



Juan Pablo Porto Urrutia^{(*)(**)}

Beneficio tributario o una restricción al derecho de los contribuyentes.

Una revisión al régimen de arrastre de pérdidas aplicable en la legislación nacional a propósito de lo dispuesto por la legislación norteamericana

1. Introducción

El artículo 57 de la Ley del Impuesto a la Renta (LIR) señala que el ejercicio gravable coincide en todos casos con el ejercicio comercial, sin excepción⁽¹⁾. Por su parte, el artículo 441 del *Internal Revenue Code* (IRC) precisa que el ingreso será computado sobre la base del ejercicio gravable del contribuyente, el cual deberá coincidir con el ejercicio calendario que culmina el 31 de diciembre, o ser cualquier periodo de 12 meses que termine el último día de cualquier mes, salvo diciembre. “En general, una corporación puede escoger cualquier ejercicio gravable”⁽²⁾.

Tomando en cuenta lo expuesto podemos reconocer que, como regla general, el Impuesto a la Renta (IR) se determina sobre un periodo de tiempo, regularmente un año calendario o un periodo de 12 meses⁽³⁾. Por tanto, el IR grava la renta generada durante un periodo de tiempo. La conveniencia y la costumbre usualmente hacen que ese periodo coincida con el año calendario o un periodo de 12 meses, pero “ese lapso no es inamovible, ni se basa en algún principio científico”⁽⁴⁾. El ejercicio gravable podría ser de 2 años o 4 meses⁽⁵⁾. Siendo la renta sujeta al tributo aquella generada durante dicho periodo.

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Derecho LLM por Harvard Law School. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Asociado de Hernández & Cía. Abogados. Ex miembro del Consejo Directivo de la Asociación Civil IUS ET VERITAS.

(**) Agradecemos al Profesor Daniel Halperin por su apoyo y comentarios al presente trabajo. Las opiniones vertidas son de exclusiva responsabilidad del autor.

(1) A los efectos de esta Ley el ejercicio gravable comienza el 1 de enero de cada año y finaliza el 31 de diciembre, debiendo coincidir en todos los casos el ejercicio comercial con el ejercicio gravable, sin excepción.

(2) DOERNBERG, Richard L.; Howard E. ABRAMS y Don A. LEATHERMAN. *Federal Income Taxation of Corporations and Partnerships*. 4ta. edición, 2009; p. 83. *In general, a corporation can choose any taxable year.*

(3) Sin embargo, esta regla general no aplica, por ejemplo, cuando se retiene el IR a sujetos no domiciliados.

(4) MEDRANO CORNEJO, Humberto. *El principio de No Confiscatoriedad y la Compensación de Pérdidas en el Impuesto a la Renta*. En: *Advocatus*. No. 9, Diciembre, 2003; pp. 203 y 204

(5) *Ibidem*.

Beneficio tributario o una restricción al derecho de los contribuyentes. Una revisión al régimen de arrastre de pérdidas aplicable en la legislación nacional a propósito de lo dispuesto por la legislación norteamericana

Más aún, ni el sistema peruano ni el sistema norteamericano admite el enfoque transaccional; por lo tanto, el concepto de ejercicio gravable resulta fundamental, habida cuenta que el cálculo de la deuda tributaria se establece sobre la base de dicho periodo. En éste sentido, en 1981 el Tribunal Fiscal norteamericano en *Hershey Foods Corp. vs. Comisionado*⁽⁶⁾, señaló que:

“El Impuesto a la Renta federal es de determinación anual y no de manera transaccional. (...) Cada año subsiste por sí solo. Un enfoque transaccional bajo el cual se debería esperar la culminación de la labor de un negocio para establecer las consecuencias fiscales que resulten adecuadas puede ser visto por algunos como más equitativo, pero ese no es el enfoque utilizado en nuestro sistema de imposición sobre la renta”⁽⁷⁾.

En ese escenario, imaginemos una empresa A que realiza una inversión de S/.1'000,000 el 29 de diciembre de 2010, estando facultada a tomar un gasto deducible por dicho monto. La empresa A no genera ingreso durante el 2010, pero reconoce ingresos por S/.1'000,000 durante el primer trimestre del 2011. Bajo una lectura restrictiva (y bastante miope) de las disposiciones sobre el concepto de ejercicio gravable la pérdida de S/.1'000,000 suscitada durante el 2010 no podría ser aplicada, habida cuenta que no puede afectar el ingreso generado en un ejercicio gravable distinto. Así, la empresa “A” pagará IR sobre el S/.1'000,000 obtenido durante el 2011, sin perjuicio que bajo una perspectiva económica no ha generado renta alguna.

De otro lado, la empresa B, concedora del criterio en torno a la figura del ejercicio gravable, decide realizar una inversión idéntica el 2 de enero de 2011, generando el ingreso relacionado durante el primer trimestre de ese mismo periodo. En este caso los gastos se compensarán sin que exista renta imponible, en tanto no existirá renta neta.

Desde una óptica económica no existe motivo para que la empresa A y la empresa B se encuentren en situaciones distintas desde una visión fiscal. ¿Por qué se desconocen las pérdidas generadas por la empresa A durante el 2010? El ejercicio gravable es solo una ficción, para un negocio en marcha no existe diferencia entre el ingreso generado el 31 de diciembre o algo que se obtenga el 1 de enero. Más aún, mientras uno busca generar ingresos y eventuales rentas no se puede descartar la posibilidad de obtener pérdidas. Por tanto, resulta coherente que, así como se permite la deducción de gastos razonables y necesarios, se permita la compensación de pérdidas incurridas en un determinado ejercicio gravable.

Sin embargo, en 1931 en *Burnet v. Sanford & Brooks Co.*⁽⁸⁾, la Corte Suprema de los Estados Unidos analizó “si la ganancia o la renta (...) debe ser determinada (...) sobre la base de periodos contables fijos, o si, (...) solo corresponde establecer la renta neta de los contribuyentes una vez que concluyan las transacciones que suscitan dicha renta”⁽⁹⁾. Al afrontar el tema, la Corte dispuso que:

“Un contribuyente puede obtener renta neta en un ejercicio y no en el siguiente. El resultado neto de ambos ejercicios, en caso se combinen en uno solo, podría aún ser una pérdida; pero ese hecho nunca ha supuesto que se evite el pago del impuesto en el primer periodo, ni tampoco suscita razón alguna para que la determinación del tributo se lleve a cabo al final de la marcha o vida del contribuyente, o luego

(6) 76 T.C. 312

(7) *Federal income taxes are computed on an annual basis not on a transactional basis. (...) Each year stands on its own. A transactional approach under which we would wait to see the end result of an entire business venture before determining the proper tax consequences might be thought by some to be more equitable, but that is not the approach used in our system of income taxation.*

(8) 282 U.S. 359

(9) *Whether the gain or profit (...) may be ascertained (...) on the basis of fixed accounting periods, or whether, (...) it can only be net profit ascertained on the basis of the particular transactions of the taxpayer when they are brought to a conclusion.*



Juan Pablo Porto Urrutia

de un periodo indeterminado, con la finalidad de establecer de manera más precisa si el resultado final del periodo, o de una transacción particular, será una ganancia o una pérdida⁽¹⁰⁾.

En este sentido, aquello que consideramos natural e intuitivo no ha sido siempre la piedra de toque de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

La resolución de la Corte se amparó en un criterio de simplicidad administrativa y se consideró una necesidad práctica, dado que “sólo en un sistema como éste se logra generar un flujo regular de ingresos y se permite aplicar métodos contables, de determinación, fiscalización y recolección capaces de operar en la práctica”⁽¹¹⁾. Incluso la Corte mencionó que “la esencia de cualquier sistema de tributación es que genere ingreso determinables, que deban ser pagados al fisco, durante intervalos regulares”⁽¹²⁾.

En 1983 la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Hillsboro National Bank v. Comisionado* y *United States v. Bliss Dairy,*

Inc.⁽¹³⁾ precisó que “una adherencia extrema a un esquema de determinación anual podría suscitar inequidades. Comúnmente una operación aparentemente culminada continuará o se reabrirá intempestivamente al año siguiente, suscitando que el reporte o balance previo sea inexacto o inadecuado.”⁽¹⁴⁾ Bajo éste escenario se desarrolló el concepto del beneficio tributario⁽¹⁵⁾.

Finalmente, a la vuelta de la esquina, desde una perspectiva teórica, se iba a permitir que las pérdidas generadas en un ejercicio afecten periodos previos o futuros. “El Congreso originalmente adoptó el concepto de pérdidas arrastrables en 1918 durante la transición de la guerra al tiempo de paz. Muchas empresas productoras que habían generado grandes ganancias durante la Primera Guerra Mundial anticipaban pérdidas al convertir las fábricas para la producción en tiempo de paz”⁽¹⁶⁾.

-
- (10) *A taxpayer may be in receipt of net income in one year and not in another. The net result of the two years, if combined in a single taxable period, might still be a loss; but it has never been supposed that that fact would relieve him from a tax on the first, or that it affords any reason for postponing the assessment of the tax until the end of a lifetime, or for some other indefinite period, to ascertain more precisely whether the final outcome of the period, or of a given transaction, will be a gain or a loss.*
- (11) *Only by such a system is it practicable to produce a regular flow of income and apply methods of accounting, assessment, and collection capable of practical operation*
- (12) *It is the essence of any system of taxation that it should produce revenue ascertainable, and payable to the government, at regular intervals.*
- (13) 460 U.S. 370
- (14) *Strict adherence to an annual accounting system would create transactional inequities. Often an apparently completed transaction will reopen unexpectedly in a subsequent tax year, rendering the initial reporting improper.*
- (15) Véase: GRAETZ, Michael J. y Deborah H. SCHENK. *Federal Income Taxation: Principles and Policies*. 6ta edición, 2009; pp. 654-672. Generalmente, cuando un contribuyente deduce un importe de su renta en un ejercicio, el monto recuperado o no pagado debe ser incluido como renta en el ejercicio siguiente. Esta regla es conocida como la regla del “beneficio tributario” (o la parte inclusive de la regla del beneficio tributario). Existe un segundo aspecto a la regla del beneficio tributario que se denomina el componente de “exclusión”. Originalmente desarrollado por las cortes, (...) esta regla dispone que cuando una deducción en un ejercicio previo no suscitó ningún “beneficio tributario” -como, por ejemplo, cuando el contribuyente no tenía ingreso y obligación tributaria- el consiguiente recuperado o falta de pago del concepto deducido no suscita renta gravable en el año del recuperado o de falta de pago. “Generally, where a taxpayer deducts an amount from income in one year, the amount recovered or not paid must be included in income in the later year. This rule commonly is referred to as the “tax benefit” rule (or the inclusionary component of the tax benefit rule). There is a second aspect to the tax benefit rule that generally is labeled the “exclusionary” component. Originally developed by the courts, (...) this rule provides that where a deduction in a prior year produced no “tax benefit” -as, for example, where the taxpayer had no income and hence no tax liability- subsequent recovery or eventual nonpayment of the previously deducted item does not produce taxable income in the year of recovery or nonpayment.” (pp. 654-655)
- (16) *Ídem.*; p. 670. *Congress originally adopted the net operating loss concept in 1918 during the transition from wartime to peacetime. Many manufacturers who realized large profits during World War I anticipated losses in converting factories to peacetime production.*

Beneficio tributario o una restricción al derecho de los contribuyentes. Una revisión al régimen de arrastre de pérdidas aplicable en la legislación nacional a propósito de lo dispuesto por la legislación norteamericana

En 1957 la Corte Suprema en *Libson Shops, Inc. v Koehler*⁽¹⁷⁾ justifica el arrastre de pérdidas como un medio de reducir “las consecuencias nefastas que genera el gravar los ingresos estrictamente sobre la base de una determinación anual”⁽¹⁸⁾. En ese sentido, las disposiciones que permiten el arrastre de pérdidas están diseñadas para asistir al contribuyente a compensar el ingreso generado en periodos previos o que se va a generar en el futuro. La idea subyacente es permitir a los contribuyentes hacerse de cuando menos parte del *beneficio* de la pérdida generada en un determinado ejercicio gravable.

Perú y los Estados Unidos (así como España, India, Colombia, Canadá, México, Eslovenia, Panamá, Japón, Chile, entre otras muchas jurisdicciones) tienen disposiciones que permiten a las empresas aplicar pérdidas a periodos en los que se generó renta. El arrastre de pérdidas está íntimamente vinculado con el dinamismo y visión móvil que se verifica en cualquier proyecto empresarial.

“La empresa tiene una dinámica constante, su actividad le genera beneficios o le produce pérdidas de manera recurrente. Sus resultados fluyen sin cesar, de manera que desde un punto de vista exclusivamente teórico, solo cuando ella se liquide puede conocerse si, en definitiva, obtuvo ganancia o sufrió perjuicios. Es decir, solo al ser apreciada en conjunto, observando la totalidad de su actuación de principio a fin, podemos saber si la empresa tuvo éxito o fracaso”⁽¹⁹⁾. Sin perjuicio de que la posición teórica expuesta por Medrano resulta impracticable, como él mismo reconoce, debería ser la idea que orienta e ilumina el sistema, permitiendo (irrestringidamente) el arrastre de pérdidas.

Las siguientes secciones proporcionarán un resumen de las reglas aplicables al arrastre de pérdidas, a ejercicios futuros o pasados. Luego, intentaremos definir si dichas provisiones deben ser interpretadas como un beneficio tributario o, de otro lado, como una disposición que limita el derecho de los contribuyentes, tomando en cuenta para tal efecto lo dispuesto por la legislación peruana y norteamericana y los argumentos que han amparado las resoluciones judiciales y en sede administrativa.

Finalmente, revisaremos y trataremos de descubrir la razón, si es que existe, que ampara un periodo de arrastre de 20 años en la legislación norteamericana; la habilidad de un contribuyente peruano de arrastrar sus pérdidas de fuente extranjera y sugerir si las pérdidas arrastrables deben sujetarse a algún tipo de indexación o ajuste.

2. El régimen peruano aplicable al arrastre de pérdidas

La LIR permite a las empresas arrastrar sus pérdidas a ejercicio futuros. Bajo la LIR no se permite aplicar las pérdidas generadas en un ejercicio gravable a periodos anteriores. Según el artículo 50 de la LIR⁽²⁰⁾, las empresas

(17) 353 U.S. 382, 386

(18) *To ameliorate the unduly drastic consequences of taxing income strictly on an annual basis.*

(19) MEDRANO CORNEJO, Humberto. *Óp. cit.*; p. 204.

(20) Artículo 50 de la LIR.- Los contribuyentes domiciliados en el país podrán compensar la pérdida neta total de tercera categoría de fuente peruana que registren en un ejercicio gravable, con arreglo a alguno de los siguientes sistemas:

- a. Compensar la pérdida neta total de tercera categoría de fuente peruana que registren en un ejercicio gravable imputándola año a año, hasta agotar su importe, a las rentas netas de tercera categoría que obtengan en los cuatro (4) ejercicios inmediatos posteriores computados a partir del ejercicio siguiente al de su generación. El saldo que no resulte compensado una vez transcurrido ese lapso, no podrá computarse en los ejercicios siguientes.
- b. Compensar la pérdida neta total de tercera categoría de fuente peruana que registren en un ejercicio gravable imputándola año a año, hasta agotar su importe, al cincuenta por ciento (50%) de las rentas netas de tercera categoría que obtengan en los ejercicios inmediatos posteriores.

En ambos sistemas, los contribuyentes que obtengan rentas exoneradas deberán considerar entre los ingresos a dichas rentas a fin de determinar la pérdida neta compensable. (...)



Juan Pablo Porto Urrutia

domiciliadas en el Perú pueden compensar sus rentas de fuente peruana, a diferencia de sus rentas de fuente extranjera, al amparo de alguno de los siguientes regímenes:

- a) Por un periodo de 4 años contados a partir del ejercicio en el cual las pérdidas se generaron, luego de transcurrido dicho periodo cualquier pérdida no compensada se pierde o
- b) Por un periodo indefinido contra el 50% de sus ingresos.

Por lo tanto, si una empresa C tiene una pérdida de S/.600,000 en su declaración jurada del IR del 2004, en tanto no cuenta con ingresos exonerados, puede arrastrar dichas pérdidas contra cualquier ingreso que se suscite hasta el 2008, incluso, o aplicarla (sin observar ningún límite temporal) pero sólo contra el 50% de la renta generada en cada ejercicio siguiente.

La tabla muestra como las pérdidas se pueden arrastrar bajo los distintos escenarios tomando en cuenta una pérdida de S/.600,000 obtenida durante el ejercicio 2004:

	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Renta (Pérdida)	(50,000)	100,000	150,000	200,000	300,000	400,000
Sistema "A"	0	(100,000)	(150,000)	(200,000)	(50,000)	0
Pérdida resultante	(600,000)	(500,000)	(350,000)	(150,000)	0	0
IR 30%	0	0	0	0	75,000	120,000
Sistema "B"	0	(50,000)	(75,000)	(100,000)	(150,000)	(200,000)
Pérdida resultante	(650,000)	(600,000)	(525,000)	(425,000)	(275,000)	(75,000)
IR 30%		15,000	22,500	30,000	45,000	60,000

Bajo el sistema A, la empresa no podrá compensar una pérdida de S/.150,000 (la pérdida restante a fines del 2008) y deberá

asumir el pago de un IR de S/.195,000. De otro lado, bajo el sistema B ninguna pérdida quedará inutilizada (la empresa incluso puede arrastrar para los siguientes ejercicios una pérdida ascendente a S/.75,000, que se aplicará contra el 50% de la renta generada en aquellos futuros ejercicios) y sólo se deberá pagar un IR ascendente a S/.172,500. El análisis expuesto no toma en cuenta el valor del dinero en el tiempo, no obstante, en éste caso parece evidente que el sistema B será más apropiada para la empresa C.

La opción respecto al régimen a ser utilizado deberá ser ejercida al momento de presentar la declaración jurada anual del IR. En caso no se haga una elección el primer método (sistema A) será aplicado. Una vez que se opte por un sistema, este no puede ser modificado hasta que todas las pérdidas que vienen siendo arrastradas hayan sido compensadas, o se pierda el derecho a realizar la compensación. Bajo ambos sistemas los contribuyentes que obtengan rentas exoneradas, las deberán tomar en cuenta a fin de determinar el monto de las pérdidas que pueden ser objeto de arrastre.

Bajo el esquema dispuesto por la LIR los contribuyentes están obligados a incluir cualquier ingreso exonerado a fin de determinar (reducir) el monto de las pérdidas que pueden ser arrastradas. La idea que orienta el sistema apunta a reducir el monto de las pérdidas que pueden ser aplicadas, tomando en cuenta cualquier ingreso cuya obtención no hubiese sido gravado al amparo de una exoneración expresa dispuesta en la LIR.

La opción del sistema aplicable deberá ejercerse en la oportunidad de la presentación de la Declaración Jurada Anual del Impuesto a la Renta. En caso que el contribuyente obligado se abstenga de elegir uno de los sistemas de compensación de pérdidas, la Administración aplicará el sistema a).

Efectuada la opción a que se refiere el párrafo anterior, los contribuyentes se encuentran impedidos de cambiar de sistema, salvo en el caso en que el contribuyente hubiera agotado las pérdidas acumuladas de ejercicios anteriores.

La SUNAT fiscalizará las pérdidas que se compensen bajo cualquiera de los sistemas señalados en este artículo, en los plazos de prescripción previstos en el Código Tributario.

Beneficio tributario o una restricción al derecho de los contribuyentes. Una revisión al régimen de arrastre de pérdidas aplicable en la legislación nacional a propósito de lo dispuesto por la legislación norteamericana

El efecto de reducir el monto de las pérdidas que pueden ser objeto de arrastre tomando en cuenta los ingresos exonerados, equivale a aplicar un gravamen sobre dichos ingresos exonerados, no de manera corriente, pero en la oportunidad que las pérdidas son efectivamente compensadas. La LIR solo alude en éste extremo a los ingresos exonerados, quedando a salvo el derecho de los contribuyentes a no reconocer los ingresos inafectos, a fin de reducir la cuantía de las pérdidas que pueden arrastrar.

El actual régimen dual fue introducido el 23 de diciembre de 2003 tras la dación del Decreto Legislativo 945, aplicable a partir del 1 de enero de 2004. Antes de la existencia del actual régimen dual la LIR permitía a los contribuyentes que generaban rentas de la tercera categoría el arrastre de las mismas por un plazo definido de 4 años, plazo que se contaba a partir del primero ejercicio en que se obtenía ingreso luego de haberse suscitado la pérdida y no de manera inmediata.

De otro lado, el artículo 51 de la LIR 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 (...). 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”.

Por lo tanto, las pérdidas de fuente extranjera pueden aplicarse contra las rentas de fuente extranjera, pero si luego de dicha imputación se obtiene un resultado negativo éste no se puede aplicar contra la renta neta de fuente peruana. ¿Pueden esas pérdidas de fuente extranjera ser arrastradas? ¿En caso se admita el arrastre de dichas pérdidas exista alguna limitación aplicable a las mismas? Abordaremos éstas interrogantes en las siguientes secciones.

A fin de proporcionar un ejemplo, imaginemos que una empresa D, domiciliada en el Perú, ha realizado inversiones

en los Estados Unidos, lo que le ha generado una renta de fuente extranjera. Durante el 2009, la empresa D ejecuta diversos gastos con relación a dicha inversión, generando un ingreso neto de fuente extranjera de S/.250,000. Dicho monto será incluido como renta neta para efectos impositivos. De otro lado, en el 2010 los gastos del exterior se incrementaron sustancialmente y, como resultado, se obtuvo una pérdida neta de fuente extranjera de S/.50,000. Esa pérdida puede ser aplicada y compensar cualquier otro ingreso de fuente extranjera obtenido por la empresa D, pero no podrá ser aplicado contra la renta neta de fuente peruana obtenida por la empresa D en el ejercicio 2010.

Finalmente, el inciso e del artículo 88 de la LIR señala que los contribuyentes podrán deducir del IR que les corresponda los IR abonados en el exterior por las rentas de fuente extranjera, 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.

Ahora bien, la parte final de la disposición citada en el párrafo precedente precisa que 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.

3. Régimen de arrastre de pérdidas en los Estados Unidos

La sección 172 del IRC se refiere al arrastre de pérdidas o *Net Operating Loss deduction*. A las corporaciones e individuos norteamericanos, dado que las reglas son similares para ambos, se les permite efectuar una deducción por ejercicio gravable equivalente al agregado de (i) las pérdidas de ejercicios anteriores, más (ii) las pérdidas de ejercicios futuros aplicados



Juan Pablo Porto Urrutia

a dicho ejercicio. Como regla general la pérdida generada en un ejercicio:

- a) Puede ser aplicada a cada uno de los 2 ejercicios previos a aquel en el cual se generó la pérdida y
- b) Puede ser aplicada a cada uno de los siguientes 20 ejercicios después de suscitada la pérdida.

Según la regla general prevista en la sección 172 del IRC cuando una pérdida es declarada al cierre del ejercicio, esta debe ser arrastrada o aplicada a los 2 ejercicios previos (*carryback period*). En caso exista una pérdida remanente esta podrá ser aplicada o arrastrada hasta por un periodo de 20 años. Una vez que culmina el periodo de arrastre, cualquier pérdida que no haya sido totalmente deducida o aplicada se perderá⁽²¹⁾.

Bajo la sección 172 (b)(3) del IRC cualquier contribuyente con derecho a aplicar una pérdida a un ejercicio previo, puede optar por no aplicar la pérdida a los ejercicios previos y sólo arrastrarla hacia los 20 ejercicios futuros. La elección respecto a no aplicar las pérdidas a ejercicios previos deberá ser efectuada en la fecha en la cual se presente la declaración jurada respecto al ejercicio en el cual se suscitó la pérdida. La citada elección, una vez efectuada para cualquier ejercicio gravable, será irrevocable para dicho periodo.

Por tanto, asiste al contribuyente el derecho a renunciar al periodo de carryback, aplicando el íntegro de las pérdidas sólo a los ejercicios futuros. "Esto puede resultar ventajoso si tu ingreso gravable de los últimos 2 ejercicios fue bajo o si esperas obtener grandes ingresos gravables luego del ejercicio en el cual se suscitó la pérdida"⁽²²⁾.

En resumen, un contribuyente "que no recibe beneficio alguno en el año de la deducción puede aún obtener un ahorro fiscal si la pérdida de dicho ejercicio es aplicada contra el ingreso o renta durante un periodo de hasta 23 años"⁽²³⁾.

Finalmente, al amparo de la legislación norteamericana no existe limitación alguna para aplicar las pérdidas de fuente extranjera contra la renta doméstica.

Por su parte, la sección 904(c) del IRC -referida al crédito por ir pagado en el exterior al que tienen derecho los contribuyentes- señala que el crédito por el IR abonado en el exterior que supere el límite máximo puede ser arrastrado al ejercicio previo o aplicarse durante los próximos 10 ejercicios. Asiste al contribuyente el derecho a deducir el IR pagado en el exterior como una deducción, en caso decida no aplicarlo como un crédito tributario.

4. ¿Beneficio tributario o derecho de los contribuyentes?

Casi todos, si es que no todos, los países del mundo admiten algún tipo de esquema para el arrastre de las pérdidas generadas en un ejercicio. Ciertas jurisdicciones no establecen limitaciones o restricciones para la aplicación de las pérdidas, de modo que estas pueden ser aplicadas de manera indefinida, pero la mayoría de países limitan el referido *derecho* de los contribuyentes por una cantidad de ejercicios.

Es una característica esencial e inherente de un sistema que pretende gravar la renta, pero que no otorga alivio para las pérdidas (eso es, que no paga un impuesto negativo equivalente), que existan provisiones que amparen el arrastre o compensación de pérdidas contra rentas pasadas o futuras, a

(21) Disponible en web: <http://taxation.lawyers.com/income-tax/Net-Operating-Loss-Carryback-and-Carryforward-Rules.html> (Enero, 2011)

(22) *Ibidem*. This may be advantageous if your taxable income in the past two years was low or if you expect to have a lot of taxable income after the NOL year.

(23) GRAETZ, Michael J. y Deborah H. SCHENK, *Loc. cit.* who can obtain no tax benefit in the year of deduction may still receive a tax savings if the loss from that year is applied against the income of another year during the 23-year period

Beneficio tributario o una restricción al derecho de los contribuyentes. Una revisión al régimen de arrastre de pérdidas aplicable en la legislación nacional a propósito de lo dispuesto por la legislación norteamericana

fin de evitar una inequidad manifiesta⁽²⁴⁾. Bajo los sistemas de Perú y de los Estados Unidos el Estado es socio en 30% ó 35% (o la tasa aplicable) sobre las ganancias de las corporaciones, pero no está sujeto a los riesgos o pérdidas que resultan inherente o consustanciales a la propiedad o al negocio. Un sistema racional de gravamen debe reconocer las pérdidas sufridas por los contribuyentes y otorgar un alivio sensato para éstas.

“Limitar de manera rigurosa la determinación del IR al año calendario generaría que el fisco comparta las ganancias durante los buenos años, pero no así las pérdidas generadas en los años malos -un resultado inequitativo y que resulta económicamente distorsionante-. Por ese motivo, se admite que las pérdidas fiscales generadas en un ejercicio compensen las rentas generadas en otro ejercicio de modo que, con el paso del tiempo, el pago de impuesto sea un reflejo exacto de la rentabilidad de la empresa”⁽²⁵⁾.

Más aún, las provisiones que admiten el arrastre de pérdidas permiten preservar y mantener capital y efectivo dentro de la empresa, a la par que las deudas tributarias (que se pueden suscitar, incluso, como resultado de la miope visión y división del periodo fiscal en ejercicios gravables) son compensadas. Los montos ahorrados pueden ser destinados a fines más valiosos como capital de trabajo, en el desarrollo de nueva tecnología, reduciendo la necesidad de préstamos externos que generen cargas financieras, la expansión del negocio o la adquisición de bienes de capital⁽²⁶⁾.

A fin de obtener un beneficio como consecuencia de la aplicación de las provisiones que admiten el arrastre de

pérdidas no es suficiente generar pérdida en un ejercicio, pero se requiere obtener renta.

El contribuyente que tiene derecho a aplicar las pérdidas generadas en un año a otro ejercicio no obtiene ningún beneficio solo por el desplazamiento, pero requiere una renta contra la cual compensar las pérdidas que arrastra. Cuando se verifica una reducción en la carga fiscal a raíz del arrastre de pérdidas, dos factores son responsables: una pérdida en un ejercicio previo y renta en un ejercicio posterior (o anterior). Ninguna resulta útil por sí sola; pero de manera conjunta se obtiene una reducción en la carga impositiva que resulta beneficioso para el administrado⁽²⁷⁾. “Debe haber un año con renta neta -el factor determinante- o el arrastre nunca será efectivo. El monto de la renta determina que porción de la pérdida arrastrable será aplicada para reducir el impacto fiscal. El verdadero beneficio fiscal, cuando se conserva el efectivo, se da en el periodo de realización, no en el año de la pérdida”⁽²⁸⁾.

Al permitir el arrastre y compensación de pérdidas el sistema tributario reconoce a los negocios como fenómenos en marcha, y evita otorgar un tratamiento más favorable a aquellas empresas que obtienen ingresos regulares. Finalmente, “admitir el arrastre de pérdidas es percibido como un estímulo a las

(24) DONNELLY, Maureen y Allister YOUNG. *Aspects of Construing A Rational Framework For Loss Relief: A Sample of Show*. En: *British Tax Review*, 2005.

(25) ETTLINGER, Michael, *Corporate Tax Break puts the Cart before the Horse: Net Operating Loss Tax break may be least effective Recovery Provision*, febrero, 2009. *Strictly limiting the tax accounting to a single year would result in the Treasury sharing in the profits during good years but not sharing the losses in bad years -an inequitable and economically distorting result. For that reason, tax losses from one year are allowed to offset profits from another year so that, over time, taxes reflect a corporation's overall profitability*. Disponible en web: <http://www.americanprogress.org/issues/2009/02/nol.html>

(26) SRIVASTAVA, Anand, *Carry Forward of Business Losses*, 1. Disponible en web: <http://incometax.indlaw.com/search/articles/?a690f1ce-f4a6-4a90-ad20-725c1aa3c0de> (Enero, 2011)

(27) HORNE, James C. van. *A Look at the Loss Carry- Forward*, *The Accounting Review*, enero, 1963. c.f. Disponible en web: www.jstor.com

(28) SRIVASTAVA Anand, *Loc. cit.*. *There must be a profitable year -the determining factor- or the carry forward will never be realized. The amount of profit determines what portion of the carry forward will be applied to reduce taxes. The actual tax benefit, when cash is conserved, is in the year of realization, not in the year of the loss.*



Juan Pablo Porto Urrutia

inversiones de capital al incentivar a los contribuyentes a tomar riesgos financieros, al incurrir en negocios especulativos o cíclicos.”⁽²⁹⁾ Tomando en cuenta los argumentos expuestos, resulta claro que permitir el arrastre de pérdidas mejora la postura de los contribuyentes ante la carga fiscal que deben soportar, habida cuenta que las pérdidas no son estáticas, pero se pueden mover y aplicarse contra rentas futuras e incluso pasadas.

El asunto que debe ser abordado es si la habilidad que tiene un contribuyente para aplicar pérdidas de un determinado ejercicio a un periodo posterior (en tanto no se permite el *carryback* en la legislación nacional) es un beneficio otorgado por el legislador, o si se trate de un elemento esencial y determinante de la imposición sobre la renta, tratándose de un derecho que es restringido por el gobierno, cuando este limita el arrastre de pérdidas.

En los Estados Unidos la renta es definida, tomando en cuenta la resolución emitida en 1955 por la Corte Suprema en *Comisionado v. Glenshaw Glass Co.*⁽³⁰⁾ como cualquier adquisición a riqueza, claramente realizable, y sobre la cual el contribuyente tiene complete dominio. Nos hayamos frente a una definición bastante amplia. Más aún, en *Murphy v. IRS*⁽³¹⁾ (una opinión original escrita por el Juez Douglas H. Ginsburg el 22 de agosto de 2006) el circuito del distrito de Columbia señaló que los daños que venía siendo demandados no caía dentro de la excepción en tanto los daños no buscaban compensar “daños físicos”, no obstante, se podían excluir de los alcances de la renta neta, en tanto no calificaban como renta. El 3 de julio de 2007 en un proceso de revisión la corte señaló que bajo los alcances de la sección 61 del IRC debía incluirse a las indemnizaciones percibidas incluso por daños o lesiones que no afecten el físico, aun cuando la indemnización o premio que se obtiene no es una adquisición a riqueza. En éste caso, la Corte dispuso que “aun cuando el Congreso no puede convertir en renta algo que no lo es en realidad, (...) éste puede denominar algo como renta y gravarlo, siempre que actúe dentro de los alcances que le otorga la Constitución”.

De otro lado, la LIR adopta una lista exhaustiva y taxativa de eventos y rentas gravables. En este escenario, al amparo

de lo dispuesto por el artículo 1 de la LIR el IR peruano grava, de manera exclusiva: (i) las rentas que provengan del capital, del trabajo y de la aplicación conjunta de ambos factores, entendiéndose como tales aquellas que provengan de una fuente durable y susceptible de generar ingresos periódicos (*renta producto*); (ii) las ganancias de capital; (iii) otros ingresos que provengan de terceros, establecidos por esta Ley; y, (iv) las rentas imputadas, incluyendo las de goce o disfrute, establecidas por esta Ley. Dentro de los alcances del acápite (i) precedente encontramos:

- a) Las regalías;
- b) Los resultados de la enajenación de:
 - b.1. Terrenos rústicos o urbanos por el sistema de urbanización o lotización.
 - b.2. Inmuebles, comprendidos o no bajo el régimen de propiedad horizontal, cuando hubieren sido adquiridos o edificados, total o parcialmente, para efectos de la enajenación; y,
- c) Los resultados de la venta, cambio o disposición habitual de bienes.

Ahora, ambos sistemas (indudablemente el de los Estados Unidos con un alcances más extenso, como resultado de un sistema fiscal más complejo y sofisticado) gravan la renta, no el ingreso, por lo tanto, se admita la deducción de pérdidas. La regla general en ese sentido apunta a permitir la deducción de gastos razonables a fin de aplicar la tasa del impuesto solo sobre la renta neta. La deducción de gastos razonables y vinculados con la generación de la renta gravada, como un mecanismo destinado a afectar la

(29) GRAETZ, Michael J. and Deborah H. SCHENK, *Loc. cit.* *The net operating loss deduction has been perceived as stimulating capital investment by encouraging taxpayers to take financial risks in speculative or cyclical ventures.*

Beneficio tributario o una restricción al derecho de los contribuyentes. Una revisión al régimen de arrastre de pérdidas aplicable en la legislación nacional a propósito de lo dispuesto por la legislación norteamericana

renta y no los ingresos o la renta bruta, es esencial a fin de desarrollar un sistema adecuado de imposición sobre la renta. Sin embargo, la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1943 al emitir la resolución en el caso *Interstate Transit Lines v. Comisionado*⁽³²⁾ mencionó que “una deducción es una cuestión de gracia legislativa y la carga de probar el derecho a acceder a la deducción corresponde al contribuyente”. En este sentido, Graetz y Schenk proporcionan una lectura amplia y comprensiva de lo resuelto por la Corte Suprema, la cual estimamos apropiada:

“Es cierto que la carga de probar el derecho a la deducción cae del lado del contribuyente, pero la cuestión no debe ser abordada en los términos de una construcción miope o de gracia legislativa. La intención clara del Congreso al aplicar el impuesto sobre la renta neta requiere el reconocimiento de deducciones y de ingreso neto. Si se requiere limitar el alcance de las deducciones, este debe ser explícito”⁽³³⁾.

Impedir la deducción de gastos afectaría el criterio de equidad o igualdad (*equity criterion*)⁽³⁴⁾, piedra angular de un sistema fiscal sensible y que busca afectar la renta. Bajo el criterio de equidad o igualdad aquellos con una mayor capacidad económica deben estar sujetos a mayores impuestos. No obstante, si no se admite la deducción de gastos y se gravan los ingresos, una empresa con altos ingresos, pero con un menor nivel de rentabilidad, podría estar sujeta a una tasa impositiva más elevada, y eso sería inadmisibles.

En este sentido, el artículo 37 de la LIR y numerosas resoluciones del Tribunal Fiscal han desarrollado el *Principio de Causalidad*, al amparo del cual a fin de establecer la renta neta de una persona jurídica se deducirán todos los gastos necesarios para generar la renta o para mantener la fuente productora, siempre que no se encuentren expresamente prohibidos. Luego el citado artículo 37 de la LIR enumera algunos gastos que serán deducibles, sin embargo, se trata solo de una lista enumerativa o descriptiva y no de una lista taxativa.

“como se puede apreciar, tiene que haber una relación de causa a efecto para que un gasto resulte deducible. La primera posibilidad es que el gasto resulte necesario para producir la renta -se entiende la renta gravada-, de forma tal que sea pertinente afirmar que el efecto de realizar el gasto ha sido la obtención de la renta. La segunda posibilidad es que el gasto haya sido necesario para mantener la fuente productora de la renta, siempre en el entendido que la realización del gasto ha redundado en la generación de rentas a través de la correcta conservación de la fuente productora. En ambas posibilidades, será precisó, además,

(30) 348 U.S. 426

(31) Marita Murphy había demandado con la finalidad de recuperar el IR que pago sobre los daños compensatorios que le fueron otorgados por daño moral y sufrimiento emocional como consecuencia de una acción contra su ex empleador al haber reportado mala praxis ambiental. A Murphy se le otorgaron daños compensatorios por US\$70,000 (US\$45,000 por sufrimiento emocional y angustia mental y US\$25,000 por perjuicio a su reputación profesional). El contribuyente argumentó que a ella no se le otorgó una ganancia, ni una accesión a riqueza, debido a que los montos recibidos pretendían compensar los daños sufridos, y se trataba de una restauración de capital humano. Reconociendo que la Corte Suprema entiende que la restauración de capital es un evento que no está gravado, y que los daños personales tradicionalmente han sido considerados como no gravados el Circuito de D.C. aceptó el argumento de la contribuyente. El Circuito determinó que el dinero otorgado a la contribuyente como consecuencia de daño emocional y pérdida de reputación no estaba gravados debido a que los montos le fueron otorgados con la finalidad de restaurarla emocional y reputacionalmente y no con la intención de compensarla por pérdida de salario o ingresos gravables de cualquier tipo.

(32) 319 U.S. 590, 593

(33) GRAETZ, Michael J. and Deborah H. SCHENK. *Óp. cit.*; p. 229. *It is true that the taxpayer bears the burden of proving his right to a deduction, but the question should not be approached in terms of a “narrow” construction or “legislative grace.” The clear intent of Congress to impose tax on taxable income requires recognition of deductions as well as gross income. If deductions want to be limited, it must be done explicitly.*

(34) El término *equity criterion* es tomado de GRAETZ, Michael J. and Deborah H. SCHENK. *Óp. cit.*; pp. 28-32.



Juan Pablo Porto Urrutia

corroborar que la deducción no se encuentre expresamente prohibida por la Ley del IR⁽³⁵⁾.

Bajo el régimen peruano se permitirá la deducción de gastos siempre que caigan dentro de los alcances del *Principio de Causalidad*, y no se encuentren expresamente prohibidos. El artículo 44 de la LIR detalla de manera exhaustiva los gastos que no serán permitidos; así, por ejemplo, gastos personales, el Impuesto a la Renta, multas impuestas por el sector público nacional, ciertos gastos con sujetos residentes en paraísos fiscales, montos invertidos en la adquisición de bienes de capital, entre otros, no serán gastos deducibles.

De manera similar, el IR en los Estados Unidos, por intermedio de la sección 162 (y 212) permite deducir todos los gastos ordinarios y necesarios pagados o incurridos durante el ejercicio fiscal, en el desempeño de una actividad o negocio. Ambos términos (ordinario y necesario) han sido definidos de una manera bastante amplia por la jurisprudencia, convirtiendo la deducción de gastos en la regla, en tanto no existan disposiciones o provisiones en contrario.

Podemos extraer dos conclusiones. Primero, admitir la deducción de gastos es parte de la naturaleza y esencia de cualquier impuesto que pretenda afectar la renta; y segundo, el Congreso o la agencia gubernamental correspondiente puede impedir o restringir la deducibilidad de un gasto, pero esa restricción debe ser efectuada de manera clara, expresa y previa.

Se puede pensar en un *beneficio tributario* como cualquier tratamiento dispuesto por la legislación que regula el sistema tributario que otorga a un contribuyente una ventaja económica, cuando se compara con el tratamiento general. La exclusión de cierto ingreso de los alcances del impuesto (exoneración),

el diferimiento de ciertos pagos, la existencia de tasas reducidas son algunos ejemplos⁽³⁶⁾. En este sentido, cualquier disposición referida al arrastre de pérdidas, sea a futuro o contra la renta generada en ejercicios previos, no debería ser reconocida como un *beneficio tributario*, sino, más bien, como un derecho inherente de cualquier contribuyente. Mientras que lo que se grave sea la renta, se debe admitir la posibilidad de aplicar las pérdidas obtenidas en un ejercicio determinado contra rentas futuras o previas.

Prest (citado por Roque García Mullín) señala, refiriéndose a las disposiciones que impiden o limitan la traslación de pérdidas, que “cualquiera que sea el origen de tales disposiciones legales, parece que no existe argumento para retenerlas, y un sistema regular de permitir transferir pérdidas por un período de, digamos 5 ó 6 años parece esencial si se quiere evitar discriminación en contra de actividades sujetas a grandes riesgos⁽³⁷⁾”.

Del mismo modo, Reboud, citado por Roque García Mullín, señala:

“Admitir la traslación de las pérdidas es tratar de conciliar la continuidad en el tiempo de la actividad de las empresas y la división anual de la carga fiscal. El fisco se hace así asociado de las empresas en la mala como en la buena fortuna. Se considera el déficit sufrido en el curso

(35) HERNANDEZ BERENGUEL, Luis. *Algunas consideraciones sobre el Principio de Causalidad en el Impuesto a la Renta*. En: **IUS ET VERITAS**. No. 25, noviembre 2002; p. 297.

(36) Si nos remitimos a la teoría expuesta por Francisco Ruiz de Castilla Ponce de León en su artículo denominado *Liberación Tributaria*, publicado en *Derecho & Sociedad* No. 27, pp. 76-85 (Diciembre 2006), los beneficios tributarios sólo se encuentran dentro del campo de la obligación tributaria, en la medida que consisten en la reducción de la base imponible o la disminución de la alícuota (tasa nominal). No obstante, nuestra utilización el término beneficio tributario resulta más amplia, y se refiere también a cualquier fenómeno que tenga un efecto sobre el ámbito de aplicación del tributo -como puede ser una exoneración- y no sólo sobre su cuantía.

(37) GARCÍA MULLÍN, Roque. *Impuesto sobre la Renta. Teoría y Técnica del Impuesto. Material de Apoyo para los Programas desarrollados por el Instituto de Capacitación Tributaria*. Santo Domingo, 1980; p 165.

Beneficio tributario o una restricción al derecho de los contribuyentes. Una revisión al régimen de arrastre de pérdidas aplicable en la legislación nacional a propósito de lo dispuesto por la legislación norteamericana

de un ejercicio como una carga del ejercicio siguiente, y se admite la deducción de esa pérdida del beneficio del año siguiente. Pero en general no podrá realizarse la compensación, y tras el primer año de traslación, quedará un excedente de déficit. Esto ha inducido a los países a admitir la amortización de una pérdida sobre varios años. Así, la traslación de las pérdidas tiene por finalidad someter a un mismo régimen fiscal a una empresa cuyo beneficio neto sobre varios años esté constituido por el saldo de balances deficitarios o con superávit, y a otra que realizaría el mismo beneficio neto sin haber registrado ejercicio deficitario alguno⁽³⁸⁾.

De otro lado, la Resolución del Tribunal Fiscal No. 09855-2-2007 señala que “el hecho jurídico regulado en el artículo 50 de la LIR es el *derecho* de los contribuyentes domiciliados en el país perceptores de rentas de tercera categoría de compensar en un ejercicio gravable determinado y en los siguientes, las pérdidas tributarias generadas en ejercicios gravables pasados, imputándolas a la renta neta de tales ejercicios gravables posteriores a la generación de las pérdidas.” (Énfasis agregado)

Con confianza podemos concluir que el arrastre de pérdidas es un derecho que subyace a la estructura de la imposición a la renta y no es un beneficio otorgado al contribuyente por medio de la gracia legislativa. Por lo tanto, ante la ausencia de cualquier regulación con relación al arrastre de pérdidas, debemos concluir que el arrastre o compensación de pérdidas *debe* (en un escenario teórico y abstracto) ser admitida de manera ilimitada y por un plazo indefinido.

Ahora bien, las resoluciones emitidas por la Corte Suprema de los Estados Unidos (mencionadas en la sección 1) al referirse al concepto de ejercicio gravable parecen oponerse a lo expuesto en el párrafo precedente; así, en caso el IRC no se pronunciase sobre el arrastre de pérdidas el *Internal Revenue Service* (IRS) podría pretender negar cualquier arrastre o compensación de pérdidas, solo gravando la renta que se suscite año por año, sin tomar en cuenta pérdidas previas. Estimamos que lo expuesto es posible, aun cuando reconocemos que negaría la construcción que hemos desarrollado.

(38) *Óp. cit.*; pp. 165-166.

(39) MEDRANO CORNEJO, Humberto, *Óp. cit.*; p 206.

5. ¿Por qué se limita el arrastre de pérdidas?

La respuesta se basa en simplicidad administrativa. Las administraciones tributarias no desean tener que auditar pérdidas generadas hace muchos años y que recién se utilizan en el ejercicio. Inclusive se generaría una sobrecarga a los contribuyentes que estarían obligados a mantener toda la documentación que ampare la veracidad y suficiencia de las pérdidas que pretenden compensar. Pero es acaso la simplicidad administrativa un argumento válido. Podemos negar acaso una pérdida o restringir su aplicación solo amparándonos en criterios de simplicidad administrativa, vulnerando un criterio de equidad o igualdad.

Mencionamos en la sección previa que el Congreso (o la entidad estatal en la cual este delegue dicha facultad) está facultado a impedir ciertas deducciones, siempre que lo haga de manera expresa. De manera similar, se pueden introducir disposiciones con la finalidad de limitar el plazo por el cual se puede arrastrar o compensar la pérdida tributaria generada en un ejercicio determinado, no obstante, estas limitaciones deben ser razonables y no deben convertir al arrastre de pérdidas en una institución vacua, que resultaría en el desconocimiento o la pérdida del *beneficio*.

Algunos autores adoptan posturas más radicales. “Sin embargo, sea cual fuere el mecanismo específico al que apele el legislador, lo cierto es que siempre que se contemple alguna limitación temporal la norma será cuestionable por los efectos confiscatorios que ella puede tener frente a la situación específica de un contribuyente determinado⁽³⁹⁾.”



Juan Pablo Porto Urrutia

Más aún, el reconocimiento de periodos tributarios o ejercicios gravables no debe generar el desconocimiento de las pérdidas una vez transcurrido cierto periodo de tiempo. “Si el impuesto se calcula sobre una renta inexistente, atribuyéndole ganancias a quien solo tiene pérdidas acumuladas, es claro que se está afectando su patrimonio. Si de acuerdo con su naturaleza el tributo debe gravar la renta, no debería aplicarse a quien carece de ella porque en ese caso el Fisco no está participando de la ganancia (inexistente) del contribuyente, sino obligando a la entrega de recursos que afectan su capital (...)”⁽⁴⁰⁾.

¿Resultan sensatos los límites establecidos en la legislación peruana y norteamericana? ¿Se supeditan a la esencia de la imposición sobre la renta? Consideramos que ambos sistemas son adecuados.

En los Estados Unidos las pérdidas pueden ser arrastradas y compensadas por un periodo extremadamente largo de 20 años y un *carryback* adicional de 2 años, el cual puede ser evitado. De otro lado, en el Perú se admite un sistema dual donde el contribuyente puede optar por aplicar las pérdidas durante los 4 ejercicios siguientes computados desde la fecha en la cual esta se genera o de manera indefinida, pero sólo contra el 50% de la renta generada en cada ejercicio gravable. El sistema dual que existe bajo la LIR permite que el contribuyente pueda obtener el mayor beneficio de sus pérdidas acumuladas. Bajo el esquema existente en la legislación peruana una empresa que anticipa que va a obtener poca renta durante los primeros años, tras varios años durante los cuales los gastos se dispararon podrán optar por el segundo método de compensación a fin de no perder parte de sus pérdidas acumuladas, compensando la mayor cantidad posible de renta.

La simplicidad administrativa también resulta esencial en un sistema tributario. Las reglas deben ser observadas y las administraciones tributarias deben estar en posición de auditar y verificar el cumplimiento de dichas reglas, cualquier sistema que establece reglas impracticables o que no pueden ser fiscalizadas será ineficiente, constituyéndose como un lastre sobre el sistema fiscal.

El meollo del asunto radica en establecer qué criterio debe primar, la simplicidad o la equidad e igualdad. Desde un punto

(40) *Ibidem*.

de vista teórico la igualdad o equidad (como la base de un sistema justo de imposición) siempre debe ser privilegiada, y el sistema fiscal se debe construir sobre la base de dicho criterio. No obstante, se debe dejar cierta latitud para la simplicidad.

6. ¿Por qué el sistema de los Estados Unidos admite un plazo de arrastre de 20 años?

Bajo el sistema de los Estados Unidos las pérdidas se pueden aplicar durante un plazo de 20 años. ¿Existe alguna razón que ampare este plazo tan amplio? No encontramos ninguna razón técnica o científica (nada sugiere que se haya probado que las empresas toman 20 años para recuperar sus pérdidas iniciales o aquellas generadas a raíz de la expansión de sus actividades) que ampare dicho término. Más aun, bajo cualquier medida parece un periodo más que razonable. Se puede concluir que la disposición fiscal pretende sancionar a aquellas empresas que no son capaces de recuperar sus pérdidas acumuladas dentro de un término de 20 años (23 años bajo el esquema de los Estados Unidos, si se toma en cuenta el *carryback period*), siendo la sanción la imposibilidad de aplicar las pérdidas que no hubieran sido compensadas.

Ahora bien, sería bastante complejo para la administración tributaria el fiscalizar una pérdida que se ha generada en el año 1990 y que se pretende aplicar contra la renta neta obtenida durante el 2010, habiéndose ésta aplicado durante los últimos 19 años. En este sentido, el criterio de simplicidad parece no ser el elemento diferenciador o determinante tras la regulación adoptada por el legislador de los Estados Unidos. No existe simplicidad alguna en un procedimiento que obliga al auditor

Beneficio tributario o una restricción al derecho de los contribuyentes. Una revisión al régimen de arrastre de pérdidas aplicable en la legislación nacional a propósito de lo dispuesto por la legislación norteamericana

tributario a revisar o auditar una pérdida que se ha generado hace casi dos décadas. De igual manera, el contribuyente debe mantener los registros y la contabilidad y documentación que ampara la existencia y la integridad de la pérdida que pretende aplicar a futuro.

Parece que el periodo de 20 años ha sido elegido como un mecanismo que busca permitir que *todas* las empresas recuperen o apliquen en su integridad las pérdidas generadas en un determinado ejercicio gravable. Muchos países solo permiten que las pérdidas se arrastren por un periodo de 4 años, favoreciendo claramente un criterio de simplicidad sobre cualquier criterio de equidad o igualdad. En la actualidad el régimen de arrastre de pérdidas en Japón establece un periodo de 7 años, de otro lado, los regímenes de Gran Bretaña, Francia, Alemania y Australia, entre otros, admiten el arrastre de pérdidas por un periodo indefinido.

Existe alguna diferencia entre admitir el arrastre de pérdidas durante un periodo de 23 años o permitir la compensación de éstas de manera indefinida. Estimamos que no existe ninguna real diferencia entre ambos escenarios desde una óptica administrativa. Así, el límite de 20 años no ha sido establecido con la intención de simplificar las labores de fiscalización de la administración tributaria, pero más bien como un esfuerzo de admitir que la *totalidad* (o la gran mayoría) de contribuyentes pueden obtener íntegramente los beneficios resultantes de las pérdidas generadas en otros ejercicios.

El plazo de 20 años no puede ser visto como un plazo restrictivo, debido a su amplia extensión, pero como una regulación que pretende proteger el derecho de los contribuyentes bajo un tributo que se aplica sobre la renta neta y no sobre los ingresos.

La economía global se ha visto en medio de una situación complicada desde la crisis financiera del 2008 y, cuando parecía que se iba a recuperar, es probable que la recesión de la zona Euro y de los Estados Unidos vuelva a generar un estrago a nivel mundial, con una mayor incidencia en esas economías. Esto generó (y probablemente genere) que las empresas, sin importar la industria o el tamaño, generen grandes pérdidas, a la par que reducen inversiones de capital. No obstante, parece que no existe ninguna intención de incrementar el término de 20 años que establece el IRC para el arrastre a futuro de las pérdidas, el mismo que

es visto como razonable por parte de los contribuyentes.

¿Deben los Estados Unidos aplicar un periodo indefinido para el arrastre de pérdidas a futuro? Quizás; pero, nuevamente, el sistema debe encontrar un balance entre la cantidad de años que está dispuesto a fiscalizar, a fin de admitir la deducción de pérdidas *antiguas*, y el beneficio real que un incremento en el término de arrastre pueda generar en los contribuyentes.

No hemos tenidos acceso a ningún estudio de ese tipo; por tanto, cualquier conclusión sería miope y antojadiza. Debemos admitir que el plazo de 20 años que establece el IRC parece sensato, aun cuando en la realidad una empresa con un largo periodo de inversión, o involucrada en labores de investigación y desarrollo quizás no pueda aplicar ciertas pérdidas, mientras pase el tiempo, al no generar suficiente renta. Corresponde al poder legislativo el limitar el periodo durante el cual las pérdidas pueden ser arrastradas o compensadas. 20 años parecen razonables, pero puede ser insuficiente para ciertos contribuyentes en casos concretos.

Al momento de establecer un término perentorio para el arrastre de pérdidas los ideales que colisionan son la simplicidad administrativa y la equidad o igualdad, sin negar la importancia de la segunda, parece que (en el extremo del término) el sistema de los Estados Unidos ha privilegiado el primero.

De otro lado, las provisiones que regulan el *carryback* están constantemente bajo revisión y escrutinio y los contribuyentes buscan incrementar el número de años previos a los cuales se puede aplicar la pérdida generada en el futuro. Como Michael Ettlinger señala que "las empresas valoran de manera especial la habilidad de aplicar las pérdidas



Juan Pablo Porto Urrutia

a ejercicios previos. Ellos obtienen un beneficio inmediato si califican”.⁽⁴¹⁾

Bajo el régimen de *carryback*, se puede incorporar efectivo en el negocio mientras que las pérdidas son aplicadas contra el ingreso por el cual ya se hizo el pago del impuesto correspondiente. En este escenario, al salir de la mayor crisis financiera desde fines de 1920 y comienzos de 1930 muchas empresas están reportando pérdidas en sus declaraciones juradas y en sus estados financieros.

“Las pérdidas en las industrias más golpeadas como la construcción de viviendas y préstamos hipotecarios fácilmente superan los modestos ingresos generados en los 2 años previos, en la medida que la burbuja inmobiliario se redujo antes de colapsar. Así, que no resulta sorprendente que las empresas y sus representantes ante el Congreso pretendan extender el *carryback period* de 2 a 5 años. Mientras más largo el *carryback period*, son mayores las posibilidades de encontrar un periodo previo con ingresos suficientes para compensar las pérdidas corrientes y exigir un reembolso fiscal inmediato”⁽⁴²⁾.

7. ¿Pueden arrastrarse las pérdidas de fuente extranjera al amparo de la LIR?

Según el artículo 51 de la LIR 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 de fuente peruana. Luego, la norma dispone que en ningún caso se computará la pérdida neta total de fuente extranjera, la que no es compensable a fin de determinar el impuesto.

Por tanto, las pérdidas de fuente extranjera pueden aplicarse contra la renta de fuente extranjera; pero, en caso el resultado neto de fuente extranjera fuera negativa, esta no se podrá aplicar contra la renta neta de fuente peruana. ¿Pueden arrastrarse dichas pérdidas de fuente extranjera que no son compensables en un periodo determinado? Consideramos que si es posible su arrastre. Ni la LIR ni su Reglamento, ni el Tribunal Fiscal aún han abordado el tema material de controversia. El motivo por el que la legislación limita la aplicación de las pérdidas de fuente extranjera es, discutiblemente, porque estas son difíciles de fiscalizar o determinar.

Una aproximación literal a la provisión que establece la LIR (que probablemente sea la lectura que adopte la SUNAT) negará el arrastre de pérdidas de fuente extranjera, en tanto esta dispone, de manera lata, que dichas pérdidas no serán compensables.⁽⁴³⁾ Sin embargo, dicho enfoque sería errado, habida cuenta que las disposiciones sobre arrastre de pérdidas no son una cuestión de beneficio o gracia legislativa; sino, más bien, un derecho de los contribuyentes, tomando en consideración la forma en la cual se establece, estructura y determina el IR.

Si el legislador hubiera deseado que los contribuyentes no puedan arrastrar sus pérdidas de fuente extranjera (cosa que atentaría contra el criterio de equidad) debió indicarlo de manera expresa, y no mediante

(41) ETTLINGER, Michael. *Loc. cit.*

(42) *Ibidem*. El Comité Conjunto de Tributación estima que esta ampliación en el plazo del *carryback* otorgará al sector beneficiado US\$67,000,000,000 durante los próximos 2 años, a pesar que el costo en un término de 10 años será de sólo US\$20,000,000,000 en la medida que las corporaciones reclamarán hoy en día pérdidas que hubieran compensado en el futuro. *And losses in the hardest hit industries such as home building and mortgage lending easily outstrip the last two years of modest profits as the bubble days slowed before the collapse. So it's not surprising that corporations and their representatives in Congress are calling to extend the NOL carry back from 2 years to 5 years. The longer the carryback period, the better the chance that there's a year in the period with sufficient profits to offset current losses so they can claim an immediate tax refund.*

(43) El término utilizado “la que no es *compensable* a fin de determinar el impuesto”. Más aún, el artículo 50 de la LIR menciona que las rentas de fuente peruana pueden ser “compensadas”. Una visión restringida pretende vincular ambos conceptos y negar la posibilidad del arrastre.

Beneficio tributario o una restricción al derecho de los contribuyentes. Una revisión al régimen de arrastre de pérdidas aplicable en la legislación nacional a propósito de lo dispuesto por la legislación norteamericana

frases abiertas que pueden ser válidamente interpretadas en ambas direcciones. Más aún, tomando en cuenta que no nos encontramos ante un beneficio fiscal, la exclusión debe ser expresamente incorporada en la LIR a fin de ser exigible y aplicable, del mismo modo que se limita el arrastre de pérdidas de fuente peruana y se impide, de manera expresa, la deducción de ciertos gastos.

A mayor abundamiento existe, por ejemplo, una prohibición expresa en la LIR (inciso e) del artículo 88, para arrastrar el impuesto abonado en el exterior por rentas de fuente extranjera como un crédito tributario. A tal efecto, la norma bajo análisis señala que serán créditos contra el IR 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.

La norma de modo enfático y sin miramientos concluye que cualquier importe que por la circunstancia que fuera no se utilice en el ejercicio gravable, no podrá compensarse en otros ejercicios ni dará derecho a devolución alguna. Si la autoridad tributaria deseaba limitar la posibilidad de arrastrar pérdidas de fuente extranjera debió hacerlo de manera expresa, del mismo modo que lo hicieron en el caso de los créditos por IR de fuente extranjera.

Si, como hemos concluido, procede el arrastre las pérdidas de fuente extranjera, ¿existe alguna limitación temporal para el mismo? Si concluimos que las pérdidas de fuente extranjera pueden ser arrastradas, este arrastre no se sujetará ni supeditará a limitación alguna, en tanto los límites que establece la legislación nacional solo resultan aplicables a las pérdidas de fuente peruana.

En ese sentido, cualquier pérdida de fuente extranjera generada por una empresa constituida en el país podrá ser aplicada y compensada durante un periodo indefinido de tiempo y contra el integro de su renta de fuente extranjera. Debemos advertir que esta posición no es pacífica en la doctrina y que es un tema respecto al cual aún no existe pronunciamiento expreso por parte del Tribunal Fiscal.

En resumidas cuentas, el sistema peruano establece un límite (en relación al tiempo o al monto) para la posibilidad de arrastrar pérdidas de fuente peruana generadas en un ejercicio. De manera expresa niega la posibilidad de arrastrar el crédito por impuesto a la renta pagado en el exterior a un ejercicio distinto a aquel en el cual este se paga y el arrastre de pérdidas de fuente extranjera no se sujeta a limitación alguna.

La duda surge. Es sensible o apropiado limitar la aplicación de pérdidas de fuente peruana (como lo establece el artículo 50 de la LIR) y no sujetar las pérdidas de fuente extranjera a restricción alguna. Volvemos sobre nuestro postulado que las disposiciones que abordan el arrastre de pérdidas limitan un derecho intrínseco que asiste a los contribuyentes bajo un régimen que afecta a la renta y no sólo al ingreso.

Finalmente, no podemos extender las disposiciones que limitan el arrastre de pérdidas del crédito de fuente extranjera, en la medida que la analogía o la interpretación extensiva se encuentra prohibida bajo la legislación nacional.

8. ¿Generan o deben suscitar intereses las pérdidas que se arrastran?

Las pérdidas que se arrastran, bien sea a ejercicios previos o posteriores, no se sujetan a ningún tipo de interés o indexación. Así, las pérdidas serán aplicadas a su valor nominal o facial.

En este sentido, una pérdida suscitada hace 5 años, será aplicada tomando en cuenta su valor facial, sin ningún tipo de ajuste, indexación o interés, no obstante, que el dinero ha perdido valor como resultado directo de la inflación y por el efecto del valor del dinero en el tiempo⁽⁴⁴⁾. El

(44) La inflación es el proceso por el cual se incrementa el costo o precio de los bienes y servicios, también puede ser entendido como un declive en el valor adquisitivo de cierta moneda durante un periodo de tiempo.



Juan Pablo Porto Urrutia

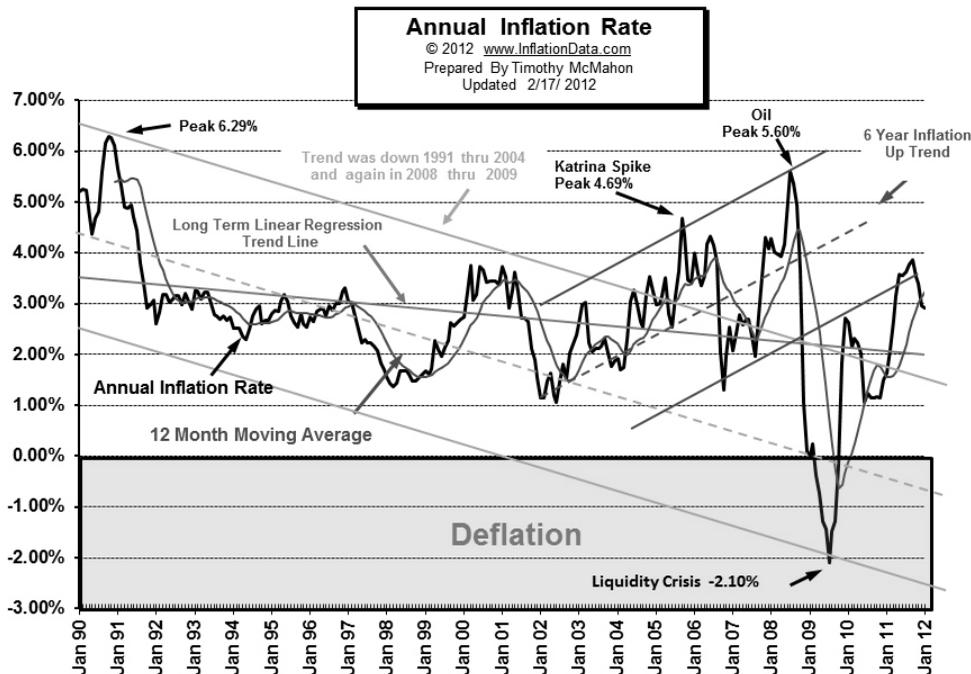
gráfico que aparece abajo⁽⁴⁵⁾ demuestra el ratio de inflación anual en los Estados Unidos durante los últimos 20 años, que podría ser utilizado como un umbral para un eventual indexación o un interés mínimo que podría ser reconocido por impuestos pagados en exceso que dieron lugar a pérdidas que son ahora objeto de arrastre.

Revisando el gráfico vemos como la inflación y la deflación (el efecto contrario, toda vez que el dinero se torna más valioso en relación a los bienes y servicios) afecta el valor del dinero, y puede ser utilizado como un interés o ajuste mínimo. El "índice de inflación anual promedio desde el año 1913 ha sido de 3.36%"⁽⁴⁶⁾.

Si un contribuyente tiene una pérdida de US\$1,000,000 generada en el año 1991 y la aplica contra la renta generada durante el año 2010, el valor real de dicha pérdida ascenderá sólo a US\$609,195⁽⁴⁷⁾. Los casi US\$400,000 de diferencia representan

el valor perdido por la moneda en las últimas dos décadas. Eso supone una pérdida de valor de casi 40% durante un lapso de 20 años. ¿Deben estas pérdidas estar sujetas a algún tipo de ajuste o interés a fin de mantener su valor real? Desde la perspectiva de los Estados Unidos la respuesta es no. Más aún, no se acepta ningún tipo de ajuste o indexación por efecto de la inflación en el sistema norteamericano. De manera similar, la legislación domestica no establece ningún tipo de reconocimiento de interés sobre saldos de pérdidas arrastradas, y la inflación ya no se toma en cuenta para efectos fiscales desde hace algunos años.

Cuando la empresa genere cualquier ingreso o renta en el futuro como resultado de la venta



(45) Disponible en web, consulta de enero, 2011: http://inflationdata.com/inflation/images/charts/Annual_Inflation/annual_inflation_chart.htm

(46) Disponible en web, consulta de enero, 2011: <http://inflationdata.com/inflation/Inflation/AnnualInflation.asp>

(47) A fin de efectuar el cálculo utilizamos el siguiente enlace de internet: <http://www.halfhill.com/inflation.html> Enero, 2011. Tomando en cuenta el índice de inflación como un interés de mercado nominal.

Beneficio tributario o una restricción al derecho de los contribuyentes. Una revisión al régimen de arrastre de pérdidas aplicable en la legislación nacional a propósito de lo dispuesto por la legislación norteamericana

de bienes o la prestación de servicios, como regla general, sólo podrá compensar las pérdidas aplicándolas sobre su valor facial o nominal. Eso supone que desde un punto de vista financiero la pérdida valdrá lo que sea que el contribuyente hubiera pagado para generarla.

Admitir la generación o devengo de intereses sobre el saldo de pérdidas que se arrastran suscitaría un beneficio fiscal irrazonable, incrementando artificialmente el monto o cuantía de la pérdida. Esto podría generar enormes beneficios para cualquier negocio cuyo ingreso no es tan elástico como el interés que debe pagar o reconocer el fisco.

Aplicar o reconocer intereses sobre los montos que se vienen arrastrando tendrá el mismo efecto que obtener dichos montos (en la fecha en que corresponda su arrastre) del fisco, siempre que el contribuyente pueda obtener un ingreso financiero por depositar dichos montos en el sistema financiero⁽⁴⁸⁾. Ese desembolso de fondos no es admisible bajo la legislación norteamericana o peruana. Más aún, cualquier disposición que así lo pretenda se deberá sujetar al máximo nivel de análisis y escrutinio en tanto supone la salida de dinero del erario público para beneficio o conveniencia de los contribuyentes, y cualquier fraude o abuso debe ser mitigado o minimizado.

Finalmente, si se pagan o generan intereses (o cualquier forma de indexación) que sucederá en periodos de deflación. ¿Se descontará un interés del monto nominal de la pérdida? ¿Qué sucederá en caso de *carrybacks*? ¿Debe la pérdida ser aplicada por su valor facial o debe aplicarse alguna *penalidad* o descuento por el uso de la pérdida en un periodo previo? Todas estas interrogantes deberían ser abordadas y absueltas, entre otras, y sólo con la intención o propósito de proporcionar a los contribuyentes un *beneficio* irrazonable e injusto.

Imaginemos por un momento que las pérdidas que no son aplicadas en un periodo determinado son arrastradas al periodo siguiente, y que las mismas se sujetan a un factor de ajuste o indexación. ¿Se tratará ese incremento en el valor de las pérdidas que se arrastran como un ingreso

gravable?⁽⁴⁹⁾ ¿Se tratará de una ganancia de capital o de ingreso ordinario?

Bajo la amplísima definición de renta que establece el IRC estimamos que el citado “interés”, a menos que se establezca una exoneración o excepción expresa (que a la fecha no existe), calificará como renta gravable. De otro lado, desde la óptica del IR peruano se trataría de un ingreso inafecto. Nos explicamos.

La legislación nacional reconoce un régimen aduanero que permite a las empresas productoras/exportadoras que importan, directa o indirectamente, bienes que se incorporan o consumen en el proceso productivo de los bienes a ser exportados, obtener la restitución total o parcial de los derechos arancelarios que afectaron el ingreso de los bienes consumidos o incorporados en el proceso productivo. Se trata del régimen del *drawback* o del régimen de restitución simplificada de derechos arancelarios. Bajo el procedimiento de restitución simplificada descrito los contribuyentes tienen derecho a obtener un importe equivalente al 5% del valor FOB de los productos exportados. Este monto usualmente excede el monto efectivamente pagado por concepto de derechos aduaneros que afectaron la ulterior exportación. ¿Constituye el monto percibido como *drawback* un ingreso gravable? Habida cuenta que “se trata de un subsidio estatal, y por lo tanto nos encontramos frente a un monto que no puede ser considerado como ingreso afecto al IR, en la medida en que se trata de un beneficio establecido por el Estado en función de su *Ius Imperium*. Es decir, no sería un ingreso gravado con el IR pues no calificaría como una operación con terceros”⁽⁵⁰⁾.

(48) Esta disposición no sería aplicable en el caso de *carrybacks* toda vez que el dinero, en esos casos, es pagado de inmediato, compensando deudas tributarias corrientes. En este caso, ningún factor de ajuste es aplicable.

(49) El sistema norteamericano niega el efecto de la inflación, de modo que efectuamos nuestro análisis bajo el efectivo pago de intereses, utilizando la inflación solo como un umbral que establece la pérdida de valor del dinero en el tiempo.

(50) ALLEMANT SALAZAR, Humberto y Orlando MARCHESI VELÁSQUEZ, *Tratamiento para efectos del Impuesto a la Renta de los ingresos provenientes de operaciones con terceros*. En: *VII Jornadas Nacionales de Derecho Tributario* 9, noviembre, 2004.



Juan Pablo Porto Urrutia

Por lo tanto, bajo la definición de renta que establece la LIR en tanto el ingreso obtenido por concepto de *drawback* no califica como renta producto, ganancia de capital o como ingreso imputado, este solo podría sujetarse a gravamen en caso de calificar como “ingreso proveniente de operaciones con terceros”. Se reconoce que no existe una operación con terceros cuando el Estado reconoce un ingreso o beneficio a favor de un particular, al amparo de una norma legal, siempre y cuando el contribuyente no tome una decisión a fin de ingresar en una relación u operación que le genere ingreso, sino sólo como resultado directo de la aplicación de una norma legal, sobre la cual el particular no tiene injerencia alguna. Así, en tanto no existe operación alguna, cualquier ingreso obtenido como consecuencia del *drawback* no estará gravado, en tanto se aleja de la definición de renta que establece la LIR.

De manera similar, cuando a los contribuyentes se les reembolsan pagos en exceso, el interés que reconoce la autoridad fiscal no califica como renta gravable. El Tribunal Fiscal se manifestó en esta línea mediante la resolución No. 0061-5-2003. La autoridad tributaria pretendió reconocer el ingreso y recolectar el tributo correspondiente argumentando que el interés reconocido por el Estado pretendía compensar al contribuyente por el hecho de no haber tenido esos fondos a disposición como resultado de haber efectuado un pago de tributos en exceso o indebido. El tribunal Fiscal analizó el tema centrandolo en la fuente del interés y no en su condición.

“Así, para el Tribunal, el interés se encontraba vinculado a una obligación legal, no a un acto entre particulares, pues tanto a devolución del capital como los intereses nacen en virtud de la Ley y no del deudor y en virtud al criterio de operaciones con terceros señalados en la ya comentada

Resolución del Tribunal Fiscal No. 616-4-99, resultaba claro que este ingreso no fluía de una operación con terceros”⁽⁵¹⁾.

En la medida que cualquier ajuste o interés que puedan suscitar las pérdidas que se arrastran será un resultado directo de la Ley y no de una operación con terceros podemos concluir que para efectos de la LIR la referida indexación o ajuste estará exenta de impuestos.

9. Corolario

Bajo un esquema de gravamen sobre la renta, se debe admitir que los contribuyentes compensen o apliquen sus pérdidas de una ejercicio gravable al siguiente con la mayor libertad posible. Negar esa posibilidad generaría que se afecte el ingreso, aun cuando existan pérdidas arrastrables, afectando el derecho de propiedad de los contribuyentes y limitando seriamente el criterio de equidad que debe orientar cualquier gravamen sobre la renta neta.

El ejercicio gravable es una herramienta que las agencias tributarias requieren con la finalidad de recolectar el tributo de manera frecuente, incluso los pagos anticipados o pagos a cuenta del IR que se generará en el ejercicio son medios que pretenden proveer de liquidez al Estado.

Sin embargo, la ficción de dividir la vida de una empresa, e incluso individuos, en periodos de doce meses, no puede tener como resultado que se trate al contribuyente como un individuo distinto durante cada uno de esos periodos. Las provisiones que admiten el arrastre de pérdidas deben ser reconocidas y defendidas como una forma de balancear el enfoque del año fiscal único, que puede ser extremadamente oneroso y perjudicial para los contribuyentes.

Por lo tanto, del mismo modo que una limitación sobre el monto o condición de los gastos debe ser expresa (y nunca el resultado de una analogía o interpretación extensiva), reconocemos que las limitaciones en la habilidad o potestad de arrastrar las pérdidas acumuladas (domesticas o foráneas) también debe sujetarse a una aproximación literal, y en el caso de silencio se debe otorgar el tratamiento más favorable, eso es, admitir el arrastre de manera irrestricta hasta que el íntegro de las pérdidas sean efectivamente compensadas. 

(51) *Ídem.*; p. 10.