

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



**“CRÉDITO INDIRECTO PARA ALIVIAR LA DOBLE IMPOSICIÓN ECONÓMICA:
ANÁLISIS DESDE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD TRIBUTARIA EN EL PERÚ”**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE
MAGISTRA EN DERECHO TRIBUTARIO**

AUTORA:

Karen Salazar Hanco

ASESOR:

Rodrigo Flores Benavides

Noviembre, 2019

Lima, Perú

DEDICATORIA

A Dios;

*A mis padres, por el amor, apoyo y educación
que me brindaron; A mis hermanos; Y a quienes
me aportaron conocimientos para el trabajo.*

Karen Salazar.



RESUMEN EJECUTIVO

El objetivo del trabajo está centrado en realizar un análisis crítico al crédito indirecto como medida unilateral en el Perú, que fue incorporado con la finalidad principal de aliviar la doble imposición económica a los dividendos distribuidos de subsidiarias del exterior. También se analiza, si con la exclusión de personas naturales se ha vulnerado del principio de igualdad tributaria en detrimento de dichos contribuyentes y, si el porcentaje mínimo (10%) de acciones o participaciones en las subsidiarias comporta transgresión del principio de igualdad en menoscabo de personas jurídicas cuyas acciones o participaciones no alcanzan al porcentaje mínimo. Así, a través de un análisis de la medida desde el principio de proporcionalidad en el juicio de igualdad, adoptado por el Tribunal Constitucional en senda jurisprudencia, determinamos que el porcentaje de participaciones permite lograr los objetivos trazados por el legislador pero en menor escala, por ello, a fin de garantizar un sistema tributario que responda en mayor grado a la neutralidad en la exportación de capitales, se recomienda fijar un nuevo umbral determinado en UITs que justifique el gasto del Estado en la fiscalización de dichas operaciones, de forma que, el crédito indirecto sea aplicable en mayor escala por empresas peruanas, que a su vez representa beneficios en la economía nacional y en la recaudación tributaria a consecuencia del incremento de inversiones en el exterior y la repatriación de las mismas.

ÍNDICE

Resumen ejecutivo	3
Índice	4
Abreviaturas	6
I. INTRODUCCIÓN	7
II. LA DOBLE IMPOSICIÓN INTERNACIONAL, EL CRÉDITO INDIRECTO COMO MEDIDA UNILATERAL, Y LOS LÍMITES AL PODER TRIBUTARIO	11
2.1 Aproximación a la definición de doble imposición internacional	11
2.1.1 Causas de la DII	12
2.1.2 Consecuencias de la DII	13
2.1.3 Medidas para evitar la DII	14
2.1.4 Métodos unilaterales para aliviar la DII de los dividendos del exterior	15
2.1.4.1 Tratamiento de la inversión extranjera a través del Método de Exención	16
A. Valoración al método de exención	17
2.1.4.2 Tratamiento de la inversión extranjera mediante el Método de Crédito o Imputación	18
A. Valoración al método de crédito o imputación	19
2.1.4.3 Otros métodos	20
2.2 El crédito indirecto para aliviar la doble imposición a los dividendos extranjeros	21
2.3 Régimen del crédito indirecto en la legislación de la Alianza del Pacífico	24
2.3.1 Descuento Indirecto en la legislación Colombiana	25
2.3.2 Acreditamiento Indirecto en la legislación Mexicana.	28
2.3.3 Crédito Indirecto en la legislación Chilena	30
2.4 Crédito indirecto en la legislación peruana	32
2.4.1 Razones que justifican la incorporación del crédito indirecto en la Ley del Impuesto a la Renta	33
2.4.2 Marco normativo del crédito indirecto	34
2.5 Cuadro comparativo del CI como método unilateral en los países de la Alianza del Pacífico	39
2.6 Límites al ejercicio de la potestad tributaria en el Perú	43
2.6.1 Límite Jurídico: Principios Tributarios Constitucionales	43

2.6.1.1	<i>Principio de igualdad tributaria</i>	44
A.	<i>Pasos para verificar si una diferenciación es discriminatoria o válida constitucionalmente</i>	47
2.6.1.2	<i>Principio de no confiscatoriedad</i>	49
2.6.1.3	<i>El deber de contribuir</i>	50
2.6.2.	Limites políticos: Principios Tributarios Internacionales	51
III.	PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	53
3.1	Exclusión de personas naturales en la regulación del CI	59
3.2	Exclusión de personas jurídicas con participaciones o acciones menores a 10% en subsidiarias del exterior en la regulación del CI	60
IV.	TEST DE PROPORCIONALIDAD AL REQUISITO PORCENTUAL DE ACCIONES O PARTICIPACIONES EN EL EXTERIOR REGULADO EN EL CRÉDITO INDIRECTO	65
4.1	Verificación de la diferenciación normativa	66
4.1.1	Persona natural y Persona jurídica con participación sustancial	66
4.1.2	Persona Jurídica con participación sustancial y Persona Jurídica sin participación sustancial	66
4.2	Determinación de la intensidad de la intervención en la igualdad	67
4.3	Verificación de un fin constitucional en la diferenciación	68
4.4	Análisis de Idoneidad al porcentaje de participaciones	72
4.5	Análisis de necesidad al porcentaje de participaciones	73
4.5.1	Método de exención como opción al método de crédito	73
V.	Propuesta de modificación al requisito porcentual de participaciones en el crédito indirecto	74
VI.	CONCLUSIONES	76
VII.	CITAS BIBLIOGRÁFICAS	78
7.1	Fuentes Bibliográficas	78
7.2	Fuentes Legales	81
7.3	Fuentes Jurisprudenciales	83

ABREVIATURAS

- **CD:** Crédito directo
- **CI:** Crédito indirecto
- **CT:** Crédito tributario
- **DI:** Doble Imposición
- **DL:** Decreto Legislativo
- **DIAN:** Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de Colombia
- **DI:** Doble imposición
- **DIE:** Doble imposición económica
- **DII:** Doble imposición internacional
- **DIJ:** Doble imposición jurídica
- **ETN:** Estatuto tributario nacional de Colombia
- **LIR:** Ley del impuesto a la renta de Perú
- **LIS:** Ley del impuesto a las sociedades de España
- **LISR:** Ley del impuesto sobre la renta de México
- **OCDE:** Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico
- **ONU:** Organización de las Naciones Unidas
- **RFE:** Renta de fuente extranjera
- **RFP:** Renta de fuente peruana
- **RLIR:** Reglamento de la Ley del Impuesto a la renta de Perú
- **RTF:** Resolución del Tribunal Fiscal
- **SD:** Sociedad domiciliada
- **SND:** Sociedad no domiciliada
- **SPN:** Sociedad no domiciliada de primer nivel
- **SSN:** Sociedad no domiciliada de segundo nivel
- **STC:** Sentencia del Tribunal Constitucional
- **TC:** Tribunal Constitucional

I. INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la globalización ha fomentado la interdependencia económica global, su expansión trae consigo retos y oportunidades que cambian el panorama mundial en los negocios, y obliga a los países a modificar su legislación con el objeto de garantizar una normatividad acorde al contexto global. El derecho tributario no fue ajeno, uno de los principales cambios comporta los denominados criterios de vinculación que relacionan a los sujetos pasivos y los hechos imposables con la soberanía del Estado.

La superposición de los criterios de vinculación, entre otros, originan el problema de doble o múltiple imposición internacional, que a decir de la doctrina especializada se produce cuando dos o más países están habilitados a gravar la misma ganancia, ingreso u operación económica correspondiente a un mismo periodo sobre el mismo sujeto (doble imposición jurídica) o sujetos jurídicamente diferentes (doble imposición económica).

Sea de tipo jurídico o económico lo evidente es que la doble imposición genera consecuencias perjudiciales no solo para los sujetos del hecho imponible sino, también, para los recursos económicos de cada país, dado que las reiteradas exacciones por un lado disminuyen el ahorro del inversionista y, por otro, desincentivan la repatriación de rentas extranjeras repercutiendo en los ingresos fiscales de los Estados.

A fin de aliviar el problema, los países fueron implementando diversos métodos para evitar la doble imposición entre ellos la exención de rentas extranjeras y, el crédito o imputación, que comporta gravar las rentas extranjeras habilitando a su vez la deducción del impuesto abonado en el extranjero.

El método de crédito o imputación presenta 2 categorías: directo, si se trata de aminorar la carga impositiva nacional de un sujeto con los impuestos pagados directamente por él en otro país; e indirecto, si se pretende reducir la carga impositiva de un sujeto con los impuestos pagados por otro sujeto jurídicamente diferente domiciliado en el extranjero, he aquí el tema central del cual ocupa el trabajo de investigación.

La doble imposición también fue abordada a nivel comunitario por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) y la Organización de Naciones Unidas

(ONU). Ambas organizaciones a través de diversos estudios impulsaron recomendaciones y modelos de convenios bajo objetivos comunes de integración económica y alivio de doble tributación internacional. Los métodos recomendados fueron la exención (artículo 23 -A) y el crédito (artículo 23 – B) los mismos que han guiado la celebración de los Convenios de Doble Imposición suscritos en orden mundial.

Cabe precisar que, los lineamientos del crédito indirecto para aliviar la doble imposición de rentas pasivas no se encuentran regulados expresamente en los modelos de convenio OCDE y ONU, sino en los comentarios a los artículos 23 A y 23 B del modelo de Convenio OCDE, siendo referidos comentarios la base para incluir al crédito indirecto en los Convenios de Doble Imposición suscritos entre Perú y; Chile, Canadá, Brasil, México, Corea, Suiza y Portugal.

En el Perú la práctica del crédito indirecto para los dividendos en relación a los 7 CDIs, estuvo sujeta a debates por más de una década. Un sector, veía invalidar el crédito por ausencia de normatividad interna que regule su aplicación; mientras otro, no encontraba impedimento alguno para su reconocimiento pues su eficacia no estaba condicionada a la regulación interna de los Estados contratantes, debiendo ser válido al amparo del principio de aplicación directa y principio de prevalencia de los tratados (Flores, 2014, p. 472).

Frente a esta incertidumbre, en junio de 2014 mediante el Proyecto de Ley N° 3599/2013-CR se intentó incorporar referido método por primera vez en la Ley del Impuesto a la Renta; no obstante, en setiembre de 2018 con la vigencia del Decreto Legislativo N° 1424 el legislador concretó tal regulación en el inciso f) del artículo 88° de la LIR, exigiendo el cumplimiento de ciertos requisitos para su aplicación, entre ellos, ser persona jurídica y tener un porcentaje de participación sobre las subsidiarias de primer y segundo nivel.

Como resultado de estos requisitos se verifican tratos diferenciados que en principio podrían ser contrarios al principio de igualdad tributaria, en vista que se estaría excluyendo a personas naturales y jurídicas (que no tengan señalado porcentaje de participación) para la aplicación del CI.

En tal sentido, el trabajo de investigación está orientado a determinar si el porcentaje de participaciones es constitucionalmente válido y no constituye un trato discriminatorio en detrimento de las personas naturales y jurídicas antes referidas. Para ello, recurriremos al

examen de proporcionalidad en el juicio de igualdad aplicado por el Tribunal Constitucional en senda jurisprudencia.

Así, lograremos determinar que en razón a la complejidad administrativa del crédito indirecto, la exclusión de las personas naturales se encuentra justificado en términos de eficiencia, pues en la práctica la aplicación de este método involucra altos costos para el Estado en el control de impuestos extranjeros (cada uno sometido a legislaciones complejas) y, para el propio contribuyente por el costo que representa conseguir la información del impuesto de tercera categoría proporcional a sus dividendos pagado por la subsidiaria del exterior.

Además, de acuerdo a la Constitución y a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional el legislador en ejercicio de la potestad tributaria está habilitado para establecer tratos diferenciados sustentados en justificaciones razonables y proporcionales, por lo cual, la exclusión de estos contribuyentes personas naturales no resulta un supuesto de discriminación, ello en razón a la justificación anteriormente señalada y, porque en la determinación de la renta imponible se ciñen bajo reglas distintas en comparación de personas jurídicas.

De otro lado, las dificultades administrativas en el crédito indirecto se aminoran si el receptor del dividendo tiene una participación significativa en la entidad pagadora (subsidiaria), pues su control permitirá requerir información necesaria para declarar y acreditar el impuesto, resultando menos costoso.

Dicha posición, estudiada arduamente en la doctrina comparada, justifica porque los Estados exigen como requisito para la aplicación del CI, tener porcentajes de participaciones sustanciales en subsidiarias del exterior. En tal sentido, el porcentaje de accionariado sustancial si permitiría garantizar el alivio de la doble imposición económica para los dividendos, sin embargo, establecer otro límite razonable podría garantizar en mayor grado la finalidad pretendida por el legislador.

La metodología empleada en el trabajo parte de una investigación documental a partir de la doctrina, jurisprudencia y normas relacionadas al Crédito Indirecto como medida en la legislación interna, así, entonces, tomamos en consideración dividir el trabajo de investigación en cuatro capítulos.

En el segundo capítulo abordaremos el Estado del Arte relacionado a la doble imposición internacional, métodos para evitar o atenuar sus efectos con especial énfasis en el crédito indirecto, por cuanto resaltaremos los aspectos sustanciales y como se encuentra regulada en los países de la Alianza del Pacífico.

De otro, lado abordaremos los límites al poder tributario y el entendimiento de los principios tributarios recogidos en la Constitución Política del Perú destacando la doctrina jurisprudencial del principio-derecho de igualdad tributaria.

En el tercer capítulo, plantearemos el problema de investigación con la descripción de un caso para mejor comprensión de la aplicación del crédito indirecto en la determinación de la renta global según la legislación peruana.

Finalmente, en el cuarto capítulo desarrollaremos el test de proporcionalidad en el juicio de igualdad respetando los 5 lineamientos o pasos explicitados por el Tribunal Constitucional: verificación de la diferenciación normativa, determinación de la intensidad de la intervención en la igualdad de acuerdo a escalas, verificación de un fin constitucional en la diferenciación y, exámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; para finalmente emitir una propuesta que en nuestra opinión garantiza en mayor escala la finalidad perseguida por el legislador a través del crédito indirecto.

II. LA DOBLE IMPOSICIÓN INTERNACIONAL, EL CRÉDITO INDIRECTO COMO MEDIDA UNILATERAL, Y LOS LÍMITES AL PODER TRIBUTARIO

2.1 Aproximación a la definición de doble imposición internacional

Generalmente la Doble Imposición Internacional, en adelante DII, ha sido definida como el resultado de gravar dos (o más) veces una determinada renta, en un mismo periodo de tiempo y por parte de dos (o más) países.

Por su parte, para la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) la DII sería “el resultado de aplicar impuestos similares en dos o más Estado a un mismo contribuyente, respecto a una misma materia imponible y por el mismo periodo de tiempo”.

Sobre el origen de la doble imposición, en adelante DI, la doctrina más antigua esboza que surgió a inicios del siglo XX en el orden interno o dentro de un misma jurisdicción, por ello para Seligman (1925) la DI era simplemente la “reiterada imposición a la misma persona o a la misma cosa”, (citado en Benvenuto Griziotti, 1968, p. 98; citado en Rinsche & Vicente, 1970, p. 13), o como señalaba Griziotti (1958) “la DI surge cuando el mismo contribuyente o la misma riqueza es sometida a una reiterada imposición siempre que la única causa de imposición justifique la exacción de un solo impuesto o más de uno, pero sobre facciones de la misma riqueza” (citado en Rinsche & Vicente, 1970, p. 14).

Posteriormente, el desarrollo alífero de la globalización produjo múltiples cambios en el comercio y con ello un nuevo contexto de negocios internacionales. El orden estatal también debió transitar a nuevas políticas para garantizar el estatus político-normativo dando inicio a diversas modificaciones en materia de comercio exterior, regulatoria y tributaria. En el ámbito tributario los países adoptaron nuevos criterios impositivos a fin de vincular hechos económicos del extranjero con la soberanía estatal, sin avizorar que el resultado de dichos criterios trascendería en el problema de la DII y sus consecuencias negativas.

Los estudios sobre la DII han determinado que este problema puede presentarse bajo dos modalidades, jurídica o directa, en adelante DIJ, y económica o indirecta, en adelante DIE; será jurídica cuando un mismo sujeto o la misma renta de ese sujeto se

encuentre gravada, durante el mismo periodo, por más de un Estado¹ y; económica si una misma renta se encuentra sometida a dos impuestos, pero el impuesto es aplicado a sujetos jurídicamente diferentes. (Sotelo, 1999; Rasmussen, 2001, Taylor, 1999 & Spitz, 1983, citado en Contreras, 2018).

Entonces podemos colegir que para que se configure la DII debe haber la concurrencia de: i) Identidad o diversidad de sujeto pasivo (identidad en caso de DIJ y sujetos jurídicamente diferentes en caso de DIE); ii) Diversidad de sujetos fiscales (dos o más autoridades fiscales con poder tributario); iii) Identidad del hecho imponible (el tributo debe tener el mismo hecho generador o materia imponible); e iv) Identidad temporal (Sotelo, 1999, p. 148).

2.1.1 Causas de la DII

La DII puede configurarse por diversas razones, la principal se verifica por la concurrencia de criterios de conexión o vinculación de dos o más Estados sobre una misma renta o un mismo sujeto, tales criterios según Duran deben ser racionalizados y fundados en la existencia de un punto mínimo suficiente de conexión entre la riqueza que se pretende gravar y el ámbito de un Estado; sea por razones económicas, cuasi personales, lazo en el mercado, relación con el titular de la riqueza, límites, o el gasto público que efectúa un Estado (2008, p. 415).

Tradicionalmente la doctrina ha señalado 2 tipos de criterios de conexión: i) Personales o subjetivas, que se establece en base a las cualidades del perceptor de la renta (puede ser por nacionalidad o residencia) y ii) Económicas u objetivas, que responde a la relación del hecho económico con el territorio, es decir, atiende a supuestos del origen de las rentas siendo prescindible la cualidad del sujeto (Giuliani, 1987; García, 1978).

En la práctica, los Estados suelen combinar ambos criterios para efectos de gravar mayores hechos económicos posibles. Así, los países desarrollados adoptan principalmente el criterio subjetivo, pues siendo exportadores de capital buscan gravar a los

¹Podemos colegir de los comentarios a los artículos 23-A y 23-B del Modelo de Convenio OCDE 2010, párrafo 1, que el modelo surgió generalmente para evitar la DIJ es decir, cuando más de un Estado somete a imposición a una misma persona o misma renta o patrimonio, pues sólo el artículo 9 prevé el alivio a la DIE.

sujetos por la totalidad de rentas generadas prescindiendo del lugar de origen; en cambio, los países en desarrollo principalmente optan por el criterio de fuente, a fin de gravar las rentas producidas en su territorio sin importar la condición del sujeto pasivo (Sotelo, 1999, p. 148).

Una segunda causa de la DII, se configura cuando dos Estados asignan un mismo criterio de vinculación, pero con diferencia conceptual, nótese, por ejemplo, cuando los Estados A y B adoptan el criterio de nacionalidad para gravar a las empresas, pero en el Estado A la nacionalidad significa lugar de constitución y en el Estado B importa como sede de dirección efectiva (Sotelo, 2005, p. 103).

Finalmente, una tercera causa resulta cuando la misma materia gravada se ve sometida a doble gravamen por dos Estados, pero en razón a la forma de determinación de los tributos. Es el caso de aplicación de las reglas de precios de transferencia que terminan ajustando hacia arriba las bases en el Estado A, no siendo tal ajuste reflejado hacia abajo en el Estado B, de forma que la misma renta imponible es doblemente gravada porque las bases imponibles son tratadas de distintas formas (Entrevista a Eduardo Sotelo, 2005, p. 103).

2.1.2 Consecuencias de la DII

La doctrina ha señalado en términos generales que la DII genera consecuencias de clase jurídica y económica. La tesis sobre consecuencias jurídicas parte de la idea de afectación a una serie de derechos individuales del sujeto pasivo de la tributación, pues si bien los sistemas tributarios se estructuran sobre la base de la capacidad contributiva de un sujeto, la concurrencia de dos o más gravámenes de diferentes Estados desconoce el criterio de capacidad económica del sujeto, convirtiéndola en confiscatoria y violatoria de derechos individuales, desvirtuando a su vez el principio que todo tributo es acorde al Derecho².

Por su parte, la tesis económica sostiene que las consecuencias son nocivas para los contribuyentes y los propios Estados. Para los primeros, la DII podría constituir una

² Para Giuliani, la DII es condenable no sólo por constituir una barrera en el comercio exterior, o significar una carga tributaria injusta, sino, principalmente, cuando resulte del ejercicio ilegítimo de los poderes financieros del Estado (1987, p. 397).

carga excesiva e injusta, traducible en términos de costos, que desalienta las inversiones extranjeras, y podría distorsionar decisiones para escoger el territorio de inversión, (en base a qué país le implica menor carga impositiva e incrementa su rentabilidad). Y para los Estados, la DII coronaría una barrera innecesaria porque ralentiza la circulación de capitales, genera pérdidas de oportunidades de intercambio de tecnología y especialización necesarios para acelerar el proceso de desarrollo de los países (Sotelo, 1999, p. 150), así como disminuir la contribución fiscal de las rentas de fuente extranjera en cierto país, a consecuencia de actos evasivos del sujeto pasivo obligado a tributar.

Ahora, la DII a las rentas derivadas de personas jurídicas, en adelante PJ constituyen distorsiones muy concretas en el comportamiento empresarial, sin embargo, en ocasiones se comenta que no parece afectar gravemente a las empresas, en vista que la figura jurídica se utiliza dada sus ventajas para reducir responsabilidad personal o llevar a cabo actividades económicas, que generan beneficios en buena proporción como los dividendos, intereses o cánones que simula rentabilidad de una sociedad, no siendo los accionistas afectados seriamente con la DII.

A pesar de la posición anterior, lo cierto es que el problema de la DII en las rentas de PJ subsiste en diversos rendimientos empresariales y sobre diversas clases de perceptores: PJ; persona natural, en adelante PN; residentes; no residentes; con participación significativa o no; que soportan más de una imposición, esto constituye en palabras de Albi, distorsiones en la economía; costos elevados en la administración empresarial y administración tributaria; y desigualdad fiscal (2007, p.12).

Por tal motivo, los países tienden a regular medidas y métodos para aliviar el gravamen múltiple de las rentas, considerando para el caso de PJ conjuntamente la imposición empresarial y la de sus accionistas como desarrollaremos en líneas siguientes.

2.1.3 Medidas para evitar la DII

Las medidas son instrumentos normativos que mecanizan la reducción de los efectos nocivos de la DII. Según la doctrina, de acuerdo al nivel de participación y negociación de los países en la solución se clasifican en: unilaterales, cuando un país incorpora normas en la legislación interna sin contrastar la solución con regulaciones del exterior; bilaterales, si los instrumentos de solución se negocian entre dos países

(convenios de doble imposición) y; multilaterales, cuando la solución asciende a nivel comunitario, con carácter supranacional (modelo de Convenio OCDE y la Decisión 578 de la CAN) (De Juano, p. 708; citado en Sotelo, 1999, p.148).

Ahora bien, es preciso resaltar que las medidas unilaterales cobran trascendental importancia frente a la ausencia de acuerdos bilaterales y multilaterales o, cuando existiendo éstos no logran evitar en gran medida la DII, no obstante, su implementación suele carecer de estudios detallados del escenario exterior corriéndose el riesgo de pérdida en la recaudación a cambio de ninguna concesión de contraparte. Por tal motivo, a corto plazo los métodos unilaterales principalmente suelen beneficiar al sujeto pasivo del país que lo implemente, y en mediano plazo se consolidarían beneficios en la recaudación fiscal a consecuencia de mayor inversión extranjera y repatriación de las mismas (Sotelo, 2005, p. 106).

Ahora bien, dado que el tema de investigación se enmarca bajo el contexto de medidas unilaterales, a continuación, desarrollaremos los principales métodos acogidos por los países, con el objetivo de mejorar la política fiscal internacional y aliviar el problema de gravámenes excesivos, haciendo hincapié en los métodos válidos para atenuar la DII a los dividendos distribuidos por subsidiarias o empresas no domiciliada.

2.1.4 Métodos unilaterales para aliviar la DII de los dividendos del exterior

La fiscalidad internacional juega un rol trascendental en la competitividad de un país, que requiere evaluar operaciones inbound como outbound, esto es el tratamiento de las rentas obtenidas en el exterior como las obtenidas en un país por un no residente, no obstante, en el presente acápite nos centraremos únicamente de evaluar los métodos que han sido empleados para aliviar la DII de las rentas obtenidas en el exterior por contribuyentes residentes de un país.

Como es conocido en el orden interno de un país, la DII principalmente ha sido enfrentada mediante los métodos de exención en residencia y, de crédito o imputación. La escogencia de estos métodos suele ser sobre la base de evaluaciones a la neutralidad que pretende alcanzar un Estado. Así la exención suele ser preferida en la neutralidad de importación de capitales propio de un sistema territorial, y el crédito en la neutralidad de la

exportación de capitales pues se basaría en un sistema de tributación mundial donde se igual los rendimientos de las inversiones $RN=RE$.

Al respecto, la doctrina ha señalado que ambos métodos suponen en principio renunciar a un monto en la recaudación fiscal, principalmente en beneficio de los contribuyentes al ver incrementado su ahorro, no obstante, a mediano plazo se podría comprobar los beneficios en la recaudación debido a la repatriación de inversiones extranjeras en gran escala.

Así mismo, se ha venido señalando que los métodos unilaterales son demasiado imperfectos y carecen de seguridad jurídica, pues, así como fueron establecidos también pueden ser quitados del ordenamiento sin cuestionamiento alguno. Contraria a esa posición otro sector resalta los beneficios en la medida que a través de ellos se pueden concretar, como las finalidades extrafiscales: fomento de la inversión extranjera, fomento de la competitividad de empresas nacionales, luchar contra la evasión tributaria, y repatriar capitales generando mayor inversión e ingresos fiscales para crecimiento económico de un país.

2.1.4.1 Tratamiento de la inversión extranjera a través del Método de Exención

En virtud de este método³, propio de los sistemas territoriales, un Estado renuncia a gravar las rentas del extranjero es decir solo están sujetas a imposición las rentas producidas en su territorio. Este método “suele ser consistente con una política de repatriación o importación de capitales y por preservar la neutralidad en la competitividad empresarial” (Córdova, 2010, pp. 14–15) y permite “la asignación eficiente del ahorro sin que represente grandes pérdidas de recaudación para un Estado” (Castro & Ibarra, 2018, p.93).

³ A nivel multilateral, un claro ejemplo de este método es la Decisión 578 de la Comunidad Andina de Naciones, suscrita por Perú, Colombia, Bolivia y Ecuador, pues las rentas sólo serán gravadas en el país miembro donde se encuentre su fuente productora con independencia de la nacionalidad o domicilio del sujeto, por tanto, los demás países deberán considerarlas como exoneradas. Por otro lado, los MCOEDE y MCONU consagran al método de exención en el artículo 23A.

La exención puede ser total o simple, y con progresividad; i) será total cuando el Estado prescinde totalmente de la renta extranjera, así la base imponible y la alícuota no varían en caso el sujeto perciba rentas de otro país; y ii) con progresividad cuando la base imponible se calcula únicamente en base a rentas producidas en el territorio, sin embargo, la renta extranjera es considerada para determinar la alícuota que será aplicada a la base imponible (Sotelo, 1999; Córdova, 2010).

Este método puede ser generalizado a todas las rentas, pero suele restringirse a rendimientos calificados como dividendos o participaciones de sociedades no residentes, siempre que el beneficiario de la renta extranjera cumpla con ciertos requisitos de participación (participation exemption), tal como señala la Directiva Matriz-Filial y cómo podemos verificar en la legislación española, artículo 21 de la Ley del Impuesto a las Sociedades, en adelante LIS.

La tendencia actual sería optar por este método para los regímenes holding que además permiten a sus accionistas o participantes tributar total o parcialmente (Castro & Ibarra, 2018, p.93) aliviando de alguna forma la doble imposición jurídica y económica, sin embargo, las legislaciones la estarían acogiendo principalmente como medida de apoyo a la internacionalización de las empresas, acompañada de otras cláusulas anti elusivas para evitar la erosión de la base imponible.

A. Valoración al método de exención

Ahora bien, el problema de la exención es que puede generar doble imposición. Este método no es perfecto en términos de equidad, pero sí ofrece grandes ventajas en la práctica. Las administraciones tributarias lo prefieren por significar ahorros considerables en los costos de control a las rentas o flujos económicos de fuente externa (cada una con sistemas tributarios distintos y complejos). De igual forma, frente al método de imputación la exención es preferida por los inversionistas o contribuyentes, por ser fácilmente operable y suponer menores costos de administración a las rentas extranjeras, representado mayor ahorro internacional y facilitando la repatriación al país del inversor (Albi, 2007, pp. 20-21).

Por otro lado, la exención desde el enfoque de eficacia económica no resulta conveniente en contextos donde la carga tributaria en el país de origen de la renta sea menor al país que regula el método o, si ambos países conceden exoneraciones, porque

se entendería confrontar otro problema llamado doble no imposición internacional (Córdova, 2010, p. 62).

Una gran diferencia entre este método y el crédito deviene en la determinación de las rentas, mientras la exención opera sobre la base imponible, en el crédito la deducción (del impuesto pagado en el exterior) incide sobre tributos ya calculados.

2.1.4.2 Tratamiento de la inversión extranjera mediante el Método de Crédito o Imputación

De acuerdo al método del crédito tributario CT, también denominado imputación o tax credit, el Estado grava la totalidad de las rentas obtenidas por el sujeto pasivo sin discriminar el lugar de la fuente (sea en el territorio o en el extranjero), pero descuenta del impuesto nacional el impuesto abonado en fuente extranjera.

De acuerdo al monto acreditable el crédito puede ser, íntegro u ordinario. El primero admite la deducción total del impuesto extranjero contra la totalidad del impuesto nacional, permitiendo incluso acreditar el exceso del impuesto de fuente extranjera cuando la carga tributaria del exterior sea mayor a la carga nacional, por ello el crédito íntegro no es aceptado por los Estados pues implicaría financiar indirectamente la recaudación de un país extranjero.

En cambio, con el crédito ordinario, el Estado solo permite la acreditación del impuesto extranjero hasta cierto límite, que es el menor resultado de comparar entre: i) el impuesto efectivamente pagado en el exterior y, ii) el que resulte del impuesto de naturaleza análoga pagado en el estado fuente. Cabe resaltar que ambos límites buscan proteger la recaudación de fuente nacional frente a una posible erosión, por ello generalmente el crédito para los impuestos extranjeros se ha limitado a ser un crédito ordinario⁴ (Barbosa, 2009, pp. 306-307; Juch citado en Sotelo, 1999, p. 151).

⁴ El crédito ordinario se origina en 1921, por esa época terminaba la primera guerra mundial y, las tarifas del Impuesto a la renta en EE. UU habían disminuido, no obstante, Europa regulaba las tarifas más altas y constituía el principal mercado norteamericano, por ello en EE.UU fue necesario diseñar un método que evitara que el impuesto extranjero disminuya la recaudación interna con impuestos de fuente estadounidense y se evite sobre cargas injustas para las empresas con operaciones

El crédito también se suele clasificar en directo e indirecto, según el impuesto sea asumido por el mismo sujeto o sujetos diferentes. El crédito directo logra aliviar la DIJ y la DIE de rentas pasivas y pasivas, pues el monto acreditable es el impuesto pagado en el extranjero por el mismo sujeto que aplica el crédito.

Por su parte el crédito indirecto, surge para eliminar la DIE soportado por los dividendos, porque el monto acreditable es el impuesto pagado por un sujeto jurídicamente diferente, aunque en sentido amplio recae sobre la misma renta (Flores, 2014; Cores, 2010). “Este método surge para intentar equiparar el tratamiento tributario en un país de residencia entre las inversiones desarrolladas a través de filiales extranjeras, y otras que se establecen mediante un establecimiento permanente o sucursales, en vista que estos últimos con el CD pueden alivian la DIE y DIJ de sus rentas, en cambio, si aplicamos el mismo método - CD - a las rentas de las filiales solo resulta aliviada la DIJ a los dividendos” (Castro & Ibarra, 2018, p.94) .

La legislación peruana contempla ambos tipos de crédito para los dividendos derivados de subsidiarias del exterior, el inciso e) del artículo 88 de la Ley del Impuesto a la Renta, en adelante LIR, regula el CD y, en el inciso f) del mismo artículo dispone el CI.

A. Valoración al método de crédito o imputación

Las ventajas y desventajas del crédito las podemos verificar a partir de los siguientes preceptos. Si la tasa del impuesto en el Estado que implementa el método es mayor que el Estado extranjero, el tributo adicional será recaudado y a nivel internacional la DI se habría eliminado e, inversamente, si la tasa del extranjero fuera mayor que la doméstica, el total del impuesto local queda eliminado, anulando nuevamente la DI (Alut, citando en Córdova, 2010, p. 15), entonces, con este método la DII para el contribuyente estaría aliviada en gran medida

Para Albi, con los límites máximos del crédito se logrará eficiencia productiva global solo si el impuesto del país de origen, es menor o igual que el de residencia, si, en cambio,

internacional, siendo aprobado por el Congreso Norteamericano en el mismo año (Teijeiro, citado en Barbosa, 2009, p. 307).

el impuesto en el país de origen es superior al de residencia el rendimiento sería igual al de exención.

Por otro lado, la neutralidad en la exportación de capitales se lograría, si todos siguieran plenamente el método de crédito, sin embargo, en la práctica dicha neutralidad no logra garantizarse del pleno dado los límites máximos para acreditar los impuestos del extranjero, si no lo hiciese estaría financiando los ingresos de otros países (Castro & Ibarra, 2018, p.94)

Sin embargo, la administración de este método es compleja y asume mayores costos de control a las rentas de fuente externa (dado que implica análisis de sistemas tributarios distintos y complejos), y sobre todo dificultades en la obtención de información.

En relación a las inversiones en filiales del exterior, si bien en principio este método logra evitar la doble imposición jurídica o económica, en la práctica suele ser complicado, no pueden evitar completamente el diferimiento de las rentas o que estas se repatrien a través de formas que no generen imposición - como los instrumentos de deuda - de igual forma el control se agrava si se consideran filiales de sucesivos niveles, o luego de la acreditación, las mismas rentas son sometidas a fiscalización en los países de origen (Albi, 2007, p. 17).

2.1.4.3 Otros métodos

En la década de los cincuenta la doctrina propuso algunas figuras de créditos tributarios hipotéticos como el tax sparing y el matching credit, aunque no son propiamente métodos, son mecanismo de equidad entre dos países para acicatear inversiones extranjeras.

El tax sparing o ahorro tributario se verifica cuando el país de residencia reconoce un crédito por las rentas de fuente extranjera que no fueron sometidos a imposición en el país de origen. Este método implica un doble beneficio para el contribuyente por no tributar ni en fuente ni en residencia y, porque el ahorro estaría destinado a estimular su inversión (De Juano, 1971; Cabrera, 2018; Sotelo, 1999).

Este método propugna que los Estados exportadores de capital no se beneficien a costa de las exoneraciones otorgadas por los Estados en vías de desarrollo, las cuales son establecidas generalmente para atraer inversión extranjera y, estimular los intercambios transnacionales necesarios para el desarrollo de dichos Estado.

Por otro lado, con el matching credit se reconoce un crédito sobre un determinado porcentaje previamente establecido en la cláusula que lo consagra. Si bien teóricamente ambos métodos pueden perfeccionarse en las legislaciones internas, solo fueron reconocidas en los CDI (Barbosa, 2009, pp. 303-304).

2.2 El crédito indirecto para aliviar la doble imposición a los dividendos extranjeros

Sentado los elementos introductorios, toca desarrollar el tema base de la investigación, el CI a los dividendos del exterior permite a los contribuyentes, descontar el impuesto a la renta empresarial pagado por las sociedad subsidiarias o filiales en el país fuente (donde generalmente tiene participaciones sustanciales) en un monto proporcional a los dividendos percibidos, por ello a diferencia del CD – que reconoce el impuesto pagado por el mismo sujeto en dos jurisdicciones- en el CI los países amparan el desconocimiento de entes separados a fin de combatir la doble imposición económica (Cores, 2009, p. 71; Flores, 2014, p. 463).

Según la doctrina, son objetivos específicos del crédito indirecto :i) Aliviar la doble imposición económica principalmente de los dividendos o participaciones; ii) Nivelar a las empresas operantes en el exterior a través de sucursales o EP, con empresas operantes por medio de filiales o subsidiarias; iii) Incentivar la inversión extranjera de mediano plazo; iv) Permitir a las empresas holding, calcular el impuesto extranjero como si las hubiera generado y; v) Favorecer la recaudación de un Estado por el incremento de utilidades de origen extranjera (Barbosa, 2009; García, 2014; Montenegro, 2014; Liu, 2006 & Cabrera ,2017).

Ahora bien, los países adoptan unilateralmente este método bajo ciertos límites y requisitos peculiares, por ello desarrollaremos las principales características que ha sido

generalmente reguladas, tales como: los sujetos, el objeto, las condiciones para computar, el monto acreditable y el momento de imputación (Barbosa, 2009, p. 309).

El CI exige que los sujetos del Estado de Residencia⁵ y Estado Fuente⁶ deben ser contribuyentes del impuesto a la renta de acuerdo a las legislaciones de cada Estado. Para el Estado de Residencia los sujetos pueden ser personas jurídicas o naturales; mientras que el sujeto del Estado Fuente siempre será una persona jurídica o entidades o Entity Classification⁷. En el Perú, así como en Colombia, México y Chile el CI fue habilitado solo para personas jurídicas.

Por otro lado, en la estructura importa un porcentaje de accionariado de representación mínima en la sociedad filial o subsidiaria que generalmente varía entre 10% y 25% sobre acciones con derecho a voto o sobre el control del capital social de la sociedad extranjera. El control puede ser directo o indirecto, integrándose por una cadena de sociedades subsidiarias hasta el sexto nivel corporativo, no obstante, la mayoría de Estados restringe la posibilidad de acreditar solo a 2 niveles corporativos y en territorios con convenios de intercambio de información.

Estos requisitos no siempre estarán presentes, tal es el caso de Colombia que a diferencia de Perú (10% participación directa e indirecta sobre acciones con derecho a voto), México (10% participación directa y 5% indirecta sobre el capital social) y Chile (10% participación directa e indirecta), no exige porcentaje de accionariado para la aplicación del

⁵ Por motivo de simplicidad, señalaremos Estado de Residencia para referirnos al país que regula el CI en su legislación interna y, que permite a los sujetos pasivos con acciones o participación en filiales o subsidiarias del extranjero acreditar el impuesto a la renta abonados en dichas jurisdicciones, en un monto proporcional a las rentas percibidas.

⁶ Así mismo, señalaremos Estado Fuente para referirnos al país donde reside la subsidiaria o filial que distribuye dividendos a un contribuyente o sujeto pasivo del Estado de Residencia, es decir, el territorio donde se originan las rentas de dicho sujeto.

⁷ La clasificación de la forma jurídica en el país de la fuente, es un problema recurrente para la aplicación del CI en el país de residencia. Por ejemplo, se da cuando un Estado fuente puede gravar a una sociedad, pero el Estado de Residencia califica a la misma como partnership o entidad transparente, conllevando a gravar directamente a los socios, participantes o accionistas (Barbosa, 2009, p. 317).

CI. Sin embargo, los cuatro admiten hasta 2 niveles corporativos con ciertas restricciones (véase el cuadro comparativo de legislación comparada).

Los Estados también condicionan la aplicación del CI a cierta temporalidad en la tenencia de acciones sobre la filial o subsidiaria extranjera. Este requisito de origen bilateral (porque nace en el contexto de los CDI) busca evitar la aplicación del método para beneficios indebidos.

Así mismo, el impuesto a la renta en el Estado Fuente debe tener características similares al impuesto a la renta del Estado de Residencia, es decir, debe gravar las utilidades de la sociedad filial o subsidiaria, así como dividendos y participaciones a ser repartidos. Algunos Estados no excluyen la aplicación del CI por impuesto a las regalías o por la distribución de beneficios en caso de la liquidación de la sociedad subsidiaria (Barbosa, 2009, p. 319).

Por otro lado, en cuanto al monto acreditable por concepto del CI, los Estados establecen límites a través de fórmulas a fin de no erosionar el impuesto a la renta nacional del contribuyente. Generalmente el límite del monto acreditable es el mismo respecto al CD, es decir, no excede el impuesto que hubiera podido pagar de forma directa el contribuyente en el país de residencia por la misma renta extranjera o; el impuesto efectivamente pagado en el Estado Fuente.

En cuanto al momento de la Imputación, algunos Estados aceptan el diferimiento del CI hasta la distribución efectiva, salvo que las sociedades subsidiarias estén constituidas en una jurisdicción de baja o nula tributación.

Las legislaciones también permiten que el exceso del impuesto no acreditado con motivo de los límites permitidos en un ejercicio fiscal, puedan ser imputados a otros ejercicios posteriores en los cuales tampoco se exceda el límite, este exceso denominado por la doctrina carryforward puede ser acreditado hasta su agotamiento o estar sujeto a un plazo máximo. El Perú a diferencia de Colombia (sin límite), Chile (sin límite) y México (10 años) no permite el acreditamiento de excesos.

Es importante señalar que el crédito indirecto no excluye el reconocimiento del crédito directo, en efecto, ambos podrán ser aplicado en caso exista un impuesto que grave

la distribución de dividendos en el Estado Fuente; incluso algunas legislaciones permiten la concurrencia simultáneamente en casos donde se ubiquen una sociedad subsidiaria y una sucursal en la misma fuente (Dagan, T. 1998, p. 126. Citando en Barbosa, 2009, p. 321).

Finalmente, la regulación del CI también implica que se implementen medidas sobre la tasa de cambio aplicable y los medios de prueba del pago del impuesto abonado en el exterior, los cuales generarán mayor seguridad para el contribuyente que pretenda hacer uso de este método y para las administraciones tributarias a efectos del control de las RFE.

2.3 Régimen del crédito indirecto en la legislación de la Alianza del Pacífico

En los países del Pacífico el método dominante para aliviar la DII es el crédito tributario, no obstante, en la actualidad cada vez es más notoria la tendencia de abandonar el crédito indirecto en dividendos para adoptar la exención con ciertas restricciones cuidando de evitar supuestos de doble no exención, como señalan las recomendaciones del informe sobre competencia fiscal nociva, ratificada en la Acción 2 del Proyecto Base Erosion and Profit Shantung BEPS (Castro & Ibarra, 2018, p. 95).

En Estados Unidos, la reforma a partir del 2018 pone en la mira atizar las inversiones en el exterior erradicando a su vez toda práctica de erosión de la base gravable y problemas de abuso fiscal, por ello entre sus principales medidas concilia la exención para dividendos con participación sustancial de rentas extranjeras (Castro & Ibarra, 2018, p. 96).

Retomando el tema de la Alianza del Pacífico, desde el 2011 los países integrantes Perú, Colombia, México y Chile, decidieron asumir acuerdos de libre comercio para presentarse unidos ante el mundo, atraer inversión, dinamizar sus economías mediante la integración económica y mejorar su competitividad internacional.

Cabe resaltar que la competitividad internacional comprende un rol muy trascendental en la fiscalidad internacional de un país, donde los métodos para aliviar la DII son ejes relevantes para eliminar distorsiones en la inversión internacional. En tal razón en el presente acápite recopilaremos el método unilateral CI que los países de la Alianza han adoptado para aminorar la DII a los dividendos, información relevante para constatar: a) si

existe integración de políticas para atenuar este tipo de DII y, b) si en el marco del contexto actual el requisito porcentual del CI peruano es idóneo y razonable.

De igual forma damos a consideración que al final del acápite presentaremos un cuadro resumen (anexo 1) de la legislación comparada con el objeto de sintetizar la regulación del crédito indirecto en los cuatro países.

2.3.1 Descuento Indirecto en la legislación Colombiana

El Estado colombiano, adopta un sistema tributario de renta mundial⁸. De esa forma, las personas naturales residentes⁹, y entidades nacionales residente¹⁰ contribuyentes del impuesto sobre la renta (ISR) tributan por su renta de fuente local y fuente extranjera. Frente a las rentas de fuente extranjera y a fin de evitar la DII, Colombia adopta los mecanismos del CD y CI bajo la denominación “descuentos por impuestos pagados en el exterior”, regulados en el artículo 254 del Estatuto Tributario Nacional (ETN). Cabe resaltar, ambos métodos no afectan la depuración de la base gravable, en la medida que los descuentos se restan luego de la determinación del impuesto a pagar y no sobre la renta neta total percibida por el contribuyente.

La historia del crédito en Colombia narra que el CI fue reconocido en el sistema 21 años después de la regulación del CD. Los antecedentes del CD se remontan a los años 70, en el marco de la gran reforma del sistema tributario con motivo de la adecuación a la tendencia de internacionalización de la economía y promoción de la exportación de

⁸ En virtud de los artículos 9 y 12 del Estatuto Tributario Nacional.

⁹ Son residentes en Colombia de acuerdo al artículo 10 del ETN: i) Las personas naturales (nacionales o extranjeras) que permanezcan en el país más de 183 días, incluyendo días de entrada y salida del país, durante un periodo cualquiera de 365 días consecutivos, y, ii) Los nacionales colombianos; cuando su cónyuge no separado legalmente o sus hijos dependientes menores de edad, tengan residencia fiscal en el país; o, el 50 % o más de sus ingresos sea de fuente nacional; o, el 50 % o más de sus bienes sean administrados en Colombia; o, el 50 % o más de sus activo se entiendan poseídos en dicho país; o que habiendo sido requerido por la DIAN, no acredite su condición de residente extranjero; o tenga residencia fiscal en un paraíso fiscal.

¹⁰ El artículo 12-1 del ETN, considera como entidades nacionales, a las sociedades constituidas en el país; o que tengan sede efectiva de administración, o domicilio principal en Colombia; y a las sucursales de estas.

capitales. La reforma estuvo fundada en la propuesta de Richard Musgrave, quien entre varias recomendaciones sugirió adoptar el método del crédito tributario, para afrontar los problemas de DII y alcanzar un sistema tributario neutral en la exportación de capitales (Cabrera, 2018, pp. 276-283), así, el CD fue regulado por primera vez en 1974.

En 1995 se incorporó método del CI, su aplicación era concedida sólo a sociedades domiciliadas en un país con el cual Colombia tenía suscrito un Convenio de Integración¹¹, por ende, los contribuyentes nacionales que percibían dividendos de subsidiarias residentes en un país ajeno a un Acuerdo de Integración no podían beneficiarse del CI, este requisito estuvo vigente hasta el 2006.

Posteriormente, la Ley 1430 de 2010, introdujo principales cambios al CI: agregó un carryforward de 4 años para los excesos del impuesto no acreditado en un año fiscal¹², Incorporó el requisito de probar el pago del impuesto en el país fuente y, adicionó el requisito de participación mínima de 15% (control directo e indirecto) sobre las sociedades subsidiarias del extranjero.

Este último requisito, fue elevado a un proceso de inconstitucionalidad siendo declarado inexecutable por la Sala Plena de la Corte Constitucional, mediante sentencia C-913/11 de fecha 06 de diciembre de 2011. En el proceso intervinieron, por un lado, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y, por otro, el Instituto Colombiano de Derecho Tributario, la Academia Colombiana de Jurisprudencia y el Procurador General de la Nación y el Ministerio Público.

¹¹ Durante ese periodo, surgieron dudas sobre a qué tipos de convenios de integración se refería la norma. Al respecto, la DIAN en el Concepto 31430 de 18 de abril de 2006, y el Oficio 038339 de 12 de mayo de 2006, precisó que el CI sólo era aplicable cuando la sociedad del exterior se ubicaba en uno de los países integrantes de un convenio de integración económica, no incluyendo, por ejemplo, acuerdos de integración cultural o sanitaria o de transporte, que ninguna relación presentaba con el tema económico. Por otro lado, también señaló que el CI no sería aplicable para los dividendos o participaciones recibidos de una sociedad domiciliada en un país miembro de la CAN, pues estos constituyen rentas exentas de acuerdo al alcance del artículo 11 de la Decisión 578.

¹² La modificación agregó la posibilidad de usar el exceso del crédito hasta en 4 periodos siguientes al año en que se produjo el pago del impuesto en el exterior, siempre que el límite se establezca en función a las rentas que dieron origen al descuento, es decir, no sería aplicable contra las rentas de distinta naturaleza del contribuyente nacional.

Las entidades públicas, alegaron que el límite de 15% en acciones o participaciones atendía a un determinado tipo de inversión, las de portafolio que se realiza a través del mercado de valores; además, la norma respondía a estándares internacionales (Organización for Economic Cooperation and Development), que no podía ser aplicada a todo tipo de inversión, máxime si algunas generan nulo beneficio a la economía colombiana.

La contraparte, en cambio, alegaba que el límite regulado, i) vulneraba las normas constitucionales que prohíben tratamientos diferenciados sin justificación razonable, ii) que la obligación de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado debía responder a la capacidad contributiva de cada sujeto, la cual no estaba representada en el límite establecido y además, iii) las normas tributarias no podían crear tratamientos desiguales consultando fines extrafiscales de un país desarrollado, pues las circunstancias fácticas de dicho país eran incompatibles (sentencia C-913/11, 2011, fundamentos IV y V).

La Corte Colombiana, dirimió señalando que el porcentaje de participación mínima de 15% (control directo e indirecto) sobre las sociedades subsidiarias del extranjero vulneraba los principios constitucionales de igualdad y proporcionalidad, dado que no existía motivo fiscal, económico y social para establecer tal requisito; no respondía al propósito de impedir la doble tributación internacional, e inobservaba la capacidad económica de los contribuyentes.

Por otro lado, la legislación colombiana no regula que debe entenderse por impuesto de fuente extranjera ni cómo debe determinarse -hecho no ajeno en los demás Estados- lo que ocasiona notables inquietudes para quienes aplican las normas, por ello, la doctrina colombiana refiere que el contribuyente deberá demostrar que el monto de descuento estuvo efectivamente sujeto a imposición en el país fuente y que el mismo respeta los límites de Ley.

Actualmente, el artículo 254 del ETN, regula el CI para dividendos distribuidos por subsidiarias del exterior, el cual es concedido únicamente para personas jurídicas siempre que cumplan los siguientes requisitos (también a ser aplicados en caso del CD): Ser receptor de RFE derivado de dividendos o participaciones (la cual debe estar sometida al ISR en el Estado Fuente); tener participaciones o acciones directas con derecho a voto sobre la sociedad que reparte dividendos (primer nivel) e, indirectas con derecho a voto

sobre las subsidiarias de segundo nivel¹³; las participaciones directas o indirectas deben constituir activos fijos no siendo aplicable para acciones en portafolio y; debe acreditar el impuesto pagado en el exterior con el certificado fiscal del país fuente o con prueba idónea acompañados con un certificado del revisor fiscal de la sociedad que distribuye los dividendos, señalando el valor de la utilidad comercial, fiscal, la alícuota y el impuesto pagado por la sociedad.

El CI colombiano tiene carácter ordinario, pues su acreditación se restringe a dos límites: que no supere el monto del impuesto sobre la renta y complementarios que pagaría el contribuyente en Colombia por esas mismas rentas y, que el impuesto a pagar luego del descuento no sea inferior al 75% del impuesto determinado sobre la base presuntiva del patrimonio líquido¹⁴.

2.3.2 Acreditamiento Indirecto en la legislación Mexicana

El Estado Mexicano también adopta el sistema de renta de fuente global¹⁵ para las personas físicas¹⁶ y personas morales residentes en dicho país¹⁷. De igual forma, frente a

¹³ A decir de Sebastián Cabrera, la norma no prohíbe expresamente el CI a un segundo nivel de inversión, con lo cual si sería posible aplicarla para más niveles corporativos previo cumplimiento de los requisitos (2018, p. 297).

¹⁴ Limitación a ser observada en todos los descuentos, de acuerdo al artículo 259 del ETN.

¹⁵ Según el numeral I del artículo 1 de la LISR, los residentes en México, están obligados al pago del impuesto sobre la renta respecto de todos sus ingresos, cualquiera que sea la ubicación de la fuente de riqueza de donde procedan (DOF 30-11-2016).

¹⁶ De acuerdo al numeral I del artículo 9 del Código Fiscal de la Federación, las personas físicas serán residentes independientemente de su nacionalidad, cuando:

- a) Tengan su casa habitación en México o, no teniendo casa habitación su centro de intereses vitales se encuentren en México. Son intereses vitales cuando más de 50% de sus ingresos anuales los obtenga en el territorio o, cuando el centro de sus actividades profesionales esté ubicado en el territorio.
- b) Las personas de nacionalidad mexicana que sean funcionarios del Estado aun cuando su centro de intereses vitales se encuentre en el extranjero (DOF 04-06-2009).

¹⁷ Conforme el numeral II del artículo 9 del Código Fiscal de la Federación, las personas morales serán residentes cuando hayan establecido en México el principal asiento de su negocio o su sede de dirección efectiva (DOF 04-06-2009).

las rentas de fuente externa y a fin de aliviar la DII como medida unilateral adopta los métodos acreditamiento directo e indirecto (CD y CI) actualmente regulados en el artículo 5 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta – LISR y artículo 7 del Reglamento de la LISR. Desde el 2014 la legislación mexicana regula los requisitos para calificar que un impuesto abonado en el extranjero tiene naturaleza de un impuesto acreditable. La regla I3.3.17¹⁸ señala que sin importar la denominación ni la naturaleza del impuesto en los términos señalados en el país extranjero, será un impuesto abonado en el exterior siempre que: i) el abono responda al cumplimiento de una disposición legal y se determine sobre base neta (es decir, admite que las bases gravables sean sustancialmente similares a las del ISR); ii) no sea por una contraprestación, transmisión, o el uso, goce o aprovechamiento de un bien; iii) no derive de la extinción de una obligación originada en un derecho o, de una contribución de mejora o, de una aportación de seguridad social o, de un aprovechamiento señalado en los artículos 2 y 3 del Código Fiscal de la Federación (Bastidas, 2017, pp. 7-9).

Es de notar que México regula más peculiaridades del CI que Colombia y Perú. De cierto modo trata de no dejar a interpretación de los contribuyentes, el impuesto pagado en el extranjero que podrá ser materia de acreditamiento.

Los requisitos más esenciales del CI son: i) la persona moral debe tener una participación directa no menor de 10% del capital social de la sociedad residente en el extranjero de primer nivel, y no menor de 5% de participación indirecta sobre el capital social de la sociedad residente en el extranjero de segundo nivel¹⁹; ii) acreditar la tenencia de ambas participaciones durante un periodo no menor a seis meses anteriores a la fecha de acreditamiento; iii) contar con documentos probatorios del pago del impuesto, bastando la constancia de retención en los casos que la renta derive de un país que suscribió con México un acuerdo de intercambio de información; iv) debe afectar al tipo de cambio de

¹⁸ Actualmente vigente en la regla 3.1.6, de la Resolución Miscelánea Fiscal para 2018, que también incorpora como ISR del extranjero a los impuestos comprendido en un Tratado para Evitar la Doble Imposición.

¹⁹ De acuerdo al artículo 5 de la LISR, la sociedad de segundo nivel corporativo deberá ser residente en un país con el que México tenga un acuerdo amplio de intercambio de información fiscal. Este requisito también es exigible en Perú.

moneda mexicana y; v) el límite acreditable no podrá exceder el ISR pagado en México por las mismas rentas del extranjero.

Otra peculiaridad es la posibilidad de usar carryforward hasta en 10 años siguientes al ejercicio donde no se acreditó el impuesto extranjero, el cual se efectúa por cada país o territorio para no alterar las bases imponibles del contribuyente.

2.3.3 Crédito Indirecto en la legislación Chilena

De acuerdo a la Ley Sobre el Impuesto a la Renta - LSIR aprobado por el Decreto Ley 824, las personas naturales y personas jurídicas residentes²⁰ o domiciliadas²¹ en Chile tributan sobre sus rentas de fuente mundial²². Y a efecto de aliviar la DII de los dividendos o retiro de utilidades de fuente extranjera, también concede los métodos de CD y CI solo si el impuesto proviene de un país sin CDI.

Este último dará derecho siempre que el país fuente no grave la distribución de dividendos o los retiros de utilidades sociales o, el impuesto que grava esas rentas sea inferior al impuesto de primera categoría de Chile. Cabe resaltar que el crédito que se otorga por los impuestos del extranjero, solo puede utilizarse para evitar o reducir la DII, no para evitar el pago de los impuestos sobre las rentas obtenidas en fuente nacional, es decir adopta el crédito de tipo ordinario con límites.

²⁰ “Será residente toda persona natural que permanezca en Chile, más de seis meses en un año calendario, o más de seis meses en total dentro de dos años tributarios consecutivos” (Código tributario, 1974, art. 8, numeral 8).

²¹ No existe definición de domicilio, no obstante, el artículo 58 de la LSIR permite deducir que son domiciliadas las personas jurídicas constituidas en Chile y la persona natural cuando además de poseer residencia, demuestre hechos o circunstancias que verifiquen ánimo de permanecer en el país de acuerdo al artículo 59 del Código Civil Chileno (por ejemplo, cuando la persona natural se encuentre en el exterior, sin embargo, su familia está en Chile o los hijos estudian en un colegio de Chile).

²² Conforme el artículo 3° “Salvo disposición en contrario, toda persona domiciliada o residente en Chile, pagará impuestos sobre sus rentas de cualquier origen” (Decreto Ley 824, 1974).

Chile tampoco reglamenta la definición de renta de fuente extranjera. En cuanto a los impuestos del exterior, señala que darán derecho a crédito los que sean pagados o retenidos en forma definitiva y siempre que sean similares a los impuestos regulados en la LSIR, en ese sentido, por ejemplo, si el impuesto extranjero depende de la admisión como crédito contra el impuesto a la renta en Chile, o en el país donde se distribuye (primer nivel), no dará derecho a crédito por estar sujeto a un supuesto.

La actual regulación del CI se encuentra en el artículo 41-A de la LSIR, es concedida solo a personas jurídicas que cumplan ciertos requisitos y está sujeto a 3 límites para evitar la erosión de la renta de fuente nacional, el cual una vez determinado se deducirá del impuesto de primera categoría y del impuesto global complementario del contribuyente.

El CI en Chile, admite el reconocimiento de impuestos hasta el segundo nivel corporativo, siempre que la persona jurídica tenga una participación directa no inferior a 10% en el capital de la sociedad subsidiaria de primer nivel y participaciones indirectas no inferiores a 10% en el capital de las sociedades subsidiarias de segundo nivel (ubicadas en el mismo país).

A diferencia de México y Perú, no exige un periodo de tenencia sobre las participaciones extranjeras. Otro beneficio se verifica en el carryforward sin límite para los excedentes del crédito en un año fiscal siempre que se respeten los límites establecidos.

De otro lado, según el artículo 41 A letra E los requisitos generales para hacer uso del crédito, son: i) que el contribuyente se inscriba previamente en el Registro de Inversiones en el Extranjero, ii) los impuestos del extranjero sean equivalentes o similares a los de la LSIR, iii) realizar la conversión equivalente a pesos chilenos, iv) que la acreditación sea mediante recibos o formularios del impuesto pagado en el extranjero y, vi) que el crédito no exceda el 32% de la renta neta de fuente extranjera²³.

²³ La renta neta de fuente extranjera, será el resultado consolidado de utilidades o pérdidas de fuente extranjera, deducidos los gastos necesarios, más los créditos por impuesto extranjero calculado en la forma que establece la Ley.

2.4 Crédito indirecto en la legislación peruana

La ley del Impuesto a la Renta -LIR- en el artículo 6, dispone gravar la totalidad de las rentas a los contribuyentes domiciliados, es decir, tributan por la totalidad de su renta global (suma de las rentas de fuente peruana²⁴ más la renta de fuente extranjera²⁵).

La renta de fuente extranjera en el Perú se reguló por primera vez en el año 1968, mediante la expedición de los Decretos Supremos 263-68-HC, 214-68-HC, 215-68-HC y 228-68-HC, unificados en el D.S. 287-68-HC, los cuales incorporaron el criterio de residencia para gravar la totalidad de la renta de fuente mundial a los contribuyentes domiciliados en el Perú.

En la década de los sesenta el Perú estaba muy lejos de ser un país exportador de capital o impulsar la inversión en el exterior, por lo que el criterio de fuente mundial fue muy limitado omitiéndose, entre otras, medidas adecuadas para la tributación internacional como los métodos para evitar los efectos de la doble o múltiple imposición.

En 1981, el Decreto Legislativo 200 publicado el 15 de junio pretendió desgravar la RFE a partir del 1982, no obstante, días anteriores a su entrada en vigor la Ley 2337

²⁴ Las rentas de fuente peruana se encuentran reguladas en los artículos 9, 10, 11 y 12 del Capítulo II sobre la Base jurisdiccional del Impuesto, y el artículo 48 del Capítulo VI sobre la Renta Neta de la LIR.

²⁵ Contrariamente a las rentas de fuente peruana, la LIR, su reglamento y la jurisprudencia no hacen alusión al concepto de renta de fuente extranjera ni a su determinación. La doctrina tampoco ha sido uniforme. Por lado, un sector señala que la RFE se determina de acuerdo a la legislación del país donde se genera la fuente, dado que la LIR en el artículo 51, sólo permite traer renta neta del exterior, de modo que los ingresos, renta bruta, gastos, costos y tratamientos aplicables para la determinación del impuesto será conforme la regulación extranjera; esta tesis adiciona que la complejidad en estos casos se refleja al momento de fiscalizar las operaciones, pues la administración tributaria desconoce la regulación de los demás Estados. Contrariamente, otro sector propugna la aplicación de la legislación peruana de manera flexible para determinar la RFE, así, los conceptos reconocidos para los ingresos, renta bruta, gastos, costos y demás serían los señalados en la LIR y el reglamento de la LIR - RLIR, pero de manera flexible, permitiendo reconocer impuestos foráneos determinados en base a tratamientos diferenciadores siempre que superen el test de proporcionalidad y no contradigan los principios constitucionales tributarios del sistema peruano (Liu, 2006; Medrano, 1998; Córdova, 2010).

publicado el 15 de diciembre de 1981 restituyó la norma anterior manteniendo en vigencia la renta de fuente mundial (Morris & Chiarella, 2014, pp. 21-22).

Años después, el Decreto Supremo 179-2004-EF publicado el 8 de diciembre de 2004, reguló únicamente el CD como medida unilateral para mitigar la doble imposición jurídica, quedando la legislación en el tiempo respecto al CI, ello en razón a que el Perú era un país principalmente importador de capital siendo casi nula la exportación de inversiones.

En junio de 2014 existió un primer intento de regulación del CI tal como consta en el proyecto de Ley 3599/2013-CR²⁶, el texto del proyecto denotaba el derecho al CI solo para personas jurídicas que tengan participaciones no menor al 10% de acciones con derecho a voto en personas jurídicas no domiciliadas, no exigía un periodo de tenencia mínima, pero si concedía acreditar el exceso en cualquiera de los 4 ejercicios siguientes en el que se realizó el pago del impuesto en el extranjero; no obstante, fue recién el 12 de setiembre de 2018 que mediante Decreto Legislativo 1424 se positivizó el CI en la LIR a fin de aliviar la doble imposición económica a los dividendos distribuidos de subsidiarias del exterior.

La exposición de motivos adicionalmente ha señalado que la medida responde a coadyuvar el crecimiento de inversiones peruanas en el exterior, incentivar la repatriación de capitales y, equiparar el tratamiento tributario a las inversiones a través de las sucursales

Este último objetivo merece atención en razón a que la Administración Tributaria desde años atrás ha establecido tratamientos favorables a las inversiones a través de sucursales en el exterior.

2.4.1 Razones que justifican la incorporación del crédito indirecto en la Ley del Impuesto a la Renta

El régimen tributario de las sucursales en el exterior de empresas domiciliada se encuentra regulada en el numeral 3 del inciso a) del artículo 4° del RLIR, que establece que “la condición de domiciliado es extensiva a las sucursales, agencias u otros

²⁶ Proyecto de Ley N° 3599/2013-CR, presentado ante el Congreso de la República el 12 de junio de 2014, por el grupo parlamentario Peruanos Popular Cristiano y Alianza para el Progreso.

establecimientos permanentes en el exterior establecidos por personas domiciliadas en el país”.

De citada norma y de acuerdo a los informes N° 023-2015-SUNAT/5D0000 y N° 024-2017-SUNAT/5D0000, se tiene que “la sucursal en el exterior de una persona jurídica domiciliada es parte de esta, carece de personalidad jurídica propia y no se puede considerar como contribuyentes del impuesto²⁷”, consecuentemente debe consolidar resultados con la sociedad matriz constituida en el Perú.

Por otro lado, la Sunat en el Informe N° 023-2015-SUNAT/5D0000 también ha señalado que el impuesto a la renta empresarial pagado en el país en que se ha establecido una sucursal constituye crédito contra el IR que corresponde pagar a la persona jurídica domiciliada en el Perú que tiene dicha sucursal.

Se puede verificar entonces que las inversiones a través de sucursales pueden aliviar la DIE de los dividendos a través del CD, con los límites establecidos en el artículo 88 e) de la LIR y 58 del RLIR, pues para la legislación peruana la sucursal forma parte de la matriz, siendo la misma persona quien asume la carga tributaria múltiple.

Ello no ocurría con las inversiones en el exterior a través de filiales a quienes el legislador solo habilitó el CD para aliviar la doble imposición jurídica a los dividendos, no obstante, con la regulación del CI se pretende aliviar la doble imposición económica de este tipo de rentas.

2.4.2 Marco normativo del crédito indirecto

El CI vigente en el literal f) del artículo 88 de la LIR, es un beneficio establecido solo para personas jurídicas domiciliada en el país que tienen participación directa no menor de 10% del total de las acciones con derecho a voto de la sociedad no domiciliada de primer nivel, y una participación indirecta no menor de 10% del total de las acciones con derecho a voto de la sociedad no domiciliada de segundo nivel (para efecto del trabajo en adelante sintetizaremos este requisito como, participación sustancial).

²⁷ En cambio, las sucursales de empresas no domiciliadas en el Perú para efectos de la LIR se consideran como personas jurídicas independientes de su matriz, tributando únicamente por las rentas de fuente peruana de acuerdo a la forma de determinación de los sujetos domiciliados (artículos, 6,7,14, 28 de la LIR)

Nótese, el requisito de participación sustancial no puede confundirse con la participación accionaria de 100% en la filial del exterior dado que esta última es propia de una sucursal. Resaltamos el presente comentario dado que la Sunat con motivo de capacitar sobre las nuevas reglas en materia fiscal y su impacto en las empresas²⁸, adoptó ejemplos de una sociedad peruana con acciones 100% sobre una empresa de primer nivel y 100% sobre una empresa de segundo nivel.

Consecuentemente desconoce la deducción proporcional del impuesto a la renta de tercera categoría subyacente al dividendo distribuido a la persona domiciliada. Hecho que no se puede admitir con la aplicación del CI porque como señalamos líneas arriba este método pretende eliminar la DIE de los dividendos que paga una empresa independiente de la cual se tiene acciones²⁹, para una mejor comprensión desarrollaremos un ejemplo de la aplicación del CI en el capítulo III sobre el planteamiento del problema.

Otro requisito es acreditar la tenencia de referidas acciones durante un plazo no menor a 12 meses anteriores a la fecha de distribución (D.S. 179-2004-EF, 2019).

A continuación, mostramos la regulación del CI en la Ley del Impuesto a la Renta:

“Artículo 88° -

(...)

f) Las personas jurídicas señaladas en el artículo 14 de la Ley, salvo las referidas en los incisos f), h) y k) de dicho artículo, domiciliadas en el país, que obtengan RFE gravadas por esta Ley correspondientes a dividendos o utilidades distribuidas por sociedades no domiciliadas - SND, deducen:

1. El impuesto a la renta pagado o retenido en el exterior por los dividendos o utilidades distribuidas; y,
2. El impuesto a la renta pagado por la SND de primer nivel.

Entiéndase por SND de primer nivel a la sociedad que distribuye dividendos o utilidades a la persona jurídica domiciliada en el país.

²⁸ Recuperado de <https://www.studocu.com/es/document/pontificia-universidad-catolica-del-peru/finanzas-internacionales/otros/7-temas-ir-credito-indirecto/3898304/view>

²⁹ Tener propiedad total de una empresa del exterior corresponde a una sucursal cuya distribución de utilidades esta afecta al impuesto de 29.5%. Mención aparte merece el tratamiento tributario por la distribución de utilidades de una sucursal en el Perú a su matriz en el exterior, la cual esta afecta a la alícuota 5% sobre la renta bruta.

Asimismo, entiéndase por impuesto a la renta pagado por la SND de primer nivel al impuesto a la renta pagado por esta en el exterior, por la realización de un negocio o empresa, en la parte proporcional que corresponde a los dividendos o utilidades distribuidas a la persona jurídica domiciliada en el país.

Para efecto de lo previsto en el párrafo anterior, se debe considerar lo siguiente:

1. La persona jurídica domiciliada en el país debe tener una participación directa de al menos 10% del total de las acciones con derecho a voto de la SND de primer nivel, durante mínimo 12 meses anteriores a la fecha de distribución.
2. La persona jurídica domiciliada debe adicionar a su renta neta el impuesto a la renta pagado por la SND de primer nivel, para determinar el impuesto a la renta del ejercicio.
3. El importe de la deducción es el monto que resulte menor de comparar:
 - i. El impuesto a la renta efectivamente pagado en el exterior, conformado por la suma del monto del impuesto a la renta pagado por la SND de primer nivel más el importe del impuesto pagado o retenido en el exterior por los dividendos o utilidades distribuidas; y,
 - ii. El impuesto que hubiese correspondido pagar en el país por la renta total del exterior, que es el resultado de aplicar la tasa media del contribuyente a la suma del importe de los dividendos o utilidades distribuidas (sin disminuir la retención o pago del impuesto en el exterior por su distribución) más el impuesto a la renta pagado por la SND de primer nivel. Para ello, la tasa media se calcula de la siguiente forma:
(...)

Las personas jurídicas domiciliadas también pueden deducir el monto del impuesto a la renta pagado por una SND de segundo nivel, entiéndase por ésta a la SND de que distribuye dividendos o utilidades a una SND de primer nivel. Asimismo, entiéndase por impuesto a la renta pagado por la SND de segundo nivel al impuesto a la renta pagado por esta en el exterior, por la realización de un negocio o empresa, en la parte proporcional que corresponde a los dividendos o utilidades distribuidas a la SND de primer nivel.

Para efecto de lo previsto en el párrafo anterior, se debe considerar lo siguiente:

1. La persona jurídica domiciliada en el país debe tener una participación indirecta no menor a 10% del total de las acciones con derecho a voto de la SND de segundo nivel durante al menos 12 meses anteriores a la fecha distribución a la SND de primer nivel. La SND de segundo nivel debe:
 - i. Ser residente o domiciliada en un país con el que el Perú tiene celebrado un acuerdo de intercambio de información; o,
 - ii. Ser residente o domiciliada en el mismo país en el que se encuentre domiciliada la sociedad de primer nivel.
2. La persona jurídica domiciliada debe adicionar a su renta neta el impuesto a la renta pagado por las SND de primer y segundo nivel, para determinar el impuesto a la renta del ejercicio.
3. El importe de la deducción es el monto que resulte menor de comparar:
 - i. El impuesto a la renta efectivamente pagado en el exterior, conformado por la suma del monto del impuesto a la renta pagado por las SND de primer y segundo nivel, más el importe del impuesto a la renta pagado o retenido en el exterior por los dividendos o utilidades distribuidas a la persona jurídica domiciliada en el país; y,
 - ii. El impuesto que hubiese correspondido pagar en el país por la renta total obtenida en el exterior, que es el resultado de aplicar la tasa media del contribuyente a la suma del importe de los dividendos o utilidades distribuidas (sin disminuir la retención o pago del impuesto en el exterior por su distribución) más el impuesto a la renta pagado por las SND de primer y segundo nivel (...).

Para la deducción se tiene en cuenta adicionalmente que:

1. Se efectúa en el ejercicio en el que se imputa la renta de fuente extranjera correspondiente a los dividendos o utilidades distribuidas (...). El importe que por cualquier circunstancia no se utilice en el ejercicio gravable, no puede compensarse en otros ejercicios ni da derecho a devolución alguna. (...)" (Decreto Supremo 179-2004-EF, 2004, art. 88).

Puede advertirse, que el CI peruano comparte similares estructura con el CI mexicano, ambos solo conceden el beneficio para personas jurídicas, que tengan cierto porcentaje de participaciones en las subsidiarias hasta el segundo nivel corporativo, la cuales deben ser residente o domiciliada en un país que haya celebrado un acuerdo de intercambio de información (o estar ubicada en el mismo país de la subsidiaria de primer

nivel, para el caso peruano), y exigen un periodo de tenencia de las acciones anterior al descuento por CI.

Adicionalmente, si el contribuyente desea beneficiarse del CI, deberá cumplir con: i) Acreditar la participación de las sociedades no domiciliadas de primer o segundo nivel, ii) Informar a SUNAT la participación accionaria sobre las SND de primer y segundo nivel, y el ejercicio al cual corresponden los dividendos o utilidades, los montos, así como las modificaciones posteriores, así como, iii) Aplicar el tipo de cambio para convertir a moneda nacional las rentas gravadas en el extranjero.

El legislador también señaló que no se considera impuesto pagado en el exterior cuando se grave dividendos derivados de un país en aplicación del régimen de transparencia fiscal o; cuando no sea definitivo, o este sujeto a devolución, o se encuentre prescrito o; cuando su aplicación en el país fuente esté condicionado a ser admitido como crédito en el país receptor del dividendo (D.S. 179-2004-EF, 2019, art. 88, inc. f).

Adicionalmente podemos verificar otros 2 límites para la aplicación del CI, importe de deducción y momento para la aplicación. El importe de deducción es el monto menor que resulte de comparar: el impuesto a la renta efectivamente pagado en el exterior y, el resultado de aplicar la tasa media a la suma de dividendos más el IR pagado por la sociedad subsidiaria.

En cuanto al momento de aplicación, señala que la deducción se efectúa en el ejercicio en que se imputa la retención de fuente extranjera correspondiente a los dividendos distribuidos a la persona jurídica domiciliada, debiendo incluirse solo los impuestos pagados en el exterior dentro del plazo de presentación de la declaración jurada anual del ejercicio.

Por ello señalamos que el crédito se genera cuando el impuesto extranjero ha sido pagado, no obstante, ello resulta desventajoso frente a situaciones donde no es equiparable el nacimiento del crédito y el ejercicio en que se puede aplicar, pues el crédito se llegaría a perder dado que la norma no permite la compensación con otros ejercicios ni da derecho a devolución.

Nótese, la Administración Tributaria en el Informe N° 023-2015-SUNAT/5D0000 ha establecido en relación a la inversión en el exterior mediante una sucursal, que el Impuesto a la Renta pagado en el exterior con posterioridad al vencimiento del plazo para la presentación de la declaración jurada anual del IR peruano, constituye gasto deducible para la determinación de la renta neta de fuente extranjera de la empresa domiciliada.

Ello en la medida que el artículo 51-A de la LIR determina que, a fin de establecer la renta neta de fuente extranjera, se deducirá de la renta bruta los gastos necesarios para producirla y mantener su fuente, así en el supuesto que un impuesto no puede utilizarse como crédito, será reconocido como gasto porque ha sido aplicado a las rentas de la sucursal en el extranjero.

Entonces, si bien la norma prohíbe la compensación y la devolución en otros ejercicios, para la Sunat el monto no acreditable podrá ser imputado como gasto en la renta de fuente extranjera³⁰. Ahora bien, surge dudas si este mismo criterio sería aplicable para diferimientos en la aplicación del CI, al respecto la Administración Tributaria aún no se ha pronunciado quedando como agenda pendiente el tema planteado que a consideración nuestra debe ser determinado a fin de conferir seguridad jurídica a los contribuyentes que reciben dividendos extranjeros a través de filiales.

2.5 Cuadro comparativo del CI como método unilateral en la Alianza del Pacífico

Ahora bien, en atención a la estructura del crédito indirecto en los países de la región abordados en el acápite 2.3. y en el Perú, a continuación, exponemos un cuadro comparativo cuyo resultado muestra a Colombia como el país que menos requisitos exige a los contribuyentes para la aplicación del CI a los dividendos del exterior.

³⁰ Al respecto compete determinar si el monto deducible es por la totalidad del impuesto pagado en el exterior o el importe que resulte de la aplicación de la tasa media tal como dispone las reglas del CD. Para cierto sector en la medida que se ha descartado la aplicación del CD, no correspondería aplicar las reglas de crédito si no las de gasto, por cuanto podría acreditarse la totalidad del monto pagado en el exterior.

TABLA 1: CUADRO COMPARATIVO DEL MARCO NORMATIVO DEL CI EN LOS PAÍSES DE LA ALIANZA DEL PACÍFICO

MARCO REGULATORIO	COLOMBIA	MÉXICO	PERÚ	CHILE
Regulación	Artículo 254, ETN	Artículo 10, LSIR	Artículo 88 f), LIR	Artículo 41 A, letra A
Tipo de crédito	Ordinario	Ordinario	Ordinario	Ordinario
Rentas	Dividendos y participaciones	Dividendos o utilidades	Dividendos o utilidades	Dividendos y retiros de utilidades
Requisito: IR pagado en el extranjero	Si	Si	Si	Si
Sujetos beneficiarios	Entidad	Personas morales	Persona jurídica	Persona jurídica y natural
Niveles corporativos	Primer nivel Segundo nivel:	Primer nivel Segundo nivel: (residente en un país que tenga un acuerdo amplio de intercambio de información con México)	Primer nivel Segundo nivel: (residente en el país del PN o en un país que tenga un acuerdo de intercambio de información con el Perú)	Primer nivel Segundo nivel: (residente en el país del PN)
Control	CD sobre la SPN CI sobre la SSN CD y CI excluyendo acciones o participaciones sin derecho a voto	10% CD sobre la SPN 5% CI sobre la SSN 50% CD de SPN sobre la SSN Tenencia: 6 meses anteriores al pago de dividendos	10% CD sobre la SPN 10% CI sobre la SSN	10% CD sobre la SPN 10% CI sobre la SSN
Periodo de tenencia participaciones	No exige, pero las participaciones deben corresponder a inversiones que constituyan activos fijos para el contribuyente, el CI no sería aplicable a las inversiones de portafolio	6 meses anteriores al pago de dividendos	12 meses anteriores al pago de dividendos	No exige
Atribución	Percibido	Percibido	Percibido	Percibido
Documento de acreditación	Certificado fiscal del país fuente o en su defecto con prueba idónea. Más un certificado del revisor fiscal de la sociedad subsidiaria constatando: utilidad comercial, utilidad fiscal, la tarifa de impuesto y el impuesto pagado por dicha sociedad	Documentación del pago del impuesto Excepción: Constancia de retención (Acuerdo amplio de intercambio de información)	Certificado de pago. Excepcionalmente (documento fehaciente)	Recibos o formularios del impuesto pagado en el extranjero
Límite acreditable	i) El descuento no supere el monto del impuesto sobre la renta y complementarios que pagaría el contribuyente en Colombia por esas mismas rentas, ii) El impuesto luego del descuento no sea inferior al 75 % del impuesto determinado sobre la base presuntiva del patrimonio líquido.	No podrá exceder del límite del impuesto acreditable correspondiente al ISR que se pague en México.	<u>Para la sociedad de primer nivel:</u> El monto que resulte menor de comparar entre: i. El impuesto a la renta efectivamente pagado en el exterior, conformado por: el monto del impuesto a la renta pagado por la SPN, más el importe del impuesto pagado o retenido en el exterior por los dividendos o utilidades distribuidas; y, ii. El impuesto que hubiese correspondido	El crédito será la cantidad menor entre: a) El o los impuestos pagados al Estado extranjero sobre la respectiva renta b) El 32% de una cantidad tal que, al restarle dicho 32%, la cantidad resultante sea el monto neto de la renta percibida. (243-b) c) El 32% de la RENFE, la cual se determina como el resultado

			<p>pagar en el país por la renta total del exterior, que es el resultado de aplicar la tasa media a: el importe de los dividendos o utilidades distribuidas (sin disminuir la retención o pago del impuesto en el exterior por la distribución), más el impuesto a la renta pagado por la SPN.</p> <p><u>Para la sociedad de segundo nivel:</u> El monto que resulte menor de comparar entre:</p> <p>i. El impuesto a la renta efectivamente pagado en el exterior, conformado por la suma del impuesto a la renta pagado por la SPN y SSN, más el importe del impuesto a la renta pagado o retenido en el exterior por los dividendos o utilidades distribuidas a la persona jurídica domiciliada en el país; y,</p> <p>ii. El impuesto que hubiese correspondido pagar en el país por la renta total obtenida en el exterior, que es el resultado de aplicar la tasa media a: el importe de los dividendos o utilidades distribuidas (sin disminuir la retención o pago del impuesto en el exterior por su distribución), más el impuesto a la renta pagado por las SPN y SSN.</p>	<p>consolidado de utilidad o pérdida de fuente extranjera, deducidos los gastos necesarios en la proporción que corresponda más la totalidad de los créditos calculados en la forma indicada en los puntos anteriores.</p> <p>La suma de todos los créditos determinados según estas reglas, constituirá el crédito total disponible del contribuyente para el ejercicio respectivo.</p> <p>El crédito total disponible se deducirá del impuesto de primera categoría y de los impuestos finales, global complementario y adicional</p>
Carryforward	Si, hasta su agotamiento	10 años siguientes	No	Si, hasta su agotamiento

[Fuente propia, marco normativo vigente en Colombia, México, Perú y Chile]

Nótese la inexistencia de un consenso sobre la estructura ideal del CI, cada legislación establece ciertas particularidades en razón a su contexto. La comparación permite colegir que la estructura del CI peruano es muy similar a la legislación mexicana y chilena, salvo algunas diferencias relacionadas al control (Perú exige sobre las acciones con derecho a voto, en cambio, México y Chile sobre el capital social), periodo de tenencia de las participaciones (en Perú 12 meses, en México 6 meses y en Chile no es exigible) y residencia de la sociedad de segundo nivel (en México exige residencia en un país con acuerdo de intercambio de información, en Chile que sea residente en el mismo país de la sociedad de primer nivel, y en Perú la combinación de ambos criterios).

La comparación también permite colegir que Colombia sería el país más amigable con el contribuyente que invierte capitales en el extranjero, dado que no exige un porcentaje de participación sobre las sociedades subsidiarias, no exige un periodo de tenencia mínima (sólo restringe su aplicación a las acciones de portafolio) y concede un carryforward hasta agotar el impuesto extranjero (igual que México y Chile).

A prima facie, reestructurar el diseño del CI peruano similar al CI colombiano podría traer grandes ventajas para ambos sujetos de la relación jurídica tributaria; para los contribuyentes, porque sin importar si tienen o no una participación sustancial en el extranjero, podrían descontar el impuesto a la renta pagado por su subsidiaria (proporcional a sus dividendos) desde el inicio de sus actividades, pues es justamente en este tiempo que el contribuyente esperaría un tratamiento tributario igualitario y de estímulo ante el riesgo que resulta.

Adicionalmente, conceder un carryforward sin límite, resultaría conveniente frente a situaciones donde el pago del impuesto en el extranjero no coincide con el ejercicio en el que reconoció los dividendos. Por otro lado, para el Estado peruano, el beneficio devendría en el mediano plazo en razón al incremento en la recaudación por el mayor índice en la repatriación de dividendos o distribución de utilidades de fuente extranjera.

2.6 Límites al ejercicio de la potestad tributaria en el Perú

En la actualidad es inconcebible la existencia de un poder tributario sin ninguna clase de restricción, en el orden nacional el poder tributario resulta limitado por la Constitución y la Ley siendo ellas las que le otorgan carácter jurídico y legitimación (Gamba en Lara et al, 2010, p. 354).

Por otro lado, en el orden internacional, el poder tributario se encuentra sujeto a establecer normas internas que garanticen el bienestar común de las naciones y la libre circulación de bienes y servicios. Es por ello que el poder tributario se sujeta a dos tipos de límites, jurídico y político, cada uno con naturaleza y particularidades distintos, que convienen ser armonizados a fin de prevalecer en el ordenamiento nacional.

2.6.1 Limite Jurídico: Principios Tributarios Constitucionales

El actual Estado Constitucional de Derecho considera a la Constitución como una norma jurídica vinculante para los poderes públicos y la ciudadanía sin excepción. Entonces, no habría razón para eximir de esta regla a la potestad tributaria, de hecho, su ejercicio al amparo constitucional consagra una garantía para los contribuyentes, en tanto no es contraria a la norma suprema ni es absolutamente discrecional o arbitraria.

En la sentencia N° 2689-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional justifica los límites constitucionales y legales del poder tributario en el principio de supremacía constitucional y el principio de fuerza normativa del artículo 51, remarcando a partir de tales principios el sometimiento de todos los poderes por debajo de ella; de ahí que se señala que la Constitución es *lex superior* tal como lo ha señalado en Sentencias anteriores (Expedientes 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005-PI/TC, 007-2005-PI/TC, 009-2005-PI/TC, 0042-2004-AI/TC).

Por otro lado, el máximo intérprete de la Constitución en la STC N° 0048-2004-PI/TC referida al proceso de inconstitucionalidad de la regalía minera, estableció que el sometimiento pleno a la Constitución no solo se aplica a las normas tributarias sino a cualquiera que implique una intervención en la economía, por lo que toda medida se debe establecer respetando los derechos fundamentales de las personas o, en caso de afectarlas superen los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Por lo expuesto, cuando el Estado – Gobierno Central, Regional o Local - ejerce acciones vinculadas a la creación o regulación y aplicación del sistema tributario, debe actuar plenamente vinculado a los derechos fundamentales y principios tributarios recogidos en el artículo 74 del texto constitucional por ser su fuente (Gamba, en Lara et al, 2010, p. 352; Valdés, 1996, p. 55).

El artículo 74 de la Constitución Política vigente, establece: “Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo (...) El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener efecto confiscatorio”.

Además de los principios expresamente establecidos en la Constitución, el Tribunal Constitucional en senda jurisprudencia ha determinado la sujeción del poder tributario a los denominados principios implícitos: capacidad contributiva, progresividad y el deber de contribuir derivado del principio de solidaridad.

Ahora bien, los principios tienen carácter jurídico indeterminado por lo que no se puede establecer una regla general para su entendimiento, contrariamente van tomando caracterización cuando se les enfrentan a casos particulares (Sotelo, 2007, p. 2), de esa forma el TC a través de precedentes jurisprudenciales ha desarrollado diversos alcances, los que para efectos del trabajo nos centraremos en entender los principios de igualdad tributaria, no confiscatoriedad y deber de contribuir.

2.6.1.1 Principio de igualdad tributaria

Las primeras invocaciones sobre la comprensión a la igualdad fueron en el contexto del constitucionalismo liberal, donde nace el entendimiento de la igualdad en sentido formal, pues allí se propició la actuación estatal destinada a la tutela de derechos individuales considerados como anteriores al Estado e invocables por cualquier persona sin excepción por cuanto se les aplica idénticas normas y son defendidas ante los mismos tribunales (Espinoza en libro homenaje a Luis Hernández, 2009, p. 403).

Pero este entendimiento de igualdad era muy limitado en el desarrollo de la sociedad, pues pronto las decisiones estatales se establecerían con marcadas

diferencias políticas, económicas, y sociales sin justificación razonable. Lo que dio origen a un nuevo concepto de la igualdad en sentido material, que es la de generar un escenario donde todas las personas tengan en principio las mismas oportunidades para el desarrollo de su vida.

En el derecho comparado también se incluyen el reconocimiento de otros tres conceptos: igualdad en la aplicación de la ley; igualdad ante la ley (a todos y todas se deben aplicar las mismas normas); y la prohibición de discriminación que se origina en igualdad material aceptando tratamientos diferenciados denominadas acciones afirmativas o medidas de discriminación positiva las cuales son aceptadas solo bajo cánones de justificación razonable.

Ahora, para determinar cuando estamos ante un trato diferente sin justificación razonable o no, en el derecho comparado se ha desarrollado dos fórmulas: la técnica norteamericana de los escrutinios y el test de igualdad del Tribunal de Derechos Humanos³¹ aplicado por diversos países, entre ellos el nuestro.

En el Perú, el derecho a la igualdad se encuentra en el artículo 2 de la Constitución que dispone “Toda persona tiene derecho a (...) 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”.

Este derecho fundamental no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino a ser tratado de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación.

Mención aparte merece el alcance asumido por el Tribunal Constitucional respecto al artículo 103 de la Constitución mediante el cual se dispone que “pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas”.

Para dicho organismo la expresión cosa “se encuentra vinculado a un instituto jurídico, relación jurídica, institución jurídica o simplemente un derecho, un principio, un

³¹ Sobre pasa el contexto de este trabajo establecer el desarrollo de estas dos fórmulas, no obstante, recomendamos las reflexiones al respecto del jurista Eloy Espinoza Saldaña en libro homenaje a Luis Hernández, edición 2009.

valor o un bien con relevancia jurídica”, por ello atendiendo a la naturaleza de las cosas se permitirían leyes especiales, pero no por diferenciación arbitraria, criterio jurisprudencial de la sentencia N° 0001/003-2003-AI/TC.

Ahora bien, constitucionalmente el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. “La igualdad ante la ley propugna que las normas deben ser aplicables de la misma manera para todos lo que se encuentran en la situación descrita en el supuesto de la norma y la igualdad en la ley, implica que un mismo órgano u organismo no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en contextos similares, de modificarlas debe hacerlo con justificación razonable” (STC N° 0048-2004-AI/TC).

En la sentencia N° 0009-2007-PI/TC también ha señalado que la igualdad es un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos, en la medida que entiende que no toda desigualdad constituye una discriminación, pues no se proscribire todo tipo de diferencia sino solo aquella que carezca de una justificación objetiva y razonable.

A partir de ello identifica dos categorías jurídico-constitucionales, diferenciación y discriminación. La diferenciación está constitucionalmente admitida, se estará frente a este supuesto cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables, de lo contrario el supuesto se convalida en discriminatoria siendo inválido constitucionalmente.

Por otro lado, el TC también ha señalado que el Estado puede otorgar trato diferenciado de un determinado grupo social, otorgándoles ventajas, incentivos o, tratamientos más favorables, conocido como “discriminación positiva o acción positiva”, cuya finalidad es compensar jurídicamente a grupos marginados económica, social o culturalmente para que puedan superar tal inferioridad.

Ahora bien, el entendimiento del principio de igualdad tributaria en la doctrina comporta que “a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas” (Patón, 2012, p.43; Amatucci, 2001, p. 232) o inversamente un trato diferenciado para las situaciones económicas diferentes. Ello garantiza el establecimiento de medidas desiguales los que son validados cuando se funden en causas de necesidad, idoneidad y proporcionalidad (Landa, 2006, p.44).

La posición del Tribunal Constitucional no ha sido muy alejada a la doctrina, en la sentencia N° 4014-2005-AA/TC, entiende al principio de igualdad tributaria desde el plano horizontal y vertical. Horizontal en la medida que a igual manifestación de riqueza se generalice la obligación de pago y, vertical, en el sentido que la obligación sea proporcional a la capacidad contributiva del obligado.

También ha referido que el principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables.” (STC N° 00009-2007-PI/TC),

Por otro lado, el TC también ha tenido oportunidad de precisar que la potestad tributaria del Estado. “se encuentra directamente conectada con el derecho de igualdad en materia tributaria o, lo que es lo mismo, con el principio de capacidad contributiva (criticamos esta último enlace, en vista que cada uno tiene un entendimiento diferente) según el cual el reparto de los tributos ha de realizarse de forma tal que se trate igual a los iguales y desigual a los desiguales, por lo que las cargas tributarias han de recaer, en principio, donde exista riqueza que pueda ser gravada, lo que evidentemente implica que se tenga en consideración la capacidad personal o patrimonial de los contribuyentes” (STC N° 2727-2002-AA/TC).

Así, para el TC el principio de capacidad contributiva se debe entender supeditada al principio de igualdad tributaria, siendo la actuación conjunta de ambos principios los que legitiman los tratamientos iguales basados en la capacidad contributiva, así como los tratamientos discriminatorios, pero no arbitrarios.

Ahora bien, a fin de determinar si nos encontramos ante un trato discriminatorio, injustificado, caprichoso o; ante un trato diferenciado con base en justificaciones objetivas y razonables, la doctrina constitucional ha desarrollado el test de igualdad como guía metodológica con los siguientes lineamientos:

A. Pasos para verificar si una diferenciación es discriminatoria o válida constitucionalmente

Paso 1: Verificación de la diferenciación normativa, es decir identificar si el supuesto de hecho acusado de discriminación es igual o diferente del supuesto

de hecho que sirve de término de comparación y, si a prima facie aparece como contraria a la prohibición de discriminación.

Paso 2: Determinación de la intensidad de la intervención en la igualdad de acuerdo a escalas. Será grave, cuando la discriminación se sustenta en motivos proscritos por el artículo 2.2 de la Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y, además tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho fundamental; Media, cuando la discriminación se sustenta en motivos proscritos por la propia Constitución, artículo 2.2. y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango legal o el de un interés legítimo y; Leve, cuando la discriminación se sustenta en motivos distintos a los proscritos por la propia Constitución y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo.

Paso 3: Verificación de un fin constitucional en la diferenciación. La existencia de un tratamiento diferente ha de perseguir siempre un fin constitucional. Si la medida legislativa de trato diferente no contiene un fin constitucional, entonces tal medida resulta inconstitucional. Si contiene un fin constitucional, entonces corresponde dar el siguiente paso.

Paso 4: Examen de idoneidad. Evalúa si la medida legislativa es idónea para conseguir el fin pretendido por el Legislador, por el contrario, si no observa ninguna relación la medida resultará inconstitucional

Paso 5: Examen de necesidad. Se trata de una evaluación medio - medio que involucra dos aspectos, primero, la detección de si hay medios hipotéticos en relación al objetivo del trato diferenciado, segundo, si tales medios no intervienen la prohibición de discriminación o si interviniendo reviste menor intensidad.

Paso 6: Examen de proporcionalidad en sentido estricto, también denominado ponderación, el cual consiste en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en la igualdad. Por ello la ponderación en casos de igualdad supone una colisión entre el principio y el fin constitucional del tratamiento diferenciado, en ese sentido si

mayor es el grado de afectación al principio de igualdad, tanto mayor ha de ser el grado de optimización o realización del fin constitucional.

Finalmente, conviene resaltar que la aplicación de estos pasos debe realizarse de forma progresiva, así si la intervención en la igualdad no es idónea será una medida inconstitucional, en cambio sí es idónea corresponderá pasar al examen de necesidad, si aún en este caso la intervención supera el examen de necesidad, se procederá con el examen de proporcionalidad en sentido estricto.

2.6.1.2 Principio de no confiscatoriedad

Antes de entrar a los aspectos conceptuales de este principio, debemos precisar que su breve desarrollo en el trabajo atiende solo porque el Tribunal Constitucional en la sentencia N° 033-2004-AI/TC ha extendido su relación directa con el principio de igualdad tributaria o lo que es igual con la capacidad contributiva (reiteramos en criticar este último enlace, en vista que cada uno tiene un entendimiento diferente), por lo que ha señalado que el reparto de los tributos ha de realizarse de forma tal que se trate igual a los iguales y desigual a los desiguales y, las cargas tributarias han de recaer en principio donde exista riqueza que pueda ser gravada, es decir, donde exista capacidad personal o patrimonial de los contribuyentes.

Ahora bien, sobre el entendimiento de este principio, es preciso señalar que el TC la sentencia N° 0041-2004-AI/TC sobre proceso de inconstitucionalidad de arbitrios de la Municipalidad Distrital de Surco, ha señalado 2 criterios para su evaluación: “cuantitativo, cuando afecta de forma irrazonable la esfera patrimonial de las personas y, cualitativo, cuando se produzca una sustracción ilegítima de la propiedad por vulneración de otros principios tributarios, sin que en estos casos interese el monto de lo sustraído, pudiendo ser incluso perfectamente soportable por el contribuyente”.

Por otro lado, en la sentencia N° 00053-2004-PI/TC sobre la regulación de arbitrios determinó que “(...) de exigir el pago sin respetar otros principios tributarios se entra al campo de la confiscatoriedad cualitativa pues si la municipalidad no ha puesto a disposición del vecino la prestación de un servicio se vulnera la reserva de ley al cobrarse en base a una circunstancia generadora inexistente”.

Así, si bien en principio arguyó que la no confiscatoriedad debe ser analizado y observado en cada caso debido a su concepto jurídico indeterminado; bajo esta línea

jurisprudencial ha reconocido la posibilidad de realizar la evaluación abstracta y de modo general cada vez que un tributo excede el límite que puede justificarse como razonable al derecho subjetivo a la propiedad.

2.6.1.3 El deber de contribuir

En la doctrina, Escribano refiere en relación al deber de contribuir como una “manifestación al principio de solidaridad que subyace en los valores fundamentales de la Constitución, deber que resulta apremiante y que justifica la derivación de exigencias incluso a titulares no relacionados con el hecho imponible” (Citado en Patón, 2012, p. 50).

En el Perú los antecedentes narran que el deber de contribuir sólo estuvo presente en 4 Constituciones no encontrándose explícitamente señalado en la Constitución Política de 1993. La historia muestra que este principio surgió en el Estado Social de Derecho, luego estuvo presente bajo el Principio de Solidaridad, y posteriormente como deber de contribuir derivado del Principio de Solidaridad bajo el Estado Constitucional de Derecho.

En efecto en el Estado Constitucional el TC vincula al deber de contribuir a los artículos 43 y 44 de la Constitución y lo deriva del Principio de Solidaridad, así el principio ya no se entiende exclusivamente como el deber de pagar tributos, sino que asume deberes de colaboración con la Administración, los cuales se convierten en verdaderas obligaciones jurídicas (STC N° 6626-2006-PA/TC).

La jurisprudencia del TC ha relacionado este principio con la permisión que se ponderen las acciones del Estado de contenido recaudatorio y de lucha contra el fraude de ley y la evasión fiscal, de cara contra otros bienes valiosos como son los derechos humanos.

En ese sentido, para Duran “el deber de pagar tributos cumpliendo obligaciones formales y prestaciones accesorias, y el deber de colaboración con el Estado coadyuvando al proceso de recaudación tributaria, brindando información y facilitando la fiscalización comprende en si el actual entendimiento de este principio” (Durán, 2006, p. 80).

De esta manera, la cobertura del deber de contribuir alcanza de un lado al pago de tributos y de otro al cumplimiento de obligaciones establecidas por Ley, dando como resultado abarcar toda clase de exigencia formal adicional a la prestación material de la realización del hecho imponible (Traverso, 2013, p. 322).

Por otro lado, en el expediente N° 2302-2003-AA/TC ha señalado que “la tributación y el derecho de propiedad se debe basar en la razonabilidad y proporcionalidad para no generar una exacción indebida (...) así las afectaciones que tengan por fin contribuir al gasto público no serán irrazonables, lo cual también debe hacerse observando la capacidad contributiva de cada persona”.

Por lo expuesto el TC ha ligado al deber de contribuir con la capacidad contributiva, al considerar que la afectación a la propiedad será razonable cuanto se tenga como objeto contribuir al gasto público, lo que debe hacerse observando la capacidad contributiva de cada sujeto pasivo (Durán, 2006, p. 82).

2.6.2. Límites políticos y económicos

Por otro lado, en el orden internacional, la concurrencia de varios poderes tributarios hace que se imponga límites a la voluntad unilateral de un poder estatal, es decir, restringe que el establecimiento de normas tributarias responda exclusivamente a un ordenamiento interno, ello con la consigna de lograr el desarrollo económico de los países unidos o el denominado “bien común internacional” (De pomar, 1992, p. 73).

Estos límites pueden originarse en circunstancias de tipo subjetivo u objetivo. Son de carácter subjetivo cuando las limitaciones obedecen a la cualidad del sujeto pasivo, así por ejemplo, se tienen a las inmunidades tributarias de los diplomáticos, que responden a fundamentos de cortesía internacional; en cambio serán de tipo objetivo, si se relacionan con el hecho imponible del tributo, por ejemplo, las exoneraciones a bienes de mero tránsito en un país, las limitaciones aduaneras, el acceso al mercado internacional con un precio competitivo, y las restricciones a países desarrollados para evitar la doble imposición (De pomar, 1992, pp. 75-76).

Así, los límites son acogidos por países importadores como exportadores de capital, por ello en los importadores generalmente se deja de gravar y se concede

beneficios a capitales extranjeras a fin de fomentar el ingreso de nuevas tecnologías y capitales para alcanzar su desarrollo, por otro lado, en los países exportadores resulta un sacrificio respecto al nivel de recaudación interna, justificable con la responsabilidad solidaria de fomentar el crecimiento y bienestar común.



III. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

En el Perú el legislador optó por regular los criterios de vinculación, subjetivo y objetivo, a fin de gravar hechos económicos que comporten un nexo mínimo con el territorio nacional y permita a su vez incrementar la recaudación fiscal del Estado para el cumplimiento de fines constitucionales.

Por ello la Ley del Impuesto a la Renta LIR, el artículo 6° dispone que los contribuyentes domiciliados están afectos por la totalidad de su renta global (RFE mas RFP), por otro lado, de acuerdo al artículo 7° son contribuyentes domiciliados las personas naturales de nacionalidad peruana y las personas jurídicas constituidas en el país.

Cabe resaltar que en la legislación tributaria no existe definición de renta de fuente extranjera ni que supuestos se admiten para su determinación, ello tiene lógica debido a que es imposible regular todos y cada uno de los hechos imposables que se regularían en la Ley.

Sobre el particular, la Sunat en el informe N° 120-2019-SUNAT/7T0000 señala que a fin de determinar si un ingreso económico obtenido por un sujeto domiciliado proveniente de fuente extranjera, se encuentra gravado o no con el impuesto a la renta, en principio, se debe analizar si dicho concepto califica como renta gravable al amparo de lo dispuesto en el artículo 1° de la LIR (es decir, analizar si el ingreso comporta alguna de las teorías de renta: producto, flujo de riqueza o consumo más incremento patrimonial).

Sobre las rentas de fuente extranjera, el artículo 51 de la LIR sólo establece que dichas rentas se sumarán y compensarán entre sí y, solo si de dicha operación resultara una renta neta, se sumará a la renta neta de trabajo³² o a la renta neta empresarial³³ de

³² Se denomina renta neta de trabajo a la suma de las rentas netas de cuarta y de quinta categoría, las primeras derivan del trabajo independiente, y las segundas de una relación de dependencia u otras independientes señaladas por ley (D.S. 179-2004-EF, art. 22 - 49).

³³ Se denomina renta neta empresarial a la renta neta de tercera categoría, es decir, rentas derivadas del comercio, industria y otras consideradas por la ley (D.S. 179-2004-EF, arts. 22 - 49).

fuentes peruanas, según corresponda, determinadas conforme a los artículos 49 y 50 de la misma norma, constituyendo dicha suma la base imponible sobre la cual se calculará el impuesto del ejercicio.

Agrega, en ningún caso se computará la pérdida neta total de fuente extranjera, la misma que no es compensable para determinar el impuesto. Por su parte, el artículo 51-A establece que se determinará deduciendo de la renta bruta los gastos necesarios para producir y mantener su fuente³⁴ (D.S. 179-2004-EF).

Ahora bien, los dividendos de fuente extranjera generalmente están sometidos a doble o múltiple imposición, y para aliviar sus efectos la LIR sólo concedía a los contribuyentes aplicar el método de crédito directo deduciendo de la renta nacional el impuesto a la renta pagado en el extranjero con motivo de su distribución, previo cumplimiento de ciertos requisitos y límites establecidos en el artículo 88, inciso e) de la LIR³⁵ y artículo 52, inciso d) del RLIR³⁶.

Sin embargo, este método no era suficiente para afrontar el problema de DIE a los dividendos distribuidos por subsidiarias o filiales extranjeras, ello dado que las subsidiarias previo a la distribución de dividendos primero pagan el impuesto a renta empresarial sobre la totalidad de las rentas generadas (primer momento) y sobre el remanente se distribuyen dividendos que también estarán afectos a una nueva imposición (segundo momento).

Este escenario generaba un tratamiento tributario discriminatorio frente a quienes reciben rentas de sucursales extranjeras (que tienen condición extensiva de domiciliada de su matriz peruana,) ello porque las empresas peruanas que invierten a

³⁴ Los documentos que acrediten dichos gastos deben ser equivalentes a los comprobantes de pago regulados en el Perú, se aceptarán otros documentos siempre que acrediten la fehaciencia del gasto en el exterior (DS 122-94-EF, art. 29-B).

³⁵ A saber, señala que el impuesto del exterior será acreditable siempre que no exceda el 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 (D.S. 179-2004-EF, art. 88, inc. e))

³⁶ Informa que por tasa media se entenderá el porcentaje que resulte de relacionar el impuesto determinado con la renta neta de tercera categoría más la renta neta de fuente extranjera, o la renta neta de trabajo más la renta neta de fuente extranjera, según corresponda, conforme lo establecido en el artículo 29-A y sin realizar las deducciones que señala el artículo 46, agrega que de existir pérdidas no se restará de la renta neta (D.S. 122-94-EF, art. 52, inc. d)).

través de sucursales si pueden aliviar la DIE a las rentas distribuidas de sus sucursales del exterior, pues logran deducir de la renta nacional el impuesto a la renta empresarial pagado por su sucursal.

En cambio, las subsidiarias o filiales carecen de la condición extensiva de domiciliada siendo consideradas como personas jurídicas independientes de sus accionistas, por lo que resulta imposible deducir mediante el CD el impuesto a la renta empresarial pagada por la subsidiaria en el extranjero en proporción a sus dividendos.

En el contexto internacional se ha verificado que ante la imposibilidad de aliviar la DIE para los dividendos, muchos sujetos de impuestos configuraron actos elusivos a fin de erosionar la base tributaria y/o evitar el cumplimiento de obligaciones sustanciales - formales con los territorios que les alcanzaban algún criterio de vinculación impositiva.

El Decreto Legislativo 1424, publicado el 12 de setiembre de 2018 y vigente desde el 01 de enero de 2019, pretende corregir el escenario anterior, por ello, incorporó el método de CI en el literal f) del artículo 88 de la LIR para aliviar la DIE a los dividendos o utilidades distribuidas por subsidiarias del exterior, en adelante dividendos.

Ello obviamente porque los sujetos domiciliados tributan bajo el régimen de fuente mundial, y siendo lógico que bajo el ordenamiento de un país fuente (donde se encuentra la sociedad subsidiaria del exterior que reparte dividendos al contribuyente peruano) también pretenda gravar la generación de rentas de las personas jurídicas en su territorio y la distribución de dividendos a sujetos no domiciliado (generalmente mediante retención) este método cobra trascendental importancia.

De igual forma, es relevante dicho método frente a casos donde el país fuente no cobre tributos por la distribución de dividendos, pues de nada serviría el CD concedido por el legislador peruano.

Ahora bien, la regulación del CI no señala que debemos entender por dividendos o utilidades distribuidas, por lo que surgen dudas de si ¿Corresponde aplicar los

conceptos descritos en el artículo 24-A de la LIR³⁷ que regula RFP? o si ¿Se debe aceptar conceptos amplios de acuerdo a la definición del país fuente?

Otra observación, es la falta de definición del impuesto a la renta pagado por la sociedad no domiciliada en el exterior por la realización de un negocio o empresa, surgiendo dudas si ¿Podría de alguna manera, tomar prestados el criterio contenido en el artículo 58³⁸ del RLIR? ¿O necesariamente tendría que aprobarse una modificación reglamentaria a estos efectos?

Al respecto, el Decreto sólo regula que los siguientes conceptos no califican como impuesto pagado en el exterior: “i) Cuando se graven rentas por dividendos que deriven de sujetos contribuyentes de un país en aplicación del régimen de transparencia fiscal internacional, o sean residentes de países no cooperantes o de baja o nula imposición, o respecto de rentas que se encuentren sujetos a un régimen fiscal preferencial, ii) Cuando el impuesto no tiene carácter definitivo, es voluntario, esté sujeto a devolución, reembolso o reintegro, o esté prescrito y, iii) Cuando su aplicación en el país fuente dependa de ser admitido como crédito contra el impuesto a la renta en el

³⁷ “El artículo 24-A informa ocho supuestos de dividendos y cualquier otra forma de distribución de utilidades de fuente peruana, los cuales sólo mencionaremos de forma general: a) Las utilidades que las personas jurídicas a que se refiere el Artículo 14° de la Ley distribuyan entre sus socios, asociados, titulares, o personas que las integran. b) La distribución del mayor valor atribuido por revaluación de activos. c) La reducción de capital. d) La diferencia entre el valor nominal de los títulos representativos del capital más las primas suplementarias, si las hubiere y los importes que perciban los socios o personas que la integran. e) Las participaciones de utilidades que provengan de partes del fundador, acciones del trabajo y otros títulos. f) Todo crédito hasta el límite de las utilidades y reservas de libre disposición. g) Toda suma o entrega en especie que resulte renta gravable de la tercera categoría, en tanto signifique una disposición indirecta de dicha renta no susceptible de posterior control tributario, incluyendo las sumas cargadas a gastos e ingresos no declarados. h) El importe de la remuneración del titular de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, accionista, participantes y en general del socio o asociado de personas jurídicas, así como de su cónyuge, concubino y familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, en la parte que exceda al valor de mercado”. Reiteramos, la descripción supra no es el texto completo del artículo 24 – A, para mayor información se debe consultar el D.S. 179-2004-EF, que regula la LIR peruana.

³⁸ Artículo 58° del RLIR. - (...) Los impuestos pagados en el extranjero, cualquiera fuese su denominación, deben reunir las características propias de la imposición a la renta.

Perú o en el país a donde distribuya los dividendos o utilidades” (D.S. 179-2004-EF, art. 88).

Ahora bien, a fin de ilustrar la relevancia del CI plantearemos el siguiente caso de fuente propia donde verificaremos dos escenarios, el primero, refleja la determinación del impuesto a la renta aplicando solo el CD y, el segundo informará la determinación del impuesto aplicando tanto el CD como el CI, así se constatará que este último resulta más ventajoso para los contribuyentes, en tanto representa una reducción de la carga tributaria global, y para el Estado, a consecuencia de mayor recaudación por los dividendos de fuente extranjera.

Proponemos una sociedad peruana PERÚ Co. Que tiene acciones de 10% en una subsidiaria del extranjero ESPAÑA Co., de la cual percibe dividendos ascendentes a S/. 130.000 nuevos soles en un ejercicio x, que se determina de la siguiente forma:

ESCENARIO 1: Únicamente aplicando el Crédito Directo

España Co.	
Renta neta nacional	5'000,000.00
Impuesto por RE (35%)	1'750,000.00
Utilidad disponible	3'250,000.00
Dividendo neto distribuido a PERÚ Co. - D	325,000.00
Impuesto por distribución de dividendos (10%) - ID	32,500.00

Perú Co.	
Renta neta nacional	2'000,000.00
Renta neta extranjera	325,000.00
Renta neta global	2'325,000.00
Crédito Directo	
Impuesto a la RNG: (29.5%)	685,875.00
Tasa media (RNG*29.5/RNG)100	29.5%
Máximo impuesto acreditable	95,875.00
Impuesto acreditable - IA	32,500.00
Impuesto efectivo a pagar ((RNG*29.5%) – IA)	653,375.00

Como se puede observar, aplicando únicamente el CD si bien fue posible acreditar la totalidad del impuesto en el exterior por la distribución de dividendos, verificamos que la reducción del impuesto efectivo a pagar es ínfima y la DII sigue siendo elevada. Bajo el mismo ejemplo, veamos a continuación en el segundo caso como el CI alivia en mayor medida la DII.

ESCENARIO 2: Aplicando Crédito Directo y Crédito Indirecto

España Co.	
Renta neta nacional	5'000,000.00
Impuesto por RE (35%)	1'750,000.00
Impuesto RE proporcional a los dividendos (10%)	175,000.00
Utilidad disponible	3'250,000.00
Dividendo neto distribuido a PERÚ Co. – D	325,000.00
Impuesto por distribución de dividendos (10%) - ID	32,500.00

Perú Co.	
Renta neta nacional	2'000,000.00
Renta neta extranjera	325,000.00
Impuesto RE proporcional a los dividendos (10%)	175,000.00
Renta neta global + IREP	2'500,000.00
Crédito Directo	
Impuesto a la RNG: $(RNN+RNE) * 29.5\%$	685,875.00
Tasa media: $(RNG * 29.5 / RNG) 100$	29.5%
Máximo impuesto acreditable	95,875.00
Impuesto acreditable - IA	32,500.00
Impuesto efectivo a pagar: $(IRNG-IA)$	653,375.00
Crédito Indirecto	
Tasa media: $((RNG+IREP) 29.5\% / RNG+IREP) 100$	29.5
Descuento del menor entre:	147,500.00
i) IREP+ID = 207,500	
ii) $TM(D+ IREP) = 147,500$	
Impuesto efectivo a pagar $(RNG+IREP) * 29.5\% - (CD+CI)$	557,500.00

SÍNTESIS

ÍTEM	SIN CI	CON CI
Total Impuesto efectivo	653,375.00	557,500.00
Total Diferencia	95,875.00	

Como podemos verificar, la aplicación del CI permite que el impuesto efectivo a pagar disminuya considerablemente, de forma que el total del flujo de dividendos que recibirá el accionista incrementó en S/. 95, 875.00 nuevos soles, reducción de una carga tributaria equivalente al 15% logrando aliviar en mayor medida la DII, resultado favorable para el inversionista debido al incremento de su patrimonio y la competitividad empresarial.

Ahora bien, según la exposición de motivos del D.L. 1424 el CI aparte de tener la finalidad de aliviar la DIE, coadyuvará a fomentar el crecimiento de las inversiones peruanas en el exterior, incentivar la repatriación de dividendos o utilidades distribuidas de origen extranjero, e igualar el tratamiento tributario a las inversiones a través de las sucursales en el exterior.

No obstante, verificamos que los requisitos del CI, sobre el porcentaje de participación y la restricción de su aplicación a personas naturales, crearía escenarios discriminatorios entre: i) personas jurídicas que perciben dividendos distribuidos de subsidiarias del exterior frente a personas naturales que también perciben dividendos de subsidiarias del exterior y; ii) personas jurídicas con participaciones sustanciales en subsidiarias de primer y segundo nivel, frente a personas jurídicas que no alcanzan a tal porcentaje en subsidiarias de primer y segundo nivel.

Entonces con el establecimiento del requisito a todas luces se puede colegir que no se estaría aliviando la DIE de todos los contribuyentes que invierten en el exterior a través de subsidiarias, así se verifica la exclusión de personas naturales y la exclusión de personas jurídicas sin participación sustancial en la regulación del CI.

3.1 Exclusión de personas naturales en la regulación del CI

El CI incorporado como medida unilateral en nuestra legislación mediante el Decreto Legislativo 1424, denota únicos beneficiarios a las personas jurídicas con

participaciones representativas o sustanciales³⁹, excluyendo a las personas naturales de la aplicación de dicho método, situación contraria en el caso del CD cuya aplicación es permitida a los contribuyentes en general.

Esta limitación carece de justificación en el D.L. 1424 y en la exposición de motivos, por lo que cobra gran relevancia justificar si ¿Cuáles serían las razones económicas, o constitucionales para excluir a las personas naturales del beneficio del CI? y si ¿Con el CI se vulnera el principio de igualdad tributaria en detrimento de las personas naturales?

Estas interrogantes denotan gran importancia dado que el CI al estar directamente relacionado con la determinación del tributo, también lo está con la función constitucional del mismo, el cual según el TC permite el financiamiento del gasto público con ocasión de brindar servicios básicos y se vincula a valores superiores de justicia y solidaridad promoviendo bienestar general de los ciudadanos en general.

Recordemos que “la igualdad es un derecho fundamental (CPP, 1993, art. 2) y también un principio que rige las actuaciones del Estado, por ello la intervención del Estado con tratamientos desiguales sólo serán justificadas siempre que se fundamente en causas de necesidad, idoneidad y proporcionalidad, lo contrario implica un trato discriminatorio proscrito constitucionalmente” (Landa, 2006, p.44).

3.2 Exclusión de personas jurídicas con participaciones o acciones menores a 10% en subsidiarias del exterior en la regulación del CI

El CI peruano es un beneficio establecido solo para personas jurídicas domiciliada en el país (empresas peruanas) que durante un plazo no menor a 12 meses antes de la acreditación, tengan participación directa no menor o igual a 10% del total de las acciones con derecho a voto de la sociedad subsidiaria de primer nivel, y participación indirecta no menores o iguales a 10% del total de las acciones con derecho

³⁹ Por fines de simplificación, nombraremos participaciones representativas o sustanciales, para referirnos al requisito del CI sobre tener una participación directa no menor al 10% de las acciones con derecho a voto de la sociedad no domiciliada de primer nivel, y tener una participación indirecta no menor al 10% de las acciones con derecho a voto de la sociedad no domiciliada de segundo nivel (D. S. 179-2004-MEF, art. 88, inc. f)).

a voto de la sociedad no domiciliada de segundo nivel (debiendo esta última ser residente o domiciliada en el mismo país de la subsidiaria de primer nivel o ser residente o domiciliada en un país que haya celebrado con el Perú un acuerdo de intercambio de información⁴⁰); de forma tal, se ha excluido a las personas jurídicas que tengan participaciones inferiores directa o indirectamente a 10% del total de las acciones con derecho a voto en las sociedades subsidiarias de primer y segundo nivel, según corresponda.

La exposición de motivos, señala que el límite se ha establecido tomando como referencia el porcentaje estipulado en los CDIs suscritos por el Perú (10% de control directo e indirecto). Frente a este contexto y, no existiendo mayor justificación jurídica, razonable, ni económica, nos cuestionamos ¿Cuáles son los criterios constitucionales y económicos que pueden amparar la limitación del CI a las personas jurídicas sin participación sustancial? Y si ¿El porcentaje de participaciones vulnera el principio constitucional de igualdad tributaria por discriminar a sociedades cuyas participaciones directas e indirectas en filiales sean inferiores a 10%?

Conviene recordar que las empresas tengan participaciones sustanciales o no se encuentran en la misma situación jurídica, pues ambas son contribuyentes domiciliadas que tributan por su renta de fuente mundial, y tienen derecho a acreditar mediante el CD, el impuesto a los dividendos pagados por ellos mismos en el país fuente, es decir pueden aliviar la DIJ.

Otro escenario que al parecer no ha sido valorado por el legislador al momento establecer el porcentaje de participaciones en el CI es, por ejemplo, porque un contribuyente persona jurídica que tenga 8% de participación (directa o indirecta) con derecho a voto sobre subsidiarias del extranjero, que le genere renta por dividendos ascendente a la suma de 1'000.000.00 de soles; no pueda acreditar el impuesto a la renta corporativo proporcional al dividendo recibido que pagó la sociedad subsidiaria, mediante la aplicación del CI; y, porque otra persona jurídica que tenga participaciones

⁴⁰ Algunos países permiten que el cálculo del CI incluya niveles más bajos, por ejemplo, Argentina, Japón y Noruega permiten un descuento extranjero indirecto de hasta dos niveles corporativos, España otorga un descuento indirecto de hasta tres niveles subsidiarios, mientras que Estados Unidos otorga hasta 6 niveles. Australia, Irlanda, Isla Mauricio, Sudáfrica y Reino Unido permiten el descuento del impuesto en todas las compañías de niveles inferiores siempre y cuando el patrimonio mínimo o derechos a voto se mantengan en cada nivel.

(directas o indirectas) equivalente a 15% en sociedades subsidiarias, que le genere rentas por dividendos ascendente a 500.000.00 soles, si estaría habilitado para aplicar el CI, ¿Se estaría vulnerando el principio de capacidad contributiva?.

Los problemas planteados traen a colación otras interrogantes: ¿Por qué el legislador reguló el porcentaje de 10% y por qué no pudo haber establecido 5%, 8% o 15%, o no exigir participación alguna? Y si ¿Existe medida más eficiente para aliviar la doble imposición económica a los dividendos en el Perú?.

En buena cuenta el CI adopta esta estructura gracias al momento que surge pues en la actualidad varios países unilateralmente están implementando mecanismos para evitar la DII, bajo la influencia de CDI suscritos y recomendaciones de la OCDE.

En este punto, conviene resaltar que las disposiciones de los CDIs atienden principalmente a los beneficios de los países del primer mundo, dado que el modelo de convenio OCDE sobre el cual se fundan los CDIs adoptó recomendaciones principalmente estudiando dichos contextos, sin embargo, el CI como medida unilateral debiera responder en principio al contexto nacional bajo evaluaciones eficientes y finalidades distintas a las establecidas en los CDIs.

Es decir, la regulación debiera estar de acuerdo con los objetivos que se pretendan alcanzar en nuestro país como fomentar inversiones mediante capitales en el exterior, generar mayor economía a partir de la repatriación de rentas extranjeras, fomentar la inversión nacional con las utilidades extranjeras, y equiparar el tratamiento tributario con las inversiones mediante sucursales.

Por otro lado, la legislación comparada muestra por ejemplo que Argentina, otorga descuentos por impuestos pagados en el exterior, siempre que la empresa residente tenga una participación mínima de 25% de acciones en la subsidiaria de primer nivel, y una participación no menor a 15% de acciones indirectas sobre la sociedad subsidiaria de segundo nivel.

Noruega, establece como requisitos que la compañía residente tenga una participación mínima de 10% de acciones con derecho a voto de la sociedad extranjera de primer nivel, y un criterio igual para las subsidiarias de segundo nivel.

En Reino Unido, para beneficiarse del CI, el accionista debe tener participaciones no inferiores a 10% de control en cada nivel de las subsidiarias, en cambio, las personas naturales y compañías con participaciones inferiores a 10% en la sociedad del exterior, solo tienen derecho a un descuento directo por el impuesto retenido.

En Singapur, el CI será aplicado para empresas que perciban dividendos pagados por una subsidiaria extranjera de la cual tenga participación en más de 25% de acciones, el crédito no se extiende a más niveles. En Sudáfrica, se otorgará exención cuando la participación en el capital exceda el 25% en la subsidiaria; si la participación es entre 10 y 25%, el accionista puede elegir si usa o no el CI, esta medida también se otorga en niveles inferiores sólo si tienen participaciones no menores a 50% de accionariado en cada nivel (Rohatgi, 2008, pp. 504-517).

Como se puede verificar, el porcentaje requerido en el CI sobre el control de las subsidiarias extranjeras resulta variado, por cuanto se descarta que la participación directa o indirecta de 10% del total de las acciones en sociedades extranjeras responden a un criterio uniforme a nivel internacional.

El análisis al diseño del CI en una realidad más cercana como Colombia, México, y Chile, también determina la inexistencia de un consenso sobre la estructura ideal, cada legislación establece ciertas particularidades como verificamos en el cuadro resumen de la legislación comparada a postre del acápite anterior.

Dicha comparación permite colegir que Colombia se consagra como el país más beneficioso para el contribuyente que invierte capitales extranjeros y cuyo retorno es en dividendos, pues no exige un porcentaje de participación sobre las sociedades subsidiarias, no exige un periodo de tenencia mínimo (solo restringe su aplicación a las acciones de portafolio) y concede un carryforward hasta agotar el impuesto extranjero.

Otro aspecto no menos relevante, es el objetivo del Perú por ingresar a la OCDE para el 2021, lo que denota asumir compromisos y alinearse a los estándares de la Organización en temas relacionados al sistema tributaria, laboral, programas sociales, derechos de las mujeres, ambiental y de recursos naturales.

El Informe Brechas Latentes: índice de avance contra la desigualdad en el Perú 2017-2018, desarrollado por el economista Armando Mendoza reveló que “el Perú está largamente por debajo de los estándares de la OCDE, el estudio advierte que el país cuenta con un sistema tributario injusto e insuficiente, cuyas desigualdades se incrementan porque se recauda tarde, mal o nunca, significando estar por debajo de los niveles aceptables para financiar un sistema público que cubra educación, salud e infraestructura" (Diario Gestión, 26/02/2019).

Por los fundamentos expuestos, en principio, el legislador peruano al momento de implementar medidas tributarias debe garantizar un sistema tributario justo y garantizar el respeto a los principios constitucionales⁴¹, de lo contrario cualquier medida tributaria resultaría irrazonable y desproporcional debiendo eliminar su vigencia del sistema nacional.

A continuación, pasamos al análisis de las interrogantes planteadas, en ese sentido, el trabajo de investigación se centra en analizar desde el principio de igualdad tributaria si el CI (con la exclusión de personas naturales) y el requisito porcentual que crea 2 escenarios es una medida válida constitucionalmente y no afecta irrazonablemente los derechos de otros contribuyentes que también perciben dividendos de sociedad subsidiarias del exterior. Para tal efecto recurriremos al análisis del test de proporcionalidad en el juicio de igualdad con los lineamientos establecidos en jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

⁴¹ Sin perjuicio de los demás principios constitucionales tributarios reconocidos en la Constitución Política del Perú, no obstante, solo nombramos igualdad y capacidad contributiva por ser ejes para la evaluación del CI en el presente trabajo de investigación.

IV. TEST DE PROPORCIONALIDAD AL REQUISITO PORCENTUAL DE ACCIONES O PARTICIPACIONES EN EL EXTERIOR REGULADO EN EL CRÉDITO INDIRECTO

En los capítulos anteriores hemos determinado que el problema de doble imposición internacional, sea de tipo jurídico y económico genera ineficiencias y, que el Estado peruano regula unilateralmente desde el 2004 el crédito directo para paliar la DIJ y, a partir de 2019 el crédito indirecto para aliviar la DIE.

También señalamos que el CI es aplicable siempre que la empresa peruana cumpla con el requisito de tener un porcentaje mínimo de participaciones en las subsidiarias del exterior, lo cual en principio generaría un trato discriminatorio en contra de personas naturales y demás personas jurídicas que acrediten tal requisito, hecho que devela una posible contradicción al principio de igualdad tributaria, correspondiendo realizar un examen de igualdad a fin de verificar que tal requisito porcentual del CI no constituye una medida discriminatoria en el ordenamiento nacional.

El Tribunal Constitucional en la sentencia N° 00045-2004-PI/TC estableció que, si la intervención del Estado es producto de una medida razonable y adecuada a los fines de la política que se persiguen, sin transgredir otros derechos constitucionales o, de ocurrir referida afección se realice bajo cánones de proporcionalidad, se considera legítima y acorde al principio de igualdad tributaria.

De otro lado, con motivo de la sentencia N° 6626-2006-PA/TC sobre el régimen de percepción a la importación de bienes usados y nuevos el TC ha establecido que la evaluación de si una medida contraviene, o no, el principio de igualdad tributaria se evalúa a través del examen de proporcionalidad.

Sobre el examen de proporcionalidad en el juicio de igualdad, corresponde desarrollar los lineamientos descritos en el acápite 2.6.1.1: Verificación de la diferenciación normativa, Determinación de la intensidad de la intervención en la igualdad de acuerdo a escalas, Verificación de un fin constitucional en la diferenciación, Examen de idoneidad, Examen de necesidad y Examen de proporcionalidad en sentido estricto.

4.1 Verificación de la diferenciación normativa

4.1.1 Persona natural y Persona jurídica con participación sustancial

El Tribunal Constitucional en la sentencia N° 2727-2002-AA/TC ha establecido que el derecho de igualdad en materia tributaria debe entenderse como aquel donde el reparto de los tributos ha de realizarse de forma tal que se trate igual a los iguales y desigual a los desiguales.

En términos de comparación las persona natural y personas jurídicas (con participación sustancial), no son iguales, toda vez que no solo pertenecen a categorías diferentes para el impuesto a la renta, es decir aplican diferentes reglas en la determinación del impuesto a la renta (segunda y tercera categoría respectivamente) sino también, por que las tasas de impuesto para cada una son muy disimiles las personas naturales tributan con alícuotas progresiva (8%,14%, 17%, 20%, 30%) en cambio, las personas jurídicas tributan con una alícuota fija (29.5%).

Por tanto, podemos afirmar que no estamos ante situaciones similares respecto del cual podemos determinar un trato discriminatorio, pues no constituye un supuesto de hecho del cual pueda exigirse consecuencias jurídicas iguales, en consecuencia, no existe vulneración al principio de igualdad tributaria.

4.1.2 Persona Jurídica con participación sustancial y Persona Jurídica sin participación sustancial

Mención diferente merece el término de comparación entre, de un lado, personas jurídicas que tiene participación directa no menor o igual a 10% del total de las acciones con derecho a voto en la sociedad subsidiaria de primer nivel, y participación indirecta no menor o igual a 10% del total de las acciones con derecho a voto de la sociedad no domiciliada de segundo nivel (personas jurídicas con participación sustancial) y, de otro, personas jurídicas que no tenga participaciones sustanciales.

En efecto, tal disposición establece que cuando la persona jurídica tenga participación sustancial en el exterior puede aplicar el método de crédito indirecto para aliviar la doble imposición económica a los dividendos percibidos de subsidiarias de la cual es accionista, por consiguiente, quien no tenga participación sustancial no podrá aplicar el método de CI.

Estamos frente a supuestos distintos ya que se ha producido una diferenciación entre personas jurídicas con participación sustancial y personas jurídicas sin participación sustancial, ahora ¿cuál es la consecuencia del trato diferenciado? El efecto de ello es que las primeras verán disminuidas la carga tributaria global y dispondrán de un porcentaje adicional de ahorro con motivo de la repatriación de dividendos.

Si miramos el ejemplo planteado en el acápite correspondiente al planteamiento del problema, podemos verificar que la persona que aplica el CI reduce su materia imponible equivalente a 15%. Ahora como resultado de este aventajamiento dicho grupo de personas pueden incrementar su competitividad empresarial en menor tiempo, mientras que el grupo de personas sin participación sustancial no podrán disminuir la DIE a los dividendos de fuente extranjera en consecuencia, la carga tributaria global no se reduce ni obtiene un porcentaje de ahorro por la repatriación de capitales.

Lo que a prima facie empieza siendo solo un requisito, termina siendo una condición que podría dejar en situación de discriminación a las personas jurídicas sin participación sustancial. En consecuencia, al haberse verificado la aplicación de una norma diferenciadora para dos situaciones de hecho distintas, corresponde determinar si dicho trato se justifica proporcionalmente.

4.2 Determinación de la intensidad de la intervención en la igualdad

De acuerdo a los parámetros expuestos, el grado de intervención legislativa debe ser calificado como leve, al sustentarse en motivos distintos a los expresamente proscritos por la Constitución, y tiene como resultado el impedimento del goce de un interés legítimo, sobre acreditar contra el impuesto a la renta el impuesto empresarial proporcional a los dividendos pagado en el exterior por la subsidiaria, y lograr disminuir la carga tributaria global o, lo que es lo mismo, aliviar la doble imposición económica a los dividendos.

4.3 Verificación de un fin constitucional en la diferenciación

En este acápite corresponde demostrar si los objetivos planteados por el legislador tiene un finalidad constitucional, como señalamos precedentemente de acuerdo al D.L. 1424 el CI fue incorporado en la legislación peruana con la finalidad de atenuar la DIE a los dividendos distribuidos por sociedades subsidiarias del exterior, de otro lado, la exposición de motivos sostiene que adicionalmente la medida coadyuvara a lograr los siguiente objetivos: i) crecimiento de inversiones peruanas en el exterior, ii) equiparar el tratamiento tributario a las inversiones a través de las sucursales, y iii) incentivar la repatriación de capitales.

En relación a los beneficios del CI no cabe duda que se ampara en razones justificables que forma parte de la política fiscal en el Estado Social y Democrático de derecho, relacionado a aliviar la doble imposición económica.

Sin embargo, frente al porcentaje de participación se ha establecido únicamente que se realizó tomando como referencia el dispuesto en los Convenios para evitar la Doble Imposición suscritos por Perú, no existiendo mayor justificación objetiva y razonable que la justifique constitucional o económicamente.

Al respecto, debemos precisar que en general “los Convenios se celebran para establecer la base jurisdiccional de imposición, la que recae principalmente en dos principios: el primero, vinculado con la fuente de la renta y, el segundo, relacionado con la residencia del contribuyente generador de renta” (Villagra, 2008, p.25).

Comúnmente en los CDI se establece una tributación compartida que fija tasas límites de gravamen en fuente para las principales rentas pasivas, estas reglas fiscales de alguna forma fomentan la circulación de bienes y servicios internacionales.

En ese sentido, en principio el CI como medida unilateral no debiera diseñarse íntegramente igual a un CDI tal como establece la exposición de motivos, pues en principio la potestad tributaria del legislador debe garantizar el respeto a los principios tributarios constitucionales, entre ellos al principio de igualdad tributaria.

Como señalamos anteriormente el TC ha declarado que el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, si no solo las que resulten

injustificadas por no estar fundadas en criterios objetivos y proporcionales con los fines planteados, no obstante, del D.L. 1424 y la exposición de motivos no se verifica justificación válida para el establecimiento de tal requisito porcentual.

El legislador no ha fundado que criterios jurídicos y económicos valoró para establecer dicho límite, ni ha señalado fuentes o información estadísticas a fin de demostrar el efecto en la tributación a consecuencia del trato diferenciado.

Cabe precisar que, el principio de igualdad tributaria también se entiende desde el plano horizontal y vertical. Horizontal en la medida que a igual manifestación de riqueza se generalice la obligación de pago y, vertical, en el sentido que la obligación sea proporcional a la capacidad contributiva del obligado.

Al respecto, el porcentaje de participaciones no es necesariamente un indicativo objetivo sobre la capacidad contributiva de un contribuyente, si bien puede contar con un porcentaje sustancial de participaciones en una subsidiaria ello no implica que precisamente represente una parte sustancial de sus activos en general.

En ese sentido, ha fallado la Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia, mediante sentencia C-913/11 de fecha 06 de diciembre de 2011. Para la Corte dado que el legislador no supo sustentar los motivos fiscales, ni económicos ni razonables para establecer el requisito de participación mínima de 15% (control directo e indirecto) sobre subsidiarias del extranjero se vulneró los principios constitucionales de igualdad y proporcionalidad, pues dicho límite no respondía al propósito de impedir la doble tributación internacional, e inobservaba la capacidad económica de los contribuyentes.

De otro lado, el Tribunal Constitucional Español en las sentencias 76/199, 193/2004, determinó que cuando el legislador no justifica objetiva y razonablemente las diferencias de trato en la exposición de motivos o cuando la justificación descrita es insuficiente para ejercer un juicio de proporcionalidad de la medida, se vulnera el principio de igualdad tributaria, (Toledo, 2018, pp. 262-265).

Si bien determinamos que el D.L.1424 y su exposición de motivos no justifican razonablemente el porcentaje de acciones, por cuanto correspondería declarar su inconstitucionalidad, para fines del trabajo expondremos razones que el legislador pudo

considerar para establecer dicho límite, y luego evaluaremos si la medida supera el examen de proporcionalidad en el juicio de igualdad.

Previamente, se debe tener en cuenta que existen dos grupos de normas sobre la renta que usan el concepto de dividendos en el derecho interno:

Por un lado, se encuentran los dividendos pagados de un sujeto residente a otro residente o no y; por otro, están los dividendos pagados por una sociedad no residente a un sujeto residente. El primer caso se refiere a beneficios distribuidos que son objeto de imposición en ese mismo Estado en base a una Ley Sobre Sociedades, mientras que el segundo se refiere a una distribución de beneficios de una sociedad residente en otro Estado, del cual se desconoce el sistema tributario, pero se grava por constituir un enriquecimiento de un sujeto obligado a contribuir. En la medida de que el Estado de residencia del sujeto, no regula las características tributarias de los dividendos recibidos de sociedades extranjeras ni los beneficios, las asimetrías y faltas de neutralidad pueden surgir (Castro, 2014, p. 7).

Es por ello que la adopción de medidas para aliviar la DIJ y la DIE a los dividendos cobran gran relevancia en el contexto actual, sin embargo, muchas legislaciones como la nuestra no establecen expresamente disposiciones de prohibición o alivio de métodos, los cuales generalmente han sido establecidos mediante normas infra constitucionales.

Ahora bien, el porcentaje de participaciones en el CI ha sido materia de estudio en la doctrina especializada. Para ellos establecer un límite en la cuantía de participaciones en la filial de una empresa no domiciliada se justifica principalmente en las siguientes razones:

- Evitar que los contribuyentes con capitales representativos en el exterior evadan tributos o repatrien capitales a través de mecanismos de obstrucción del correcto cumplimiento de obligaciones formales y sustanciales de la relación jurídica tributaria.
- Un control representativo en la sociedad subsidiaria le permitirá al contribuyente requerir información necesaria para declarar y acreditar el impuesto de tercera categoría subyacente a los dividendos.

- La complejidad administrativa del crédito indirecto, pues de un lado, las empresas subsidiarias deben comunicar a quienes distribuyen dividendos, así como las rentas subyacentes al mismo y, de otro la Administración Tributaria verificará dicha información observando las normas tributarias de un país extranjero.
- Las dificultades administrativas se aminoran si el perceptor del dividendo tiene una participación sustancial en la entidad pagadora, dado que su control en la sociedad le permitirá requerir información necesaria para declarar y acreditar el impuesto.
- La complejidad administrativa se incrementa para beneficiarios persona jurídica sin participación sustancial y persona física, pues implica mayor costo en el proceso de información.
- El costo de control y fiscalización de la Administración Tributaria para dividendos sustanciales se justifica con el resultado de una tributación ajustada a Ley.

Consideramos que lo expuesto, justifica el porcentaje de participaciones fijado en el CI peruano, correspondiendo ahora determinar si con dicho porcentaje en el CI se persigue un fin constitucionalmente legítimo.

A saber, el porcentaje de participación sustancial ha sido normado con la finalidad de evitar el elemento erosionador sobre incumplimientos tributarios de empresas peruanas con participaciones sustanciales en subsidiarias del exterior, ello debido a que gran sector prefiere no repatriar capitales a fin de evitar el pago excesivo de renta o de repatriarlos pueden realizarlos a través de mecanismos que impidan el correcto cumplimiento de obligaciones formales y sustanciales de la relación jurídica tributaria, de otro lado, el porcentaje resulta trascendental debido al elevado costo que asume la Administración Tributaria en la fiscalización a dichas operaciones, pues se espera que la Sunat como resultado de la fiscalización obtenga por lo menos un reparo proporcional al costo de fiscalización.

Lo expuesto encaja con los fines del artículo 23 de la Constitución que declara que "(...) el Estado promueve condiciones para el progreso social y económico (...)"; asimismo, que "(...) son deberes primordiales del Estado (...) promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación" (artículo 44º); y, finalmente que "(...) el Estado orienta el desarrollo del país".

De una interpretación sistemática de las disposiciones constitucionales mencionadas, puede concluirse que entre las finalidades esenciales del Estado social y democrático de Derecho esta promover el bienestar general del país, y que su legitimidad radica en alcanzar el progreso social y económico de la Nación.

Promover el bienestar general es justamente conseguir efectos positivos en la economía nacional y en la recaudación tributaria, pues esta última se verá incrementada en mediano plazo con la repatriación de rentas como consecuencia del crecimiento y trato amigable a las inversiones peruanas en el extranjero y, por que se pretende combatir la informalidad y la evasión tributaria en la intensidad que cada caso amerite.

4.4 Análisis de Idoneidad al porcentaje de participaciones

El porcentaje de participaciones sustanciales es idóneo para alcanzar el bienestar integral del país, porque como señalamos infra pretende evitar el grado de incumplimientos tributarios de empresas peruanas con participaciones sustanciales y, además, se protege la recaudación tributaria pues la deducción del CI genera una pérdida en la recaudación por la parte que se usa como crédito.

De igual forma, el porcentaje de participaciones no presenta inconsistencia con la finalidad de aliviar la doble imposición económica a los dividendos. Contrario sensu al ser el crédito indirecto un sistema complejo de administrar y comprobar (pues las subsidiarias deben comunicar a quienes distribuyen dividendos, así como las rentas subyacentes al mismo, y la Administración Tributaria verificar dicha información), el límite resultaría razonable en proporción al costo que asumiría la Administración Tributaria por la fiscalización a dichas rentas⁴² (Albi, 2007, p. 14).

⁴² Para que el crédito funcione con eficacia, el accionista debe conocer el Impuesto a la sociedad subyacente a la renta que percibe para imputarlo y acreditarlo en su declaración, conocer dicha información en su mayoría será viable para accionistas con participaciones sustanciales que tenga algún grado de control, y cuyos dividendos son distribuidos con cargo al ejercicio. Si los dividendos derivan de reservas que pueden corresponder a muchos años anteriores, o pueden haber tenido cambios en el impuesto a pagar, o estar sin determinar debido a procedimientos administrativos o judiciales, o si se extiende al gravamen de plusvalía en cuanto a los beneficios no distribuidos por la sociedad; es obvio que la situación se complicaría resultando ineficiente el mismo CI (Albi, 2007, p. 17).

Esto último también permite justificar por qué el CI peruano se habría restringido sólo a dos niveles corporativos y, exige para el segundo nivel que la subsidiaria se encuentre en el mismo país de la subsidiaria de primer nivel o en un territorio con el cual el Perú suscribió un convenio de intercambio de información.

Por lo expuesto, es coherente que a nivel internacional también se haya establecido porcentaje de participaciones sustanciales en personas jurídicas y no conceden el CI para las personas naturales. En conclusión, el porcentaje de acciones si es idónea para lograr la finalidad pretendida por el legislador.

4.5 Análisis de necesidad al porcentaje de participaciones

Para que una injerencia en los derechos humanos sea necesaria, debemos verificar que no exista ningún otro medio alternativo que revista por lo menos la misma idoneidad con el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado.

Al respecto, muchas jurisdicciones están optando por migrar del método de crédito al de exención para dividendos extranjeros (con o sin límites), pues el primero irroga mayores costos de fiscalización y acreditación frente a la exención, por tal motivo verificaremos si este es más idóneo para lograr los objetivos alegados por el legislador bajo nuestro contexto.

4.5.1 Método de exención como opción al método de crédito

Siguiendo el análisis del profesor Albi, a continuación, describimos las ventajas y desventajas de aplicar el método de exención a operaciones internacionales. Así refiere:

Para la administración tributaria la pérdida de la recaudación por aplicar este método nos es grave, veamos, si la carga tributaria en el país de la fuente es superior al país de residencia, la pérdida sería nula debido al tipo de sistema. Contrariamente, si la carga del país fuente es inferior al de residencia, la recaudación extra no sería significativa, pues las sociedades podrían preferir no repartir dividendos. Con la exención, los dividendos del extranjero serían fácilmente repatriados perdiendo fuerza la opción de no repatriarlos, así mismo, las Administraciones Tributarias ahorrarían costos que incurrirían en la correcta determinación y aplicación del crédito (2007, p. 21).

El gran beneficio comporta eliminar la doble imposición jurídica y reducir en gran parte la doble imposición económica, en algunos países es restringida a ciertos rendimientos (de participación sustancial similar al crédito) y en otros se aplica a la

generalidad de rentas. Si bien este sistema permite eliminar en gran parte la DII, a fin de lograr su eficiencia solo funcionaria frente a una comunidad de Estados que implementen la misma medida.

Bajo el contexto actual peruano, el método de exención no generaría mayores beneficios que el crédito, pues este último implica disminuir la recaudación tributaria el cual sumado al nivel de incumplimiento tributario e informalidad resultaría perjudicial para lograr el bienestar general de la Nación.

Así mismo, debemos recordar que mediante el porcentaje de participaciones del CI se busca descontar un impuesto que no se ha determinado de acuerdo a las disposiciones de la LIR peruana, ni ha ingresado efectivamente a las arcas del Estado, contrariamente la determinación se realiza en base a reconstrucciones de la renta neta total de la subsidiaria, beneficiando solo a los contribuyentes.

No obstante, si la finalidad de la norma es evitar la DIE, lo correcto es que se busque una medida que permita aliviar en mayor medida la doble imposición económica de mayor grupo de contribuyentes, tomando en consideración los otros objetivos del legislador.

En atención a ello, consideramos que el porcentaje de participaciones no supera el test de necesidad dado que nuestra consideración existe otro medio alternativo más efectivo para lograr la finalidad planteada por el legislador.

V. Propuesta de modificación al requisito porcentual de participaciones en el crédito indirecto

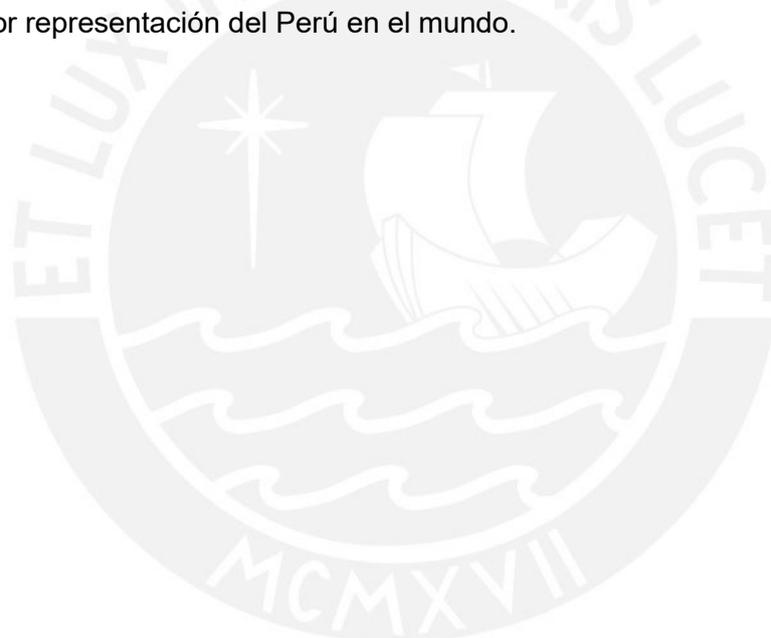
Luego de haber evaluado las ventajas y desventajas del porcentaje de participación sustancial en el exterior y colegir que con la medida se logra aliviar la doble imposición económica de los dividendos, pero en menor escala. Consideramos que la aplicación del CI debe tener mayor alcance garantizando un mayor grado de neutralidad.

Por tal motivo consideramos que establecer un umbral mínimo representado en UITs que principalmente justifique el costo que asumiría la Administración Tributaria por la fiscalización de los impuestos deducibles pagados en el extranjero, sería un límite

más idóneo y necesario con los otros objetivos del CI: coadyuvar el crecimiento de inversiones peruanas en el exterior, incentivar la repatriación de capitales y, equiparar el tratamiento tributario a las inversiones a través de las sucursales.

De ese modo el CI sería aplicado en beneficio de un mayor grupo de contribuyentes personas jurídicas, constituyéndose atractivo el mecanismo de inversión de capitales en subsidiarias del exterior. Nótese que el Estado también se beneficiaría a consecuencia de mayores ingresos fiscales por la repatriación de dividendos por tratar de forma amigable las inversiones de un mayor grupo de contribuyentes.

Asimismo, con la estructura propuesta del CI las inversiones en el extranjero cuyo retorno es mediante dividendos sería más atractivo para las empresas peruanas, pues fomenta su competitividad en los mercados nacionales o extranjeros, llevando consigo mayor representación del Perú en el mundo.



VI. CONCLUSIONES

- La exclusión de las personas naturales en la regulación del crédito indirecto se encuentra justificada en la complejidad administrativa y los altos costos que irrogaría de un lado la labor de fiscalización para la Administración Tributaria y, de otro la obtención de la información vinculada al impuesto a renta empresarial de las sociedades subyacentes por parte de los contribuyentes.
- La exclusión de personas naturales en el crédito indirecto no vulnera el principio de igualdad tributaria de referidas personas, en vista que en términos de comparación con la persona jurídica no se encuentra en una situación de la cual se puede alegar estar ante estado similar respecto del cual se determine un trato discriminatorio, pues cada una tiene un tratamiento tributario distinto, y porque su exclusión se justifica en la complejidad administrativa del CI para la aplicación por parte de estos sujetos.
- El establecimiento del porcentaje de participaciones sustanciales en el CI no tiene justificación objetiva, legal o económica, establecida en el Decreto Legislativo 1424 ni en la exposición de motivos, por lo cual vulnera el principio de igualdad tributaria al configurar un tratamiento discriminatorio.
- El requisito porcentual de participaciones sustanciales en el exterior para personas jurídicas domiciliadas solo permite lograr los objetivos trazados por el legislador en menor escala, no obstante, a fin de garantizar un sistema tributario que responda en mayor grado a la neutralidad en la exportación de capitales, es idóneo recomendar se fije un nuevo umbral que justifique el gasto que asumiría el Estado en la fiscalización de dichas operaciones, de forma que el método del crédito indirecto sea aplicable en favor de un sector más representativo de empresas peruanas, hecho que traduce beneficios en la economía nacional y en la recaudación tributaria de mediano plazo a consecuencia del incremento de inversiones en el exterior y la repatriación de las mismas.
- Adicionalmente, conceder un carryforward sin límite resultaría conveniente para el contribuyente frente a diferimientos temporales entre el pago del impuesto en el extranjero y el reconocimiento de los dividendos. Por otro lado, para el Estado el beneficio devendría en mediano plazo por el incremento en la recaudación a

consecuencia del mayor índice en la repatriación de dividendos o distribución de utilidades extranjeras.



VII. CITAS BIBLIOGRÁFICAS

7.1 Fuentes Bibliográficas

Albi, E. (2007). Sistemas de tributación de accionistas. Recuperado de <https://www.economistas.es/contenido/REAF/gestor/01-ALBI.pdf>

Barbosa, J. (2009). El crédito tributario por impuesto pagado en el exterior. Un análisis desde la perspectiva del derecho comparado de una medida unilateral para evitar la doble tributación. *Revista maestría en derecho económico*, 5 (5), 291-343.

Bastidas, M. (2017). Acreditamiento del impuesto sobre la renta pagada en el extranjero, recuperado de http://imcp.org.mx/wp-content/uploads/2017/07/Fiscoactualidades_julio_n%C3%BAm_49.pdf

Cabrera, O. (2018). El descuento colombiano por impuestos pagados en el exterior: Análisis teóricos y prácticos. *Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributarios*, 78, 259-306.

Calderón, J. (2006). La incidencia de la globalización en la configuración del ordenamiento tributario del siglo XXI, recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2236238>

Castro, J. (2014). El concepto de Dividendo en los convenios de doble imposición, tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, recuperado de <file:///E:/2019%20-%20I/Tesis%20doctoral%20UC3%20dividendos%20en%20OCDE.pdf>

Cofone, I. (2011). La economía de la doble imposición tributaria, *Dikaion*, 20 (2), 347-362, recuperado de <http://ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/login?url=http://search.ebscohost.com/login>

[.aspx?direct=true&db=edsdoj&AN=edsdoj.2e211753badc40c195d98fd4044dbd
cf&lang=es&site=eds-live&scope=site](http://www.gerens.cl/gerens/ModeloConvenioTributario.pdf)

Comentarios al Modelo de Convenio O.C.D.E. (2010), recuperado de
<http://www.gerens.cl/gerens/ModeloConvenioTributario.pdf>

Córdova, A. (2010). Imposición a la renta sobre inversiones peruanas en el exterior.
Cuadernos tributarios, 30, p. 1- 86.

Cores, R. (2009). El crédito por impuesto a renta pagado en el extranjero. Recuperado
de http://www.ifaperu.org/uploads/articles/270_04_ct29_rcf.pdf

De la garza, S. F. (2010). *Derecho financiero mexicano*. 28° ed. México: Porrúa.

De Pomar, M. (1992). Derecho tributario y doble imposición internacional. Recuperado
de http://www.ipdt.org/uploads/docs/06_Rev22_JMDPS.pdf

Duran, L. (2008). Diferencias en el tratamiento de la Noción de Establecimiento
Permanente en la Legislación Nacional y los CDI. Consecuencia en la
Tributación en el Perú por beneficios empresariales de sujetos no domiciliados.
Revista de la IFA – Grupo Peruano, Lima, 409-468.

Flores, R. (2014). El crédito tributario Indirecto en la legislación interna y en los
convenios
para evitar la doble imposición suscritos por el Perú. *Revista Derecho &
Sociedad*,
43, 461-472.

García, R. (1978). Manual de Impuesto a la renta, Centro interamericano de estudios
tributarios CIET. Organización de Estados Americanos. Buenos Aires.

García, J. (2014). Aspectos relevantes en materia de acreditamiento del ISR pagado en
el
extranjero recuperado de [https://garridolicon.com/prensa/Aspectos-claves-en-
materia-de-acreditamiento-ISR-pagado-extranjero-puntos-finis-E.pdf](https://garridolicon.com/prensa/Aspectos-claves-en-materia-de-acreditamiento-ISR-pagado-extranjero-puntos-finis-E.pdf)

- González, J., & Universidad del Pacífico. (2015). Temas de política económica: La experiencia peruana. Lima: Universidad del Pacífico.
- Giuliani, C. (1987). Derecho financiero. Buenos Aires: Depalma.
- Landa, C. (2006). Los principios tributarios en la constitución de 1993: una perspectiva constitucional. Lima: Palestra.
- Landa, C. (2013). *Control constitucional de los tributos con fines extrafiscales en el Perú*. Lima: THÉMIS-Revista de Derecho. Recuperado de <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=ir00566a&AN=PUCP.article.9580&lang=es&site=eds-live&scope=site>
- Lara, et al. (2010). *Libro homenaje a Luis Hernández Berenguel*. Lima: Instituto Peruano de Derecho Tributario.
- Liu Arévalo, R. & Vargas, L. (2006). El crédito por impuesto a la renta extranjero: comentario y críticas a la ley peruana. *Revista Ius et Veritas*, (33), 299-312.
- Medrano, H. (1998). Criterios de vinculación en la Ley del Impuesto a la renta, recuperado de http://www.ipdt.org/uploads/docs/01_Rev20_HMC.pdf
- Romero, J. (2017). Métodos para evitar la doble imposición en Colombia. *Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario*, 76, 373-396.
- Rinsche, T. & Vicente, H. (1970). De la doble tributación internacional. Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile.
- Rohatgi, R. (2008). *Principios básicos de tributación internacional*. Bogotá: Legis.
- Sotelo, E. (1999). Doble imposición internacional. *Revista Ius et Veritas*, (19), 144-156.
- Sotelo, E. (2005). Entrevista aspectos a tomar en cuenta sobre los convenios para evitar la

doble imposición. *Revista Vectigalia*, (1), 102-110.

Traverso, D. (2013). El acceso a la información bancaria para propósitos tributarios y su ponderación con el derecho al secreto bancario: Análisis constitucional. *Revista Ius Et Veritas*, (47), 318-331.

Toledo, P. (2018). Igualdad Tributaria: reconstrucción racional de la jurisprudencia constitucional española. *Revista de Derecho*, (31), 251-271.

Velásquez, J. (1997). Derecho tributario moderno: Introducción al sistema tributario peruano. Lima: Grijley.

Villagra, R. (2008). *Los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal: con énfasis en los convenios vigentes en el Perú*. Recuperado de <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cat02225a&AN=pucp.437337&lang=es&site=eds-live&scope=site>

7.2 Fuentes Legales

7.2.1 Fuentes legales de Perú

Constitución Política del Perú de 1993. (29 de diciembre de 1993). DO: Sistema Peruano de Información Jurídica.

Presidente de la Republica del Perú. (6 de diciembre de 2004). Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta [Decreto Supremo N° 179-2004-EF]. DO: Sistema Peruano de Información Jurídica.

Presidente de la Republica del Perú. (19 de setiembre de 1994). Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta [Decreto Supremo N° 123-1994-EF]. DO: Sistema Peruano de Información Jurídica.

Presidente de la Republica del Perú. (12 de setiembre de 2018). Decreto Legislativo 1424 [Decreto Legislativo 1424]. DO: Sistema Peruano de Información Jurídica.

Congreso de la Republica del Perú. (19 de noviembre de 1997). Ley General de Sociedades [Ley N° 26887]. DO: Sistema Peruano de Información Jurídica.

Congreso de la Republica del Perú. Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1424. [Motivos del Decreto Legislativo 1424]. Recuperado de <http://www.congreso.gob.pe/comisiones2018/ConstitucionReglamento/dlexposicionmotivos/>

Congreso de la Republica del Perú. (19 de noviembre de 1997). Ley que modifica el literal f) del artículo 88 de la Ley del Impuesto a la Renta. [Proyecto de Ley 3599/2013-CR].Recuperado de http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Informesgestion2011.nsf/InfoGestion/32B2E73D1CE46EFD05257D1C00753D2F/%24FILE/MARTHA_CHAVEZ_COSSIO.pdf

7.2.2 Fuente legal de Colombia

Presidente de la República de Colombia. (30 de marzo de 1989). Estatuto tributario Nacional. Recuperado de <https://estatuto.co/?o=0>

7.2.3 Fuentes legales de México

Congreso General de Estados Unidos Mexicanos. (30 de noviembre de 2016). Ley del Impuesto sobre la Renta. Recuperado de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LISR_301116.pdf

Congreso de los Estados Unidos Mexicanos. (04 de abril de 2009). Código Fiscal Federal. Recuperado de https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_mex_anexo6.pdf

7.2.4 Fuentes legales de Chile

Junta de Gobierno de Chile. (08 de febrero de 2016). Ley sobre el impuesto a la renta. [Decreto Ley 824]. Recuperado de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=6368>

Junta de Gobierno de Chile. (27 de diciembre de 1974). Código Tributario. [Decreto Ley 830]. Recuperado de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=6374>

7.3 Fuentes Jurisprudenciales

7.3.1 Fuentes Jurisprudenciales de Perú

Tribunal Constitucional del Perú (2007). Sentencia recaída en el Expediente N° 0009-2007-PI/TC sobre demanda de inconstitucionalidad interpuesta por Luis Miguel Sirumbal Ramos y 8.438 ciudadanos y Congresistas de la Republica del Perú, contra diversos artículos de la Ley 28925, Ley que Modifica la Ley 27692, Ley de creación de la Agencia Peruana de Cooperación Internacional – APCI, y la Ley 28875, Ley que crea el Sistema Nacional Descentralizado de Cooperación. [STC N° 0009-2007-PI/TC]. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00009-2007-AI%2000010-2007-AI.html>

Tribunal Constitucional del Perú (2003). Sentencia recaída en el Expediente N° 2727-2002-AA/TC, sobre recurso extraordinario interpuesto por la Compañía Minera Caudalosa S.A. contra la sentencia de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima. [STC N° 2727-2002-AA/TC]. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02727-2002-AA.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú (2007). Sentencia recaída en el Expediente STC N° 6626-2006-PA/TC, sobre recurso agravio constitucional interpuesto por Importadora y Exportadora A.S contra la resolución de la Sala Mixta Transitoria

de la Corte Superior de Justicia de Tacna. [STC N° 6626-2006-PA/TC]. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú (2005). Sentencia recaída en el Expediente STC N° 0048-2004-PIITC, sobre demanda de inconstitucionalidad interpuesta por José Miguel Morales Dasso, en representación de más de cinco mil ciudadanos, contra los artículos 1°, 2°, 3°, 4° Y 5° de la Ley 28258 Ley de Regalía Minera. [STC N° 0048-2004-PIITC]. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú (2006). Sentencia recaída en el Expediente N° 2689-2004-AA/TC, sobre recurso extraordinario interpuesto por Emergía S.A. contra la resolución de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Lima. [STC N° 2689-2004-AA/TC]. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú (2003). Sentencia recaída en el Expediente N° 0001/003-2003-AI/TC, sobre acciones de inconstitucionalidad interpuestas por el Colegio de Notarios del Distrito Notarial de Lima contra el segundo y el cuarto párrafo del artículo 7° y el artículo 13° de la Ley 27755, y por los Colegios Notariales de los Distritos Notariales del Callao y de Arequipa contra el segundo párrafo del artículo 7° de la Ley 27755. [STC N° 0001/003-2003-AI/TC]. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00001-2003-AI%2000003-2003-AI.html>

Tribunal Constitucional del Perú (2005). Sentencia recaída en el Expediente N° 4014-2005-AA/TC, sobre recurso de agravio constitucional interpuesto por NETTALCO S.A. contra la sentencia de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima. [STC N° 4014-2005-AA/TC]. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04014-2005-AA.html>

Tribunal Constitucional del Perú (2004). Sentencia recaída en el Expediente N° 033-2004-AI/TC, sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por los señores Roberto Nesta Brero y Augusto Javier Aida Susuki, en representación de más de 5,087 ciudadanos con firmas certificadas, contra el artículo 125° del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado por Decreto Supremo

054-99-EF, el que fuera incorporado por el Decreto Legislativo 945, y contra la Quinta Disposición Transitoria y Final de la Ley N 27804. [STC N° 033-2004-AI/TC]. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00033-2004-AI.html>

Tribunal Constitucional del Perú (2004). Sentencia recaída en el Expediente N° 0041-2004-AI/TC, sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por la Defensoría del Pueblo contra las Ordenanzas 171-MSS y 172-MSS expedidas por la Municipalidad de Santiago de Surco, las Ordenanzas 003-96-0-MSS, 006-97-0-MSS, 002-98-0-MSS y 01-0-MSS; el artículo 4° de la Ordenanza N.O 024-MSS (2000), el artículo 4° de la Ordenanza N.O 55-MSS (2001), el artículo 6° de la Ordenanza 92- MSS (2002), los artículos 7° y 8° y la Segunda Disposición Final de la Ordenanza 128- MSS (2003), así como el artículo 5° de la Ordenanza 130-MSS (2003). [STC N° 0041-2004-AI/TC]. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00041-2004-AI.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú (2005). Sentencia recaída en el Expediente N° 00053-2004-PI/TC, sobre demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Defensoría del Pueblo contra las Ordenanzas 142 y 143° (2004); 116 (2003); 100 (2002); 86 (2001); 70- 2000-MM (2000); 57-99-MM (1999); 48-98-MM (1998) y 33-97-MM(1997). [STC N° 00053-2004-PI/TC]. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00053-2004-AI.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú (2005). Sentencia recaída en el Expediente N° 2302-2003-AA/TC, sobre recurso extraordinario interpuesto por Inversiones Dream S.A. contra la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima. [STC N° 2302-2003-AA/TC]. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02302-2003-AA.pdf>

7.3.2 Fuentes Jurisprudenciales de Colombia

Corte Constitucional, Sala Plena. (2011) Sentencia recaída en el Expediente D-8572, sobre demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 254 (parcial) del Estatuto Tributario, tal como fue modificado por el literal c) del artículo 46 de la

Ley 1430 de 2010 [Sentencia C-913/11]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-913-11.htm>

7.3.4 Informes de SUNAT

Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria. (03 de setiembre de 2019). Informe N° 120-2019-SUNAT/7T0000. Recuperado de <http://www.sunat.gob.pe/legislacion/oficios/2019/informe-oficios/i120-2019-7T0000.pdf>

Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria. (03 de marzo de 2017). Informe N° 024-2017-SUNAT/5D0000. Recuperado de <http://www.sunat.gob.pe/legislacion/oficios/2017/informe-oficios/i024-2017.pdf>

Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria. (10 de febrero de 2015). Informe N° 023-2015-SUNAT/5D0000. Recuperado de <http://www.sunat.gob.pe/legislacion/oficios/2015/informe-oficios/i023-2015.pdf>

7.3.5 Informes de Dian - Colombia

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. (18 de abril de 2006) Concepto Número 31430. Recuperado de <https://www.cijuf.org.co/codian06/abril/c31430.html>