

Subtema A:

TRATAMIENTO TRIBUTARIO PARA LAS PERSONAS NATURALES DOMICILIADAS EN EL PERÚ, SOBRE LAS RENTAS DE PROPIEDAD INMOBILIARIA EN EL EXTERIOR Y EL CRÉDITO POR IMPUESTO ABONADO EN EL EXTERIOR, A PROPÓSITO DEL FIBRA PERUANO

Ponente Individual: **Álvaro Arbulú Servera**¹

I. RESUMEN EJECUTIVO

La LIR no ha previsto cómo abordar las deducciones por inversiones inmobiliarias ubicadas fuera del territorio peruano, situación que ha generado incertidumbre entre inversionistas domiciliados en el Perú respecto a inversiones en el exterior, concretamente a efectos de determinar la renta de fuente extranjera, incluso a través de vehículos de inversión colectiva, como el caso del FIBRA.

Sin perjuicio de esta situación desventajosa o de vacío normativo, existen situaciones aún peores, esto es que las inversiones que estamos realizando fuera del Perú y que se encuentran afectas a tributación en el país de la fuente, generen una doble tributación al perder el crédito por IR abonado en el exterior, en atención a criterios formales señalados en la LIR que no han sido regulados de manera razonable.

A lo largo del presente artículo nos introduciremos en la regulación de inversiones inmobiliarias en el exterior a fin de identificar una casuística real bajo un vehículo de inversión colectiva, como es el caso de los **Fideicomisos de Titulización para Inversión en Renta de Bienes Raíces - FIBRA**.² Verificaremos si la OCDE ha emitido recomendaciones para una adecuada tributación de las rentas provenientes de estos vehículos por las inversiones en los países de la fuente y si es que el Perú los ha adoptado en los CDI de los países de la Alianza del Pacífico y cuál es el tratamiento en los países miembros de la Comunidad Andina miembros de la Alianza del Pacífico.

Finalmente, abordaremos algunas consideraciones formales para la aplicación del crédito por IR abonado en el extranjero en la LIR, partiendo de aspectos generales como la metodología y elementos temporales de la renta de fuente extranjera.

II. INTRODUCCIÓN

El Perú ha regulado recientemente vehículos de inversión colectiva con beneficios tributarios. Sin embargo a la fecha no existe un gran desarrollo en cuanto un capítulo de rentas de fuente extranjera en nuestra LIR. El único artículo que regula el

¹ Abogado por la Universidad de Lima. Curso de post grado en el ITC de Leiden University. Gerente Senior de Business Tax Services, con especialización en Financial Tax Services, en EY Perú.

² Este vehículo se encuentra obligado a distribuir de forma anual el 95% de las utilidades generadas, con lo cual, año a año pueden presentarse las inconsistencias desarrolladas en el presente artículo.

tratamiento de rentas de fuente extranjera es el 51 (en cuanto a las pérdidas) y el 51-A con criterios muy generales para determinar la renta neta de fuente extranjera.

En tal virtud, consideramos de vital importancia identificar vacíos e inconsistencias respecto a las inversiones inmobiliarias en el exterior, a fin que la LIR pueda modificarse y brindar seguridad jurídica a los contribuyentes de cómo determinar la renta neta de fuente extranjera.

En cuanto al crédito por IR abonado en el exterior, basta hacer un repaso histórico para identificar lo atrasados que estamos. En efecto, fue a través del Artículo 91 del Decreto Supremo N° 287-68-HC que se dio origen al Crédito por Renta de Fuente Extranjera el Perú.³ Lamentablemente, desde aquel momento a la fecha, no ha existido una evolución relevante para la aplicación del crédito por IR abonado en el exterior.

Probablemente el Perú, en 1968, sólo haya intentado imitar a los países exportadores de capital, cuando era evidente que éste era un importador de capitales, clara diferencia a lo que sucedía con los Estados Unidos de América, quienes iniciaron la regulación del Tax Credit en 1918 con la creación del “*Corporate Tax*”,⁴ debido a que era la mejor forma de evitar que sus empresas exportadoras de capitales, se vieran perjudicadas con la Doble Imposición. Desde esa fecha a la actualidad, incluso los Estados Unidos de América (EUA) ha tenido variaciones significativas en cuanto a la aplicación de dicha medida unilateral. Sin embargo nuestra legislación poco ha variado desde los años sesenta.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE RENTAS DE FUENTE EXTRANJERA, METODOLOGÍA ESTABLECIDA POR LA LEY DEL IMPUESTO A LA RENTA Y LOS ELEMENTOS TEMPORALES PARA IMPUTARLA

Actualmente no existe en la LIR una definición respecto a las rentas de fuente extranjera (caso contrario a lo que sucede con las rentas de fuente peruana). Ello sin lugar a dudas, genera cierto desconcierto en las empresas y personas naturales domiciliadas en el Perú al momento de realizar el cálculo de las rentas de fuente mundial. No obstante, ha sido aceptado como una metodología, aplicar a contrario las reglas de fuente peruana para determinar cuándo una renta califica como fuente extranjera.

Nótese que si bien existen una serie de presunciones aplicables para determinar rentas de fuente peruana, estas no pueden ser tomadas para determinar la renta neta de fuente extranjera. A manera de ejemplo, si una persona natural es propietaria de un inmueble en Madrid, el cual no está siendo alquilado, sino que es utilizado por un familiar, no podría aplicarse la regla de renta ficta correspondiente para las rentas de primera categoría a fin de determinar una renta presunta de fuente extranjera. Ello

³ Artículo 91 del Decreto Supremo N° 287-68-HC:

“Los contribuyentes domiciliados en el país, que obtengan rentas de fuente extranjera, tendrán derecho a un crédito por el impuesto pagado en el exterior (...).”

⁴ SHAW, José Luis. “El Impuesto Progresivo a la Renta Personal y el Paradigma de la Equidad”. Comunicación Técnica - Uruguay. En: *Memorias de las XXIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*. Isla Margarita, Venezuela 2008. Tema II: Los principios Tributarios ante las Nuevas Formas de Imposición a la Renta. Instituto Venezolano de Derecho Tributario. Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario. Pág. 1319.

en tanto dichas reglas solo han sido reguladas a efectos de determinar las rentas de fuente peruana y no las rentas de fuente extranjeras.

Respecto al concepto de renta de fuente extranjera, Luis Hernández Berenguel⁵ ha señalado lo siguiente:

“La LIR no clasifica las rentas de fuente extranjera por categorías. En consecuencia, basta que un determinado ingreso o incremento patrimonial califique como renta gravada según el Capítulo I de la LIR, sin tener la calidad de renta de fuente peruana según los artículos 9 a 13 y 48 de la LIR, para que deba ser incluida (...)”

Por otro lado, resulta importante destacar que la alícuota del Impuesto a la Renta en el caso de sociedades constituidas en el Perú será aplicado sobre la suma de la renta neta de tercera categoría (fuente peruana) y la renta neta de fuente extranjera, mientras que para las personas naturales domiciliadas se aplicará sobre la renta neta del trabajo y la renta neta de fuente extranjera.

En el caso de las personas naturales domiciliadas en el Perú, para determinar la renta de neta de fuente extranjera, resultan deducibles los costos y gastos correspondientes bajo el principio de causalidad. Esto conlleva a una serie de beneficios razonables para las personas naturales domiciliadas, que no se pueden obtener en el caso concreto de las rentas provenientes de primera y segunda categoría (rentas peruanas), incluso para las rentas del trabajo que se lleven a cabo en el territorio nacional.

En cuanto al aspecto temporal, la LIR señala en el inciso c) del Artículo 57 que es el criterio del devengo⁶ el que nos indicará el momento de reconocimiento de ingresos y gastos, tratándose de rentas provenientes de la explotación de un negocio en el exterior. Esta será la situación aplicable en el caso de rentas provenientes de la actividad inmobiliaria a través de nuestros vehículos de inversión colectiva, básicamente en virtud al Artículo 14-A de la LIR.

Por su parte, en el caso de rentas provenientes de inversiones pasivas, como sería el caso de una persona natural que es titular de un portafolio de inversiones en el exterior, deberá aplicarse el criterio del percibido. Ello en tanto el inciso d) del Artículo 57 de la LIR señala que las demás rentas se imputarán al ejercicio gravable en que se perciba.

⁵ HERNÁNDEZ BERENGUEL, Luis. “Renta imputada por predios ubicados en el exterior de propiedad de personas naturales domiciliadas en el país”. En: *Advocatus*. N° 19. Lima. 2009. Pág. 239.

⁶ Actualmente la Ley del Impuesto a la Renta no contiene una definición del término “devengo”, no obstante, hemos tomado conocimiento que el Poder Ejecutivo ha solicitado facultades legislativas al Congreso de la República para legislar en materia tributaria, incluyendo una definición de “devengo” para la Ley del Impuesto a la Renta.

IV. TRATAMIENTO TRIBUTARIO DE LOS REIT PERUANOS (FIBRA), A PROPÓSITO DE RENTAS ASOCIADAS A INVERSIONES INMOBILIARIAS EN EL EXTERIOR Y LA DEPRECIACIÓN O DESGASTE, ATRIBUIDA A PERSONAS NATURALES DOMICILIADAS EN EL PERÚ

Los vehículos de inversión colectiva suelen funcionar muy bien a nivel local, sin embargo, una vez que entramos al plano internacional, es frecuente identificar ciertas limitaciones o problemas que deben ser solucionados, en aras de la seguridad jurídica.

Una regla de oro de los vehículos e inversión colectiva y que ha sido adoptada en el Perú, es que el vehículo es transparente para efectos del IR. En efecto el Artículo 14-A y 29-A de la LIR han establecido que tanto los Fondos de Inversión, empresariales o no, como los Fideicomisos Bancarios o de Titulización⁷ empresariales o no, se consideran transparentes para efectos del IR. Para tales efectos, debe distinguirse los ingresos que componen las atribuciones de rentas, las cuales conservarán el carácter de gravado, inafecto o exonerado que correspondan para la LIR.

En el caso concreto de las rentas de fuente extranjera, los vehículos de inversión colectiva en el Perú también atribuyen dichas rentas, incluso el IR abonado en el exterior conforme al inciso e) del Artículo 88 de la LIR. Es por esta razón que abordaremos en el acápite V diversos problemas formales que pueden presentarse.

Cabe destacar que a nivel global, resulta frecuente encontrar a la modalidad adoptada por el Perú para gravar las rentas que generen los vehículos de inversión colectiva. En efecto, se tiende a gravar a los partícipes y no al vehículo en sí. Estas situaciones las encontramos por ejemplo en Luxemburgo con la SICAV, un Partnership, un US Regulated Investment Company (USA RIC) o un US Real Estate Investment Trust (US REIT)⁸ en EUA. En algunos otros casos, los REIT son organizados como entidades, en otros como Fondos, pero mayormente como Trusts (caso de Australia, Canda, Hong Kong, Malaysia, Sudafrica y Taiwán).⁹

En el Perú hemos regulado en los últimos años a los vehículos de inversión colectiva que buscan equiparar a los conocidos FIBRA mexicana, US REIT u otros a nivel global. Para ello se ha dotado a la norma tributaria de ciertos beneficios tributarios que no necesariamente lo tienen todos a nivel mundial, como lo es una tasa de 5% para las personas naturales domiciliadas y no domiciliadas que inviertan a través de un Fideicomiso de Titulización o Fondo de Inversión en actividades empresariales, por

⁷ En este caso concreto, las rentas serán atribuidas a los fideicomisarios, al originador o fideicomitente o a un tercero, si así se hubiera estipulado en el acto constitutivo.

⁸ VERMEULEN, Hein. *The Tax Treatment of CIVs and REITs*. IBFD, 2013, Pág. 5. "Taxation is eliminated at the level of the CIV. One layer of tax remains at the level of the investors. Thus, the same result is achieved as is the case with individual investment. Different techniques are used to achieve this form of single taxation at the investor level. Firstly, the CIV could be exempt for corporate tax purposes. An example that may be mentioned here is the Luxemburg SICAV. Secondly, the CIV could be ignored for corporate tax purposes, i.e. be characterized as fiscally transparent, such as a common partnership. Thirdly, the CIV could be entitled to deduct dividend distributions from its taxable basis. The US regulated investment company (US RIC) and US real estate investment trust (US REIT) are allowed to do so. If such US RIC or US REIT would distribute all its profits, there would effectively not be a tax base for corporate tax purposes".

⁹ NOUEL, Luis. *The Tax Treatment of CIVs and REITs*. IBFD, 2013, Pág. 115.

arrendamientos de propiedad inmobiliaria ubicada en el Perú (rentas de fuente peruana –tercera categoría–).

El vehículo peruano de inversión colectiva en el cual nos centraremos y que hacemos referencia en el párrafo anterior es el que se encuentra regulado por la Tercera disposición complementaria transitoria de la Resolución Conasev N° 001-97-EF-94.10. Dicha norma señala que el Fideicomiso de Titulización incluirlá la denominación “Fideicomiso de Titulización para Inversión en Renta de Bienes Raíces - FIBRA” cuando:

- a) Los certificados de participación hayan sido exclusivamente colocados por oferta pública primaria; y,
- b) La finalidad del patrimonio fideicometido, sea la adquisición o construcción de bienes inmuebles que se destinen a su arrendamiento u otra forma onerosa de cesión en uso.

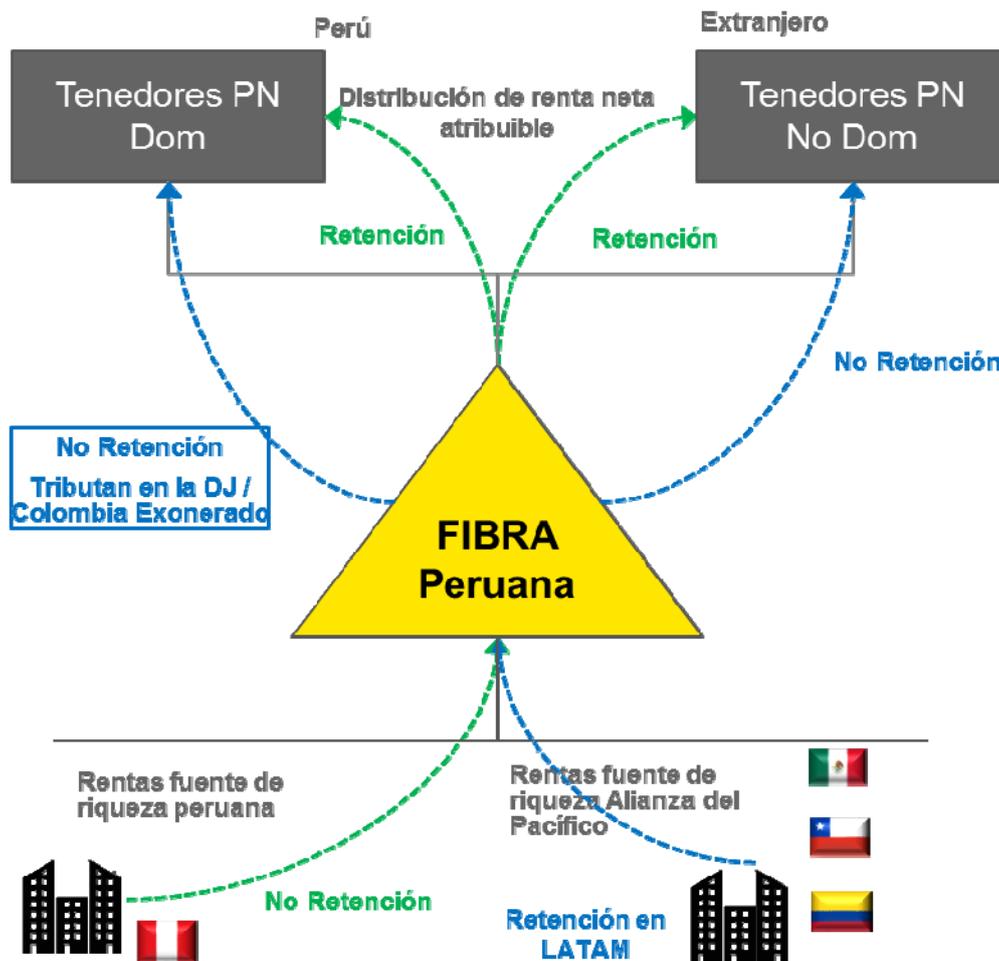
Respecto a la finalidad del fideicomiso, es importante destacar que a diferencia de lo que ocurre con otros REIT a nivel global (que normalmente solo pueden invertir en el territorio nacional), la norma peruana no ha limitado la inversión únicamente al Perú. En tal sentido, este vehículo permite invertir sin restricciones en los países miembros de la Alianza del Pacífico. Si bien la técnica legislativa podría ser mejorada, es decir, debería permitirse invertir en vehículos que inviertan únicamente en propiedad inmobiliaria y no directamente en el inmueble –como ese el caso mexicano con la FIFIBRA–, consideramos que la regulación ha sido muy positiva.

En ese sentido, a continuación describiremos algunas interrogantes que resultarán aplicables a las personas naturales domiciliadas en el Perú que inviertan de forma directa en propiedad ubicada fuera del territorio nacional, o de forma indirecta, a través de la FIBRA, así como algunos matices que podrían generarse para inversionistas personas naturales domiciliadas en el exterior que inviertan en la FIBRA.

1. ¿Cómo corresponde efectuar la determinación de la renta gravada por rentas producto (e.g. arrendamientos)? ¿La FIBRA ha buscado cubrir este vacío?

La LIR regula el tratamiento aplicable a todos los Fideicomisos de Titulización peruanos, indicando que de respetarse la condición de gravado, exonerado o inafecto. Por ende, en tanto y en cuanto el vehículo será transparente para efectos del IR, debemos verificar si la renta está gravada o no para el Perú, independientemente del país sobre el cual el patrimonio fideicometido está invirtiendo. Ello resultará relevante también si la renta es generada de forma directa, ya que tal como hemos indicado anteriormente, a efectos de determinar la renta neta de fuente extranjera, resultan deducibles los gastos necesarios para producir la renta (siendo aplicable el principio de causalidad –Artículo 51-A de la LIR–).

A continuación pasaremos a analizar los supuestos que podrían presentarse en los países que forman parte de la Alianza del Pacífico, ya sea que el inversionista sea una persona natural domiciliada en el Perú o una persona natural no domiciliada en el Perú:



a. Colombia

En caso la inversión de la propiedad inmobiliaria sea Colombia, la renta atribuida por el patrimonio fideicometido al fideicomisario (persona natural domiciliada en el Perú) o por la persona natural domiciliada en el Perú de forma directa, se encontrará exonerada.

Ello en virtud a lo establecido por la Decisión 578 de la Comunidad Andina, la cual señala que solo tributa la renta proveniente de propiedad inmobiliaria en el País Miembro donde el inmueble esté ubicado, siendo que el otro País Miembro deberá exonerarla.

En este caso concreto, somos de la opinión que tomar una depreciación por el inmueble, gastos de mantenimiento, deducción de tributos municipales u otros cargos relacionados con la administración del mismo, no resultan deducibles, en tanto y en cuanto la renta generada no estará sujeta a tributación en el Perú.

Nótese que incluso los tributos pagados en Colombia, lo cual podrá variar si la inversión se realiza a través de un portafolio de inversiones de forma directa, no podrá ser utilizada como crédito. Esto representará un menor flujo de inversiones y un costo fijo para el inversionista

b. México y Chile

Ambos países considerarán en virtud a su Ley interna a la FIBRA como un vehículo opaco, es decir, como un no residente en su país. Ello conlleva a que los pagos por arrendamiento estén sujetos a retención.

Incluso, de considerar que resulta aplicable el CDI vigente y aplicable con ambos países, las rentas provenientes de la explotación de un inmueble estarán sujetas a tributación compartida. En otras palabras, México y Chile siempre retendrán por la explotación de un inmueble en su territorio, no aplicándose tasas reducidas.

Nótese que para ambos CDI la retención y aplicación del Artículo 6 que regula las rentas provenientes de inmuebles prevalecerá sobre la cláusula de “Beneficios Empresariales”, en caso en el país de la fuente la renta califique como una explotación de un negocio.

En efecto, si bien la cláusula de “Beneficios Empresariales” solo gravará al Estado de residencia del inversionista, salvo que haya configurado un EP en el Otro Estado Contratante, se aplicará el Artículo 6. Como consecuencia de esto, la renta proveniente de la actividad empresarial se sujetará a gravamen no solo en el Estado de Residencia del inversionista, es decir, Perú, sino también en el Estado de la fuente productora, Chile o México. Ello se encuentra soportado en un fundamento básico de la tributación internacional de gravar las rentas de propiedades inmobiliarias en el país fuente, lo cual ha sido adoptado por muchos CDI, como son los casos materia de análisis.

En ese sentido, cuando el inversionista peruano de un FIBRA reciba de la Sociedad Tritulizadora, la renta activa de México o Chile, deberá tomar como crédito por IR abonado en el exterior,

Respecto a este punto debemos preguntarnos, ¿son realmente rentas activas las provenientes de un vehículo de inversión colectiva, como el caso de un REIT o FIBRA peruano? Creemos que la respuesta correcta es la negativa, no obstante, nuestro ordenamiento tributario no ha previsto normas específicas para lidiar con estos problemas internacionales y tampoco ha seguido las recomendaciones OCDE sobre el tema particular.

La OECD¹⁰ ha emitido la siguiente recomendación respecto a la tributación que debería adoptar un REIT, adaptado al caso particular del Perú, un FIBRA:

“(...) en el caso de un pequeño inversor en un FII, este no tiene ni control sobre los bienes inmuebles adquiridos por el FII ni relación con el bien. No obstante, el hecho de que el FII no pague impuestos respecto a sus rentas distribuidas, puede ser adecuado considerar que dicho inversor no ha invertido en bienes inmuebles, sino que simplemente ha invertido en una sociedad, por lo que debe ser tratado como perceptor de un dividendo de una cartera de inversiones. Al considerarlo de este modo se estaría atendiendo a la composición mixta de las inversiones del FII, que combina bienes y obligaciones. (...)”

(...) cuando el FII constituido en uno de los Estados contratantes no pueda

¹⁰ MCOODE, Comentarios al. Artículo 10. Comentario 67.3 y 67.5, Págs. 208 y 210 respectivamente.

considerarse una sociedad residente del mismo, será necesario modificar la disposición a fin de garantizar su aplicación a las distribuciones efectuadas por tal FII."

Como podemos apreciar, hubiese resultado tributariamente correcto que los CDI tuviesen alguna cláusula adaptada para estos vehículos de inversión colectiva a fin de reducir la retención en el país de la fuente y también para reducir el impacto de un inversionista no domiciliado en el Perú sobre el FIBRA,¹¹ sin embargo, a la fecha de negociación de estos CDI, el FIBRA propiamente dicho aún no estaba regulado. No obstante, algo se podría haber desarrollado con los Fideicomisos de Titulización y Fondos de Inversión en las cláusulas de los CDI suscritos con México, Suiza, República de Korea y Portugal.

En consecuencia, las inversiones inmobiliarias que podrían generarse en México y Chile estarían sujetas a tributación sobre la base de las rentas brutas. Si bien las tasas que pueden variar de 25% a 35%, podrían sujetarse a una reducción al constituir un Establecimiento Permanente que tribute sobre renta neta, en la práctica una inversión directa sin un vehículo en el país extranjero donde está ubicada la propiedad inmobiliaria, generaría un problema aplicativo a efectos de incorporar una deducción por desgaste, tal como veremos a continuación.

2. ¿Resulta procedente efectuar alguna deducción por desgaste? ¿De resultar procedente efectuar deducciones por desgaste, dicha deducción tendría alguna incidencia en la determinación de la posterior ganancia de capital en la enajenación de acciones?

Las deducciones por desgaste o depreciación han sido reguladas claramente para las rentas de tercera categoría. Incluso, no es necesario que un inmueble esté contabilizado para gozar de una tasa de depreciación anual de 5%.

Conforme al Artículo 51-A de la LIR, para determinar la renta neta de fuente extranjera, se deducirá de la renta bruta los gastos necesarios para producirla y mantener su fuente. Esta norma es la única limitación conceptual para deducir los gastos por renta de fuente extranjera.

Bajo dicho escenario debemos preguntarnos si podríamos deducir vía gasto la depreciación que sufren los inmuebles adquiridos en territorio extranjero.

Partiendo de nuestro caso de análisis, resultará razonable deducir la depreciación de los inmuebles ubicados en el territorio mexicano y chileno, mas no en el colombiano, en tanto este último no cumpliría con el principio de causalidad.

No obstante ello, pueden existir poca claridad en el mercado de fondos de inversión y patrimonios fideicometidos cómo deducir estos gastos, incluso en el caso de inmuebles ubicados en el territorio nacional. En la práctica no han realizado una adecuada conciliación entre lo contable y lo tributario, en perjuicio de los inversionistas.

La poca claridad se debe a que para fines normas financieras y elaboración de Estados Financieros Auditados, las propiedades inmobiliarias suelen ser calificadas como inversiones disponibles para la venta, lo cual genera la obligación de calcular el valor

¹¹ Para ello deberá verificarse que la FIBRA pueda calificar como persona y residente para efectos de la aplicación del CDI, cláusula que debería ser incorporada a fin de dotar de seguridad a nuestros inversionistas.

razonable de las propiedades año a año. Ello significa que no aparecerá en la contabilidad y en los Estados Financieros Auditados una depreciación o desgaste por dichas inversiones.

Sin embargo, qué duda cabe que ya sea que estemos ante la persona natural que ha invertido en forma directa en la propiedad inmobiliaria fuera del territorio nacional o que ha invertido en un Certificado de Participación de un FIBRA, estamos ante un bien explotado económicamente y que sufre un desgaste. En efecto, el Artículo 51-A no ha regulado ninguna restricción.

En tal virtud, somos de la opinión que deberá aplicarse una tasa de depreciación o desgaste. La gran pregunta es qué tasa debemos aplicar. Lamentablemente la LIR no ha establecido una tasa para los inmuebles ubicados fuera del territorio nacional. Esto podría ser materia de una reforma fiscal, a efectos de otorgar a los contribuyentes de seguridad jurídica frente a potenciales fiscalizaciones.

Bajo dicho contexto, consideramos razonable que pueda utilizarse la vida útil del inmueble a efectos de identificar una tasa de depreciación o desgaste, caso contrario, se estaría vulnerando el principio de causalidad contenido en la LIR y por ende el de capacidad contributiva.

Nótese que para efectos fiscales en el Perú, la depreciación o desgaste del inmueble sí debería de tener incidencia en la determinación posterior de la ganancia de capital en la enajenación del inmueble. Caso contrario se estaría obteniendo un doble beneficio, tanto en el gasto como en el costo del bien.

Además de la deducción por desgaste, somos la de opinión que los gastos relacionados al mantenimiento de la fuente del inmueble o la generación de rentas gravadas, deben ser deducibles para determinar la renta neta de fuente extranjera.

V. TRATAMIENTO TRIBUTARIO PARA LAS PERSONAS NATURALES DOMICILIADAS EN EL PERÚ PARA LA APLICACIÓN DEL CRÉDITO POR INVERSIONES DIRECTAS O A TRAVÉS DEL FIBRA – DEFICIENCIAS EN LOS REQUISITOS FORMALES–

La LIR permite que las personas naturales domiciliadas que inviertan directamente en inmuebles ubicados fuera del territorio nacional o que inviertan a través de un FIBRA pueden utilizar el crédito por IR abonado en el exterior. Incluso la Sociedad Titulizadora, en el caso específico del FIBRA será quien realice la atribución del crédito por los impuestos abonados en los otros países, como el caso de las retenciones señaladas en los párrafos anteriores en México y Chile.

Respecto al método que tenemos en nuestra LIR surgen muchos cuestionamientos. ¿El método que hemos adoptado el más eficiente para efectos tributarios y persigue los verdaderos intereses de un país importador de capitales como el Perú o fue más bien impuesto por una moda internacional?

En nuestra opinión, el crédito por IR abonado en el exterior ha traído muchos problemas que la norma interna no ha podido resolver y que únicamente teniendo una red amplia de CDI podríamos aminorar, mas no eliminar por completo.

Solo debemos recordar que son los EUA quienes han intentado que el método del crédito sea aplicado por todos a nivel global, siendo que actualmente han tenido un cambio de ciento ochenta grados al incorporar en la legislación un *“participation*

exemption”.

Respecto a ello, el profesor Klaus Vogel ha desarrollado mucho y consideramos que es correcto afirmar que el método más eficiente sería la exención. Incluso no hay razones económicas de peso para considerar que un método es más eficiente que otro.¹²

¹² VOGEL, KALUS. “Which Method should the European Union adopt to the Avoidance of Double Taxation?”. IBFD, Tax Treaty Monitor. January 2002. Las siguientes ideas han sido extraídas y traducidas libremente al español de las páginas 4 y 5.

Todos sabemos que existen dos métodos o formas para combatir la doble imposición: (i) considerar con exoneradas en la legislación interna a las rentas de fuente extranjera; o, (ii) otorgar un crédito por los impuestos abonados en el exterior. El primer convenio para evitar la doble tributación fue celebrado el 21 de junio de 1899 por Austria y Prusia. Para ambos países resultaba lógico y eficiente gravar la renta de determinadas actividades y comercio de bienes en una de las jurisdicciones. Éste método fue el utilizado por unanimidad en los países europeos hasta la Segunda Guerra Mundial. El método del crédito fue creado por el Reino Unido, pero fue sólo utilizado hasta 1940 en el caso de tributos del Imperio Británico, como era el caso de India. El crédito fue en realidad introducido por los Estados Unidos de América en 1918, a efectos que los ciudadanos estadounidenses tuvieran una medida unilateral para evitar la doble imposición, pudiendo aplicarse también a ciudadanos extranjeros siempre que se cumpliera con la reciprocidad entre los Estados. El método de la exención fue el primero en ser regulado y perduró prácticamente como el único por casi 20 años. ¿Entonces qué sucedió con la exención y por qué por a poco fue perdiendo terreno frente al método del crédito? En 1928 la Liga de Naciones incorporó en su modelo de Convenio para Evitar la Doble Imposición al método del crédito, con lo cual añadían una opción a considerar además de la exención. Nótese que los Convenios celebrados utilizaban a éste último método, ya que los padres del crédito (EUA y Reino Unido), durante los años 20 y 30 eran adversos a celebrar tratados internacionales para evitar la doble imposición.

¿Qué método debería de adoptar un país latinoamericano? La única razón para adoptar un método más que otro es que se pruebe efectivamente que uno resulta más eficiente que otro. ¿Sino por qué optaríamos por utilizar el crédito en lugar de la exención? ¿El método del crédito es más eficiente que la exención o es un método impuesto y aceptado políticamente a nivel global? Los profesores Richard y Peggy Musgrave (pioneros en introducir el principio de equidad y distinguir la neutralidad en la exportación de capitales de la neutralidad en la importación de capitales y además de sustentar la política de métodos para evitar la doble imposición en EUA). Bajo la teoría de los Musgrave, existían diferencias entre la equidad en la persona al momento de ser gravada (“equidad subjetiva”) y de la equidad al momento de distribuir la utilidad tributaria entre los Estados relacionados (“equidad entre naciones”). Sin una razón económica sólida, los Musgrave asumieron que la neutralidad en la exportación de capitales, sumado a la posibilidad de otorgar un crédito, era la forma eficiente de alcanzar la neutralidad y eficiencia tributaria.

¿Se puede llegar a ser neutral con la neutralidad de exportación de capitales? En realidad se discrimina a los países en vía de desarrollo e incluso a países de menor tributación. ¿Por qué? Porque este principio se soporta en la teoría de “equidad entre naciones”, la cual es una teoría utilitarista que busca justificar un mayor beneficio a un mayor número de personas. En efecto, en tanto una nación está compuesta por individuos, un perjuicio económico para una nación más grande en cuanto a número de individuos sería una mayor injusticia.

¿Estamos ante un imperialismo fiscal? ¿Cuál fue la verdadera intención del legislador norteamericano para regular el crédito por impuestos abonados en el exterior? Fue generar una primacía mundial en cuanto a la aplicación del criterio de la renta de fuente mundial de la residencia y no el de salvaguardar el principio de “neutralidad en la exportación de capitales” o una eficiencia tributaria a nivel mundial. El crédito fue inventado por el profesor Thomas Sewall Adams en 1916 (Yale) consultor tributario del Departamento del Tesoro del Presidente Wilson. En 1918, como consecuencia de la Guerra Mundial, la alícuota del Impuesto sobre la Renta de EUA se incrementó notablemente. Ello generó una gran alarma

Debemos anotar que adoptar un método de exención implicará que ciertos costos o gastos no sean deducibles para determina la renta imponible, en virtud al no cumplimiento del principio de causalidad. Sin embargo, esto simplificaría la tributación en el Perú.

A continuación identificaremos algunas deficiencias en la norma en cuanto al crédito por IR abonado en el exterior, cuyas situaciones pueden afectar a un inversionista de un FIBRA.

¿Cuáles son los criterios y limitaciones establecidos por la LIR para la aplicación del crédito?

De acuerdo con el inciso e) del Artículo 88 de la LIR, los contribuyentes obligados o no a presentar las declaraciones a que se refiere el Artículo 79, deducirán de su impuesto los impuestos a la renta abonados en el exterior por las rentas de fuente extranjera gravas por esta Ley, siempre que no excedan:

- Del importe que resulte de aplicar la tasa media del contribuyente a las rentas obtenidas en el extranjero;
- Ni el cómputo efectivamente pagado en el exterior. El importe que por cualquier circunstancia no se utilice en el ejercicio gravable, no podrá compensarse en otros ejercicios ni dará derecho a devolución alguna.

Por su parte, complementando a la LIR, el Artículo 58 del RLIR dispone que *para efectos del crédito por Impuesto a la Renta abonado en el exterior, se tendrá en cuenta lo siguiente:*

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

en cuanto al problema de la doble imposición, ya que las inversiones de EUA en otros países del mundo generarían un sobrecosto tributario. No obstante EUA no iba a renunciar a una alícuota de gravamen fuera.

Bajo dicho contexto, Adams sugirió regular la aplicación de un crédito en EUA por los impuestos abonados en el exterior, hecho que tuvo una gran acogida en el Gobierno estadounidense, incluso sustentando las bondades del control de inversiones en el exterior frente al Congreso.

Fue recién en 1921 que Adams reguló ciertos límites al crédito de la Ley del Impuesto a la Renta de EUA, dando forma al crédito directo que prácticamente hoy conocemos en la mayoría de países latinoamericanos.

De acuerdo con Graetz & O’Hears, la intención de Adams siempre fue la de restringir la soberanía del Estado inversor y respetar la soberanía del Estado de la fuente. La renta debe ser gravada en el país donde se origina, no en el país donde puede ser aprovechado el beneficio o utilidad económica del negocio. Además, consideraba que la renta por lo menos debía de gravarse una vez, es decir, evitar la no imposición.

Adams, a pesar de no limitar la soberanía del país de la fuente, optó por el crédito a efectos de consolidar el criterio de conexión de la residencia.

extranjero con documento fehaciente.

Como podemos apreciar, el Perú regula como medida unilateral el crédito directo ordinario (limitado) para evitar la doble imposición de las rentas de fuente extranjera generadas por empresas domiciliadas en el territorio nacional.

A continuación intentaremos encontrar inconsistencias, contradicciones y vacíos en los artículos citados, tomando solo algunos de los requisitos para nuestro análisis.

Posibilidad de deducir los IR abonados en el exterior contra las rentas de fuente extranjera gravadas por la LIR (algunas consideraciones sobre los límites cuantitativos)

Sin perjuicio del gran problema que ocasiona que la renta deba calificar como extranjera para la LIR, a continuación nos centraremos en límites formales para la aplicación del crédito, ya que en nuestro caso en concreto nos encontramos ante inmuebles que son propiedad de una persona natural o de un patrimonio fideicometido, pero en ambos casos estamos ante inmuebles ubicados fuera del territorio peruano.

Veamos a continuación los límites de cuantificación regulados por la LIR para el cálculo de la renta de fuente extranjera:

Impuesto efectivamente pagado en el exterior

De acuerdo al inciso e) del artículo 88 de la LIR, una empresa domiciliada en el Perú no puede utilizar como crédito frente al IR un monto superior al efectivamente pagado en el exterior. Al respecto, el RLIR ha establecido que el importe efectivamente pagado en el extranjero deberá ser acreditado con documento fehaciente.

En ese sentido, consideramos que por documento fehaciente el fisco peruano entiende a la Declaración Jurada que presentarán las sucursales, establecimientos permanentes o agencias de empresas peruanas domiciliadas en el Perú en el extranjero, o incluso los formularios que presente empresas no domiciliadas por retenciones efectuadas el extranjero a las empresas peruanas.

No obstante ello, en la práctica identificar un IR abonado en el exterior puede presentar ciertas dificultades, motivo por el cual, consideramos que resulta razonable contar con certificados de atribución de entidades extranjeras que indiquen que el impuesto fue pagado al fisco de dicho país. Este caso es frecuente en el caso concreto de Fondos de Inversión.

Por otro lado y sin perjuicio de lo ya señalado, consideramos que debería precisarse que en caso el impuesto abonado en el exterior sea devuelto por el Estado en el extranjero, o que incluso, dicho impuesto esté sujeto a ciertos beneficios, el crédito por renta de fuente extranjera debería de verse ajustado.¹³

Aplicación en conjunto de la tasa media y de Impuesto efectivamente pagado en el exterior

Debido a los límites cuantitativos que ha establecido la LIR para utilizar el crédito por

¹³ LIU, Rocío. VARGAS, Luis. "El Crédito por Impuesto a la Renta Extranjero: comentarios y críticas a la ley peruana". En: *Ius et Veritas*. Lima. Año 33. Págs. 308-309.

renta de fuente extranjera surgen dos posibilidades, que el impuesto efectivamente pagado en el exterior sea mayor al producto de la tasa media aplicada a las rentas de fuente extranjera o que el producto de la tasa media aplicada a las de fuente extranjera sea mayor al impuesto efectivamente pagado en el exterior.

En ese sentido, si el impuesto efectivamente pagado en el exterior es superior al impuesto que podría ser acreditado con la tasa media, primará el monto que arroje la tasa media. Caso contrario, se estaría permitiendo que se acredite un monto que no está gravado por la LIR.

Por otro lado, si el impuesto pagado en el exterior es menor al impuesto que podría ser acreditado con la tasa media, primará el impuesto pagado en el exterior. Caso contrario la LIR estaría permitiendo que se acredite un monto que no estaría siendo afectado por la doble imposición jurídica.

En ese sentido, siempre se aplicará el menor de cualquiera de los dos montos determinados: la tasa media o el impuesto efectivamente pagado en el exterior.

Ahora bien, el análisis que acabamos de plantear tiene como sustento que el método del crédito que adopta el Perú como medida unilateral es el crédito ordinario o limitado, por lo cual, no podemos darle a los impuestos pagados en el extranjero el tratamiento del crédito ilimitado.

Asimismo, de no acceder a utilizar los límites cuantitativos de la aplicación en conjunto de la tasa media y del impuesto efectivamente pagado en el exterior, el fisco peruano podría verse perjudicado en la reducción de la tributación por rentas de fuente peruana.

Límite temporal para la utilización del crédito por renta de fuente extranjera

Tal como hemos indicado, de acuerdo con el inciso e) del Artículo 88 de la LIR, el importe que por cualquier circunstancia no se utilice en el ejercicio gravable, no podrá compensarse en otros ejercicios.

En ese sentido, si bien el orden de prelación para la aplicación de los créditos admitido por la LIR sitúa al crédito por renta de fuente extranjera en primer lugar, ello no significa que en un ejercicio determinado la empresa domiciliada en el Perú no pueda obtener pérdidas luego de la sumatoria de los resultados por las rentas de tercera categoría (inciso b del artículo 29-A del Reglamento) con la renta neta de fuente extranjera, por lo cual no podría utilizar el crédito por renta de fuente extranjera.

Sin perjuicio de ello, a nivel de legislación comparada, los países que han desarrollado de mejor manera el crédito por renta de fuente extranjera, como el caso de los EUA,¹⁴ han permitido históricamente un arrastre del crédito no utilizado en el ejercicio un año hacia atrás y diez años hacia adelante –esta situación puede estar siendo afectada con la reciente reforma–.

Con ello no pretendemos que la legislación peruana copie a la estadounidense, sin

¹⁴ MC DANIEL, Paul R. AULT, Hugh. REPETTI, James R. *Introduction to United States International Taxation*. Fifth Edition. Aspen Publishers. 2005. Pág. 107:

“Allowable foreign tax credits in any of the separate baskets in excess of those creditable in the current year may be carried back one year and forward ten years”.

embargo, consideramos que sería pertinente el crédito no utilizado un año hacia atrás (a manera de corregir las Declaraciones Juradas Anuales del IR) y cuatro años hacia delante (para que existe una especie de uniformidad en el sistema, por ejemplo con el arrastre de pérdidas por renta neta de tercera categoría), si es que vamos a pretender regularlo de manera adecuada.

Consideramos que en nuestro sistema la posibilidad de arrastre del crédito no utilizado en un ejercicio se sustenta el principio de igualdad. ¿Por qué un crédito como el saldo a favor o los pagos a cuenta pueden llevarse a otro ejercicio pero el crédito por renta de fuente extranjera no? Lamentablemente no hay respuesta a esta pregunta. Simplemente, el legislador optó por no conceder la posibilidad de utilizar en otro ejercicio el impuesto no tomado como crédito.

Sin perjuicio de lo ya señalado, debemos indicar que existe la posibilidad que un ingreso o gasto se devengue en un momento distinto al que corresponde el pago o retención (problema planteado en la relación entre empresas peruanas y sus sucursales en el exterior) o respecto a nuestro caso concreto, que una persona natural que invierte a en México o Chile en propiedad inmobiliaria a través de un FIBRA deba reconocer los ingresos empresariales en virtud al devengo en el año 1, pero verse sujeto a retención en el 2, con lo cual hay una disparidad de los ejercicios del impuesto efectivamente pagado. Es decir, encontrarnos frente a un ingreso o un gasto que se devengue en el ejercicio 1, pero es en el ejercicio 2 que la legislación extranjera reconoce el ingreso o gasto en la medida que su sistema se basa en el criterio del percibido, por lo cual se genera una doble imposición en diferentes ejercicios fiscales pero producto de un mismo hecho (esta situación también podría ser paliada con el arrastre del crédito hacia atrás o hacia adelante).

Nótese que hoy en día en el Perú, si el impuesto es efectivamente pagado en el exterior en un ejercicio distinto, la SUNAT ha interpretado que el mismo no podrá ser aplicado como crédito, pero sí deducido como gasto (Informe 023-2015/SUNAT).

Consideramos que esto debería solucionarse, permitiendo una regulación de aplicación del crédito en los ejercicios siguientes, en tanto las diferencias temporales entre el percibido y devengado generan una clara doble imposición.

De otro lado, imaginemos una jurisdicción como la estadounidense, donde el ejercicio fiscal comienza el 1 de agosto y terminar el 31 de julio. Sin lugar a dudas un eventual problema de temporalidad se podría originar.

Ahora bien, existen legislaciones a nivel internacional que han admitido la posibilidad de utilizar el un sistema de arrastre de ejercicios hacia atrás y hacia adelante, para hacer un uso eficiente del crédito por renta de fuente extranjera (caso de Italia, Reino Unido y Finlandia, por dar algunos ejemplos).¹⁵ No obstante ello, una manera más

¹⁵ LEITHNER, Karin. "Conflicts of Qualification and Timing Issues". En: *Conflicts of Qualification in Tax Treaty Law*. Papers of the postgraduate program in International Tax Law at the Vienna University of Economics and Business Administration. Edited by Eva Burgstaller and Katharina Halingster. Linde. 2007. Pág. 72-79:

"Even without changes in residence or source a taxpayer might be subject to taxation in the source country and the residence country at different points in time due to timing differences (e.g. cash principle vs. accrual principle) in the relevant tax rules. (...)

In Canada the carry-over to reduce the Canadian income taxes in the preceding years and the 7 following years is restricted to foreign business income tax credit. (...)

sencilla de eliminar la problemática sería adoptar el método unilateral de la exención.

Al respecto Liu y Vargas¹⁶ han señalado la LIR está equivocada en ese extremo y no entendemos por qué un caso como este no se permite que el exceso no acreditado en un ejercicio se arrastre a ejercicios posteriores, pero que se aplique en estos ejercicios posteriores siempre y cuando se encuentre dentro del límite. Esta salida, prevista en otros sistemas, podría permitir acreditar en el Perú todo o parte del IR extranjero que no fue acreditado en el ejercicio, sin afectar la recaudación sobre las rentas de fuente peruana.

Por ende, consideramos que si queremos regular el crédito por renta de fuente extranjera, debería de ser tomado en consideración una medida que evite estas distorsiones que finalmente producen doble imposición.

Evidentemente, en caso estas rentas se considerasen exentas, el problema de la temporalidad y una eventual regulación de un sistema “carry-back” y “carry-forward” serían innecesarios.¹⁷

Nótese que una pronta regulación y corrección de los aspectos temporales permitirán corregir las distorsiones y deficiencias de la LIR, además de situaciones negativas que pueden presentarse en el marco de fiscalizaciones por parte de la SUNAT al aplicar informes emitidos en los últimos años.

Finalmente, enmendar los errores permitirá que los inversionistas tengan una mayor seguridad de los retornos esperados, dado que cualquier incremento de costos tributarios perjudicará posteriores inversiones de la persona natural de forma directa o

In Italy excess foreign tax credits relating to the income of foreign permanent establishment or non-resident company included in the world-wide consolidation may be carried back and forward for 8 years. (...)

Finland allows carry-forward for 10 years or alternatively foreign tax on business income may be deducted. Sweden has a 3 year carry forward. (...)

In the United Kingdom, any unused credit may be carried back for one year, and forward indefinitely to be set off against corporation tax on income or gains from the same source. (...)

Like the United Kingdom, the United States also relive international double taxation unilaterally by granting a foreign tax credit. The United States also allow a carry-over of excess credits because Congress became concerned about double taxation caused by the foreign tax credit limitations «where the methods of reporting income are different in the United States and the foreign country».

¹⁶ LIU, Rocío. VARGAS, Luis. Op. Cit. Pág. 310.

¹⁷ LEITHNER, Karin. Op. Cit. Pág. 74-77:

“In general, different timing of taxation in the residence and source country does not give rise to double taxation under the exemption method because income which may be taxed in the other state is not taxed by the residence state. Since taxation is limited “to the rest of the income”, timing differences between residence and source country which regard to income that may be taxed by the source country do not have any effect. (...)

Only Austria, Belgium, the Netherlands, Spain and Switzerland grant a unilateral exception. However, many other European countries mainly use the exemption method in their treaties. In these countries, the impact of timing differences is therefore mainly restricted to passive income. For passive income like interest, dividends and royalties even in exemption countries only the credit method is in use”.

de un FIBRA.

VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- Las rentas de fuente extranjera, en el caso de ser activas se rigen por el devengo, en caso de ser pasivas, se registrarán por el percibido.
- No hay una definición de renta de fuente extranjera, debiendo interpretar a contrario las rentas de fuente peruana, verificando que nos mantenemos en el ámbito de aplicación del IR.
- Las FIBRA al poder invertir en propiedad inmobiliaria fuera del Perú pueden presentar algunos problemas para deducir el desgaste de la propiedad inmobiliaria. Sin embargo, resulta razonable que el desgaste pueda ser deducido en virtud al principio de causalidad.
- Resulta recomendable que la LIR establezca tasas específicas para la deducción del desgaste del inmueble ubicado fuera del territorio nacional.
- Los CDI negociados por el Perú deberían considerar las recomendaciones del MOCDE respecto a los REIT, de esta manera se promocionará de forma más eficiente los FIBRA. Ello permitirá reducir eventualmente reducir la carga tributaria en otras jurisdicciones y la de los inversionistas no domiciliados en el Perú.
- En el caso concreto de las personas naturales domiciliadas que inviertan de forma directa o a través de una FIBRA en inmuebles fuera del Perú, podría existir un perjuicio para la aplicación del crédito por el IR abonado en el exterior, en tanto las rentas pueden ser reconocidas en un momento previo al pago del IR en el país de la fuente, el cual suele retener en virtud al percibido.
- Resulta recomendable que se regule en la LIR un arrastre del IR no utilizado o que se opte por modificar el método unilateral en la LIR, a efectos de adoptar un sistema de exención.

Lima, mayo de 2018.

-----o-----