

El crédito por impuesto a la renta extranjero: comentarios y críticas a la ley peruana^(*)

Rocío Liu Arévalo^(**) y Luis Vargas León^(**)

1. Introducción

Lima S.A.C., empresa domiciliada en el Perú⁽¹⁾ que opera diversos negocios en el exterior, entrega en arrendamiento un inmueble de su propiedad ubicado en el Estado A⁽²⁾ recibiendo a cambio US\$ 50. Para nuestra ley, los US\$ 50 son renta de fuente extranjera porque el inmueble no está situado en el Perú, pero están sujetos al impuesto a la renta (en adelante IR) peruano porque este recae sobre todas las rentas gravadas de los domiciliados en el Perú, incluyendo las de fuente extranjera. Por su parte, para la ley de A los US\$ 50 son rentas de fuente en A porque el inmueble está ubicado en este país y, en tanto tales, están gravados con el IR de A, así sean percibidos por un sujeto no residente de dicho Estado.

En este caso se presenta un supuesto de doble imposición internacional (en adelante DII): los US\$ 50 están gravados con el IR peruano por el criterio del domicilio y con el IR de A por el criterio de la fuente. Si los US\$ 50 son la renta neta y se aplica un IR de 30% en ambos países, Lima S.A.C. paga US\$ 15 de IR en A y US\$ 15 de IR en el Perú⁽³⁾, lo que arroja una tasa efectiva del IR de 60%. A todas luces, una imposición excesiva.

Un buen sistema tributario debe reunir, entre otras, dos propiedades: equidad y eficiencia⁽⁴⁾. La DII afecta la equidad porque discrimina contra quienes generan

rentas de fuente extranjera. En nuestro ejemplo, si el inmueble arrendado estuviese en el Perú se tendría que pagar solo US\$ 15 de IR⁽⁵⁾, frente a los US\$ 30 que resultan de realizar la operación en el exterior. La DII también es ineficiente porque tal exagerada tributación podría generar, por ejemplo, que para Lima S.A.C. sea más conveniente vender el inmueble en lugar de arrendarlo o invertir sus recursos en un país distinto de A, alterando -la empresa- sus operaciones por motivos fiscales y no comerciales.

Hay consenso en que la DII o sus efectos deben ser combatidos. Un método bastante usado con este último propósito en la legislación interna de los Estados y en los Convenios para evitar la Doble Imposición (CDI) es el llamado crédito por IR extranjero (indistintamente, el “crédito por IR” o el “crédito”). En el Perú, el crédito se encuentra regulado en la Ley del IR y en su Reglamento⁽⁶⁾, que en líneas generales disponen que los contribuyentes domiciliados en nuestro país pueden acreditar contra el IR peruano, el IR abonado en el exterior respecto de rentas de fuente extranjera también gravadas con el IR peruano. En el ejemplo, Lima S.A.C. paga US\$ 15 de IR de A (Estado de fuente de la renta) y los acredita contra los US\$ 15 de IR del Perú (Estado de domicilio del contribuyente). El resultado es que Lima S.A.C. finalmente solo paga US\$ 15 de IR en A y que el fisco peruano no recauda IR. Nótese que el crédito

(*) En memoria de Armando Zolezzi Möller, por su decencia y su extraordinario don de gente.

(**) Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesora de Derecho Tributario en la Facultad de Derecho de la misma Universidad.

(***) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Master en Derecho (LL.M.) por *Harvard Law School e International Tax Program (ITP) Certificate* por *Harvard Law School*. Miembro de la Asociación Civil **ius et veritas**.

(1) Cuando aludimos a que un sujeto está domiciliado en un país, debe entenderse que está domiciliado para efectos tributarios.

(2) “A” y “B” son Estados imaginarios usados en nuestros ejemplos.

(3) 30% de US\$ 50 en ambos Estados.

(4) A grandes rasgos, la equidad exige tratar en forma similar para efectos tributarios a quienes están en situaciones similares (equidad horizontal) y hacer recaer una mayor tributación en quienes están en posición de soportarla (equidad vertical). La eficiencia, como regla general, requiere neutralidad, es decir, que las normas tributarias no influyan en las decisiones de los agentes económicos. Véase STIGLITZ, Joseph. *Economics of the Public Sector*. Londres: W.W. Norton & Company, pp. 456-475. Nueva York. 3era. edición.

(5) Los US\$ 50 solo estarían gravados con un IR peruano de US\$ 15. El IR de A no aplicaría porque para A se trataría de rentas de fuente extranjera percibidas por un sujeto no domiciliado en A.

(6) La “Ley del IR” se refiere al Decreto Supremo No. 179-2004-EF y normas modificatorias. El “Reglamento” alude al Decreto Supremo No. 122-94-EF y normas modificatorias. El crédito está básicamente regulado en el literal e del artículo 88 de la Ley del IR, y en el literal d del artículo 52 y en el artículo 58 del Reglamento.

perjudica al Estado de domicilio, que cede su derecho a recaudar IR al Estado de fuente, lo que responde a un relativo consenso internacional en virtud del cual en un caso como el expuesto este último Estado debe prevalecer⁽⁷⁾.

El crédito por IR es una figura muy tratada en la tributación comparada y tiene muchos aspectos interesantes que comentar. Por razones de espacio, hemos analizado solo algunos de estos aspectos, incidiendo en la forma en que han sido previstos en la Ley del IR y el Reglamento. Por su riqueza técnica, hemos hecho referencia continua al Derecho de los Estados Unidos de América (en adelante EE.UU.)⁽⁸⁾. Finalmente, las reglas sobre el crédito incorporadas en los CDI suscritos por el Perú no son materia de este trabajo, siendo comentadas solo eventualmente⁽⁹⁾.

2. Aspectos de interés sobre el crédito y su regulación en la normativa peruana

2.1. El crédito y las rentas de fuente peruana

Como adelantamos, para que proceda el crédito, la renta por la que se paga el IR en el exterior debe ser de fuente extranjera o, lo que es lo mismo, no debe calificar como renta de fuente peruana. La lógica de esta disposición es que hay rentas que tienen tal grado de vinculación con nuestro país, que nuestra ley las considera rentas de fuente peruana y no está dispuesta a sacrificar a favor de otro Estado su derecho a gravarlas, sacrificio que se daría si, como vimos en el ejemplo de Lima S.A.C., se permitiese reducir el importe del IR a pagar en el Perú mediante el otorgamiento del crédito por el IR pagado en el extranjero.

Sin embargo, esta racionalidad se desdibuja cuando nuestra ley extiende excesivamente el concepto de rentas de fuente peruana. Esta impresión nos deja, por ejemplo, la regla de que cuando las actividades reguladas en los artículos 12 y 48 de la Ley del IR (actividades internacionales) son realizadas por sujetos domiciliados en el Perú, generan rentas que califican íntegramente como de fuente peruana. Pese a que varias de estas rentas muy probablemente estarán gravadas con un IR extranjero (al menos parcialmente, pues la premisa de la norma es que parte de las actividades se realiza en el extranjero), los contribuyentes domiciliados en

el Perú que realizan dichas actividades están impedidos de acreditar el IR foráneo porque para la ley peruana este impuesto ha gravado rentas de fuente peruana.

En tal sentido, aunque puede haber cierta justificación para la reglas de los artículos 12 y 48 de la Ley del IR (es difícil establecer en estos casos qué parte de la renta es de fuente extranjera o peruana), no parece justo que el contribuyente soporte los efectos de una DII sin remedio alguno, ya que esta se genera a partir de una regulación que se excede al calificar las rentas íntegramente como de fuente peruana, pese a que es un hecho cierto que parte de las actividades se realizan en el extranjero.

En otro supuesto cuestionable, digamos que Lima S.A.C. establece una sucursal en A. En virtud del numeral 3 del literal a del artículo 4 del Reglamento, la condición de sujeto domiciliado en el Perú de Lima S.A.C. es extensiva a su sucursal, por lo que la sucursal de Lima S.A.C. en A es también una persona domiciliada en el Perú. La sucursal obtiene un préstamo de Banco S.A., entidad financiera que también está domiciliada en el Perú, para invertir en A. La ley de A, que grava con el IR las rentas con fuente en su territorio, establece que los intereses son rentas de fuente en A cuando el capital que los genera es utilizado económicamente en dicho Estado. Entonces, los intereses que la sucursal le paga a Banco S.A. son renta de fuente en A para la ley de ese país porque el capital se usa en A y renta de fuente peruana para nuestra ley porque el pagador es un sujeto domiciliado en el Perú (literal c del artículo 9 de la Ley del IR), estando gravados con el IR del Perú y de A.

El afectado esta vez es Banco S.A., que no puede acreditar el IR de A que grava los intereses porque este incide sobre rentas que para nuestra ley son de fuente peruana. Este caso también parece un exceso de nuestra norma, ya que los intereses son rentas de fuente peruana aun cuando el capital que los genera es usado en el exterior y son pagados por una entidad que, pese a ser parte de Lima S.A.C., desarrolla sus operaciones en el extranjero.

2.2. Las características que debe tener el cobro extranjero para ser acreditable

De acuerdo con el literal e del artículo 88 de la Ley del IR, el crédito procede por “los impuestos a la

(7) Cabe precisar que en materia de IR la DII surge también por razones distintas del conflicto de criterios domicilio vs. fuente al que nos hemos referido, como por ejemplo de conflictos domicilio versus domicilio o fuente versus fuente. De otro lado, se puede hacer una distinción entre los medios que evitan la DII y los que solo buscan eliminar o atenuar sus efectos. Un ejemplo de lo primero es el llamado método de exención, por el que el Estado de domicilio no grava las rentas de fuente extranjera obtenidas por los sujetos domiciliados en él, tratando de evitar que surja DII por conflictos domicilio versus fuente. El crédito es un ejemplo de lo segundo, porque no evita la DII, buscando únicamente eliminar sus consecuencias.

(8) Las referencias al Derecho de los EE.UU. solo tienen fines ilustrativos y no necesariamente son precisas. En varios casos se ha simplificado la normativa de los EE.UU., se ha expuesto una regla genérica sin atender a las excepciones respectivas o se ha hecho referencia a pronunciamientos judiciales o administrativos cuyo sentido puede no estar vigente en el Derecho norteamericano.

(9) Aun cuando gran parte de nuestro análisis se aplica también a las reglas contenidas en tales CDI.

renta abonados en el exterior”. Es decir, para ser acreditado contra el IR peruano, el gravamen extranjero debe ser un IR. ¿Qué se entiende exactamente por IR? El inciso 2 del artículo 58 del Reglamento da una única pauta al respecto, señalando que “Los impuestos pagados en el extranjero, cualquiera fuese su denominación, deben reunir las características propias de la imposición a la renta”⁽¹⁰⁾.

Así, por ejemplo, no es acreditable contra el IR peruano el Impuesto Predial de A que Lima S.A.C. paga respecto del inmueble ubicado en dicho país, por ser un impuesto a la propiedad y no a la renta.

En un caso menos evidente, supongamos que Lima S.A.C. enajena acciones representativas del capital de una empresa constituida y establecida en “B”, que son cotizadas en el mercado de valores de dicho país. Las acciones tienen un costo computable de US\$ 20 y son vendidas a US\$ 30. Para la ley peruana, los resultados de la venta son renta de fuente extranjera gravados con el IR por ser percibidos por una empresa domiciliada en el Perú, calculándose el impuesto sobre la ganancia de US\$ 10⁽¹¹⁾. Por su parte, la ley de “B” aplica un impuesto sobre los ingresos provenientes de la enajenación (US\$ 30), sin permitir que se deduzca el costo de los valores (US\$ 20). En principio, el impuesto de “B” no reúne las “características propias de la imposición a la renta” y no es acreditable en el Perú, ya que es propio del IR en general, y específicamente del IR peruano, gravar la ganancia que resulta de la venta de valores (ingreso menos costo) y no meramente el ingreso.

Hay otros casos en la práctica que pueden ser más discutibles (veremos pronto que el mismo ejemplo del gravamen de “B” pagado por la enajenación de las acciones es más discutible de lo que parece), especialmente en cuanto a qué diferencias o similitudes entre los impuestos que aplica cada Estado impiden o permiten, respectivamente, considerar a un gravamen del Estado de la fuente como un IR en función del criterio que aplica el Estado de domicilio.

2.2.1. La experiencia del Derecho estadounidense

Por el volumen y variedad de capital que su economía exporta y la diversidad de destinos a los que es exportado, los EE.UU. han lidiado con lo más variopinto para determinar si un gravamen extranjero es acreditable contra su IR.

La regulación vigente en los EE.UU. establece que un gravamen foráneo puede ser acreditado contra el IR norteamericano solo si su carácter predominante es el de un IR de acuerdo a como concibe el IR la ley de los EE.UU.⁽¹²⁾, pero se desarrolla este requisito con flexibilidad. En general, se entiende que el gravamen extranjero cumple con el requerimiento si tiende a gravar la renta neta en las circunstancias normales en las que se aplica⁽¹³⁾, debiendo evaluarse si el cobro, juzgado en su carácter predominante, reúne tres requisitos:

a) *Realization requirement*⁽¹⁴⁾; el gravamen extranjero se impone cuando se da un evento que generaría la realización de la renta en los EE.UU. Algunas excepciones relajan este requisito. Por ejemplo, adaptando un caso de la norma norteamericana⁽¹⁵⁾, en A rige el Impuesto al Aumento de Valor (en adelante IAV), que grava con un 10% el aumento de valor que las acciones representativas del capital de empresas constituidas en A experimentan al 31 de diciembre de cada año. Además, A grava con un IR de 20% las ganancias (ingreso menos costo de adquisición) provenientes de la venta de las mismas acciones. El 5 de julio del Año 1 se adquieren por US\$ 100 acciones representativas del capital de una empresa constituida en A; al 31 de diciembre del año 1 las acciones aumentan su valor a US\$ 120; y las acciones son vendidas el 5 de julio del año 2 por US\$ 160. Esta sucesión de hechos soporta dos gravámenes en A: un IAV de US\$ 2 respecto del aumento de US\$ 20 en el valor de las acciones al 31 de diciembre del año 1⁽¹⁶⁾ y un IR de US\$ 12 sobre la ganancia de US\$ 60 originada en la venta de las acciones en el año 2⁽¹⁷⁾.

En principio el IAV no es acreditable en los EE.UU., pues se impone sobre el mero aumento en

(10) Nada dice nuestra ley sobre cuál debe ser la entidad acreedora del IR extranjero, pudiendo este ser acreditado aún cuando su acreedor sea una entidad distinta del Gobierno Central, como ocurre en un buen número de países que, además del IR nacional, tienen IR a nivel local, regional y/o provincial (por ejemplo, Suiza y Canadá). De otro lado, tampoco existen en el Perú restricciones de carácter extra fiscal como las que se prevén en el Derecho comparado con relación al Estado en el que se paga el IR extranjero, como por ejemplo ocurre en la legislación de los EE.UU., que deniega el crédito si el IR se ha pagado a Estados que proveen apoyo reiteradamente al terrorismo internacional (*Internal Revenue Code Section 901 j*).

(11) US\$ 30 de precio de venta menos US\$ 20 de costo de las acciones.

(12) *Treasury Regulations Section 1.901-2(a)(1)(ii)*.

(13) *Treasury Regulations Section 1.901-2(a)(3)(i)*. Y siempre que no se trate de un gravamen que se aplica solo si puede ser acreditado en otro país (*soak-up tax*) (*Treasury Regulations Section 1.901-2(a)(3)(iii)* y *1.901-2(c)*). Por ejemplo, en un caso reciente el *Revenue Ruling 2003-8* consideró como *soak-up taxes* a ciertas retenciones por IR aplicables en Costa Rica, aduciendo que la autoridad tributaria costarricense está facultada a exonerar de la retención si el receptor del ingreso no puede acreditar el impuesto retenido en su Estado de domicilio.

(14) *Treasury Regulations Section 1.901-2(b)(2)*.

(15) *Treasury Regulations Section 1.901-2(b)(2)(iv), Example 1*.

(16) Al 31 de diciembre del año 1 las acciones aumentaron su valor de US\$ 100 a US\$ 120, estando el aumento de US\$ 20 gravado con un 10%.

(17) La venta arroja una ganancia de US\$ 60 (precio de venta de US\$ 160 menos costo de adquisición de US\$ 100) gravada con un 20%.

el valor de las acciones sin que haya transacción alguna respecto de ellas, lo que no es un evento de realización de la renta para el IR de los EE.UU. Sin embargo, la ley americana establece que el IAV puede ser acreditado contra el IR de los EE.UU. si es que cuando se venden las acciones (evento que sí implica la realización de la renta en los EE.UU.), A no grava nuevamente la renta que ya fue gravada con el IAV (o si la vuelve a gravar, prevé un mecanismo de alivio por el IAV pagado). La excepción no aplica en este caso, pues cuando se venden las acciones el IR de A vuelve a gravar los US\$ 20 que ya fueron objeto del IAV, sin otorgar alivio alguno por el pago de este último impuesto.

b) *Gross receipts requirement*⁽¹⁸⁾; el gravamen extranjero se impone considerando los ingresos brutos reales o usando un método que tienda a reflejar una cantidad que no exceda del valor de mercado de tales ingresos brutos.

Bajo esta idea, el *Revenue Ruling 78-63* denegó el crédito por gravámenes de Libia y Arabia Saudita que computaban los ingresos brutos de las compañías petroleras usando precios fijados arbitrariamente por el gobierno en exceso del valor de mercado (*posted prices*). Similares discusiones se dieron en *Keen v. Commissioner* y *Hatmaker v. Commissioner* (sobre el IR francés cuya base imponible se calculaba multiplicando por siete el valor de arrendamiento presunto de las residencias que sujetos no domiciliados mantenían en Francia); en el *Revenue Ruling 272* (sobre un impuesto haitiano similar al mencionado IR francés); en *Burk Brothers v. Commissioner* (sobre un impuesto de la India a la exportación de pieles de cabra, que calculaba el ingreso multiplicando el número de pieles adquirido, por la diferencia entre los precios de venta promedio de las pieles en su lugar de destino y en Calcuta); entre otros⁽¹⁹⁾.

c) *Net income requirement*⁽²⁰⁾; la base imponible del gravamen extranjero se computa deduciendo los gastos y costos significativos vinculados con los ingresos brutos.

Este criterio cuenta con amplio desarrollo. Por ejemplo, se cumple con el requisito incluso si el IR extranjero permite deducir gastos en un período distinto al que rige en los EE.UU., a menos que dicho período, dadas las circunstancias del caso, equivalga a denegar la deducción. Así, puede no cumplirse el requisito si gastos que son íntegramente deducibles en los EE.UU. en el año en que se incurren, para la

ley extranjera deben ser activados y deducidos vía depreciación recién después de 40 años de incurridos y durante un período de 50 años, pues bajo esta regla el valor real de la deducción descontado a valor presente sería ínfimo comparado con el monto realmente incurrido.

También se aclara que un impuesto sobre la renta bruta podría ser acreditable si casi seguramente grava la renta neta en las circunstancias normales en las que se aplica. La ley norteamericana se refiere expresamente al caso típico de un impuesto que grava la remuneración bruta de un empleado, señalando que podría ser acreditable aun cuando no es posible deducir gasto alguno de la renta bruta pues en estos casos los gastos suelen ser insignificantes comparados con la remuneración⁽²¹⁾.

Finalmente, a veces los EE.UU. flexibilizan el requisito en el contexto de sus CDI, permitiendo acreditar gravámenes que no serían acreditables bajo su ley interna. Un ejemplo es el Acuerdo de Autoridad Competente al que llegaron los EE.UU. e Italia respecto de su CDI suscrito en 1984, en virtud del cual los EE.UU. decidieron aceptar como crédito una parte del polémico IRAP italiano (*Imposta regionale sulle attività produttive*), que grava los ingresos sin permitir la deducción de costos laborales y, en ciertos casos, de intereses⁽²²⁾.

Para finalizar este punto, cabe indicar que la normativa de los EE.UU. añade diversas disposiciones que amplían o restringen los resultados de aplicar estos requisitos, destacando aquella que establece que si el Estado de fuente tiene un IR general que no se aplica a ciertos contribuyentes, estando estos contribuyentes sujetos a otro gravamen que no reúne los requisitos expuestos previamente, este último gravamen puede ser acreditado en los EE.UU. si se entiende aplicado “en sustitución” del IR general del Estado de la fuente (*in lieu of an income tax*)⁽²³⁾.

De otro lado, los supuestos más problemáticos que ha enfrentado el Derecho estadounidense se centran en un momento anterior a la evaluación de estos requisitos, que es cuando se cuestiona si el gravamen foráneo es propiamente un tributo. El caso controversial por excelencia ha sido el de las regalías petroleras. A mediados de la década de 1970, el gobierno estadounidense notó que las multinacionales petroleras negociaban con los Estados extranjeros para que diversos pagos a estos gobiernos relacionados con la explotación y

(18) *Treasury Regulations Section 1.901-2(b)(3)*.

(19) Citados por: DOLAN, Kevin D. y DUPUY, Carolin M. *The Foreign Tax Credit - Overview and Creditability Issues*. BNA Tax Management Library, Portfolio 901-1st. BNA Tax Management: New York, 2005. pp. 43-45.

(20) *Treasury Regulations Section 1.901-2(b)(4)*.

(21) *Treasury Regulations Section 1.901-2(b)(4)(iv), Example 3*.

(22) Citado por: DOLAN, Kevin D. y Carolin M. DUPUY. *Op. cit.*; pp. 52 y 53.

(23) *Treasury Regulations Section 1.903-1*.

producción del petróleo se efectuaran a título de IR y no de regalías petroleras (es decir, por el derecho a extraer petróleo de propiedad del gobierno extranjero), de tal manera que fueran acreditables en los EE.UU. Siguiendo esta lógica se emitió el *Revenue Ruling 76-215*, que resolvió en un complejo caso que ciertos pagos por IR realizados por petroleras norteamericanas en Indonesia eran en realidad regalías, negando su acreditación en los EE.UU. e iniciando la discusión que desembocó en la regulación vigente⁽²⁴⁾.

Esta regulación, partiendo de que un gravamen no es un tributo si el contribuyente recibe a cambio de su pago un beneficio económico específico (como ocurre con el pago de una regalía por el derecho a extraer petróleo), establece que un contribuyente que extrae hidrocarburos y está sujeto a un gravamen extranjero, califica como un *dual capacity taxpayer*, haciendo pagos en dos capacidades, como receptor de un beneficio específico (por el que paga una regalía) y como contribuyente (por el que paga un impuesto), no pudiendo acreditar en los EE.UU. la parte que se considera una regalía⁽²⁵⁾.

2.2.2. Una nueva mirada a nuestra legislación

Partiendo de lo expuesto, creemos que una vez que nuestra ley requiere que para ser acreditable contra el IR peruano el gravamen extranjero sea un IR, por lo menos se debe definir: (i) ¿cuál es el parámetro para decidir si un gravamen foráneo es un IR?; (ii) definido el parámetro, ¿este se aplica en forma rígida o flexible?; y, (iii) de aceptarse que la aplicación debe ser flexible, ¿en qué extremos se da la flexibilidad y hasta qué grado?

Lo dispuesto por el Reglamento es de poca utilidad para responder estas preguntas. Que se precise que para ser un IR el impuesto extranjero debe reunir las características propias de la imposición a la renta, parece tautológico; que se diga que al hacer el análisis no se debe atender a la denominación del impuesto extranjero, parece obvio.

Ahora bien, pese a que la ley básicamente dice nada sobre los tres aspectos planteados, creemos que, razonablemente, las respuestas para (i) y (ii) deben seguir la lógica del Derecho norteamericano, debiendo ser: (i) el parámetro para determinar si un gravamen extranjero es un IR son las "características propias" del IR peruano, es decir, las del IR del Estado que otorga el crédito (lo que de por sí puede traer varios problemas de interpretación); y, (ii) este criterio debe ser flexible,

pues es virtualmente imposible que exista un gravamen extranjero idéntico al IR peruano.

Si bien aplicadas razonablemente, estas dos ideas, a las que se llega más por sentido común que por lo que dispone nuestra ley, podrían resolver adecuadamente la mayoría de los casos que se dan en la práctica, nada dice la ley sobre el asunto que planteamos en (iii) y, por ende, nada aporta para resolver casos más polémicos, que también ocurren con frecuencia. El Derecho comparado abunda en supuestos en los que esta circunstancia puede generar resultados injustos o inciertos en el Perú.

Por ejemplo, un cobro del tipo del citado IAV de A, que grava el mero aumento en el valor de las acciones sin que haya transacción alguna respecto de ellas, es un caso que puede no tener una salida justa. Como ocurre en los EE.UU., el cobro tampoco respondería al concepto de realización de la renta que tiene nuestro IR y no sería acreditable en el Perú, pero creemos que el IAV podría merecer un trato excepcional por parte de nuestra ley (trato que no existe hoy en día) si por ejemplo el IR general de A que recayese sobre la ganancia de una posterior venta de las acciones no gravase la ganancia que ya fue alcanzada por el IAV, pues entonces el impuesto al aumento del valor de las acciones sería una suerte de sustituto parcial del IR general de A.

Finalmente, un caso que puede arrojar resultados inciertos es el del gravamen de B a los ingresos brutos por la transferencia de acciones (que existe en la realidad en muchos Estados). Dijimos que este impuesto no sería acreditable en el Perú por no permitir la deducción del costo de los valores transferidos, pero cabe preguntarse qué ocurriría si en el caso concreto este costo fuese insignificante y, por ende, el resultado fuese prácticamente el mismo al gravar la ganancia (ingreso menos costo computable) o el ingreso. En tal sentido, entre otras preguntas que surgen de este caso: ¿debe considerarse en el análisis la aplicación del cobro en el caso concreto o se debe atender al gravamen en abstracto? Si el impuesto de B se aplica con una tasa de, digamos, 0.5%, ¿puede tomarse tal reducida tasa como un sustituto de la deducción del costo de los valores? ¿Tendría alguna relevancia en el análisis que este tipo de impuestos se aplique en varios sistemas tributarios? ¿Podría considerarse cuando menos un crédito parcial respecto de la parte del impuesto de B que sí resultaría gravando la ganancia (asumiendo que el costo de las acciones fuese deducible de los ingresos provenientes de su transferencia)?

(24) ISENBERGH, Joseph. *International Taxation*. Foundation Press: New York, 2000. pp. 140-143.

(25) *Treasury Regulations Section 1.901-2(a)(2)(ii)* y 1.901-2A. Una vez que un contribuyente califica como un *dual capacity taxpayer* se debe seguir un complejo procedimiento para determinar cuánto del pago corresponde a un IR.

2.3. Aspectos relacionados con el contribuyente del Impuesto a la Renta

A continuación nos referimos a un caso típico de un conflicto de identidad entre el contribuyente del IR en el Estado de domicilio y en el Estado de la fuente, y luego tocamos el llamado “crédito indirecto”, que es una variante del crédito que no se aplica en el Perú.

2.3.1. Las “entidades híbridas” y el crédito por Impuesto a la Renta

En el caso de la DII generada a partir de conflictos domicilio versus fuente, hay doble imposición y, por ende, procede el crédito, si la persona que realiza (o respecto de la cual se realiza) el hecho imponible del IR del Estado de domicilio, también es la que realiza (o respecto de la cual se realiza) el hecho imponible del IR del Estado de la fuente. Es decir, cuando el IR del Estado de domicilio y el del Estado de la fuente tienen como contribuyente al mismo sujeto.

Por ejemplo, en el caso del arrendamiento de Lima S.A.C. que propusimos al inicio, tanto el IR peruano como el de A gravan a quien realiza el hecho imponible consistente en percibir rentas provenientes del arrendamiento de inmuebles, siendo Lima S.A.C. contribuyente de ambos impuestos por ser quien percibe tales rentas. Esta identidad de contribuyente entre el IR de A y el peruano es necesaria para que exista una DII desde el punto de vista jurídico (porque solo en tal caso habrá un sujeto que soporta doble imposición sobre la misma renta) y para que se pueda accionar el mecanismo que busca eliminar los efectos de la DII, como es acreditar el IR de A contra el IR peruano. Ello no se altera aun si, como ocurre frecuentemente, la ley de A obliga a que sea el arrendatario domiciliado en A quien retenga los US\$ 15 de IR que gravan los US\$ 50 de rentas en A y los entregue al fisco de dicho Estado, pues en tal supuesto el arrendatario sería un mero agente de retención y no el contribuyente del IR de A.

Un caso problemático en este extremo lo plantean las llamadas “entidades híbridas”, que en sentido lato son entidades que tienen condiciones diferentes en más de una jurisdicción en cuanto a su calidad de sujetos del IR. Asumamos que una entidad califica como un Fondo de Inversión Empresarial según el artículo 14-A de la Ley del IR (en adelante el “Fondo”) y que los inversionistas en el Fondo (en adelante los “Inversionistas”) son sujetos domiciliados en el Perú. El Fondo genera US\$ 100 de rentas con fuente en B, que están gravadas con US\$ 30 de IR en dicho país. Según el mismo artículo de la Ley del IR y el literal a del artículo 5-A del Reglamento, para efectos del IR peruano las rentas del Fondo son atribuidas a los Inversionistas, siendo estos los contribuyentes del IR peruano que grava

las rentas de US\$ 100 generadas en B. Sin embargo, para la ley de B es el Fondo en sí mismo el contribuyente del IR con relación a dichas rentas de US\$ 100.

Si solo nos quedamos con la idea expuesta en el sentido que para que proceda el crédito el contribuyente del IR peruano también debe ser el contribuyente del IR de B, los Inversionistas no podrían acreditar los US\$ 30 de IR pagado a B por el Fondo contra el IR peruano, porque a diferencia de lo que sucede en B, en el Perú el IR tiene como contribuyente a los Inversionistas y no al Fondo. Sin embargo, dado que para la ley peruana el Fondo por sí mismo no tiene existencia como contribuyente, debería considerarse que el IR pagado en B por el Fondo es un impuesto pagado por los Inversionistas.

Esta interpretación ha sido recogida en el artículo 29-A de la Ley del IR y el *literal c del artículo 18-A del Reglamento*. Este último señala que el IR abonado en el exterior por rentas de fuente extranjera se atribuirá en proporción de la participación de cada contribuyente en el Fondo, lo que permite a los Inversionistas acreditar los US\$ 30 de IR de B contra el IR peruano. La precisión de la ley peruana parece acertada, únicamente resultando criticable que la ley no la haga con carácter general pues existen en nuestro Derecho otros supuestos en los que pueden darse problemas similares al descrito en el caso del Fondo.

De otra parte, un supuesto que también merecería una previsión expresa en nuestra ley es el inverso al expuesto, que ocurriría por ejemplo si un contrato de colaboración empresarial que lleva contabilidad independiente, que para el IR peruano es una persona jurídica contribuyente del IR distinta de sus partes contratantes, es considerado como una entidad transparente en un país extranjero, siendo en este tercer país sus partes contratantes los contribuyentes del IR respecto de las rentas que genere el contrato de colaboración empresarial.

2.3.2. El “crédito indirecto”

Vayamos otra vez al ejemplo de Lima S.A.C. y su operación de arrendamiento en A. Si para realizar la transacción Lima S.A.C. constituye una sociedad anónima en A llamada Sociedad Extranjera S.A., siendo esta última compañía la propietaria del inmueble en A y la que lo entrega en arrendamiento, es Sociedad Extranjera S.A., es decir, la subsidiaria en A de la empresa peruana Lima S.A.C., la que percibe la renta de US\$ 50 y tiene la calidad de contribuyente respecto de los US\$ 15 de IR de A. Bajo este esquema, los US\$ 50 ya no están gravados con el IR peruano porque son renta de fuente extranjera percibida por una entidad no domiciliada en el Perú, siendo alcanzados por nuestro impuesto

solo indirectamente cuando sean pagados (netos del IR de A) como dividendo a Lima S.A.C.⁽²⁶⁾.

Así, cuando Sociedad Extranjera S.A. distribuye como dividendos los US\$ 35 que quedan después de pagarse el IR de A⁽²⁷⁾, asumiendo que los dividendos no están gravados en A, Lima S.A.C. debe pagar US\$ 10.5 adicionales de IR peruano⁽²⁸⁾. Si bien no existe en este caso DII desde el punto de vista jurídico, este sí es un supuesto típico de doble imposición económica. Aun cuando en cabeza de sujetos diferentes y en momentos distintos, la renta que finalmente recibe Lima S.A.C. está gravada con el IR en dos Estados: primero con el IR de A al ser generada, siendo Sociedad Extranjera S.A. contribuyente de dicho IR; luego, neta del IR de A, con el IR peruano al ser distribuida, siendo Lima S.A.C. contribuyente del IR peruano.

Existen países que bajo ciertas condiciones y, en el caso típico, al momento de la percepción de los dividendos distribuidos desde el extranjero, permiten a los sujetos domiciliados en dichos países acreditar todo o parte del IR extranjero que gravó la renta de la empresa de la cual se pagan los dividendos, estableciendo una variante del crédito a la que se conoce como “crédito indirecto” (*indirect credit* o *deemed paid credit* en la terminología anglosajona).

El diseño, cálculo y aplicación del “crédito indirecto” están entre los aspectos más complejos de la tributación internacional. Obviando todas estas complejidades y detalles, diremos simplemente que si existiese el “crédito indirecto” en el Perú, al recibir el dividendo de US\$ 35 Lima S.A.C. podría acreditar el IR de A que gravó las rentas de US\$ 50 de Sociedad Extranjera S.A. (o parte de dicho IR) contra el IR peruano.

La ley peruana no recoge tal posibilidad. En primer término, es Sociedad Extranjera S.A. la

contribuyente del IR de A y no Lima S.A.C., no existiendo entonces identidad de contribuyente entre el IR de A y el IR peruano. De otro lado, el IR de A que paga Sociedad Extranjera S.A. recae sobre rentas de fuente extranjera que no están jurídicamente gravadas con el IR peruano (pues son percibidas por un contribuyente no domiciliado en el Perú), por lo que tampoco se cumple con el requerimiento de nuestra norma antes comentado en el sentido que para ser acreditado, el IR abonado en el exterior debe recaer sobre rentas de fuente extranjera gravadas con el IR peruano. Finalmente, la adopción del “crédito indirecto” requeriría la previsión de diversas reglas que no existen en nuestra normativa.

Creemos que nuestra norma debe incorporar el “crédito indirecto”. Ello no solo aliviaría la DII económica, sino que corregiría una distorsión que se da al no existir la figura. Sin perjuicio de las ventajas tributarias que puede traer operar en el extranjero mediante una subsidiaria, está demostrado en el Derecho comparado que la inexistencia del “crédito indirecto” discrimina en favor del sujeto que opera en el exterior mediante una sucursal (que para estos efectos equivale a operar directamente), frente al que lo hace mediante una subsidiaria⁽²⁹⁾. En nuestro ejemplo, el costo tributario total de operar en A mediante una sucursal sería US\$ 15⁽³⁰⁾, frente a los US\$ 25.5⁽³¹⁾ que resultan de emplear una subsidiaria. En tal sentido, los CDI suscritos por el Perú con Chile y Canadá sí recogen variantes del “crédito indirecto”, cuya aplicación puede ser evaluada a fin de incluir la figura con carácter general en nuestra legislación interna⁽³²⁾.

2.4. El monto del Impuesto a las Renta extranjero que puede ser acreditado

En el ejemplo con el que iniciamos este artículo,

(26) Los US\$ 50 (netos del IR de A) serán pagados como dividendo en la medida que se hayan financiado las actividades de Sociedad Extranjera S.A. mediante aportes de capital. Si por ejemplo parte de tales actividades se hubiesen financiado a través de préstamos, parte de los US\$ 50 serán repatriados a título de intereses. De otro lado, si bien podrían existir opiniones distintas, para efectos de nuestros ejemplos estamos asumiendo -sin entrar a un análisis que está fuera de los alcances de este artículo- que las disposiciones de la Ley del IR llevan a concluir que los dividendos de fuente extranjera que percibe una persona jurídica domiciliada en el Perú están gravados con el IR peruano.

(27) Ingresos de US\$ 50 menos el IR de US\$ 15 pagado en A.

(28) 30% de US\$ 35.

(29) En el caso de los Estados Unidos, véase: CARR, Jr. y otros. *The indirect Foreign Tax credit*. En: *BNA Tax Management Library*. Portafolio 902-1. Nueva York: BNA Tax Management, 2005. p. 3.

(30) Si Lima S.A.C. operase en A mediante una sucursal, sus rentas de US\$ 50 en A estarían gravadas con US\$ 15 de IR (30% de US\$ 50), que serían acreditados contra el IR peruano de US\$ 15.

(31) US\$ 15 de IR de A más US\$ 10.5 de IR peruano.

(32) Aunque revestida de una lógica distinta, una variante típica de “crédito indirecto” se suele dar en el cada vez mayor número de Estados que cuentan con legislaciones sobre las llamadas entidades extranjeras controladas (o con regulaciones análogas), conocidas en el *common law* como *Controlled Foreign Corporations* o *CFC* (entre los diversos países que cuentan con normativa sobre *CFC* o con regulaciones análogas, en diferentes grados y modalidades, tenemos por ejemplo a Italia, Canadá, Australia y los EE.UU.). En líneas generales, hay legislaciones que establecen que cuando una empresa extranjera califica como una *CFC* (en el caso típico, cuando la empresa extranjera es controlada por accionistas domiciliados en el país que prevé la legislación sobre *CFC*), dichos accionistas domiciliados deben incluir en su renta gravable ciertas rentas de sus *CFC* (en el caso típico y sin perjuicio de las múltiples excepciones que suelen preverse, algunas rentas de tipo pasivo sujetas a una baja imposición en el extranjero), sin importar si estas les son distribuidas como dividendos. La figura de las *CFC* debería venir acompañada de otra variante de “crédito indirecto”. Obviando de nuevo las múltiples complejidades y detalles que normalmente se dan en este caso, si el accionista incluye en su renta gravable las rentas que percibe su *CFC* y paga IR en su Estado de domicilio respecto de ellas, es lógico que también pueda acreditar contra este impuesto el IR extranjero que gravó las rentas de su *CFC*.

ahora supongamos que además de arrendar el inmueble en A por US\$ 50, Lima S.A.C. da en arrendamiento un inmueble ubicado en el Perú a cambio de US\$ 20. Según el literal a del artículo 9 de la Ley del IR, esta renta es de fuente peruana porque el inmueble está en nuestro país. Asumamos esta vez alícuotas del IR de 30% en el Perú y 40% en A.

Si se acredita en el Perú el íntegro del IR de A, que es de US\$ 20⁽³³⁾, Lima S.A.C. paga solo US\$ 1 de IR peruano⁽³⁴⁾. Si el fisco peruano aceptase este resultado no solo renunciaría a recaudar IR sobre las rentas de fuente extranjera de Lima S.A.C., sino también a parte del IR que recae sobre las rentas de fuente peruana de la empresa, pues existiendo US\$ 20 de rentas de fuente peruana el fisco solo recaudaría US\$ 1, lo que equivaldría a gravar estas rentas con un 5% pese a que nuestro IR tiene una alícuota de 30%. Para evitar este efecto, que se da porque el IR de A tiene una tasa más alta que la del IR peruano, el monto del IR extranjero acreditable suele estar limitado por la ley del Estado de domicilio.

2.4.1. El límite en nuestra ley

Cualquier Estado de domicilio que prevé el crédito por IR, en teoría puede optar entre los métodos llamados de crédito integral o de crédito ordinario. Bajo el método de crédito integral, el importe a acreditar equivale al IR pagado en el extranjero. En el ejemplo precedente, el método de crédito integral permitiría acreditar todos los US\$ 20 de IR de A contra el IR peruano.

Como mencionamos, este método suele ser dejado de lado porque puede erosionar la recaudación del Estado de domicilio sobre las rentas de fuente nacional. Así, siguiendo la tendencia mayoritaria, la ley peruana opera bajo el método de crédito ordinario, estableciendo el literal e del artículo 88 de la Ley del IR que el impuesto a ser usado como crédito no debe exceder del importe que resulta de aplicar la tasa media del contribuyente a las rentas obtenidas en el extranjero. De acuerdo con el literal d del artículo 52 del Reglamento, se entiende por tasa media el porcentaje que resulta de relacionar el IR determinado con la renta neta global o con la renta neta de tercera categoría, según fuera el caso⁽³⁵⁾.

Obviando por razones de espacio ciertos defectos técnicos de las disposiciones comentadas en el párrafo anterior, se entiende que el IR extranjero que se use como crédito no puede exceder del IR que corresponda abonar por las rentas de fuente extranjera en el Perú, por lo que el límite del IR extranjero a acreditarse (el "límite") es la cantidad que resulta de aplicar la tasa efectiva del IR peruano que grava al contribuyente, a sus rentas de fuente extranjera.

En el ejemplo planteado, la tasa media de Lima S.A.C. a la que se refiere nuestra norma es 30%⁽³⁶⁾, que aplicada a los US\$ 50 de rentas de fuente extranjera, arroja un límite de US\$ 15. Lima S.A.C. entonces solo puede acreditar US\$ 15 de los US\$ 20 de IR pagados en A contra el IR peruano y el fisco del Perú recauda US\$ 6⁽³⁷⁾ (lo que protege la recaudación respecto de las rentas de fuente peruana, pues equivalen al IR que recae sobre dichas rentas⁽³⁸⁾).

Nótese que el límite deja US\$ 5 de IR pagado en A sin acreditar. En cuanto a este exceso, el literal e del artículo 88 de la Ley del IR establece que el importe de IR extranjero que por cualquier circunstancia no se utilice en el ejercicio gravable, no puede compensarse en otros ejercicios ni da derecho a devolución alguna.

Lo que busca la ley peruana es, nuevamente, no disminuir el IR que grava rentas de fuente peruana. Si una vez acreditado el IR de A bajo el límite, el Perú devolviese el exceso de US\$ 5 a Lima S.A.C., nuestro fisco recaudaría US\$ 1⁽³⁹⁾ habiendo US\$ 20 de rentas de fuente peruana. Este es el mismo resultado al que se llegaría si nuestra ley aplicase el rechazado método de crédito integral. Lo mismo se pretende al impedir que el exceso se compense en otros ejercicios. Si el exceso de US\$ 5 se generase en el año 1, tal exceso pudiese ser acreditado en ejercicios posteriores y Lima S.A.C. obtuviese US\$ 20 de rentas de fuente peruana en el año 2, el fisco peruano recaudaría nuevamente US\$ 1 de IR en el año 2 pese a que habrían US\$ 20 de rentas de fuente peruana⁽⁴⁰⁾.

Así expuesta, la opción del legislador peruano de impedir compensar el exceso en otros ejercicios (o pedir su devolución) parece correcta, pero debemos aclarar que ella genera resultados injustos

(33) 40% de US\$ 50.

(34) US\$ 21 que resultan de gravar con 30% las rentas de US\$ 70 (US\$ 20 de rentas de fuente peruana más US\$ 50 de rentas de fuente en A), menos un crédito de US\$ 20 por el IR pagado en A.

(35) A tal efecto, aclara el Reglamento que no se debe tener en cuenta la deducción que autoriza el artículo 46 de la Ley del IR ni descontar de la renta neta las pérdidas de ejercicios anteriores.

(36) Pese al fraseo confuso de nuestra ley, se debe entender que cuando las rentas del contribuyente están gravadas en el Perú solo con una alícuota (que es el caso de Lima S.A.C., que solo percibe rentas gravadas con un 30%), como regla general la tasa media equivaldrá a esta alícuota. Distinto puede ser el caso cuando se grava la renta con una escala progresiva, como la que rige en el Perú para las rentas de primera, segunda, cuarta y quinta categorías.

(37) US\$ 21 que resultan de gravar con un 30% las rentas de US\$ 70 (US\$ 20 de rentas de fuente peruana más US\$ 50 de rentas de fuente en A), menos un crédito de US\$ 15.

(38) 30% de US\$ 20 de rentas de fuente peruana.

(39) US\$ 21 (30% de US\$ 70), menos US\$ 15 de crédito por el IR de A y menos US\$ 5 que le devolvería al contribuyente.

(40) US\$ 6 (30% de las rentas de fuente peruana de US\$ 20 en el Año 2), menos el exceso de US\$ 5 pagado en A en el Año 1 que no fue acreditado en ese ejercicio pero es arrastrado al Año 2.

en muchas ocasiones. En 2.6. volveremos sobre este extremo de la ley.

2.4.2. Los límites espaciales

Para determinar el importe de IR extranjero acreditable también es posible aplicar límites llamados espaciales, siendo los principales los usados cuando el contribuyente obtiene rentas de fuente extranjera en distintos países (límite país por país o *per country*) o de distinta naturaleza (límite por canasta o *per basket*). Bajo estos, el límite del IR a acreditarse se calcula separadamente por cada país de fuente de la renta o por cada tipo de renta extranjera, según se trate del límite país por país o del límite por canasta, respectivamente.

Si la legislación no se ha adherido a alguno de estos límites espaciales y el límite solo se determina bajo el método de crédito ordinario, se dice que en la ley opera un límite global. Es claro que ello ocurre en el Perú, pues la adopción de cualquiera de los límites espaciales requeriría una previsión expresa o al menos regulaciones adicionales que no existen en nuestra normativa⁽⁴¹⁾.

No haber recogido límites espaciales puede favorecer al fisco o al contribuyente, dependiendo del caso. Veamos uno de los efectos más importantes de esta ausencia en el caso peruano regresando al ejemplo que expusimos al explicar el límite, en el que Lima S.A.C. obtenía rentas de US\$ 50 de fuente en A gravadas con un 40%⁽⁴²⁾. Asumamos además que Lima S.A.C. obtiene US\$ 50 de rentas de tipo pasivo con fuente en B sujetas a un IR de 20% en dicho Estado (que por ende soportan US\$ 10 de IR en B).

Recordemos que en el ejemplo aludido el exceso de US\$ 5 no acreditable se generaba porque la tasa media de 30%, aplicada a las rentas de US\$ 50 con fuente en A, permitía acreditar solo US\$ 15 de los US\$ 20 de IR de A. Al obtenerse US\$ 50 adicionales de renta con fuente en B, la tasa media de 30% se aplica sobre US\$ 100 de renta de fuente extranjera (US\$ 50 en A más US\$ 50 en B), elevando el límite de US\$ 15 a US\$ 30. Esta vez todo el IR de US\$ 30 pagado en el extranjero (US\$ 20 en A y US\$ 10 en B) está dentro del límite, pudiendo acreditarse el íntegro del IR foráneo.

Este resultado es conocido como *cross-crediting*⁽⁴³⁾. Veamos las rentas en A y B por separado. Ya hemos dicho que las rentas de Lima S.A.C. en A dejan US\$ 5 de IR pagado en A sin acreditar. Las rentas en B de Lima S.A.C. generan un IR peruano de US\$ 5, porque los US\$ 10 de IR de B son acreditados contra los US\$ 15 de IR peruano que resultan de gravar los US\$ 50 de rentas con fuente en B con una tasa de 30%. Entonces, cuando se toman las operaciones en conjunto, el exceso de US\$ 5 de IR de A se acredita contra los US\$ 5 de IR peruano que resultan de gravar las rentas en B. Hay varias formas de llegar al *cross-crediting*. En nuestro ejemplo, el contribuyente ha obtenido este resultado gracias a que ha combinado un IR extranjero que tiene una tasa más alta que la del IR peruano (el IR de A) con un IR extranjero que tiene una tasa más baja (el IR de B).

Entre las objeciones del Estado de domicilio al *cross-crediting* está que este reduce el IR que le corresponde recaudar sobre las rentas de fuente extranjera del contribuyente, ocurriendo ello muchas veces porque el contribuyente reorganiza sus operaciones trasladando la fuente de algunas de sus rentas a territorios de baja imposición. En el ejemplo, el IR peruano que grava las rentas de fuente extranjera de Lima S.A.C. en principio es US\$ 30⁽⁴⁴⁾, pero una vez aplicado el crédito de US\$ 30 por los IR pagados en A y B, el fisco peruano no recauda IR sobre dichas rentas de fuente extranjera.

Los límites espaciales reducen considerablemente las posibilidades de *cross-crediting* (pues en la práctica es virtualmente imposible eliminarlo). Por ejemplo, si en conjunto con el límite que resulta de aplicar el método de crédito ordinario el Perú aplicase un límite país por país, el monto máximo de IR extranjero a acreditarse se determinaría considerando las operaciones en cada Estado extranjero por separado, siendo el límite de US\$ 15 en cada uno de los países A y B⁽⁴⁵⁾. Bajo este límite, todos los US\$ 10 de IR pagados en B serían acreditables contra el IR peruano, pero solo US\$ 15 de los US\$ 20 pagados en A podrían ser usados como crédito, reduciéndose el total del crédito de US\$ 30 a US\$ 25 y recaudando el Perú US\$ 5 de IR sobre las rentas de fuente extranjera⁽⁴⁶⁾⁽⁴⁷⁾.

(41) El segundo párrafo del literal d) del artículo 52 del Reglamento establece que cuando conjuntamente con la renta neta global el contribuyente obtiene rentas de tercera categoría, para el cálculo de la tasa media se considera la renta neta que corresponda a la actividad de donde provenga la renta de fuente extranjera. Si bien ello puede dar la idea de que se está frente a un límite espacial, entre otros aspectos se debe notar que esta regla se deriva de la existencia de las dos obligaciones tributarias distintas que tiene un contribuyente que percibe rentas de tercera y de otra(s) categoría(s), teniendo casi nada que ver con la racionalidad que lleva a establecer límites espaciales ni con la función que estos cumplen en el Derecho comparado.

(42) Para efectos de la explicación que sigue no son relevantes los US\$ 20 de rentas de fuente peruana adicionales que Lima S.A.C. obtenía en el ejemplo.

(43) Para un amplio desarrollo del *cross-crediting*, véase: JOYCE, Thomas. *The foreign tax credit limitation*. En: *BNA Tax Management Library*. Portafolio 904. Nueva York: BNA Tax Management, 2005.

(44) 30% de rentas de fuente extranjera de US\$ 100 (US\$ 50 en A y US\$ 50 en B).

(45) Tasa media de 30% aplicada a las rentas de US\$ 50 obtenidas en cada uno de los Estados A y B.

(46) 30% de US\$ 100 de rentas de fuente extranjera, lo que da US\$ 30, menos US\$ 25 de crédito.

(47) El límite por canasta es aún más efectivo para evitar este tipo de *cross-crediting*, pues mientras el límite país por país sigue permitiendo

No vemos improbable que, siguiendo la tendencia del Derecho comparado, en un futuro se discuta la inclusión de límites espaciales en nuestra ley. De darse tal discusión deberán considerarse todos los efectos que traen estos límites (limitar el *cross-crediting* es solo uno de ellos), poniendo especial énfasis en que una gran desventaja de los límites espaciales (especialmente del límite por canasta) es que añaden una complejidad considerable en el cálculo del crédito por IR, cuya magnitud puede generar costos de cumplimiento muy significativos para el fisco y los contribuyentes⁽⁴⁸⁾.

2.5. Aspectos relacionados con el pago del Impuesto a la Renta en el exterior

En el Derecho comparado se dan casos en los que el Estado de domicilio del contribuyente deniega el crédito aun cuando en principio existe claramente un pago de IR en el Estado de la fuente de la renta. A continuación desarrollamos dos de estos supuestos.

En primer término tenemos las devoluciones de IR en el extranjero. Si el IR que se paga en el Estado de la fuente de la renta es devuelto por el fisco de dicho Estado al contribuyente, creemos que es obvio que el IR no puede ser acreditado contra el IR del Estado de domicilio del contribuyente. Si como ocurre frecuentemente en estos casos la devolución del IR en el Estado de la fuente se da después que la obligación del IR del Estado de domicilio ha sido determinada, declarada y pagada, habiéndose aplicado el crédito, esta última obligación se debería recalcular y pagarse el IR del Estado de domicilio sin considerarse el crédito.

Un caso menos claro se da si el IR abonado en el extranjero es “devuelto indirectamente” al contribuyente, lo que en líneas generales puede ocurrir cuando el Estado extranjero le provee al contribuyente beneficios específicos (monetarios o no monetarios) generados por el pago del IR, estando el valor de los beneficios determinado normalmente con relación al monto del impuesto pagado.

Por ejemplo, la ley de A permite a los contribuyentes elegir una porción del IR pagado en A para ser invertida en un fondo de inversiones en dicho Estado. Una vez que el contribuyente hace la elección, A toma la parte respectiva del IR pagado por el

contribuyente y la invierte en el mencionado fondo, siendo entonces el contribuyente propietario de una cuota de inversión que le va a reportar un beneficio económico en la medida que las inversiones que efectúe el fondo sean rentables (por lo demás, la cuota otorgada al contribuyente tiene valor en el mercado, por lo que incluso puede ser transferida inmediatamente a título oneroso). El contribuyente ha pagado claramente IR de A, pero el impuesto le está siendo “devuelto indirectamente” por A (en la parte que corresponda) mediante el otorgamiento de la cuota de inversión en el fondo.

Este esquema corresponde en líneas generales a lo ocurría en ciertos casos con el IR brasilero, respecto del cual los EE.UU. aceptaban que se acredite el IR solo en la parte que excedía el valor de mercado de la cuota de inversión otorgada al contribuyente⁽⁴⁹⁾. La lógica de esta posición asimila la “devolución indirecta” que ocurre en este supuesto a una devolución común y corriente de IR extranjero, entendiéndose que no hay razón para aplicar el crédito por la parte del IR extranjero que haya sido “devuelta indirectamente”.

En este sentido, por ejemplo, la ley de los EE.UU. deniega el crédito (por el monto que corresponda) cuando la cantidad pagada es usada por el gobierno extranjero para proveer, directa o indirectamente, un subsidio al contribuyente y tal subsidio es determinado tomando como referencia el monto del IR pagado o la base imponible sobre la que se calcula el impuesto. A estos efectos, generalmente un subsidio incluye cualquier beneficio conferido, directa o indirectamente, por el país extranjero⁽⁵⁰⁾.

La ley peruana no regula específicamente los casos de las devoluciones de IR en el extranjero. Y aunque el literal e del artículo 88 de la Ley del IR requiere que el IR a acreditarse haya sido “abonado” en el extranjero y añade que el IR que se utilice como crédito tampoco podrá exceder del IR “efectivamente pagado” en el exterior⁽⁵¹⁾, no parece claro que estas disposiciones restrinjan el crédito en todos los supuestos planteados.

Ahora bien, como adelantamos, interpretada nuestra ley lógicamente no debe ser acreditable un IR extranjero cuya devolución “directa” se obtiene en

el *cross-crediting* si se combinan rentas gravadas con tasas altas y bajas dentro de un mismo país, el límite por canasta, operando con una mecánica similar, permite separar “quirúrgicamente” las rentas sujetas a una alta imposición de las que soportan un bajo gravamen. JOYCE, Thomas B. *Op. cit.*; p. 18.

(48) La complejidad ha sido la crítica número uno al extraordinariamente complicado límite por canasta de los EE.UU. y una de las principales causas que impulsó una reciente reforma normativa en virtud de la cual las canastas se reducirán de nueve a dos a partir de los ejercicios que se inicien en 2007.

(49) BITTKER, Boris I. y Lawrence LOKKEN. *Fundamentals of International Taxation. U.S. Taxation of Foreign Income and Foreign Taxpayers*. WG&L: New York, 2003/2004. p. 22-30.

(50) *Treasury Regulations Section 1.901-2(e)(3)*.

(51) Esta última disposición parece estar básicamente orientada a enfatizar que en el Perú no rige el *tax sparing*, en virtud del cual el Estado de domicilio permite acreditar un IR extranjero aun cuando el Estado de la fuente haya exonerado al contribuyente del impuesto.

el exterior, pues lo contrario se alejaría por completo de la racionalidad de la normativa sobre el crédito por IR. Por ejemplo, si en el caso expuesto inicialmente sobre el arrendamiento de Lima S.A.C. el fisco de A finalmente considera que su ley fue erróneamente interpretada por Lima S.A.C. y que la empresa no estaba sujeta al IR de A, devolviéndosele los US\$ 15 de IR, la DII y el IR extranjero que existían inicialmente ya no existen más, siendo absurdo que se aplique el crédito por IR.

Más discutibles son los casos a los que hemos aludido como “devoluciones indirectas”. Creemos que varios de ellos ameritan que nuestra ley restrinja el crédito, pero mientras estas restricciones no estén previstas expresamente en la normativa peruana resulta muy controversial aplicarlas indistintamente a todos los casos en los que se den tales “devoluciones indirectas”. En tal sentido, lo correcto sería que la Ley del IR defina las modalidades de “devoluciones indirectas” de IR extranjero que de darse impedirían acreditar el impuesto foráneo en el Perú⁽⁵²⁾.

De otro lado, un supuesto interesante en los EE.UU. es el impedimento de acreditar pagos a los que se considera “no obligatorios”, definidos como aquellos cuyo monto excede lo que corresponde abonar de acuerdo a la ley extranjera. En este orden de ideas, para acreditar el IR extranjero los EE.UU. requieren que se reduzca la cuantía del impuesto foráneo mediante una interpretación y aplicación razonables de la normativa extranjera, debiendo además agotarse a tal efecto los remedios prácticos y efectivos que correspondan⁽⁵³⁾.

Adaptando un caso de la legislación de los EE.UU.⁽⁵⁴⁾, la ley de A grava con un IR de 25% los intereses con fuente en A percibidos por no domiciliados, pero existe un CDI entre los EE.UU. y A que prevalece sobre dicha ley interna y establece que el IR de A no puede gravar los intereses pagados a un residente de los EE.UU. con una tasa superior a 10%. Para obtener el beneficio de la tasa reducida de 10%, el residente de los EE.UU. debe pagar en A el 25% de IR que grava los intereses y luego solicitar al fisco de A la devolución del exceso de 15%. Si un residente de los EE.UU. paga el 25% de IR de A y no solicita la devolución del exceso de 15%, en principio el exceso de 15% pagado por IR de A no es acreditable en los EE.UU.

El sentido de política fiscal de la disposición es sólido. Asumamos que no existe esta regla y los EE.UU. gravan los intereses con un IR de 35%. Si se perciben US\$ 100 de intereses y el contribuyente no pide la devolución en A, finalmente paga US\$ 25 de IR en A y US\$ 10 en los EE.UU.⁽⁵⁵⁾, y si pide la devolución paga US\$ 10 de IR en A y US\$ 25 en los EE.UU.⁽⁵⁶⁾. En ambos casos el contribuyente paga US\$ 35, no teniendo incentivos para incurrir en los costos de dinero y tiempo que implica pedir la devolución de parte del IR de A. Sin embargo, al tesoro de los EE.UU. no le es indiferente que el contribuyente pida la devolución, pues si ella se solicita los EE.UU. recaudan US\$ 25, pero si ella no se pide solo recaudan US\$ 10.

Al obligar al contribuyente a agotar todos los remedios prácticos y efectivos para reducir el IR de A como condición para acreditar el IR extranjero (en este caso, obligarlo a pedir la devolución de los US\$ 15 en A), los EE.UU. prácticamente se aseguran recaudar US\$ 25, pues si la solicitud de devolución no se realiza, se deniega el crédito por el exceso de US\$ 15 pagado en A y, por ende, los EE.UU. recaudan su IR de US\$ 35 menos un crédito de solo US\$ 10.

Pese a ser claro que para acreditar el IR foráneo la ley peruana no exige interpretar razonablemente la ley extranjera o agotar los remedios para reducir el impuesto en el exterior, creemos que, por su atendible lógica, sería conveniente prever expresamente restricciones de este tipo en el Perú.

2.6. El límite temporal que fija nuestra ley

En 2.4. vimos que el literal e del artículo 88 de la Ley del IR no permite la compensación en otros ejercicios ni la devolución del IR pagado en el extranjero que por cualquier circunstancia no se utilice como crédito en el ejercicio gravable.

Un caso en el que esta disposición puede arrojar resultados cuestionables se da cuando hay diferencias de temporalidad en las deducciones de gastos entre los IR. Digamos que Lima S.A.C. opera en B mediante una sucursal, que la sucursal incurre en US\$ 100 de gastos en el año 1 y que para la ley peruana los US\$ 100 son enteramente deducibles en el año 1 pero para la ley de B deben ser activados y deducidos vía depreciación con una tasa de 20% (es decir, en cinco años, a razón de US\$ 20 por año).

(52) Sin perjuicio de que se pueda elaborar una muy discutible argumentación en virtud de la cual el IR extranjero “devuelto indirectamente” al contribuyente no reúne las características propias del IR, que en tanto impuesto no debería proveerle un beneficio específico al contribuyente.

(53) *Treasury Regulations Section 1.901-2(e)(5)(i)*.

(54) *Treasury Regulations Section 1.901-2(e)(5)(ii), Example 6*.

(55) Los US\$ 25 de IR de A resultan de gravar con un 25% los US\$ 100 de intereses. Los US\$ 10 de IR de los EE.UU. resultan de gravar los US\$ 100 de intereses con un 35%, lo que da US\$ 35, y acreditar US\$ 25 de IR de A.

(56) Los US\$ 10 de IR de A resultan de gravar con un 25% los US\$ 100 de intereses, lo que da US\$ 25, y luego obtener del fisco de A una devolución de US\$ 15. Los US\$ 25 de IR de los EE.UU. resultan de gravar los US\$ 100 de intereses con el 35% de IR estadounidense, lo que da US\$ 35, y acreditar US\$ 10 de IR de A.

Asumiendo que Lima S.A.C. no tiene otras rentas, que la sucursal percibe anualmente ingresos de US\$ 100, que la tasa del IR en el Perú y en B es de 30% y, para simplificar el ejemplo, que tanto el IR de B como el peruano se determinan, declaran y pagan en el ejercicio en el que se obtienen las rentas, el cálculo del crédito se hace como se muestra en la Tabla I.

Cálculo del IR en B					
	Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5
Ingresos:	\$100	\$100	\$100	\$100	\$100
Gastos:	(\$20)	(\$20)	(\$20)	(\$20)	(\$20)
Renta neta en B:	\$80	\$80	\$80	\$80	\$80
IR en B (30% de la renta neta):	\$24	\$24	\$24	\$24	\$24
Cálculo del IR en el Perú					
	Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5
Ingresos:	\$100	\$100	\$100	\$100	\$100
Gastos:	(\$100)	\$0	\$0	\$0	\$0
Renta neta en el Perú:	\$0	\$100	\$100	\$100	\$100
IR en el Perú (30% de la renta neta):	\$0	\$30	\$30	\$30	\$30
Cálculo del crédito por el IR pagado en B					
	Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5
Renta neta de fuente en B:	\$0	\$100	\$100	\$100	\$100
Límite del crédito por IR (Tasa media x renta neta de fuente extranjera):	\$0	\$30	\$30	\$30	\$30
IR pagado en B a usarse como crédito (considerando el límite):	\$0	\$24	\$24	\$24	\$24

El impuesto pagado en B durante los años 1 a 5 totaliza US\$ 120⁽⁵⁷⁾, pero el total de IR de B que se acredita en el Perú durante dicho período es solo US\$ 96⁽⁵⁸⁾. La diferencia se genera en el año 1, cuando se incurren los gastos. Al deducirse estos íntegramente en el Perú, para la ley peruana la renta neta de fuente extranjera es cero y, por ende, el IR de US\$ 24 pagado en B no puede ser aplicado como crédito. Como estos US\$ 24 tampoco pueden ser arrastrados a los ejercicios siguientes (ni ser devueltos al contribuyente), simplemente se pierden. Ello aun cuando en cada uno de los años 2 a 5 sea posible acreditar hasta US\$ 6 adicionales de IR extranjero, porque en estos ejercicios el límite es US\$ 30 y solo se acredita US\$ 24 de IR de B.

Nuestra norma deja entonces DII sin alivio. Desde el año 1 hasta el año 5 finalmente se perciben rentas netas por un total de US\$ 400⁽⁵⁹⁾ pero se paga un IR total de US\$ 144 (US\$ 120 de IR de B y US\$ 24 de IR peruano)⁽⁶⁰⁾, lo que arroja una tasa efectiva del IR de 36%, que es mayor a la que aplican tanto el Perú como B (30%).

Consideramos que la ley peruana está equivocada en este extremo y no entendemos por qué en un caso como este no se permite que el exceso no acreditado en un ejercicio se arrastre a ejercicios posteriores, pero que se aplique en estos ejercicios posteriores siempre y cuando se encuentre dentro del límite. Esta salida, prevista en otros sistemas, podría permitir acreditar en el Perú todo o parte del IR extranjero que no fue acreditado en el ejercicio, sin afectar la recaudación sobre las rentas de fuente peruana.

En el ejemplo, si los US\$ 24 de IR de B no acreditados en el año 1 se pudiesen arrastrar a los ejercicios siguientes y ser usados como crédito dentro lo que permita el límite, US\$ 6 de IR de B del año 1 serían acreditados en cada uno de los años 2 a 5 (recordemos que en cada uno de estos años 2 a 5 el límite es US\$ 30 y el IR de B es solo US\$ 24), y el resultado final sería que sobre rentas netas totales de US\$ 400 se pagaría un IR total de US\$ 120 (es decir, 30% de IR)⁽⁶¹⁾, eliminándose los efectos de la DII.

Otro caso cuestionable se da cuando se obtienen pérdidas netas de fuente peruana, que para efectos del IR peruano reducen las rentas netas de fuente extranjera del contribuyente (artículos 51 de la Ley del IR y 29-A del Reglamento). La Tabla II asume alícuotas del IR de 30% en A y en el Perú, y que Lima S.A.C. obtiene US\$ 50 de renta neta con fuente en A y US\$ 50 de pérdida neta de fuente peruana en el Año 1, y luego genera US\$ 50 de renta neta de fuente peruana en el año 2. Para simplificar el ejemplo, nuevamente estamos asumiendo que el IR de A y el peruano se determinan, declaran y pagan en el ejercicio en el que se obtienen las rentas y las pérdidas.

Cálculo del IR en A		
	Año 1	Año 2
Renta neta del ejercicio:	\$50	\$0
IR en A (30% de la renta neta):	\$15	\$0
Cálculo del IR en el Perú		
	Año 1	Año 2
Renta neta de fuente extranjera del ejercicio:	\$50	\$0
Renta neta (pérdida neta) de fuente peruana del ejercicio:	(\$50)	\$50
Total renta neta sujeta al IR peruano:	\$0	\$50
IR en el Perú (30% de la renta neta sujeta al IR peruano):	\$0	\$15
Cálculo del crédito por el IR pagado en A		
	Año 1	Año 2
Tasa media (IR determinado en el Perú / Renta neta sujeta al IR peruano):	0%	30%
Renta neta de fuente en A:	\$50	\$0
Límite del crédito por IR (Tasa media x Renta neta de fuente en A):	\$0	\$0
IR pagado en A:	\$15	\$0
IR de A a usarse como crédito (considerando el límite):	\$0	\$0

Lima S.A.C. paga US\$ 15 de IR de A en el año 1, pero la compensación de la pérdida neta de fuente peruana con la renta neta de fuente en A arroja cero de renta neta gravada con el IR peruano en el año 1. Al ser cero las rentas netas en el Perú tampoco hay IR peruano contra el cual acreditar los US\$ 15 de IR de A, y como de acuerdo a nuestra ley los US\$ 15 tampoco pueden ser arrastrados al año 2 (ni ser devueltos al contribuyente), nuevamente se pierden. En el año 2 hay US\$ 15 de IR peruano contra el cual acreditar IR extranjero, pero no existe IR extranjero en el ejercicio.

Si se suman y restan los ingresos y pérdidas de Lima S.A.C. en el Perú y en A, luego de dos años la empresa tiene rentas netas de US\$ 50⁽⁶²⁾ pero abona

(57) US\$ 24 en cada año.

(58) Cero en el año 1 y US\$ 24 en cada uno de los años 2 a 5.

(59) US\$ 500 de ingresos menos US\$ 100 de gastos.

(60) En el año 1 se paga US\$ 24 de IR en B y no se abona IR en el Perú porque la renta es cero. En cada uno de los años 2 a 5 se paga US\$ 24 de IR en B y US\$ 6 de IR en el Perú, resultando este último de acreditar US\$ 24 de IR de B contra US\$ 30 de IR peruano en cada ejercicio.

(61) En el año 1 se pagaría solo US\$ 24 de IR de B porque para el IR peruano la renta es cero. En cada uno de los años 2 a 5 también se pagaría solo US\$ 24 de IR de B, no abonándose IR peruano pues contra los US\$ 30 de IR se acreditarían US\$ 24 de IR de B del año respectivo, más US\$ 6 de IR de B arrastrados del año 1.

(62) US\$ 50 de rentas netas en A (US\$ 50 de renta en el año 1 y cero en el año 2) y rentas netas de cero en el Perú (pérdida de US\$ 50 en el año 1 y renta de US\$ 50 en el año 2).

en total US\$ 30 de IR⁽⁶³⁾, soportando una tasa efectiva del IR de 60%. Ello equivale a sumar los IR del Perú y de A. Es decir, un caso modelo de DII, que queda sin alivio por la posición fiscalista de nuestra ley⁽⁶⁴⁾.

2.7. El “uso abusivo” del crédito por Impuesto a la Renta⁽⁶⁵⁾

Cerca de cerrarse el ejercicio fiscal, Lima S.A.C. solo tiene rentas de US\$ 100 con fuente en A sujetas a IR de 7.5% en A y 30% en el Perú. El límite permite acreditar los US\$ 7.5 de IR de A contra los US\$ 30 de IR peruano, por lo que de cerrarse el ejercicio en estas circunstancias Lima S.A.C. abonaría un IR total de US\$ 30 (US\$ 7.5 en A y US\$ 22.5 en el Perú⁽⁶⁶⁾) y tendría un beneficio neto de impuestos de US\$ 70⁽⁶⁷⁾.

El 25 de diciembre Lima S.A.C. adquiere derechos de autor por US\$ 75. Los derechos van a expirar el 31 de diciembre y el único beneficio que generarán antes de su expiración es una regalía de US\$ 100 con fuente en B a ser pagada el 27 de diciembre. El bruto de la regalía (US\$ 100) está sujeto a un IR de 30% en B, por lo que el 27 de diciembre Lima S.A.C. recibe US\$ 100 de regalía y paga US\$ 30 de IR en B.

Luego de percibida la regalía y asumiendo que en el Perú es posible atribuir los US\$ 75 pagados por el derecho de autor a la renta de fuente extranjera y deducirlos íntegramente en el ejercicio en que se incurren, la empresa se encuentra en la situación de la Tabla III.

Cálculo del IR en A	
Renta neta:	\$100
IR en A (7.5% de la renta neta):	\$7.5
Cálculo del IR en B	
Renta neta (regalía bruta):	\$100
IR en B (30% de la renta neta):	\$30
Cálculo del IR en el Perú	
Renta (\$100 de rentas con fuente en A y \$100 de la regalía con fuente en B):	\$200
Gastos atribuidos a la renta de fuente extranjera (costo del derecho de autor):	(\$75)
Renta neta en el Perú (renta menos gastos):	\$125
IR en el Perú (30% de la renta neta):	\$37.5
Cálculo del crédito por el IR pagado en A y B	
Tasa media:	30%
Renta neta de fuente extranjera:	\$125
Límite del crédito por IR al aplicar la tasa media (30% de \$125):	\$37.5

Después de percibida la regalía, Lima S.A.C. paga un IR total de US\$ 37.5: US\$ 7.5 en A y US\$ 30 en B (en el Perú no se paga IR porque los US\$ 37.5

abonados en A y B se acreditan contra los US\$ 37.5 de IR peruano). El IR de US\$ 37.5 es mayor que el de US\$ 30 que se pagaba antes de percibirse la regalía, pero Lima S.A.C. tiene un beneficio neto de impuestos de US\$ 87.5⁽⁶⁸⁾ frente al de US\$ 70 que obtenía anteriormente.

Al adquirir los derechos de autor la empresa sabía que la operación arrojaría una pérdida de US\$ 5: los derechos costaron US\$ 75 y solo se esperaba de ellos un beneficio de US\$ 70 (una regalía de US\$ 100 sujeta a un IR extranjero de US\$ 30). Sin embargo, la adquisición de los derechos también le reportaría a Lima S.A.C. US\$ 22.5 de IR extranjero que serían acreditados en el Perú.

El efecto se nota con mayor claridad viendo las operaciones en A y B por separado. En el Perú, la regalía genera una renta neta de US\$ 25⁽⁶⁹⁾ y un IR de US\$ 7.5⁽⁷⁰⁾. US\$ 7.5 de los US\$ 30 de IR de B que gravan la regalía se acreditan contra los US\$ 7.5 de IR peruano, quedando un exceso de US\$ 22.5 de IR de B. Como dijimos, las rentas con fuente en A generan US\$ 22.5 de IR peruano luego que se acreditan los US\$ 7.5 de IR de A (US\$ 30 menos un crédito de US\$ 7.5), siendo posible acreditar hasta US\$ 22.5 adicionales de IR extranjero pues el límite es US\$ 30. Entonces, lo que ocurre es que los US\$ 22.5 del exceso de IR de B son acreditados contra el IR peruano de US\$ 22.5 que se debía pagar sobre las rentas de fuente en A. Léase, se pierde US\$ 5 al adquirir los derechos de autor, pero se gana US\$ 22.5 de crédito. El perjudicado es el fisco peruano. Antes de que se perciba la regalía iba a recaudar US\$ 22.5 de IR sobre las rentas de fuente extranjera de Lima S.A.C.; luego de percibida la regalía su recaudación respecto de dichas rentas se reduce a cero.

Mediante una estrategia distinta a la expuesta en 2.4., Lima S.A.C. está haciendo nuevamente *cross-crediting*. Pero ello es una observación menor. Lo que levanta objeciones en el Derecho comparado es más bien la sustancia económica de la transacción que permite este resultado, pues para lograr beneficios tributarios se incurre en una operación de la que razonablemente se esperaba una pérdida comercial. Se sostiene así que hay un “uso abusivo” del crédito, pues en realidad el contribuyente, antes que comprar un derecho de autor, está comprando crédito por IR.

(63) US\$ 15 de IR de A en el año 1 (30% de US\$ 50), más US\$ 15 de IR peruano en el año 2 (30% de US\$ 50, sin que se acredite monto alguno).

(64) Como se sostiene en el Derecho comparado, en este caso la solución correcta puede pasar no solo por arrastrar el IR extranjero no aplicado como crédito a los ejercicios siguientes (salida que expusimos en el caso de las diferencias temporales en las deducciones de gastos), sino por prever adicionalmente un mecanismo que permita compensar la anulación de las rentas netas de fuente extranjera producida por la aplicación contra ellas de las pérdidas netas de fuente peruana (como por ejemplo sería reconvertir las rentas de fuente peruana obtenidas en ejercicios siguientes en rentas de fuente extranjera, hasta el monto que corresponda).

(65) El ejemplo expuesto a continuación (y la explicación respectiva) ha sido tomado, con algunas modificaciones, de la derogada *Notice 95-8* emitida en los EE.UU. (y de los diversos comentarios vertidos respecto de ella en los EE.UU.).

(66) El IR de A es 7.5% de US\$ 100, es decir, US\$ 7.5. La tasa media es 30%, que aplicada a las rentas con fuente en A de US\$ 100 arroja un límite de US\$ 30, estando todos los US\$ 7.5 de IR de A dentro del límite. Los US\$ 22.5 de IR peruano resultan entonces de gravar US\$ 100 con 30%, lo que arroja US\$ 30, y acreditar US\$ 7.5 de IR de A contra los US\$ 30.

(67) US\$ 100 de ingresos menos un IR total de US\$ 30.

(68) US\$ 200 de ingresos, menos US\$ 75 invertidos en adquirir el derecho de autor y menos un IR total de US\$ 37.5.

(69) US\$ 100 de regalía menos US\$ 75 pagados por el derecho de autor.

(70) 30% de US\$ 25.

El análisis de casos como el expuesto suele ser controversial⁽⁷¹⁾. Dada la dificultad de prever expresamente estos supuestos en la ley, la forma natural de combatirlos (si la opción es combatirlos) es mediante doctrinas generales que atacan operaciones cuyo resultado carece de sustancia económica o se aleja de los fines buscados por la ley tributaria⁽⁷²⁾. En tal sentido, la pregunta que dejamos planteada es si la Norma VIII del Título Preliminar del Código Tributario, que es la única disposición tributaria de este tipo en el Perú, puede ser usada con tal propósito, especialmente luego de algunos fallos recaídos en los últimos años en cuanto a sus alcances⁽⁷³⁾. Y si la respuesta es negativa (como creemos la es), nos preguntamos si sería adecuado rediseñar la regla para aplicarla a estos supuestos.

3. A modo de conclusión

Los problemas de nuestra ley, incluyendo lo expuesto en este trabajo, han sido ampliamente discutidos en el Derecho comparado y varias de estas discusiones se han dado varias décadas atrás. Cualquier buen texto sobre el crédito o legislación extranjera con mínima sofisticación tocarán casi todos los puntos que hemos resaltado y se remitirán a los mismos ejemplos y conceptos.

Nuestra ley, sin atender a estos problemas y a sus obvias y probadas soluciones, parece estar desfasada. Desde una perspectiva de política fiscal, los objetivos que persigue el legislador son confusos, saltando por acción u omisión de posiciones extremas pro-fisco a posturas extremas pro-contribuyente sin razones claras y contradiciéndose en varios temas fundamentales. De otra parte, esta vez desde la perspectiva del Derecho positivo, nuestra norma regula con deficiencia aspectos cuya previsión definitivamente requiere mayor cuidado. En tal sentido, aclaramos que no solo hemos simplificado varios de los problemas existentes en nuestra ley, sino que además no hemos tratado por lo menos una treintena más de aspectos relacionados directa o indirectamente con el crédito que no tienen una

regulación adecuada en nuestra ley⁽⁷⁴⁾.

Ahora bien, tampoco se puede desconocer que estas deficiencias tienen una razón evidente. Se suele reconocer que el completo (y, sin perjuicio de ello, bastante criticado) desarrollo del crédito a nivel de norma, jurisprudencia y doctrina en los EE.UU., que ha orientado varios de nuestros comentarios, no tiene paralelo a nivel mundial. Y ello tiene lógica porque la realidad lo amerita. Solo el valor del IR extranjero que se reclama como crédito contra el IR norteamericano ronda los US\$ 50 billones de dólares al año. La realidad peruana es distinta y si nuestra legislación está en el estado actual es porque las operaciones internacionales de los contribuyentes peruanos tal vez todavía no sean lo suficientemente importantes como para que nuestra normativa le haya generado un problema a ellos o al fisco peruano. De otro lado, son evidentes las dificultades que tiene la administración tributaria peruana para fiscalizar las rentas de los contribuyentes peruanos en el exterior, lo que estaría generando una suerte de desuso de la figura del crédito e incidiendo en su pobre regulación.

Sin embargo, también es claro que varios de los problemas comentados pueden darse en situaciones comunes y simples, y que, de otro lado, se vive una explosión de los flujos y operaciones internacionales estando esta tendencia en aumento, más aun si se concretan tratados de libre comercio con economías importantes, lo que incrementará en forma significativa la casuística del crédito por IR. Nos consta que varios contribuyentes peruanos ya han entrado en esta tendencia y están probando las deficiencias de nuestras normas.

En este orden de ideas, creemos que la normativa peruana sobre el crédito y, en general, las deficientes regulaciones peruanas sobre los aspectos internacionales de la imposición a la renta, no están equipadas hoy en día para lidiar con esta situación y no resistirán por mucho tiempo la inclusión de figuras y precisiones que, por un lado, las conviertan en herramientas útiles de política fiscal y, de otra parte, las tornen cabalmente operativas. ㄹ

(71) Como muestra van los comentarios adversos que generó en los EE.UU. la *Notice 95-8*. Véase por ejemplo: KAYWOOD Jr. y otros. *IRS targets foreign tax credit "abuse" - Is the attack justified? Is it appropriate?* En: *Journal of Taxation*, Volumen 88. Número 6. Thomson-Ria: New York, 1998. pp. 364-372.

(72) Así, en la *Notice 98-5* se dijo que el "uso abusivo" del crédito se atacaría mediante el polémico *economic profit test*, denegándose el crédito cuando este se "compre" en transacciones de las que razonablemente se espera una pérdida económica o una ganancia económica insustancial comparada con los beneficios tributarios que se obtienen, pero ante la andanada de críticas que ello generó, la *Notice 2004-19*, no exenta de polémica, anunció que tales transacciones serían atacadas al amparo de doctrinas generales del *common law* como *substance over form*, *step-transaction* y los *debt-equity principles*.

(73) Cabe indicar que en ocasiones estas transacciones podrían ser atacadas con éxito mediante otras figuras previstas en nuestra normativa, como por ejemplo los ajustes por precios de transferencia o la determinación del valor real de los intangibles de duración limitada.

(74) Como por ejemplo las reglas para determinar los gastos atribuibles a las rentas de fuente extranjera; los parámetros para determinar la naturaleza jurídica de las entidades mediante las que operan los contribuyentes peruanos en el exterior; la postura del artículo 51 de la Ley del IR en el extremo que no permite compensar las pérdidas de fuente extranjera con las rentas de fuente peruana; varios supuestos problemáticos con relación al contribuyente del IR extranjero, como los casos de los sujetos que tributan como un conjunto en un Estado pero individualmente en el otro (como por ejemplo ocurre frecuentemente con la sociedad conyugal o los grupos consolidados de empresas) y el del IR extranjero cuyo pago es asumido por el pagador de la renta domiciliado en el Estado de la fuente; los casos en los que la obligación tributaria por IR extranjero se extingue mediante la acreditación contra ella de otro gravamen pagado en el exterior; las diferencias entre las reglas de temporalidad de los IR, como ocurre cuando en los Estados se usan distintos criterios para imputar las rentas (devengado vs. percibido), diferentes periodos como ejercicios gravables (año calendario versus otros periodos) o divergentes reglas de reconocimiento de la renta (reconocimiento diferido versus inmediato); entre otros aspectos.