a fin que el Impuesto a la Renta grave únicamente la utilidad real (perspectiva económica) y la necesidad de regular su aplicación en un período de tiempo determinado que permita el control por parte de la Administración Tributaria y el resguardo del interés fiscal (perspectiva jurídica).

Sobre el particular, el profesor Aage Michelsen afirma lo siguiente:

*“Desde un punto de vista puramente económico una compañía debería tener la posibilidad ilimitada al recálculo del impuesto pagado en ejercicios pasados o al arrastre de las pérdidas a fin de evitar que surja la obligación de pagar el impuesto sobre una renta mayor a la efectivamente obtenida durante toda su existencia.*

*Debe entenderse que la división de las actividades empresariales en contabilidades separadas y en períodos tributarios obedece a requerimientos fiscales y legales, pero constituye una interpretación forzada desde un punto de vista económico de los negocios.*

*Desde un punto de vista económico una compañía puede sufrir pérdidas aún si se generan en una entidad separada legalmente con la que integra un mismo grupo (...) lo cual también resulta aplicable para un grupo de compañías residentes en más de un país.*

*Si el problema relacionado con el recálculo del impuesto pagado en ejercicios pasados o el arrastre de las pérdidas es visto des-*

*de un punto de vista legal, un número de consideraciones opuestas entran a tallar. Un acceso ilimitado al recálculo podría generar una serie de problemas administrativos. Y un acceso ilimitado al arrastre, e.g. en caso de un cambio de titularidad, originaría un número de cuestionamientos relacionados con el uso abusivo de compañías con pérdidas”.*<sup>53</sup>

En el caso peruano, ante el vacío legal existente, cabe preguntarse -como premisa para resolver la interrogante en cuestión- si el derecho al arrastre de las pérdidas es una concesión de la ley que no existe si ella no lo determina (requisito constitutivo del derecho) o si, por el contrario, es consustancial a la naturaleza de la imposición sobre la renta y, en definitiva, al respeto de la capacidad contributiva del sujeto; de modo que las pérdidas pueden arrastrarse indefinidamente aún si la ley no lo establece (de hacerlo sólo lo efectuaría en forma declarativa), salvo en aquellos casos en que la ley establece limitaciones de carácter temporal.

Quienes defienden la primera tesis se basan en el principio de periodicidad de la renta, que implica que ésta se determina en períodos anuales independientes entre sí, como si se trataran de compartimientos estancos, por lo que, jurídicamente, la renta o la pérdida se configuran en el curso de un ejercicio, arrojando un resultado final que puede dar lugar o no a la aplicación del gravamen. Pero ese resultado no puede extrapolarse a futuros ejercicios (“carryforward”) ni a períodos pasados (“carryback”), salvo que existiera norma legal que así lo estableciera. En consecuencia, para los defensores de esta posición, el arrastre de la pérdida debe estar previsto en la ley; de lo contrario, los resultados negativos de un ejercicio no pueden trasladarse a ejercicios futuros ni pasados por haber sido ya liquidados.

Por su parte, quienes se amparan en la perspectiva económica de gravar en definitiva la renta real del contribuyente, consideran que no es necesario que la ley reconozca el derecho al arrastre de las pérdidas, pues ello es consustancial a la naturaleza del impuesto. En tal sentido, los plazos máximos de arrastre de las pérdidas o límites temporales para su aplicación, constituyen restricciones de la ley para el ejercicio del derecho, de modo que de no existir éstos, es posible arrastrar las pérdidas de manera indefinida hasta su total agotamiento con el único límite de la liquidación de la sociedad.

---

<sup>53</sup> MICHELSEN, Aage; General Report “Tax Treatment of Corporate Losses”; (52th Congress of the International Fiscal Association; London 1998); en Cahiers de droit fiscal international; IFA; vol. LXXXIIIa (traducción libre del inglés).

La doctrina y la legislación comparadas se inclinan por la primera tesis. Al no existir disposiciones en la LIR que otorguen la posibilidad de arrastrar las pérdidas de fuente extranjera, puede concluirse que ello no es posible y, por tanto, no pueden amortizarse contra beneficios futuros de la misma fuente.

Sin embargo, recurriendo una vez más a la legislación comparada, cabe señalar que dicho tratamiento resulta contrario a los principios de equidad y eficacia para la imposición de las rentas de fuente extranjera, por lo que es necesario que se incorporen disposiciones en la LIR que permitan el arrastre de las pérdidas de fuente extranjera a ejercicios posteriores a fin que puedan compensarse ya sea contra rentas locales o foráneas, por lo menos durante un período no menor de cinco años que es el que generalmente se otorga en otros países (Argentina, España, etc.). No obstante, cabe indicar que existen otros Estados que permiten su arrastre en forma indefinida (como es el caso de Colombia que, con ciertas restricciones, admite la aplicación de las pérdidas sufridas por sucursales en el exterior sin límite de tiempo alguno).

#### **4. EL TRATAMIENTO DE LOS DIVIDENDOS PROVENIENTES DEL EXTERIOR: ENTRE LA EXENCIÓN O LA ADMISIÓN DEL CRÉDITO INDIRECTO PARA ELIMINAR LA DOBLE IMPOSICIÓN ECONÓMICA**

Como se indicó precedentemente, si bien la normativa peruana admite la deducción del crédito por el impuesto que haya gravado los dividendos en el exterior, no se menciona nada en cuanto a la posibilidad de acreditar el impuesto que la empresa subsidiaria haya pagado en el extranjero por las utilidades que son materia de distribución. En ese sentido, la carga fiscal resulta sumamente elevada para el beneficiario domiciliado.

Surge la necesidad de establecer en la normativa peruana, métodos que permitan evitar o disminuir la excesiva carga fiscal que recae sobre los beneficiarios de dividendos provenientes de entidades del exterior. Dichos métodos, claro está, deben ir más allá del mero crédito directo por impuesto pagado en el exterior, el cual, para el caso de dividendos distribuidos por entidades no domiciliadas, no es efectivo para disminuir la carga impositiva de los beneficiarios domiciliados, puesto que no son éstos los que ejecutan las actividades generadoras de beneficios en el exterior ni los que pagan el impuesto corporativo de cargo de la subsidiaria. Dicha circunstancia determina que los beneficiarios domiciliados de los dividendos no tengan derecho a un crédito por el impuesto que la subsidiaria en el extranjero haya pagado en el exte-

rior por los beneficios recibidos.

Como se analizó en el punto 2 de esta sección, un mecanismo efectivo para contrarrestar el problema antes señalado ha sido denominado por algunas legislaciones como “crédito por impuesto subyacente”, “crédito indirecto” o “foreing indirect tax credit”.

Al respecto, la doctrina colombiana señala que:

*“Los contribuyentes de nacionalidad colombiana, sean personas jurídicas o naturales, tienen derecho a descontar del Impuesto de Renta en Colombia, el impuesto pagado en el exterior sobre la renta que sea gravada en el país, sin exceder el monto del impuesto colombiano sobre tales rentas.*

*En el caso de dividendos provenientes de países con los cuales exista convenio de integración (en este momento con los países de la Comunidad Andina de Naciones), se puede descontar el resultado de aplicar a dichos dividendos la tarifa aplicada en el país extranjero sobre las utilidades de la sociedad que reparte el dividendo, sin perjuicio de descontar también el impuesto pagado en el exterior sobre el dividendo recibido, si fuere el caso. El total de estos descuentos no puede sobrepasar el impuesto colombiano sobre los dividendos”.*<sup>54</sup>

En el mismo sentido, la doctrina española establece, que:

*“El artículo 32º TR. LIS tiene como objeto evitar la doble imposición económica internacional que se produce cuando una sociedad residente en España obtiene un dividendo o una plusvalía procedente de la participación en una no residente, en la medida en que el beneficio del que procede el dividendo o la plusvalía tributó en la sociedad no residente por un impuesto análogo al de sociedades, y ulteriormente es también gravado cuando es recibido en forma de dividendo o plusvalía por la sociedad residente.*

*El legislador de sociedades establece para aliviar la doble imposición económica un método de imputación limitada (o deducción del impuesto subyacente -Underlying tax credit-). Según*

---

<sup>54</sup> BRAVO, Juan; *“Derecho Tributario: Escritos y Reflexiones”*. Primera Edición. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario 2008; Pág. 269.

*este régimen, se permite al sujeto pasivo (entidad matriz) deducirse el impuesto pagado en el extranjero por la sociedad filial respecto de los beneficios con cargo a los cuales se abonan los dividendos, pero sólo hasta el límite de lo que hubiera correspondido pagar en España.*

*Nótese que cuando una sociedad residente percibe dividendos o participaciones en beneficios procedentes de otra no residente se producirá una doble imposición económica internacional, debido a que los beneficios con cargo a los cuales se distribuyen los dividendos se someten a gravamen en un principio en el extranjero, y nuevamente se gravan en España por la entidad residente al tributar por la llamada renta mundial. Con buen criterio, el artículo 32º TR. LIS permite deducir a la sociedad perceptora del dividendo, el impuesto pagado por la sociedad no residente pagadora del mismo.*

*En todo caso, resulta necesario para poder practicarse la deducción que los dividendos formen parte de la base imponible del sujeto pasivo residente en España por su importe íntegro, por lo que habrá que adicionar al importe percibido lo pagado en el extranjero por la entidad no residente correspondiente a la parte de los beneficios de la que deriven los dividendos. Igualmente se exige que la participación en el capital de la sociedad no residente sea de al menos un 5 por 100, directa o indirectamente, poseída ininterrumpidamente durante el año anterior al día en que sea exigible el dividendo.*

*Por último, esta deducción resulta compatible con la deducción por doble imposición jurídica recogida en el art. 31 TR. LIS, si la sociedad matriz ha estado sujeta a un impuesto extranjero con ocasión de la distribución del dividendo (v.gr. en cuanto que le haya sido retenido un importe en el momento de dicha distribución). No obstante, las dos deducciones (arts. 32º y 31º TR. LIS) tienen un límite conjunto: el importe de la suma de ambas no puede exceder de la cuota íntegra que en España correspondería pagar por estas rentas si se hubieran obtenido en territorio español”.<sup>55</sup>*

Orlando Marchesi, ponente individual de este tema, señala que “la

---

<sup>55</sup> CHICO DE LA CÁMARA, Pablo; “Impuesto sobre sociedades”. Segunda Edición. Madrid: Editorial Dykinson, 2005, Págs. 124 - 125.

*renta generada por una entidad constituida en el exterior por un sujeto domiciliado en nuestro país se ha visto sujeta a tributación múltiple, al encontrarse afecta al Impuesto a la Renta y al impuesto a los dividendos en el exterior, así como al Impuesto a la Renta peruano. Es necesario señalar, no obstante, que para que la afectación de dicha renta tenga lugar en nuestro país resultará necesario que desde el exterior se tome el acuerdo de distribución a favor del accionista domiciliado en Perú, ya que, conforme a las reglas que rigen el Impuesto a la Renta peruano, la renta de fuente extranjera se grava en el periodo en que se perciba, salvo que provenga de la explotación de un negocio o empresa en el exterior, en cuyo caso rige el principio de lo devengado.<sup>56</sup> Es evidente que, tratándose de una renta pasiva como es el caso de los dividendos, únicamente nos encontraríamos ante una renta imputable en el ejercicio de su percepción.”<sup>57</sup>*

Añade el ponente que el sujeto domiciliado únicamente podrá compensar en el Perú el impuesto pagado en el exterior que grava la distribución de dividendos, mas no así el impuesto que grava los resultados de la actividad empresarial de la subsidiaria extranjera.

De esta manera, la obtención de dividendos provenientes de subsidiarias del exterior está sujeta a una doble imposición económica ya que, a pesar que tales beneficios son gravados como renta de fuente extranjera, sólo se permite deducir como crédito el tributo aplicado en el exterior sobre tales dividendos, mas no así el impuesto pagado por la subsidiaria por ser un sujeto distinto.<sup>58</sup>

En el Perú no se ha previsto la posibilidad de calcular el Impuesto a la Renta sobre una base consolidada, sino que hace en función de cada persona jurídica. Así, las rentas obtenidas por la subsidiaria del exterior no constituyen rentas de fuente extranjera atribuibles a la casa

---

<sup>56</sup> Conforme al inciso c) del artículo 57 de la Ley del Impuesto a la Renta, las rentas de fuente extranjera que obtengan los contribuyentes domiciliados en el país, provenientes de la explotación de un negocio o empresa en el exterior, se imputarán al ejercicio gravable en que se devenguen. El inciso d), por su parte, señala que las demás rentas se imputarán al ejercicio comercial en que se perciban.

<sup>57</sup> MARCHESI, Orlando; Ponencia Individual “*Tratamiento Tributario de los Dividendos recibidos del Exterior*”; Pág. 330 y 331.

<sup>58</sup> Cabe agregar que nuestra legislación tampoco permite atribuir en el Perú las pérdidas o resultados negativos que pudiera obtener la subsidiaria en el exterior, puesto que tales detrimentos corresponden a un sujeto distinto a la casa matriz domiciliada en nuestro país.

matriz en el Perú, por la sencilla razón que tales resultados corresponden a una persona jurídica distinta. Sólo los dividendos que aquella distribuya se considerarán renta de fuente extranjera gravada con el impuesto en nuestro país.

El problema es más grave si una empresa del exterior es a la vez accionista de una sociedad A domiciliada en el Perú y subsidiaria de otra compañía B también domiciliada en el país. En ese caso, si la fuente de los recursos se originara en la sociedad A, la imposición económica será cuantiosa pues dicha compañía pagaría el 30% de Impuesto a la Renta por la renta neta que obtenga, retendría 4.1% a los dividendos distribuidos a su accionista del exterior, el que a su vez estaría sujeto al impuesto extranjero por las actividades que realice, dando lugar a una imposición en el Perú cuando distribuya dividendos a la sociedad B, los cuales estarán gravados con la tasa del 30% por rentas de fuente extranjera y sin la posibilidad de deducir como crédito el impuesto abonado por la subsidiaria en el exterior (ni tampoco el retenido por la sociedad A ni mucho menos el pagado por ésta). Si finalmente dicha sociedad B distribuyera dividendos a personas naturales domiciliadas en el país, la utilidad que en esencia proviene de la sociedad A estaría tan mermada por la carga fiscal antes descrita que prácticamente el beneficio sería de carácter residual.

Como señala Orlando Marchesi, para solucionar la problemática descrita anteriormente, es necesario la suscripción de la mayor cantidad posible de CDI con los países de los principales destinos de inversión peruana en el exterior, toda vez que estos instrumentos permiten mitigar los efectos de la doble imposición, ya sea a través de los métodos de exención o de la deducción de créditos indirectos por Impuesto a la Renta pagado en el exterior. Ahora bien, en tanto no se pueda contar con tales convenios, el ponente propone que nuestra legislación unilateralmente otorgue un crédito por el tributo pagado por la subsidiaria del exterior y no sólo por el gravamen que pudiera haber afectado al dividendo proveniente de fuera como ocurre actualmente.

En la misma línea, Ricardo Lazarte afirma que *“el actual régimen tributario aplicable a los dividendos provenientes del exterior requiere una modificación para adecuarlo a la nueva realidad que el empresario peruano está experimentando como exportador de capital. Esta modificación debe tener como premisa hacer atractiva la distribución de dividendos en territorio nacional evitando que el empresario difiera esta renta en el exterior”*.

Agrega que *“las modificaciones al régimen tributario peruano aplica-*

*ble a los dividendos provenientes del exterior deben apuntar tanto a incentivar el ingreso de dichos dividendos en territorio nacional así como a promover el ingreso de inversión extranjera en territorio nacional en calidad de una entidad que pretenda percibir estos dividendos, para estos efectos la SPN y la ETVE son alternativas que merecen evaluación”.*<sup>59</sup>

Otra alternativa menos utilizada en el derecho comparado consiste en la exoneración de los dividendos provenientes en el exterior a efectos de eliminar los problemas de doble imposición económica.

Sin embargo, como se indicó precedentemente, este método tiene el inconveniente de no resultar eficaz si es que en el extranjero se estableciera una carga tributaria inferior a la aplicable en el Perú o si se otorgaran exoneraciones tributarias, ya que en ese supuesto estaríamos frente a casos de doble no imposición internacional.

Un camino intermedio podría ser el de aplicar una tasa reducida a los dividendos provenientes del exterior para evitar la excesiva carga fiscal antes mencionada, aunque dicha posibilidad no elimina el problema del todo y no cuenta con mayores antecedentes en el derecho comparado.

Orlando Marchesi y Ricardo Lazarte si bien reconocen la posibilidad de aplicar un impuesto cedular a los dividendos provenientes del exterior con tasas reducidas, consideran que ello no constituye una solución definitiva al problema de doble imposición, siendo preferente la suscripción de CDI o el otorgamiento de créditos indirectos por el impuesto pagado por la subsidiaria del exterior.

Sobre esta materia, Ricardo Lazarte señala lo siguiente:

*“La ventaja de la tasa reducida según lo señalado es coherente con el objetivo de atenuar la doble imposición sobre los dividendos intra-grupo y de facilitar las inversiones internacionales.*

*Las desventajas detectadas se remiten al abuso del convenio, que se evidenciarían preliminarmente con una adquisición relevante del, casualmente, 25% del capital en proximidades a la fecha de deliberación de distribución de los dividendos de la so-*

---

<sup>59</sup> LAZARTE, Ricardo; Ponencia Individual “Aspectos involucrados en torno a la regulación tributaria aplicable a los dividendos provenientes del exterior”; Págs. 288 y 289.

*ciudad participada. En este caso particular es interesante participar que los Convenios contra doble imposición suscritos por el Perú con Chile y Canadá, han incluido una cláusula anti-abuso que estipula la no aplicación del beneficio si el principal propósito o uno de los principales propósitos de cualquier persona involucrada con la creación o asignación de las acciones u otros derechos respecto de los cuales se paga el dividendo fuera a tomar ventaja de este beneficio por medio de aquella creación o asignación.*

*Ahora bien, la desventaja principal de este tipo de medidas basadas en la existencia de tratados bilaterales que permiten la aplicación de una tasa reducida cuando la renta proviene de un determinado territorio de fuente se remite a la alta posibilidad del abuso de este beneficio a través del treaty shopping mediante la distorsión de la identificación del beneficiario efectivo de la medida tributaria”.<sup>60</sup>*

Concluye el ponente en que:

*“La adopción de alícuotas reducidas y el impuesto pagado en la fuente como crédito no es un mecanismo eficiente de imputación en un sistema normativo como el nuestro que admite diferir la renta de fuente extranjera a partir de evitar que la misma sea distribuida en territorio nacional. En este contexto el mecanismo de imputación de la CFC basado no en la distribución sino en la atribución de dividendos aparece como una alternativa a considerar”.<sup>61</sup>*

Finalmente, surge una interrogante adicional: ¿Qué es lo que debe entenderse por dividendo percibido del exterior? ¿Debe tratarse necesariamente de una distribución de utilidades conforme a la Ley extranjera o también pueden considerarse como tales a los dividendos presuntos a los que se refiere el artículo 21<sup>o</sup>-A de la LIR (por ejemplo: préstamos al accionista por un plazo mayor a doce meses, reducciones de capital que involucren utilidades previamente capitalizadas, etc.)?

La LIR no contiene ninguna precisión al respecto. No obstante, siendo coherentes con lo señalado líneas arriba en el sentido que la renta de fuente extranjera se determina conforme a las reglas del Estado de la

---

<sup>60</sup> LAZARTE, Ricardo; Op. Cit. Pág. 278.

<sup>61</sup> LAZARTE, Ricardo; Op. Cit. Pág. 288.

residencia del sujeto perceptor, es posible concluir que las presunciones sobre la obtención de dividendos también resultan aplicables para la determinación de las rentas de fuente extranjera.

## **5. LA INVERSIÓN PERUANA EN EL EXTERIOR Y LOS CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN**

Como se indicó en la parte primera de esta relatoría, en los últimos años se ha producido un inusitado crecimiento de la inversión de empresas peruanas en mercados internacionales. No estamos hablando de una migración de capitales nacionales a países extranjeros, sino de su expansión hacia otros territorios, manteniendo su domicilio en el Perú.

Ante esta realidad, no cabe duda que tal fenómeno debe ir acompañado de la suscripción de CDI con los principales países que constituyen destinos de inversión.

Según Alfredo Gildemeister, los CDI son tratados o acuerdos internacionales firmados entre Estados, denominados “Estados Contratantes”, cuya finalidad principal consiste en evitar que una persona natural o jurídica residente en uno de ellos sufra doble imposición en cuanto al Impuesto a la Renta e Impuestos sobre el Patrimonio se refiere, como consecuencia de una inversión efectuada en el otro Estado Contratante.<sup>62</sup>

Al mismo tiempo, los CDI buscan establecer criterios de atribución respecto a las rentas que se generen como consecuencia de las actividades empresariales internacionales o de las operaciones que involucren bienes o servicios que se realizan en más de un Estado, limitando las potestades tributarias con las que cuentan.

De esta manera, los Estados que suscriben CDI renuncian a su potestad tributaria sobre determinadas rentas con el fin de que sea sólo uno de ellos el que cobre el impuesto aplicable a determinada actividad o realizan una atribución compartida en el que cada Estado grava una parte de la renta, la cual se ve afectada con tasas reducidas y complementarias.

En la ponencia presentada por Orlando Marchesi se analiza cómo los

---

<sup>62</sup> GILDEMEISTER, Alfredo; “Breve Introducción a los Convenios para evitar la Doble Imposición. Algunas razones para su pronto Estudio y Negociación”, En: Derecho y Sociedad N° 13, junio 1998; Pág. 61.

CDI pueden llegar a convertirse en herramientas idóneas para evitar la doble imposición económica que sufren las rentas obtenidas vía distribución de dividendos efectuadas a través de subsidiarias en el exterior.

En la medida que los CDI otorgan la posibilidad de deducir créditos indirectos por el Impuesto a la Renta abonado por las subsidiarias en el extranjero, neutralizan el fenómeno de la doble imposición, como sucede con los CDI firmados con Chile, Canadá y Brasil.

Como indica el referido ponente:

*“Los CDI suscritos por el Perú constituyen alternativas idóneas para mitigar el impacto de la múltiple imposición en la repatriación de capitales, ya sea ofreciendo la posibilidad de compensar el Impuesto a la Renta pagado en el exterior en cabeza de la subsidiaria, o estableciendo una exoneración.*

*No obstante ello, resulta claro que los mismos no constituyen una solución definitiva al problema materia de análisis, en la medida que nuestro país ha suscrito escasos convenios de dicha naturaleza en comparación con otros países de la región.*

*Así, toda vez que los grupos económicos locales muestran interés en realizar actividades a través de subsidiarias constituidas en países con los que no se ha celebrado dichos acuerdos, nuestra legislación local debe adaptar sus disposiciones estableciendo un tratamiento específico para la materia que suponga un incentivo a la repatriación de los réditos generados en la exportación de capitales”.<sup>63</sup>*

José Chiarella pone en relieve la importancia de los CDI no sólo en la eliminación de la doble imposición internacional, sino como instrumentos que fomentan la inversión y el libre flujo de capitales.

En lo que respecta al impacto que tienen los CDI en la imposición de los beneficios de carácter empresarial, el ponente indica lo siguiente:

*“La mayoría de CDI vigentes en el mundo suele contener una regla general aplicable a las “rentas empresariales” en virtud de la cual, los beneficios de una empresa “residente” en un Estado Contratante, sólo pueden someterse a imposición en ese*

---

<sup>63</sup> MARCHESI, Orlando; Op. Cit. Pág. 345.

*Estado, a no ser que realice su actividad en el otro Estado Contratante a través de un establecimiento permanente situado en él (tal es el caso de los CDI celebrados por el Perú con Brasil, Canadá y Chile).*

*Si la empresa desarrolla su actividad de esa manera, los beneficios que obtenga podrán someterse a imposición en el otro Estado Contratante (Estado de la fuente), pero únicamente en la medida en que puedan atribuirse a dicho establecimiento permanente. A efectos de determinar los beneficios del establecimiento permanente que podrán someterse a imposición en el Estado de la fuente, se permitirá la deducción de los respectivos gastos en los que se hubiere incurrido.*

*Esta regla es la piedra angular en la que se basan tanto el Modelo de CDI de la OCDE, como el Modelo de CDI de la ONU, en materia de rentas (beneficios) empresariales”.<sup>64</sup>*

Asimismo, José Chiarella destaca la necesidad de una cabal aplicación del principio de no discriminación que supone gravar a los residentes del otro Estado contratante en la misma forma o con el mismo grado de intensidad con el que se gravaría los residentes del propio Estado.

Explica en su ponencia, citando a José Manuel Calderón Carrero y Adolfo J. Martín Jiménez, que “*el principio de no discriminación, tal como normalmente se incluye en la mayoría de CDI que se encuentran vigentes en el mundo en la actualidad, constituye una manifestación del principio de igualdad entre los contribuyentes. Dicho principio tiene por finalidad evitar la aplicación de medidas de proteccionismo fiscal que puedan servir para dificultar que extranjeros, a través de una carga fiscal más onerosa, puedan competir con nacionales que se encuentren en las mismas circunstancias*”.

Agrega José Chiarella que “*para determinar si es que existe o no discriminación en el trato otorgado al e.p. extranjero de una empresa domiciliada en el Perú, con respecto a aquél que se le concede a sociedades residentes en Brasil, Canadá o Chile, debe realizarse una comparación “hipotética” con una sociedad brasileña, canadiense o chilena que realice las mismas actividades en el territorio del Estado donde se encuentre ubicado el respectivo e.p. extranjero*”, concluyendo que “*no constituiría discriminación si es que Brasil, Canadá o Chile gravaran*

---

<sup>64</sup> CHIARELLA, José; Op. Cit. Pág. 128.

*en forma diferente, por razones de orden práctico, al e.p. extranjero de una empresa domiciliada en el Perú, que se encontrara ubicado en alguno de tales países, en comparación con un sujeto residente en estos Estados, siempre que ello no se traduzca en una imposición más gravosa para el e.p. extranjero”.*<sup>65</sup> (Como, por ejemplo, ocurriría si el pago del impuesto se realiza mediante el método de retención, pero implementándose mecanismos que permitan al sujeto no domiciliado tributar en definitiva sobre renta neta).

Lo expuesto por ambos ponentes lleva a concluir que los CDI constituyen importantes herramientas en el desarrollo económico de los pueblos, fomentan la inversión y permiten la afectación de las rentas de fuente extranjera con equidad, por lo que es conveniente alentar la suscripción de nuevos CDI en forma paralela a la implementación de medidas unilaterales que permitan alcanzar los objetivos antes mencionados.

## **6. MEDIDAS ANTIELUSIVAS Y DE CONTROL: LAS REGLAS DE TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL**

Varias son las medidas legislativas para combatir la elusión fiscal en el plano internacional, dentro de las cuales destacan las destinadas a evitar el traslado injustificado de capitales a países de baja o nula tributación. Un ejemplo de este tipo de sistemas antielusivos ampliamente discutido por la doctrina, es el régimen de transparencia fiscal internacional (TFI) conocido también por su denominación en inglés “Controlled Foreign Corporation” (CFC).

La implementación de normas de TFI obedece principalmente a dos razones: en primer lugar, al tratamiento como contribuyentes independientes que la mayoría de legislaciones otorga a las personas jurídicas, lo que origina que los resultados que obtengan matriz y subsidiaria se graven en forma separada. De esta manera, en la medida que la subsidiaria no acuerde la distribución de dividendos a favor de la casa matriz, el Estado de residencia de esta última no podrá gravar con el Impuesto a la Renta dichos beneficios, lo que ocasiona un diferimiento en la tributación de los mismos. En segundo lugar, la existencia de países o territorios de baja o nula imposición (paraísos fiscales) incentiva la utilización de vehículos residentes en estas jurisdicciones a efectos de captar y acumular principalmente rentas pasivas

---

<sup>65</sup> CHIARELLA, José; Op. Cit. Págs. 138 y 146.

provenientes de colocación de capitales, regalías, entre otros, los cuales pueden mantenerse libres de imposición mientras no sean distribuidos a la matriz ubicada en el Estado de la residencia.

A fin de contrarrestar los efectos derivados de los dos factores antes referidos surge el régimen de TFI, el cual puede definirse en términos generales como un sistema en virtud del cual el Estado de residencia de los accionistas de una empresa muchas veces constituida en un paraíso fiscal, decide sujetar a imposición las rentas generadas por ésta, logrando que sus ingresos tributen, directa e inmediatamente, en cabeza de sus accionistas personas naturales o jurídicas, sin que para ello sea necesario un reparto de dividendos o utilidades previo.

Tal como se verá más adelante, la TFI ha sido adoptada por diversas legislaciones, especialmente en países industrializados, con el objetivo de lograr que contribuyentes domiciliados tributen *“por determinadas rentas obtenidas por entidades no residentes en las que participan de forma significativa, ya que tales entidades son residentes en países con baja tributación, lo que permite presumir, fundamentalmente cuando las rentas obtenidas por tales entidades no derivan de actividades económicas, que la obtención de tales rentas a través de las citadas entidades no residentes, sólo se justifica por el deseo de localizar artificialmente beneficios y rendimientos en países de baja tributación”*.<sup>66</sup>

Con relación al régimen de TFI, Gustavo Lazo señala que:

*“(...) básicamente consiste en atribuir de manera directa y en forma proporcional a la participación, cierto tipo de rentas obtenidas por medio de las empresas no residentes, en cabeza de los socios residentes y controladores de tales entidades, sin que sea relevante que no hayan sido distribuidos los resultados de la empresa controlada no residente, cortándose así todo diferimiento a la imposición de tales rentas.*

*En otras palabras, la TFI es un mecanismo según el cual se hace tributar al socio por la renta obtenida por una entidad en la que participa, con independencia de que ésta haya procedido a distribuir dicha renta y de que haya tributado por la misma, pudiendo el socio deducir, en su impuesto sobre la renta, el gravamen satisfecho por la referida entidad.*

---

<sup>66</sup> GARCÍA-ROZADO, Begoña y otros; en Guía: *“Impuesto sobre Sociedades”*; Segunda Edición; Valencia: Wolters Kluwer España, 2008, Pág. 1083.

*En efecto, ante la ausencia de un régimen como el descrito, las rentas obtenidas por las operaciones de los sujetos controlados no residentes serían sujetas a imposición en cabeza de los sujetos controladores residentes en el país, únicamente en el caso de su efectiva distribución bajo la forma de dividendos, con la consiguiente posibilidad de su diferimiento en el tiempo. Por ello, este sistema prescinde de la efectiva distribución de dividendos por parte del sujeto controlado no residente a fin de realizar la imputación de las rentas a sus domiciliados”.<sup>67</sup>*

Por su parte, Fabrizio Fernández-Dávila afirma que *“las normas relacionadas con la Controlled Foreign Company (CFC) se encuentran destinadas a negar la personalidad jurídica de las entidades cuya constitución tenga como sustento razones exclusivamente de orden fiscal. Lo que se busca en rigor, es hacer “transparente” la generación de rentas de dichas entidades, atribuyéndolas a los socios de manera directa, anticipando el reconocimiento de los resultados a través de su imputación en un determinado momento (por ejemplo, al cierre del ejercicio fiscal) y no esperar aquél en que efectivamente esta distribución opere como consecuencia del acuerdo de distribución de utilidades o resultados”*.<sup>68</sup>

Entre las principales finalidades del régimen de TFI, la doctrina internacional reconoce las de permitir que las sociedades residentes en un Estado que grava la renta mundial, efectivamente tributen por la totalidad de las rentas que les sean atribuibles con independencia del lugar donde se generen las mismas, evitar la deslocalización de la renta hacia paraísos fiscales, así como el diferimiento del impuesto aplicable a los dividendos.

Las consecuencias legales del régimen antes descrito se basan en las características de la *“Zwischengesellschaft”* (sociedad “instrumental”) alemana, y en las de su equivalente anglosajón *“Controlled Foreign Corporation”* (sociedad extranjera controlada).

En su acepción más básica, las legislaciones que han adoptado el régimen de TFI establecen, como características de las sociedades instrumentales, tres principales a saber: *“(1) que sean no residentes, (2) que sean corporaciones o entidades similares que tributen de modo inde-*

---

<sup>67</sup> LAZO, Gustavo; Ponencia Individual *“Medidas para Evitar la Elusión en el Plano Internacional - La Transparencia Fiscal Internacional”*; Pág. 294 y 295.

<sup>68</sup> FERNANDEZ-DAVILA, Fabrizio; Op. Cit. Págs. 176 y 177.

*pendiente de sus propietarios, y (3) que sean controladas por accionistas domiciliados o que accionistas domiciliados tengan un interés sustancial en ellas”.*<sup>69</sup>

Se entiende, entonces, que las características antes descritas deben concurrir en una misma entidad para dar paso a la aplicación del régimen de TFI, el cual, tal como ha sido descrito, ha sido recogido por la legislación de diversos países como herramienta antielusiva.

Con relación a los requisitos para la aplicación de las normas TFI, Gustavo Lazo señala que la doctrina y la legislación comparadas establecen básicamente tres:

- i) La existencia de control o capacidad decisoria por parte del sujeto residente respecto de la entidad no residente o extranjera. No basta, por tanto ser accionista de una sociedad del exterior para aplicar las normas TFI, sino que se requiere tener control sobre la misma, lo que puede medirse objetivamente a través del porcentaje de participación accionaria que se tiene en el ente del exterior.
- ii) La naturaleza de rentas pasivas de los beneficios sujetos a las normas de TFI. Como señala el ponente, en principio sólo las rentas constituidas por intereses, dividendos y regalías son pasibles de las normas TFI y no así otras rentas de carácter empresarial, salvo excepciones introducidas por ciertos países.
- iii) Finalmente, la existencia de un beneficio tributario otorgado por uno de los Estados que implique una baja o nula imposición en el país de residencia de la subsidiaria (paraísos fiscales).

Con ello se pone en evidencia la finalidad antielusiva de estas disposiciones en el plano internacional y su finalidad específica de evitar el diferimiento en el reconocimiento de las rentas pasivas de fuente extranjera.

Cabe advertir que con la propuesta planteada por el Presidente Kennedy en 1961, Estados Unidos fue el primer país en incorporar legislación sobre TFI con el objetivo de eliminar el diferimiento de la tributación de los ingresos obtenidos por sociedades instrumentales. A pesar de enfrentarse a una gran oposición por parte de las corporaciones

---

<sup>69</sup> ARNOLD, Brian J. y MCINTYRE, Michael J.; *“International Tax Primer”*; Segunda Edición; La Haya: Kluwer Law International, 2002, Pág. 90. (traducción libre del inglés).

multinacionales, la legislación entró en vigencia únicamente respecto de las rentas pasivas y otros beneficios generados por la sociedad extranjera controlada, los cuales eran atribuibles a sus accionistas residentes en Estados Unidos siempre y cuando mantuviesen un mínimo de diez por ciento (10%) de las acciones con derecho a voto. Si bien muchas modificaciones técnicas han entrado en vigencia desde la publicación de la normativa de TFI en Estados Unidos, sus aspectos esenciales siguen siendo los mismos.<sup>70</sup>

Siguiendo los pasos de Estados Unidos, Alemania estableció en 1972 normativas TFI. El régimen alemán, si bien se basa en un enfoque transaccional al igual que el modelo norteamericano, es particular en tanto no establece, a fin de determinar en qué casos corresponde realizar una atribución de rentas a los accionistas, un porcentaje de participación mínimo en la sociedad instrumental; dicha entidad, para hacer posible la aplicación del sistema, deberá encontrarse ubicada en una jurisdicción en la cual la tasa del Impuesto a la Renta sea inferior a la local en 30%. Por su parte, a fin de determinar qué rentas son de naturaleza pasiva, se ha establecido en la normativa alemana una lista taxativa de supuestos, fuera de la cual toda renta calificará como pasiva.<sup>71</sup>

Al igual que Alemania, Canadá introdujo en su legislación el término “Foreign Accrual Property Income” (FAPI - rentas de la propiedad extranjera de ejercicio) para establecer un régimen de TFI el cual entró en vigencia en el año 1976. Se trata, tal como sucede en el caso alemán y estadounidense, de un sistema anti-aplazamiento, que impide usar transacciones transfronterizas con sociedades instrumentales con el solo objeto de diferir el pago del tributo que corresponda abonar en Canadá. Así, amparado en el ya descrito enfoque transaccional, el régimen se aplica, en términos generales, a las rentas pasivas que obtenga la sociedad extranjera controlada, sin que deba tomarse en cuenta el lugar de ubicación de esta última.<sup>72</sup>

Un ejemplo particular de legislación de TFI fue implementado por Japón en 1978. En contraste con las legislaciones antes comentadas, el legislador japonés optó por construir un régimen de TFI sobre la base de una aproximación vinculada con el lugar de ubicación de la socie-

---

<sup>70</sup> SANDLER, Daniel; Op. Cit. Pág. 24 (traducción libre del inglés).

<sup>71</sup> SANDLER, Daniel; Op. Cit. Págs. 24 - 25 (traducción libre del inglés).

<sup>72</sup> SANDLER, Daniel; Op. Cit. Pág. 26 (traducción libre del inglés).

dad extranjera controlada, dejando de lado el enfoque transaccional ya explicado, el cual se encuentra más bien centrado en analizar el tipo de rentas (activas o pasivas) que recibe la entidad instrumental transparente. Bajo el régimen japonés, bastará que la sociedad extranjera controlada se encuentre ubicada en un territorio que cumpla con los requisitos exigidos por la ley para calificar como paraíso fiscal, en cuyo caso el íntegro de los beneficios que reciba la misma (ya sea que se trate de rentas pasivas como activas) deban tributar, a prorrata, en cabeza de sus accionistas.<sup>73</sup>

Habiendo descrito el tratamiento que otorgan las legislaciones de estos cuatro países desarrollados que han adoptado la TFI para sujetar a imposición las rentas de las sociedades extranjeras controladas, corresponde plantear la siguiente interrogante: ¿es conveniente incorporar normas de este tipo en la legislación peruana?

Al analizar las ventajas y desventajas de la adopción de normas de TFI, Gustavo Lazo señala entre las primeras, la preservación del principio de capacidad contributiva, incremento en la recaudación y básicamente la función disuasoria al generar riesgo para los contribuyentes, mientras que, entre las desventajas, identifica la extensión de la potestad tributaria de los Estados (extraterritorialidad), el desconocimiento de la personería jurídica de las subsidiarias del exterior, la afectación a la libre competitividad internacional, (lo que se pone de manifiesto por el hecho que no todos los Estados contienen normas TFI), la generación de problemas de doble imposición internacional, la complejidad de normas y la dificultad de fiscalización, así como el eventual conflicto que pudiera generarse con relación de los CDI.

En efecto, uno de los puntos que mayor controversia ha suscitado en el plano internacional es la eventual contravención de los CDI como consecuencia de la implementación de las normas TFI, especialmente por tratarse de medidas unilaterales que podrían contraponerse a los objetivos de estos instrumentos internacionales que pretenden gravar con reciprocidad y equidad las rentas de los residentes de ambos Estados. Sin embargo, es mayoritaria la doctrina en el sentido que las normas TFI no vulneran los CDI por constituir mecanismos internos aplicables a los residentes de un Estado que no transgreden los principios y finalidades perseguidas por estos instrumentos.

Fabrizio Fernández-Dávila, luego de analizar en su ponencia los al-

---

<sup>73</sup> SANDLER, Daniel; Op. Cit. Pág. 27 (traducción libre del inglés).

cances de la elusión fiscal a nivel internacional, sus distintas modalidades y las disposiciones destinadas a combatirlas, considera que no es necesario implementar en el Perú las normas de TFI ni crear un cuerpo normativo especial sobre el particular, pues en su opinión nuestro ordenamiento legal cuenta con medidas antielusivas tanto para efectos locales como internacionales dispersas en la Ley del Impuesto a la Renta y en el Código Tributario, recogiendo este último el principio de la realidad económica.<sup>74</sup>

Sin embargo, las normas antielusivas vigentes en el Perú no contemplan el caso del diferimiento de las rentas pasivas y de los resultados obtenidos por personas jurídicas constituidas en el exterior en territorios de baja o nula imposición, lo cual constituye el ámbito de aplicación de las normas de TFI. Adicionalmente, como lo ha señalado el Tribunal Fiscal en reiterada jurisprudencia, la Norma VIII del Título Preliminar del Código Tributario no recoge las figuras de fraude a la Ley ni el principio de primacía de la realidad económica como es entendido en el derecho anglosajón, permitiendo únicamente la calificación jurídica de los supuestos de hecho para determinar la materialización de la obligación tributaria, así como develar los casos de simulación absoluta o relativa, supuestos que en principio no requieren estar contenidos en una cláusula general antielusión.

En el derecho comparado latinoamericano existen normas TFI en Argentina y Venezuela, por citar algunos ejemplos, cuyas características y alcances se explican en la ponencia de Gustavo Lazo.

Se trata de experiencias internacionales que deben ser analizadas a fin de sopesar las ventajas y desventajas que generaría su implementación en el Perú como mecanismos para combatir el diferimiento en el reconocimiento de las rentas de fuente extranjera y la elusión fiscal mediante la utilización de países o territorios de baja o nula imposición.

Ahora bien, en la evaluación de una eventual implementación de las normas de TFI en el Perú, hay que tener presente múltiples aspectos que deben concurrir en forma simultánea para poder gravar de manera adecuada y técnica las rentas pasivas provenientes de empresas controladas residentes en territorios de baja o nula imposición. De esta manera, su adopción necesariamente requiere del reconocimiento simultáneo del derecho a la deducción de los créditos pagados en el ex-

---

<sup>74</sup> FERNANDEZ-DAVILA, Fabrizio; Ponencia Individual “Medidas antielusivas en el plano internacional”; Pág. 225.

terior (directos e indirectos) y al eventual arrastre de las pérdidas tributarias de fuente extranjera.

Resulta pertinente citar en este punto lo señalado por Pablo Varela en el sentido que *“la elección de los sujetos pasibles de las cláusulas de TFI, la definición de territorio de baja o nula tributación, el tipo de renta por gravar, el momento de gravabilidad, el cómputo del crédito del impuesto y el tratamiento de los quebrantos de las controladas extranjeras, son algunos elementos que deben ser debidamente pensados y provistos a la hora de optar por esta medida que pretende evitar la elusión internacional”* agregando que *“debería procurarse que la aplicación de las normas de CFC no distorsione su verdadero y original objetivo, que consiste en eliminar los beneficios del diferimiento del impuesto nacional, en parte o en su totalidad generado por una renta de una sociedad controlada del exterior. Desalentar la desinversión en el exterior de los residentes legales por causas de naturaleza fiscal es inconducente y violatorio del principio de no discriminación contenido en los tratados, cuando no en las cartas magnas de cada Estado participante”*.<sup>75</sup>

En conclusión corresponderá al legislador tributario evaluar la implementación de estas disposiciones en el Perú considerando no sólo su complejidad, sino fundamentalmente la posibilidad práctica de aplicarlas sin que genere sobrecostos para los contribuyentes ni les reste competitividad en el plano internacional.

## 7. EL TRATAMIENTO DE LOS FINANCIAMIENTOS DESTINADOS A LA INVERSIÓN EN EL EXTERIOR

Es usual que las sociedades peruanas recurran a financiamientos (locales o foráneos) para llevar a cabo sus inversiones en el exterior. Tales créditos pueden utilizarse en la compra de acciones de empresas extranjeras, adquisición de concesiones o yacimientos mineros o de activos productivos.

La obtención de financiamientos genera diversos efectos tributarios, no sólo en lo que respecta a la obligación del deudor local de retener el Impuesto a la Renta de cargo del acreedor del exterior, sino también la posibilidad de deducir gastos financieros por concepto de intereses y

---

<sup>75</sup> VARELA, Pablo; *“Controlled Foreign Companies”* (CFC); en Estudios de Derecho Tributario Constitucional e Internacional, homenaje latinoamericano a Víctor Uckmar; PISTONE, Pascuale y TAVEIRA, Heleno, coordinadores; Editorial Abaco de Rodolfo Depalma; Buenos Aires; 2005; Págs. 770 y 971.

resultados por diferencias de cambio y por la liquidación de los Instrumentos Financieros Derivados que se hubieran contratado con la finalidad de atenuar los riesgos de tipo de cambio o tasa de interés.

El tratamiento de estos efectos ya de por sí resulta complejo en el ámbito interno, esto es cuando los créditos están destinados a la generación de rentas de fuente peruana. Con mayor razón, presenta serias dificultades cuando los créditos están orientados a llevar a cabo inversiones en el exterior dado que, en principio, estarían destinados a la generación de rentas de fuente extranjera, encontrando en el camino una serie de vacíos por la falta de una adecuada regulación de las mismas, como ya se señaló en la parte introductoria de esta relatoría.

Sin embargo, podría darse el caso que los préstamos recibidos para llevar a cabo inversiones en el exterior, no necesariamente tengan por finalidad la generación de rentas de fuente extranjera en aquellas supuestos en los que el propósito de negocio fundamental perseguido por el inversionista, sea más bien el de incrementar sus rentas de fuente peruana.

Así, por ejemplo, una sociedad peruana dedicada a la exportación de productos hacia un país X, válidamente podría optar por adquirir las acciones de la empresa competidora en dicho Estado con la finalidad de sacarla del mercado a fin de incrementar sus ventas desde del Perú. Si la compra de las acciones de la competencia se financiara con un crédito, cabe preguntarse si los intereses que se derivan del mismo ¿deben ser considerados como gastos relacionados con la generación de rentas de fuente peruana o extranjera?

Y es que, desde una perspectiva de negocios, podría sostenerse que el préstamo fue obtenido con la finalidad última de incrementar las exportaciones de productos desde el Perú (actividad generadora de rentas de fuente peruana), siendo la adquisición de las acciones de la sociedad extranjera un simple medio para alcanzar dicho objetivo.

Si el financiamiento hubiera sido objeto de cobertura mediante la celebración de Instrumentos Financieros Derivados, la misma interrogante vuelve a surgir, ya que para determinar la fuente a la que deben atribuirse los resultados derivados de tales contratos, es necesario analizar desde un punto de vista económico el lugar donde se encuentra ubicado el riesgo objeto de cobertura.

Adicionalmente, el crédito recibido puede generar ganancias o pérdidas por concepto de diferencias de cambio, lo que hace necesario deter-

minar si las mismas pueden ser consideradas para el cálculo de la renta neta de fuente peruana o deben atribuirse a la renta de fuente extranjera, teniendo en cuenta además que si los pasivos que originan las diferencias cambiarias están relacionados con activos (adquisición de las acciones de la sociedad extranjera), no deben afectar los resultados del deudor, sino que deben incidir en el costo computable de aquéllos (en el ejemplo propuesto, el valor de la inversión).

El problema puede ser aún más complejo si se concluyera que los financiamientos recibidos en realidad inciden conjuntamente en la obtención de rentas de fuente peruana y de fuente extranjera, toda vez que la adquisición de las acciones de la empresa del exterior, por un lado podría tener por finalidad generar dividendos por sus actividades foráneas pero, simultáneamente, también podría perseguir controlar su ámbito de operaciones para que no compita en aquella parte del mercado hacia donde se dirigen las exportaciones de la casa matriz en el Perú.

Es claro que una situación de esa naturaleza tendría que determinarse proporcionalmente la parte de los egresos y resultados atribuibles a una u otra fuente, teniendo en cuenta que por disposición de la LIR la renta neta de cada una de ellas debe calcularse en forma independiente para efectos de la aplicación de las limitaciones en materia de compensación de resultados, arrastre de pérdidas, deducción de créditos, entre otros temas analizados anteriormente ¿Las normas vigentes del Impuesto a la Renta están preparadas para tal prorrata?

Las ponencias presentadas sobre este tema analizan con detalle la problemática expuesta y buscan sugerir soluciones a situaciones similares a las planteadas en el ejemplo propuesto.

Es importante mencionar que reiterada jurisprudencia del Tribunal Fiscal ha admitido la posibilidad de analizar la finalidad empresarial perseguida con las operaciones de compra de acciones a efectos de establecer el tratamiento correspondiente a los egresos financieros derivados de los créditos obtenidos para tales adquisiciones. En síntesis, al analizar si los financiamientos estuvieron destinados a la generación de rentas gravadas o rentas exoneradas o inafectas para determinar si los intereses respectivos eran deducibles, el Tribunal ha efectuado un análisis del objetivo de negocios perseguido por el adquirente de las acciones, concluyendo que si el mismo consistió en reducir costos o incrementar sus ingresos gravados de la tercera categoría, los intereses eran deducibles para el cálculo de la renta neta, siendo que la

percepción de los dividendos podría constituir un beneficio accesorio e inclusive, accidental.<sup>76</sup> Un análisis similar podría admitirse para establecer la fuente a la que corresponden los préstamos destinados a inversiones en el exterior en los casos en que pudieran confluír en la obtención de rentas foráneas y locales.

Analizaremos a continuación lo expuesto por los ponentes respecto del tratamiento de los intereses, resultados por Instrumentos Financieros Derivados y diferencias de cambio provenientes de este tipo de financiamientos.

### **7.1. Tratamiento de los intereses**

La deducción de los intereses como gasto se rige por el principio de causalidad, ya sea que los mismos estén vinculados con la generación de renta de fuente peruana o extranjera (en el primer caso, la LIR establece requisitos adicionales, como consecuencia, por ejemplo, de la aplicación de las normas de sub-capitalización).

Como señala Ramón Gálvez en su ponencia, tratándose de intereses derivados de créditos para la adquisición de acciones emitidas por sociedades del exterior, *“la determinación de la ubicación de la fuente pasa por un análisis bastante más complejo que la simple potencialidad de generar dividendos y que tiene mucho que ver con el modelo de negocios que sustenta la adquisición de las acciones”*.<sup>77</sup>

Ello en vista que, como indica el ponente, existen diversas maneras a través de las cuales la sociedad inversionista puede obtener rendimientos de su subsidiaria del exterior: dividendos (renta de fuente extranjera); retribuciones por servicios comerciales (fuente peruana y fuente extranjera, dependiendo del servicio y la forma en la que se preste); regalías y similares (fuente extranjera); retribuciones por servicios financieros (fuente extranjera); y, precios por la exportación de bienes (fuente peruana).

En base a ello, Ramón Gálvez señala que los préstamos obtenidos para la adquisición de acciones de sociedades del exterior, no necesariamente deben entenderse destinados a la obtención de rentas de fuente

---

<sup>76</sup> En este sentido se han pronunciado, entre otras, la RTF N° 7525-2-2005 de fecha 13 de diciembre de 2005 y la RTF N° 3540-4-2007 de fecha 18 de abril de 2007.

<sup>77</sup> GALVEZ, Ramón; Ponencia Individual *“Empresas peruanas en el exterior: algunos aspectos tributarios relevantes”*; Pág. 258.

extranjera, sino que a partir de un análisis del modelo de negocio perseguido y bajo la misma metodología utilizada por el Tribunal Fiscal en operaciones análogas desarrolladas en el mercado interno, podría concluirse que tales financiamientos están relacionados con la generación de rentas de fuente peruana, en cuyo caso el tratamiento de los intereses puede variar drásticamente.

Ahora bien, si se concluyera que los intereses derivados de los mencionados créditos constituyen gastos que inciden conjuntamente en rentas de fuente peruana y rentas de fuente extranjera y no son imputables directamente a unas y otras, Ramón Gálvez considera que resultaría aplicable el procedimiento previsto en el artículo 29°-B del Reglamento de la LIR, que establece un mecanismo de prorrata para determinar la proporción de los gastos atribuibles a una y otra fuente. Empero, el mismo ponente reconoce que si el análisis parte de la relación existente entre los dividendos de fuente extranjera y el importe de las exportaciones que realiza el contribuyente, los métodos previstos en la norma reglamentaria podrían devenir en inaplicables.

Coincido con el ponente en que la adquisición de acciones de sociedades del exterior no necesariamente tiene como propósito generar rentas de fuente extranjera, ya que en determinados casos el objetivo principal perseguido por el inversionista podría ser el de incrementar sus rentas de fuente local, ya sea mediante el crecimiento de sus exportaciones o incluso a través de la reducción de costos en el mercado interno si es que, por ejemplo, se adquiriera la empresa competidora del exterior para evitar que sus productos ingresen a nuestro país.

Asimismo, resulta conveniente que las normas reglamentarias del Impuesto a la Renta reconozcan tal posibilidad y establezcan normas claras que permitan atribuir la parte de los gastos financieros que incidan en la generación de rentas de una y otra fuente.

## **7.2 Tratamiento de los resultados de los Instrumentos Financieros de Cobertura**

El inciso d) del artículo 10° de la LIR establece que son rentas de fuente peruana los resultados provenientes de la contratación de Instrumentos Financieros Derivados cuando son obtenidos por sujetos domiciliados en el país.

El mismo dispositivo precisa que cuando tales instrumentos se celebran con fines de cobertura, los resultados serán de fuente peruana para el sujeto domiciliado, si es que los activos, bienes, obligaciones o

pasivos objeto de la cobertura están afectados a la generación de rentas de dicha fuente.

Teniendo en cuenta lo señalado en el numeral anterior, es posible que los Instrumentos Financieros Derivados de tipo de cambio o tasa de interés celebrados con fines de cobertura de los pasivos originados por los financiamientos utilizados en la adquisición de acciones de sociedades del exterior, incidan simultáneamente en la cobertura de riesgos de fuente peruana y fuente extranjera, no existiendo norma alguna en la LIR ni en su Reglamento que establezca un mecanismo de prorrata para determinar la parte de los resultados atribuibles a una y otra fuente.

Y es que el procedimiento previsto en el artículo 51º-A de la LIR y en el artículo 29º-B del Reglamento para establecer la parte proporcional de los gastos que inciden en la obtención de rentas de fuente peruana y de fuente extranjera, está referido a los “gastos” y no comprende a los “resultados” (ganancias o pérdidas) originados en la celebración de Instrumentos Financieros Derivados.

Ramón Gálvez indica que *“el tema de la calificación de la fuente respecto de los derivados de cobertura tomados para cubrir el riesgo cambiario al que está expuesto el crédito, deberá solucionarse mediante la construcción de la prorrata a la que hemos aludido, la que permitirá alocar cuánto del resultado del derivado es de fuente peruana y cuánto de fuente extranjera. Por su parte, cuando los resultados sean negativos, se podrá aplicar la prorrata del artículo 29-B del Reglamento”*.<sup>78</sup>

No obstante, teniendo en cuenta la falta de claridad de las normas vigentes y el hecho de no haber previsto situaciones como las que son materia de análisis, es conveniente la incorporación de disposiciones claras que regulen el procedimiento a seguir para establecer la parte de los resultados provenientes de Instrumentos Financieros Derivados atribuibles a una y otra fuente cuando han sido celebrados con el objeto de cubrir riesgos vinculados con la obtención de rentas de ambos tipos.

### **7.3. Diferencias de cambio**

Conforme al artículo 61º de la LIR, las diferencias de cambio originadas por operaciones que fuese objeto habitual de la actividad gravada

---

<sup>78</sup> GALVEZ, Ramón; Op. Cit. Pág. 267.

y las que se produzcan por razones de los créditos obtenidos para financiarlas, constituyen resultados computables a efectos de la determinación de la renta neta.

El inciso f) de la citada norma señala que las diferencias de cambio originadas por pasivos en moneda extranjera relacionados con activos fijos existentes o en tránsito u otros activos permanentes a la fecha del balance general, deberán afectar el costo del activo. Agrega que la depreciación de los activos así reajustados por diferencias de cambio, se hará en cuotas proporcionales al número de años que falten para depreciarlos totalmente.

Fabrizio Fernández-Dávila analiza en su ponencia el tratamiento de la diferencia de cambio vinculada con financiamientos destinados a la adquisición de acciones emitidas por sociedades extranjeras y su calificación como resultado vinculado a rentas de fuente peruana o extranjera.

Sobre el particular, el ponente indica que la diferencia de cambio tiene su origen en la fluctuación del valor de la moneda nacional respecto del valor de la moneda en la cual han sido realizadas las operaciones de la empresa, estando desvinculada del desarrollo mismo de dichas operaciones. Por tanto, el reconocimiento de la ganancia o pérdida obedece a un mandato legal bajo el concepto de la teoría de incremento patrimonial, criterio recogido por el Tribunal Fiscal en las Resoluciones N°s 02760-5-2006 y 1003-4-2008.

En consecuencia, señala que los resultados por diferencia de cambio deben ser considerados como ganancia o pérdida sin importar la operación con la cual pudiera vincularse y si proviene de transacciones habituales como de operaciones que no son realizadas de manera frecuente por el contribuyente, incluso si no correspondieran al giro principal del negocio. Agregaría, que las diferencias de cambio son computables aún en el caso que las operaciones con las que estén relacionadas no dieran derecho a gasto ni costo deducibles (por ejemplo, aquellas vinculadas con donaciones en moneda extranjera).

Cabe señalar que la posición descrita acaba de ser recogida por la propia Administración Tributaria en el Informe N° 234-2009-SUNAT/2B000, en el cual se concluye que “(...) *el resultado correspondiente a la diferencia de cambio tiene una naturaleza distinta al resultado de la operación con la se encuentra vinculada dicha diferencia (...)*”.

Siendo que el registro de las operaciones de la sociedad peruana inversionista en el exterior responde a las normas y reglas peruanas y que,

por tanto, el endeudamiento para la adquisición de acciones de sociedades extranjeras se “registrará” en el Perú, la diferencia en cambio que tal transacción genere, califica como un resultado de fuente peruana, en la medida que se origina por mandato de la ley local y constituye una ganancia o pérdida patrimonial derivada de la fluctuación del valor de la moneda nacional al ser comparado con el de la moneda extranjera a la fecha del balance. Tal conclusión (determinación de la fuente y el carácter de resultado computable para fines tributarios) no puede verse desnaturalizada por la forma prevista en la LIR para efectuar el reconocimiento de la ganancia o pérdida de cambio: vía ingreso o gasto del ejercicio o mediante su incorporación en el costo de los activos (caso en el cual incidiría en el cómputo de la depreciación si los activos fijos fueran pasibles de ella).

Ramón Gálvez sostiene que las diferencias de cambio derivadas de préstamos relacionados con la adquisición de acciones de empresas del exterior deben formar parte del valor de tales inversiones y, por tanto, al no afectar los resultados corresponde que se les dé el mismo tratamiento que corresponda al activo con el que están relacionadas. De esta manera, si se tratara de acciones destinadas exclusivamente a la generación de rentas de fuente extranjera, las diferencias de cambio no podrían compensarse con rentas de fuente peruana porque formarían parte de la mencionada inversión.

No obstante, como indicamos anteriormente, cualquiera que sea el caso, las diferencias de cambio siempre deben ser atribuidas a rentas de fuente peruana al derivarse de la fluctuación del valor de la moneda nacional. El procedimiento que debe seguirse para su reconocimiento en el cálculo del impuesto (ya sea afectando el resultado del ejercicio o vía la depreciación de los activos) no afecta su naturaleza, por lo que bajo una u otra modalidad la diferencia de cambio debe incidir en la renta de fuente peruana, aún si el activo con el que está vinculado genera rentas de fuente extranjera. Claro está que si el activo no está sujeto a depreciación, como es el caso de las acciones, la ganancia o pérdida de cambio no podría incidir en el cálculo de la renta por esta vía, modificando únicamente el costo computable del activo.

Sin perjuicio del comentario precedente, como señala Ramón Gálvez en su ponencia, es conveniente que las normas que obligan a considerar la diferencia de cambio como parte del valor de los activos en los supuestos previstos en el artículo 61° de la LIR sean derogadas, a fin de permitir en todos los casos su reconocimiento como resultados del ejercicio, tal y como lo establecen las disposiciones y principios contables.

## **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

1. El crecimiento de las inversiones peruanas en el exterior y la expansión de las empresas peruanas hacia mercados extranjeros, ha puesto en evidencia la necesidad de regular adecuadamente la imposición de las rentas de fuente extranjera, dado que la LIR contiene vacíos legales y tratamientos objetables en esta materia.
2. La imposición a las rentas de fuente extranjera debe efectuarse teniendo en cuenta los principios de eficiencia y equidad, no debiendo convertirse en un freno que desaliente la exportación de capitales o afecte la neutralidad en las decisiones económicas vinculadas con actividades en el exterior.

En tal sentido, la LIR debe regular de manera adecuada la imposición a las rentas de fuente extranjera respetando los principios antes mencionados, con la finalidad de gravar con neutralidad la exportación de capitales y las actividades que empresas peruanas realizan en el exterior.

3. Para alcanzar una real y efectiva imposición sobre la renta de fuente extranjera, en su regulación se debe tomar en cuenta la posibilidad que tiene la Administración Tributaria para ejercer sus facultades de fiscalización y determinación de la obligación tributaria, sin que ello implique trasladar al contribuyente obligaciones de acreditación o sustentación que pudieran resultar gravosas o desproporcionadas.

Un mecanismo que permite a la Administración llevar a cabo sus labores de fiscalización en el plano internacional, son los acuerdos de intercambio de información con sus homólogas del exterior, cuya celebración debería promoverse.

4. El gravamen que afecta a las rentas de fuente extranjera puede generar problemas de doble y múltiple imposición internacional, si es que no se adoptan medidas a nivel de legislación interna o convenios de doble imposición (CDI) y métodos de exención o imputación de créditos que mitiguen tales efectos.

Es por ello que deben implementarse con urgencia métodos adecuados para eliminar la doble o múltiple imposición internacional, tanto jurídica como económica, así como continuarse con la suscripción de CDI con los países que constituyen los principales destinos de la inversión nacional.

5. El criterio de domicilio utilizado por la LIR para gravar la rentas de fuente mundial no resulta adecuado para estos propósitos por tratarse de un concepto estático, siendo que el criterio de residencia es más amplio, ya que no sólo toma en cuenta aspectos formales de constitución, registro o creación de las personas jurídicas o entidades con personalidad tributaria, sino que, además, los complementa con otros criterios económicos basados en la dirección del negocio o el desarrollo de actividades empresariales.

Resulta recomendable, por tanto, sustituir en la legislación interna el criterio de domicilio por el de residencia, lo que otorgará al Estado una mayor flexibilidad normativa para el ejercicio de sus potestades tributarias y permitirá armonizar nuestra legislación con la de otros países, adecuándonos a su vez a los CDI vigentes y futuros.

6. La LIR califica como contribuyentes domiciliados a las personas jurídicas constituidas en el país no haciendo referencia alguna a sus sucursales, agencias u otros establecimientos permanentes en el exterior, los que conforme al derecho común no son entidades independientes de la casa matriz ni cuentan con personería jurídica propia, régimen del cual no se aparta la norma tributaria.

En tal sentido, cuando el artículo 4° del Reglamento de la LIR hace extensiva a estas entidades la condición de contribuyentes domiciliados, no les atribuye personería independiente ni las convierte en entidades autónomas, máxime si el inciso c) del artículo 57° de la LIR establece que los resultados que obtengan deben ser considerados como renta de fuente extranjera en cabeza de la casa matriz.

7. La norma contenida en el numeral 11 del artículo 24° del Reglamento de la LIR califica como partes vinculadas a las empresas domiciliadas en el país con cada uno de sus establecimientos permanentes del exterior, pareciendo optar por el sistema de contabilidad separada respecto de las relaciones sin sustento en la LIR.

Sin embargo, el hecho que la casa matriz deba incluir para el cálculo del Impuesto a la Renta la renta neta de fuente extranjera, no supone el reconocimiento como entes autónomos de las sucursales, agencias u otros establecimientos permanentes en el exterior capaces de atribuir un resultado neto (esto es, como entidades separadas con independencia restringida), toda vez que la LIR ni su Reglamento les reconocen tal autonomía ni establecen una determinación independiente de los resultados correspondientes a cada uno de estos entes en base a una contabilidad separada, lo que tendría

que estar previsto de manera expresa en la ley, como ocurre en otros países.

No obstante, debe evaluarse la conveniencia de incorporar disposiciones en la LIR que otorguen el tratamiento de entidades funcionalmente separadas a las sucursales, agencias y establecimientos permanentes en el exterior de sociedades o empresas domiciliadas en el Perú, a fin de determinar de manera independiente las rentas derivadas de sus actividades. En tales casos, las retribuciones, comisiones, asignaciones de capital, regalías, tenencia de activos y demás relaciones económicas entre la casa matriz y sus sucursales, agencias o establecimientos permanentes deben ser consideradas como operaciones con terceros, únicamente a efectos de atribuirles las rentas derivadas de sus actividades en el exterior conforme a las normas de Precios de Transferencia.

8. Además de lo previsto por el artículo 51°-A de la LIR, que únicamente consagra el principio de causalidad para la deducción de gastos a efectos de la determinación de renta de fuente extranjera, no existen normas de desarrollo que permitan establecer la forma en que se calcula dicha renta, no siendo aplicables los requisitos, limitaciones y restricciones contenidos en los artículos 37° a 44° de la LIR, pues éstos están referidos a la determinación de la renta neta de tercera categoría, siendo que las rentas de fuente extranjera no son categorizables.

Es conveniente, por tanto, introducir normas específicas en la LIR, teniendo en cuenta que la determinación de la renta de fuente extranjera debe efectuarse conforme a las disposiciones del Estado de la residencia.

9. Nuestra legislación interna únicamente reconoce el crédito directo derivado de los impuestos a la renta abonados en el exterior por rentas de fuente extranjera, no admitiendo la deducción de los créditos indirectos o “impuestos subyacentes”, lo que ocasiona una doble imposición económica a nivel internacional.

En consecuencia, urge incorporar en la legislación interna la figura del crédito indirecto por los impuestos a la renta abonados por las sociedades, filiales o entes autónomos residentes en el extranjero, en sus distintos niveles, a fin de eliminar o mitigar el fenómeno de doble o múltiple imposición económica y facilitar la repatriación de dividendos obtenidos en el exterior. Ello, sin perjuicio de alcanzar dicho objetivo mediante la suscripción de nuevos CDI.

10. En cuanto a la deducción del crédito directo, las normas del IR no hacen referencia a los casos en que los impuestos a la renta del Estado de la fuente sean determinados sobre renta bruta, ni a los supuestos en los que no coincida la oportunidad de pago del tributo extranjero con el momento del devengo o percepción, según sea el caso, de la renta de fuente extranjera; lo que puede afectar la deducción del respectivo crédito.

No obstante, debe interpretarse que son deducibles como crédito todos aquellos impuestos pagados en el exterior que estructuralmente gravan la renta neta, aún si en su aplicación suponen retenciones sobre ingresos brutos. Asimismo, deben establecerse disposiciones que permitan una adecuada deducción de los créditos desde un punto de vista temporal, considerando que no existe necesaria coincidencia entre el devengo o percepción de las rentas y el pago del impuesto extranjero.

11. Respecto de los dividendos provenientes del exterior, al no admitirse la deducción del impuesto pagado por la sociedad del extranjero, se produce una doble o múltiple imposición respecto de una misma renta por el simple hecho de ser percibida por dos sujetos jurídicamente distintos, lo que desincentiva la repatriación de dividendos al Perú y propicia el uso de vehículos extranjeros para canalizar las inversiones en el exterior.
12. La limitación impuesta por el artículo 51° de la LIR respecto de la compensación de pérdidas de fuente extranjera y la incertidumbre respecto de su arrastre, afecta la neutralidad en la exportación de capitales, genera un sobre costo impositivo a las inversiones en el exterior y resta competitividad a las empresas peruanas.

Por ello, debe derogarse la prohibición de compensar las pérdidas de fuente extranjera con las rentas de fuente peruana en aquellos casos en que los quebrantos hayan tenido su origen en actividades desarrolladas por el contribuyente local directamente o a través de sus sucursales o establecimientos permanentes en el exterior.

Asimismo, deben incorporarse normas en la LIR que permitan el arrastre de las pérdidas de fuente extranjera por un período razonable, acorde con la legislación comparada.

13. Los CDI constituyen herramientas necesarias que permiten el libre flujo de las inversiones, personas, bienes y servicios entre los Estados contratantes, por lo que se debe alentar y promover su suscripción.

14. Las normas de transparencia fiscal internacional (TFI) constituyen medidas que adoptan los Estados para evitar el diferimiento en la tributación de las rentas pasivas obtenidas por medio de sociedades controladas ubicadas en el exterior, especialmente las radicadas en paraísos fiscales.

En tal sentido, debe evaluarse la incorporación de normas de TFI para someter a tributación las rentas pasivas obtenidas a través de sociedades residentes en paraísos fiscales, considerando las ventajas y desventajas que originan. En caso se adoptaran, es indispensable que se implementen conjuntamente con mecanismos de imputación de créditos directos e indirectos y otras medidas que no resten competitividad internacional a las empresas peruanas en el exterior.

15. Las normas contenidas en la LIR y su Reglamento no son claras sobre el procedimiento que debe seguirse cuando existen gastos que inciden conjuntamente sobre la generación de rentas de fuente peruana y fuente extranjera, por lo que es conveniente incorporar disposiciones que permitan determinar la parte de los mismos que resulta atribuible a unas y otras rentas, especialmente tratándose de financiamientos obtenidos para la adquisición de acciones de sociedades del exterior que pueden incidir en la captación de ambos tipos de rentas.

De otro lado, no existen disposiciones que regulen la atribución de los resultados derivados de instrumentos financieros de cobertura, cuando inciden en la generación de rentas de las dos fuentes, lo que igualmente debe ser precisado.

16. Los resultados por diferencia de cambio se originan en la fluctuación del poder adquisitivo de la moneda nacional al ser comparado con el de la moneda extranjera a la fecha del balance, por lo que deben compensarse contra las rentas de fuente peruana, con independencia de su tratamiento como ingreso, gasto o activo, tal como recientemente lo ha reconocido la SUNAT mediante Informe N° 234-2009-SUNAT/2B0000.

Sin perjuicio de ello, es conveniente que las normas que obligan a considerar la diferencia de cambio como parte del valor de los activos en los supuestos previstos en el artículo 61° de la LIR sean derogadas, a fin de permitir en todos los casos su reconocimiento como resultados del ejercicio, tal y como lo establecen las disposiciones y principios contables.

Lima, mayo de 2010.