

Subtema A:

**RESTRICCIÓN A LA COMPENSACIÓN DE PÉRDIDAS
PROVENIENTES DE PARAÍDOS FISCALES: JUSTIFICACIÓN DE LA
MEDIDA EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL ACTUAL E
INTERPRETACIONES EN RELACIÓN A SU APLICACIÓN PRÁCTICA**

Ponente Individual: **Manuel Rivera Silva**¹

I. RESUMEN

Según el ordenamiento jurídico tributario vigente, no existen dudas acerca que la pérdida neta de fuente extranjera no puede ser compensada contra la renta neta del trabajo o contra la renta neta empresarial. El primer párrafo del artículo 51 LIR es clara al respecto.

A las razones ya expresadas por la IFA-Perú en pro de la compensación de los referidos resultados,² nos permitimos agregar el desarrollo de la cooperación internacional, expresado en la gran acogida de la Convención Multilateral sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Tributaria de la OCDE (en adelante, el Convenio de Asistencia Mutua).³ A partir del referido convenio, firmado por el Perú aunque pendiente de ratificación por el Congreso, la Administración Tributaria tendría acceso a la información necesaria para validar la existencia y veracidad de la pérdida neta de fuente extranjera invocada, razón por la cual ya no habría justificaciones para impedir su compensación contra las rentas de fuente peruana.

Ahora bien, en relación a la restricción a la compensación de pérdidas provenientes de paraísos fiscales, a que se refiere el último párrafo del artículo 51 de la LIR, el mencionado desarrollo de la cooperación internacional en materia tributaria justificaría que la imposibilidad de compensar pérdidas obtenidas en las referidas jurisdicciones no sea absoluta. Por el contrario, proponemos que la posibilidad de compensación de las pérdidas provenientes de paraísos fiscales esté supedita a un control *ex ante* por parte de la Administración Tributaria, a discreción del contribuyente. Dicho en otros términos, si éste pretende hacer valer una pérdida proveniente de un territorio de baja o nula imposición, deberá seguir un procedimiento frente al fisco a partir del cual demuestre fehacientemente la veracidad de la pérdida obtenida. Este procedimiento tendría que ser muy célere y se sometería a silencio positivo administrativo, tal como ocurre actualmente con el trámite de recuperación de capital invertido.⁴

¹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y LLM en Tributación Internacional por la Universidad de Nueva York (NYU).

² Ver nota al pie N° 16.

³ Al texto del Convenio de Asistencia Mutua se puede acceder a través del portal web de la OCDE o mediante el siguiente enlace:

<http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/the-multilateral-convention-on-mutual-administrative-assistance-in-tax-matters_9789264115606-en#.WpCPs03fMfg#page3>.

⁴ En aquellos casos en los cuales un sujeto no domiciliado ha obtenido una ganancia de capital

Sin perjuicio de lo anterior, y mientras se modifique el último párrafo del artículo 51 de la LIR en los términos propuestos, es preciso poner de relieve que a la fecha existen diversas dudas en relación a la forma de aplicar la referida restricción.

En el caso concreto de los resultados obtenidos por un portafolio de inversión en valores en el exterior perteneciente a una persona natural domiciliada en el Perú, hemos identificado hasta cuatros (4) formas distintas de interpretar la limitación a la compensación de las pérdidas derivadas de paraísos fiscales.

En efecto, a modo de resumen, la referida limitación podría ser entendida de las siguientes maneras:

- i) Las pérdidas de capital obtenidas de valores emitidos en paraísos fiscales, individualmente consideradas, no podrían ser materia de compensación con ninguna renta de fuente extranjera.
- ii) Las pérdidas de capital obtenidas en un paraíso fiscal podrían ser computables contra las rentas generadas en el mismo territorio, más no contra las rentas generadas en otros territorios de baja o nula imposición.
- iii) Las pérdidas de capital podrían ser íntegramente computables a fin de la determinación del resultado neto obtenido por el portafolio de inversión en el ejercicio gravable.
- iv) Las pérdidas de capital únicamente se encontrarían limitadas por la disposición prevista en el inciso m) del artículo 44 de la LIR, más no por el último párrafo del artículo 51 del mismo cuerpo legal.

En nuestra opinión, la tercera interpretación debería prevalecer, tomando en consideración que, desde nuestra perspectiva, el portafolio de inversión sería catalogado como la “fuente productora”, de modo tal que para la determinación de su resultado de fuente extranjera no habría restricciones, aunque sí para su compensación con otras fuentes productoras.

Sin perjuicio de ello, la existencia de tan variados punto de vista pone en evidencia que la restricción bajo comentario requiere urgentemente de un desarrollo a nivel reglamentario, inexistente a la fecha, el cual invocamos en pro de brindarle a los contribuyentes seguridad jurídica sobre esta materia.

II. INTRODUCCIÓN

El tema elegido para la presente ponencia gira en torno a la restricción de la utilización de las pérdidas provenientes de paraísos fiscales a que se refiere el artículo 51 de la LIR. La referida disposición prevé lo siguiente:

“En la compensación de los resultados que arrojen fuentes productoras de renta extranjera a la que se refiere los párrafos anteriores, no se tomará en cuenta las pérdidas obtenidas en países o territorios de baja o nula imposición”.⁵

de fuente peruana y pretende deducir el costo incurrido. Ver para mayor detalle el artículo 76 de la LIR.

⁵ El texto completo del artículo 51 de la LIR es el siguiente:

La relevancia por estudiar la debida aplicación de las pérdidas provenientes de paraísos fiscales a efectos de la correcta determinación de la renta neta de fuente extranjera radica en la coyuntura en la que nos encontramos, a partir de la amnistía tributaria otorgada por el Gobierno a las personas naturales en relación a las rentas no declaradas hasta el ejercicio 2015.⁶ Resáltese que un total de 7,766 personas se acogieron al régimen temporal para regularizar rentas no declaradas,⁷ lo cual supone que para fines de la presentación de sus declaraciones juradas anuales del IR del ejercicio 2016 y siguientes comiencen necesariamente a incorporar sus rentas netas de fuente extranjera.⁸

Ahora bien, a efectos de poder brindarle un adecuado contexto al análisis relativo a la referida restricción, resulta conveniente pronunciarnos previamente sobre la imposibilidad de aplicar la pérdida neta de fuente extranjera contra las rentas de fuente peruana. Pensamos que la posición que sentemos sobre dicho aspecto incidirá también en las posturas que adoptaremos en relación a los aspectos controvertidos de la presente ponencia, a saber: (i) si en el contexto actual del Derecho Tributario Internacional, específicamente en torno a la coyuntura por la que transitan los paraísos fiscales, sigue teniendo sentido o no la existencia de la restricción a la utilización de las pérdidas de paraísos fiscales, o si, por el contrario, ésta debiera eliminarse o reestructurarse; y, (ii) a la forma de interpretar la mencionada disposición, tomando en consideración que, como se verá más adelante, podría haber hasta cuatro (4) alternativas de implementación, respecto de lo cual no existe mayor desarrollo a nivel reglamentario.

Artículo 51°.- Los contribuyentes domiciliados en el país sumarán y compensarán entre sí los resultados que arrojen sus fuentes productoras de renta extranjera, y únicamente si de dichas operaciones resultara una renta neta, la misma se sumará a la renta neta del trabajo o a la renta neta empresarial de fuente peruana, según corresponda, determinadas de acuerdo con los artículos 49° y 50° de esta Ley. En ningún caso se computará la pérdida neta total de fuente extranjera, la que no es compensable a fin de determinar el impuesto.

Las personas naturales, sucesiones indivisas y sociedades conyugales que optaron por tributar como tales, domiciliadas en el país, que obtengan renta de fuente extranjera proveniente de la enajenación de los bienes a que se refiere el inciso a) del artículo 2° de esta Ley, que se encuentren registrados en el Registro Público de Mercado de Valores del Perú y siempre que su enajenación se realice a través de un mecanismo centralizado de negociación del país o, que estando registrados en el exterior, su enajenación se efectúe en mecanismos de negociación extranjeros, siempre que exista un Convenio de Integración suscrito con estas entidades o de la enajenación de derechos sobre aquellos, sumarán y compensarán entre sí dichas rentas y si resultara una renta neta, esta se sumará a la renta neta de la segunda categoría producida por la enajenación de los referidos bienes.

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

⁶ Cuya base legal es el Decreto Legislativo N° 1264, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 11 de diciembre de 2016, que establece un régimen temporal y sustitutorio del Impuesto a la Renta para la declaración, repatriación e inversión de rentas no declaradas.

⁷ <<https://gestion.pe/economia/repatriacion-capitales-acogieron-8-mil-contribuyentes-pagaron-s-1-136-millones-223940>>.

⁸ Ciertamente, dado que SUNAT ya posee información de las inversiones en el exterior de tales personas naturales a partir de la referida amnistía tributaria, ha de exigir que los contribuyentes consignen en sus declaraciones juradas las rentas de fuente extranjera. De no ocurrir ello, contará con los medios adecuados para iniciar su labor de verificación o fiscalización.

El análisis que abordaremos es de alcance general, es decir, no se encuentra circunscrito únicamente a la situación tributaria de las personas naturales domiciliadas en el Perú.⁹ Vale decir, los argumentos que empleemos así como nuestras conclusiones y recomendaciones también podrían ser aplicables para el caso de la determinación de la renta de fuente extranjera de las personas jurídicas peruanas.

No obstante, el énfasis de la presente ponencia gira en torno a la determinación de la renta de fuente extranjera para el caso de las personas naturales que, al realizar inversiones en el exterior, principalmente a través de portafolios de inversión, obtienen rentas y/o pérdidas pasivas, esto es, por concepto de intereses, dividendos, ganancias o pérdidas de capital, regalías, alquileres inmobiliarios, entre otros. Dicho énfasis quedará evidenciado en el desarrollo de los diferentes ejemplos que propondremos para clarificar nuestros puntos de vista.

III. IMPOSIBILIDAD DE LA APLICACIÓN DE LA PÉRDIDA NETA DE FUENTE EXTRANJERA CONTRA LA RENTA DE FUENTE PERUANA

El primer párrafo del artículo 51 de la LIR dispone que los contribuyentes domiciliados en el país sumarán y compensarán entre sí los resultados que arrojen sus fuentes productoras de renta extranjera, y únicamente si de dichas operaciones resultara una renta neta, la misma se sumará a la renta neta del trabajo o a la renta neta empresarial de fuente peruana, según corresponda,¹⁰ determinadas de acuerdo con los artículos 49 y 50 de esta Ley. En ningún caso se computará la pérdida neta total de fuente extranjera, la que no es compensable a fin de determinar el impuesto.

Como se puede apreciar, a la interrogante referida a si pueden compensarse pérdidas originadas en distintos territorios del exterior, la respuesta general¹¹ es afirmativa. Ello queda claro a partir del texto citado según el cual se “sumarán y compensarán entre sí los resultados que arrojen sus fuentes productoras de renta extranjera”, es decir, tanto los resultados positivos (ganancias) como los resultados negativos (pérdidas).

No obstante, téngase presente que existen algunas limitaciones que se deben tomar en consideración. La primera de ellas es que tales pérdidas únicamente se aplican contra rentas de fuente extranjera, esto es, en ningún caso pueden aplicarse contra rentas de fuente peruana aquellas pérdidas obtenidas en el exterior. Dicho de otra manera, la base imponible puede incrementarse tras la incorporación de la renta neta de fuente extranjera (a la cual se le pueden aplicar pérdidas de la misma fuente), pero no reducirse.

⁹ Incluyendo bajo esta categoría a las sociedades conyugales y sucesiones indivisas.

¹⁰ El artículo 29-A del Reglamento de la LIR precisa que para efecto de lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley:

- a. La renta neta de fuente extranjera que perciban las personas naturales, sociedades conyugales que optaron por tributar como tales y las sucesiones indivisas domiciliadas en el país, proveniente del capital, del trabajo o de cualquier actividad distinta a las mencionadas en el inciso siguiente, se sumará al resultado de la renta neta del trabajo.
- b. La renta neta de fuente extranjera que obtengan los contribuyentes señalados en el inciso anterior por actividades comprendidas en el artículo 28 de la Ley (léase, rentas empresariales), o la que obtengan las personas jurídicas se sumará a la renta neta o pérdida neta de la tercera categoría.

¹¹ Veremos con posterioridad el caso puntual de las pérdidas obtenidas en paraísos fiscales.

Sobre este extremo, no hay mayor discusión sobre la interpretación de esta limitación. La norma es clara e inequívoca cuando establece que solo si el resultado de compensar las pérdidas de fuente extranjera es positivo éste deberá adicionarse a las rentas del trabajo o a la renta empresarial, sea que el beneficiario sea una persona natural o persona jurídica, respectivamente.¹² En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Fiscal¹³ y la Administración Tributaria.¹⁴

Postulamos que la racionalidad de la restricción bajo comentario consiste en que los resultados obtenidos en el exterior no erosionen la base imponible de fuente peruana de los contribuyentes domiciliados en el país. En el mismo sentido, otra de las razones que podría justificar, al menos hasta ahora, la imposibilidad de aplicar pérdidas netas de fuente extranjera contra rentas de fuente peruana sería la dificultad que históricamente ha tenido la Administración Tributaria para ejercer su facultad de fiscalización sobre operaciones internacionales. Más allá de la propia información de respaldo que pueda presentar un contribuyente en el marco de una fiscalización, la Administración Tributaria se ha visto carente de otras herramientas para validar la veracidad de la información recibida del contribuyente.

Frente a ello, cabe preguntarse si dicho tratamiento tributario referido a la imposibilidad de aplicar las pérdidas netas de fuente extranjera contra las rentas de fuente peruana, que pareciera sustentarse en la cautela de la recaudación tributaria y en la simplificación de la administración del tributo, se justifica en el contexto actual.

En efecto, el 25 de octubre de 2017 el Estado Peruano se adhirió al Convenio de Asistencia Mutua, el cual lo habilitará a, entre otros aspectos, intercambiar información tributaria con más de 115 jurisdicciones.¹⁵ Con dicha información, qué duda cabe, la Administración Tributaria sí contará con elementos suficientes de prueba para contrastar, entre otros aspectos con incidencia tributaria, la correcta determinación de la pérdida de fuente extranjera.

Si a ello añadimos los perjuicios que esta restricción conlleva, tales como atentar en determinadas circunstancias contra el principio de no confiscatoriedad,¹⁶ afectar la

¹² PORTO URRUTIA, Juan Pablo. "Una revisión al régimen de arrastre de pérdidas de fuente extranjera por parte de personas jurídicas domiciliadas. Beneficio tributario o una restricción al derecho de los contribuyentes". En: *Revista del Instituto Peruano del Derecho Tributario – IPDT* N° 62. Abril de 2017. Pág. 308.

¹³ Resolución N° 6619-4-2002, la cual establece que: "*Nuestra legislación para efectos de la determinación del Impuesto a la Renta, separa en compartimentos estancos las rentas de fuente peruana de las rentas de fuente extranjera, de manera tal que solo en el caso de obtención de renta neta de las distintas fuentes extranjeras que pudieran existir, ésta es adicionada a la renta de fuente peruana, lo que conlleva que en ningún caso, las pérdidas o los gastos incurridos en la producción o generación de distintas fuentes extranjeras puedan afectar las rentas de fuente peruana*".

¹⁴ Informe 074-2016-SUNAT, en el que la Administración Tributaria sostuvo que: "Nótese que la normativa del Impuesto a la Renta ha precisado que, en ningún caso, la pérdida neta de fuente extranjera sea compensable para determinar el impuesto del ejercicio gravable correspondiente, por lo que esta no puede incidir en la determinación de la renta neta imponible."

¹⁵ Volveremos sobre este tema a mayor detalle a propósito del análisis de los asuntos controvertidos de la ponencia.

¹⁶ Según el artículo 74 de la Constitución Política del Perú, ningún tributo puede tener carácter confiscatorio.

Este principio protege la propiedad en sentido subjetivo, previniendo que una ley tributaria

neutralidad en la exportación de capitales, generar un sobre costo impositivo a las inversiones del exterior así como restar competitividad a las empresas peruanas¹⁷ e inversionistas nacionales, no podría estar más de acuerdo con la recomendación formulada por la IFA-Perú en sus X Jornadas Nacionales de Tributación, cuando se acordó, entre otros, lo siguiente:

“(7) Incorporar normas claras en la LIR que permitan la compensación de pérdidas de fuente extranjera con rentas de fuente peruana y regulen su arrastre”.¹⁸

IV. VIGENCIA¹⁹ DE LA RESTRICCIÓN DE LA DEDUCCIÓN DE PÉRDIDAS PROVENIENTES DE PARAÍOS FISCALES

Hace algunos años, era común que algunos países mantuvieran políticas de ocultamiento de información y no buscaban compartirlas con terceros. Prueba de ello era el secreto bancario, la posibilidad que existan acciones al portador, las empresas creadas por interpósita persona sin poder identificar a los verdaderos accionistas, los territorios que se autodenominaban (y publicitaban como) paraísos fiscales, entre otras situaciones. Este entorno permitía, en cierto modo, la protección de algunos mecanismos de no colaboración con otras naciones que necesitaban conocer el destino de capitales y fondos que no habían sido declarados en sus países de origen, ya sea por un tema de elusión tributaria o hasta de ocultamiento de riquezas para no cumplir con el pago de los tributos que correspondían.²⁰

Los paraísos fiscales tradicionalmente son definidos como aquellos territorios en los que se ofrece al inversionista extranjero un entorno sin tributación o con tributación solo nominal, los cuales vienen usualmente acompañados de una flexibilización de requerimientos a nivel regulatorio y administrativo. Las actividades usualmente no son sujetas a intercambio de información porque, por ejemplo, existen estrictas políticas que favorecen el secreto bancario.²¹

La OCDE, a través de su reporte denominado “Harmful Tax Competition, an Emerging Global Issue”²² propone una serie de factores clave para efectos de identificar un

pueda afectar gravemente la esfera patrimonial de los particulares, como en sentido objetivo, garantizando el sistema económico y social plasmado en la Constitución. DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. “El régimen tributario en la Constitución: Estudio Preliminar”. En: *Themis*, N° 29, Lima, 1994, Pág. 139.

¹⁷ IFA. *Cuadernos Tributarios*, N° 30. X Jornadas Nacional de Tributación. Junio de 2010. Pág. xxi.

¹⁸ *Ibidem*. Pág. xxii.

¹⁹ Al utilizar el término “vigencia” no hacemos alusión a su acepción jurídica, en el sentido de si continúa o no surtiendo efectos legales en el ordenamiento la restricción a la deducción de las pérdidas provenientes de paraísos fiscales. Por el contrario, empleamos este término para dilucidar si la referida restricción continúa encontrándose justificada o si, al haber un cambio de condiciones en el contexto tributario internacional, correspondería más bien modificarla o suprimirla.

²⁰ ALVA MATTEUCCI, Mario. “¿En qué consiste la asistencia administrativa mutua en materia tributaria por parte de SUNAT?”. En: *Actualidad Empresarial*. N° 368 – Primera quincena de febrero 2017.

²¹ OCDE. *Harmful Tax Competition, an Emerging Global Issue*. 1998. Pág. 21.

²² En español, podría ser traducido como “Competencia tributaria nociva, un nuevo problema global”.

paraíso fiscal,²³ a saber:

- a) **No tributación o tributación meramente nominal de las ganancias.** Este atributo sería el punto de partida para clasificar a una jurisdicción como paraíso fiscal.
- b) **Falta de un efectivo intercambio de información.** Los paraísos fiscales usualmente tienen leyes a partir de las cuales las corporaciones o los individuos pueden beneficiarse de estrictas reglas de confidencialidad y otras protecciones en contra del escrutinio de las autoridades fiscales.
- c) **Falta de transparencia.** La falta de transparencia en el funcionamiento y aplicación del sistema legal, fiscal o administrativo es otro factor en la identificación de paraísos fiscales.
- d) **Actividades sin sustancia.** La ausencia de requerimientos en relación a que se compruebe la realidad de las actividades es relevante toda vez que ello sugiere que una jurisdicción pueda estar procurando atraer inversiones o transacciones puramente motivadas por una razón fiscal.²⁴

En el referido reporte, la OCDE ha manifestado que ciertas formas de competencia en materia tributaria son nocivas para la economía mundial porque socavan las finanzas públicas de los gobiernos.²⁵ Diversos autores se han encargado de reseñar los efectos nocivos producidos por la existencia de los paraísos fiscales. Una síntesis interesante es la propuesta por Marulanda y Heredia,²⁶ según quienes los paraísos fiscales:

- 1) Desincentivan el cumplimiento de las obligaciones tributarias, condicionando la política fiscal de los Estados, y por consiguiente, el mantenimiento y la supervisión de los sistemas de protección social de los países.
- 2) Contribuyen a la desestabilización del sistema financiero.
- 3) Ocasionan disminución de la recaudación fiscal de los Estados y por consiguiente, minan la capacidad de éstos para realizar inversión social, mejorar la infraestructura y los servicios públicos.²⁷

De hecho, se estima que debido a los paraísos fiscales los países en desarrollo dejan de percibir impuestos por unos USD 50 mil millones anuales y que por estos

²³ Tales factores clave son propuestos para fines de dicho reporte. No obstante, consideramos que éstos también resultan determinantes para describir la concepción clásica del contenido de un paraíso fiscal.

Si bien el concepto de paraíso fiscal ha evolucionado con el transcurrir del tiempo, la descripción de estas características iniciales resulta útil para el propósito de la presente ponencia.

²⁴ OCDE. Óp. Cit. Pág. 23.

²⁵ BILICKA Katarzyna and FUEST Clemens. *With which countries do tax havens share information?* Oxford University. Centre for Business Taxation. WP 12/11. Pág. 2.

²⁶ MARULANDA, Hugo y HEREDIA, Liliana. *Paraísos Fiscales: Una línea de contradicción entre la formalidad y la materialidad.* Instituto de Estudios Fiscales. Doc. N° 15-2015. Pág. 9.

²⁷ Este efecto es más intenso en los países en vías de desarrollo que en los países desarrollados.

territorios circula la mitad del comercio mundial (unos siete billones de dólares) de los sectores financieros.²⁸

En el mismo sentido, los estudios realizados en el marco del Plan BEPS desde el 2013 confirman la magnitud del problema, registrándose pérdidas globales de recaudación en el ámbito del impuesto sobre sociedades²⁹ de entre el 4% y el 10%, es decir, de USD 100 a 240 mil millones de dólares al año.³⁰ Resulta claro a todas luces que la existencia de paraísos fiscales es uno de los factores determinantes para la relevancia de la lucha contra BEPS.

- 4) Constituyen un refugio seguro para la delincuencia financiera internacional, los políticos corruptos y para el blanqueo de capitales.

En el contexto descrito, es manifiesto que los Estados debían incorporar a nivel normativo medidas de protección que eviten la erosión de los recursos tributarios, el indebido traslado de beneficios, esquemas de evasión o de planificación fiscal agresiva, entre otros.

La restricción materia de comentario (léase, la imposibilidad de compensar las pérdidas obtenidas en paraísos fiscales) precisamente se encuadra dentro de este escenario proteccionista de política fiscal. En la exposición de motivos de la Ley 27356, que fue la que incorporó el último párrafo materia de comentario al artículo 51 de la LIR, se menciona lo siguiente:

Existen territorios o países de baja o nula imposición que son utilizados por los agentes económicos con el fin de eludir el pago de impuestos, mediante procedimientos diversos como por ejemplo: la creación de sociedades o por las que se desvía rentas obtenidas en el extranjero o la facturación de prestaciones de servicios ficticios o con remuneraciones exageradas, entre otros.

En el Proyecto de Ley se propone:

(...)

- No permitir compensar pérdidas provenientes de paraísos fiscales a fin de evitar la disminución de su renta neta a través de pérdidas ficticias provenientes de territorios o países de baja o nula imposición.*
(Subrayado añadido)

Resáltese esta suerte de presunción absoluta del legislador en relación a que las pérdidas obtenidas en paraísos fiscales siempre son “irreales” y que, en su condición de tales, sirven para reducir la base imponible del IR en el Perú.

En este escenario, desde el año 1988, la OCDE viene impulsando el Convenio de Asistencia Mutua entre los países, el cual supone el instrumento multilateral más integral ideado para la cooperación en materia tributaria, a fin de combatir

²⁸ MARULANDA, Hugo y HEREDIA, Liliana. Óp. Cit. Pág. 10.

²⁹ Denominado también Impuesto a la Renta (a nivel corporativo).

³⁰ Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios. Resúmenes. Informes Finales 2015. Pág. 39.

abiertamente la evasión y elusión fiscal.³¹ Desde el 2009, el G20 consistentemente ha incentivado a los países a firmar el Convenio de Asistencia Mutua. Su intervención no podría haber sido más exitosa si es que tomamos en consideración que actualmente 116 jurisdicciones participan del Convenio de Asistencia Mutua. Esta lista incluye a todos los países del G20, todos los BRICS, todos los países miembros de la OECD, principales “centros financieros”, quince (15) jurisdicciones incluidas por extensión territorial³² así como un número creciente de países en vías de desarrollo.³³

Muchos paraísos fiscales han reaccionado a la presión política mediante la modificación de sus políticas fiscales relativas al secreto bancario y al intercambio de información.³⁴ En la misma línea, resáltese la terminología empleada por la OCDE en relación a los paraísos fiscales. Gracias a su incorporación al Convenio de Asistencia Mutua así como a otras manifestaciones dirigidas a demostrar su deber de colaboración en el intercambio de información frente a la lucha contra la evasión y elusión internacional, ahora tales jurisdicciones son denominadas como “centros financieros”.

Cabe preguntarse, entonces, qué beneficios supone el Convenio de Asistencia Mutua para los países firmantes. Al respecto, el artículo 1 del Convenio de Asistencia Mutua prevé que la asistencia administrativa mutua involucra el intercambio de información, incluyendo fiscalizaciones simultáneas; asistencia en la recaudación tributaria, incluyendo la conservación de los recursos; y, la notificación de documentos.

En cuanto a las modalidades de intercambio de información, el Convenio de Asistencia Mutua es muy amplio al regular que dicho intercambio puede producirse a solicitud de parte, de manera automática y de manera espontánea.³⁵ El Convenio de Asistencia Mutua es considerado un instrumento idóneo para apoyar la aplicación del informe sobre intercambio automático país por país a que se refiere el Plan BEPS.³⁶

Ahora bien, en el caso peruano, como se ha mencionado previamente, en octubre de 2017, el Perú se adhirió al Convenio de Asistencia Mutua. Si bien aún está pendiente su ratificación en el Congreso de la República, de ocurrir ello este año, lo más probable es que este convenio multilateral pueda ser utilizado por la Administración Tributaria peruana a partir del 2019.³⁷

³¹ El Convenio de Asistencia Mutua fue modificado para responder al llamado del G20 en la reunión celebrada en el 2009 denominada London Summit, a fin de alinear dicho convenio al estándar internacional sobre intercambio de información a solicitud de parte y para ofrecerlo a todos los países, en particular, para asegurar que los países en vías de desarrollo puedan beneficiarse de un ambiente más transparente.

³² Anguila, Aruba, Islas Vírgenes Británicas, Bermuda, Islas Caimán, Curazao, Islas Faroe, Gibraltar, Groenlandia, Guernsey, Isla de Man, Jersey, Montserrat, Saint Martin e Islas Tucas y Caicos.

³³ <<http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/convention-on-mutual-administrative-assistance-in-tax-matters.htm>>.

³⁴ BILICKA Katarzyna and FUEST Clemens. Óp. Cit. Pág. 2.

³⁵ Artículos 5 a 7 del Convenio de Asistencia Mutua. En el caso del intercambio de información espontánea, ésta se produce cuando un Estado identifica que la información que posee puede ser útil para el otro Estado, a partir de las circunstancias previstas específicamente en el artículo 7 (i.e. cuando tiene razones para suponer que podría haber una pérdida de recaudación en el otro Estado).

³⁶ ANÁLISIS TRIBUTARIO. Vol. XXX N° 357. Octubre 2017. Pág.6

³⁷ <http://andina.pe/agencia/noticia-peru-firma-hoy-convenio-informacion-tributaria-para-su-ingreso-a-ocde-687504.aspx>

Sobre el particular, la propia SUNAT señaló lo siguiente sobre la adhesión del Perú al Convenio de Asistencia Mutua:

Cabe destacar que la Convención permite el intercambio de información financiera así como tributaria sobre ganancias de capital, intereses y regalías, entre otros, que los residentes peruanos tengan en el exterior, así como aquella que los residentes del exterior tengan en el Perú. Dicho intercambio puede ser automático, a solicitud o de manera espontánea.

Se trata de una herramienta que nos permitirá combatir la elusión y evasión fiscal. Esta adhesión es uno de los requisitos que abre las puertas al Perú para su próximo ingreso a la OCDE”, señaló la titular del MEF.³⁸

Como se puede apreciar, la propia Administración Tributaria reconoce las virtudes del Convenio de Asistencia Mutua en relación a las facilidades que provee para el intercambio de información sobre diversas operaciones pasivas que los contribuyentes (domiciliados y no domiciliados) realizan en el exterior. No es menos importante que la titular del MEF resalte que el Convenio de Asistencia Mutua es un instrumento para combatir la elusión y evasión fiscal.

Y es que si se contrasta la lista de jurisdicciones firmantes del Convenio de Asistencia Mutua con la lista negra de países considerados como territorios de baja o nula imposición a que se refiere el RLIR³⁹ nos llevamos con la sorpresa que, de los cuarenta y tres (43) territorios contenidos en la lista negra, treinta y uno (31) forman parte del Convenio de Asistencia Mutua. Vale decir, cerca de tres cuartos (3/4) de la lista negra contenida en nuestra legislación está compuesta por países o territorios que, a la fecha, se han comprometido, entre otros, a intercambiar información relevante para fines tributarios, en pro de la transparencia fiscal internacional.

Lo anterior nos conduce a reflexionar si en esta coyuntura sigue siendo razonable la imposición irrestricta de medidas como aquella relativa a la limitación absoluta de la compensación de las pérdidas provenientes de paraísos fiscales con otras rentas de fuente extranjera.⁴⁰

En nuestra opinión, a partir de las muestras de cooperación internacional brindadas por los denominados paraísos fiscales, o también denominados ahora por la OCDE como centros financieros, resulta más acorde al contexto internacional actual que, en vez de impedirse la compensación de pérdidas, éstas sean admitidas sí y sólo sí el contribuyente puede demostrar la veracidad de las mismas.

En ese sentido, proponemos un sistema de revisión *ex ante* para la compensación de las pérdidas obtenidas en paraísos fiscales, similar al relativo al régimen de recuperación de capital invertido,⁴¹ a fin de determinar la base imponible del IR.

En efecto, si la pérdida obtenida por un contribuyente en un paraíso fiscal es real, éste no tendrá mayores recelos para proporcionar a la Administración Tributaria la

³⁸ Nota de Prensa N° 094-2017 de la SUNAT.

³⁹ Anexo del RLIR.

⁴⁰ Si bien no forma parte de la presente ponencia, el cuestionamiento puesto de relieve también puede extrapolarse a las restricciones a la deducción de gastos provenientes de paraísos fiscales a que se refiere el inciso m) del artículo 44 de la LIR.

⁴¹ Ver nota al pie N° 3.

información relativa a la determinación de la misma. La SUNAT evaluará si dicha información es fehaciente y, en caso de serlo, emitirá una resolución admitiendo la posibilidad de su compensación contra otras rentas de fuente extranjera. Incluso, se podría pactar un silencio administrativo positivo⁴² a fin de generar eficiencias en el procedimiento e inmediato interés en resolver por parte del fisco.

Resulta oportuno traer a colación lo dispuesto por la Administración Tributaria en el Informe N° 060-2017-SUNAT. En el contexto de la amnistía tributaria otorgada a las personas naturales en el ejercicio 2017 en relación a sus rentas no declaradas hasta el ejercicio 2015, la SUNAT concluyó que tratándose de dinero depositado en una o más cuentas de cualquier empresa del sistema financiero supervisada por la SBS o del extranjero, los documentos emitidos por dichas entidades con los que se pretende acreditar la titularidad y el importe del dinero depositado en éstas, no requieren ser documentos de fecha cierta.

En este caso, y si bien a partir de la regulación específica de la mencionada amnistía tributaria, la SUNAT admitió como medios probatorios idóneos aquella información otorgada por los bancos nacionales o internacionales, sin que ésta deba ser legalizada notarialmente (fecha cierta).

Así las cosas, esta experiencia podría replicarse para efectos de la acreditación de las pérdidas de fuente extranjera provenientes de paraísos fiscales. A manera de ejemplo, en el caso de las personas naturales que invierten en valores en el exterior a través de bancos de inversión, los reportes bancarios emitidos por tales entidades podrían demostrar la obtención de las pérdidas obtenidas en paraísos fiscales, al brindar información específica acerca del costo de adquisición de cada uno de los valores, precios de venta, gastos incurridos, fechas de cada una de las operaciones, entre otros.

En el negado caso que la Administración Tributaria no se encuentre aún convencida acerca de la determinación de la pérdida tributaria, resáltese que, a través del Convenio de Asistencia Mutua podría requerir información valiosa a la autoridad tributaria del país en el cual se hayan emitido los valores materia de compra venta.

A modo de conclusión en cuanto a este punto, consideramos que la actual regulación que limita indefectiblemente la compensación de pérdidas provenientes de paraísos fiscales podría ser reemplazada por una normativa más flexible, que le brinde la oportunidad al contribuyente de demostrar la veracidad de las mismas, a través de un procedimiento reglado en el cual la Administración Tributaria pueda ejercer su facultad de fiscalización y/o verificación e, incluso, realizar los cruces de información que estime convenientes mediante el Convenio de Asistencia Mutua. Naturalmente, esta propuesta estaría pensada, al menos inicialmente, para el caso de aquellas pérdidas obtenidas en paraísos fiscales que se hayan adherido a la Convención sobre Asistencia Mutua.

Si bien somos conscientes que la propuesta formulada podría generar mayor complejidad a nivel de la Administración Tributaria en relación a la gestión del tributo, creemos que ello se torna necesario a fin que los contribuyentes tributen con el Impuesto a la Renta verdaderamente sobre sus rentas, y no a través de una base imponible en donde a partir de diversas restricciones, la carga del tributo termine resultando excesiva y, por qué no, en algunos casos hasta confiscatoria.

⁴² Como el regulado en el régimen de recuperación de capital invertido.

Consideramos entonces que resulta razonable optar en el presente caso por privilegiar la equidad o la justicia del sistema tributario por encima de su simplicidad. Ello, si tomamos en cuenta además que será facultad del contribuyente determinar, bajo un análisis costo-beneficio, en qué casos le resultará conveniente seguir el trámite propuesto frente a la Administración Tributaria y en qué casos no, dependiendo principalmente del volumen de la pérdida tributaria invocada y de la documentación que ostente para su debido sustento.

V. ¿CÓMO SE APLICA LA RESTRICCIÓN A LA DEDUCCIÓN DE PÉRDIDAS PROVENIENTES DE PARAÍSO FISCALES?

Sin perjuicio de nuestra opinión en relación a que el último párrafo del artículo 51 de la LIR debería modificarse, es incuestionable que al formar parte del ordenamiento jurídico tributario, actualmente surte plenos efectos en su aplicación práctica.

Sin embargo, adviértase que ni la LIR ni su reglamento establecen alguna metodología específica para la aplicación de la prohibición de la compensación de pérdidas provenientes de paraísos fiscales. Lo mismo ocurre con la Exposición de Motivos de la Ley 27356 antes mencionada, donde existe silencio acerca de cómo implementar la referida prohibición.

Lo anterior genera divergencias en la aplicación práctica de esta restricción, donde apreciamos diversas formas de interpretarla, como veremos seguidamente.

Una primera interpretación sobre el contenido de esta disposición sería aquella en la cual se debe considerar de manera independiente cada uno de los “resultados” obtenidos en cada una de las jurisdicciones del exterior que califican como territorios de baja o nula imposición. Bajo esta acepción, las pérdidas de capital, entendidas también como el “resultado” de una transacción, tampoco podrían ser materia de compensación.

Para graficar lo anterior, proponemos el siguiente ejemplo. Se trata de una persona natural domiciliada en el Perú que ostenta un portafolio de inversión en valores (acciones, bonos, notes, entre otros), los cuales son emitidos por personas jurídicas extranjeras constituidas en los Estados Unidos (USA), Francia, Islas Vírgenes Británicas (BVI), Bermuda y Panamá.⁴³ Los resultados⁴⁴ obtenidos en el ejercicio 2017 fueron los siguientes:

Operación	USA	Francia	BVI	Bermuda	Panamá	Renta neta de fuente extranjera
Intereses y dividendos	1,000	500	200	1,000	2,000	4,700
Ganancias de capital	2,000	2,000	1,000	500	0	5,500
Pérdidas de capital	0	-2,000	-2,000	-1,000	-500	-5,500
Total país	3,000	500	1,200	1,500	2,000	8,200

⁴³ En tanto que estos tres últimos territorios se encuentran incluidos en la lista de países o territorios considerados de baja o nula imposición a que se refiere el reglamento de la LIR, serán considerados como paraísos fiscales para estos efectos.

⁴⁴ Para fines didácticos y de simplificación del ejemplo, excluirémos de la ecuación a los gastos que eventualmente pueda haber incurrido el contribuyente por concepto de administración del portafolio, comisiones bancarias, entre otros.

Bajo esta primera interpretación, obsérvese que ninguna de las pérdidas de capital obtenidas en BVI, Bermuda y Panamá ha sido materia de compensación, a diferencia de lo que ocurre con las pérdidas de capital obtenidas en Francia.

Desde nuestro punto de vista, esta interpretación no debiera prevalecer. Nos explicamos. En primer lugar, el artículo 51 de la LIR regula, principalmente, la determinación de la renta/pérdida neta de fuente extranjera, siendo el caso que si el resultado fuera una renta neta, ésta se sumaría a la renta empresarial o a la renta del trabajo, según sea el caso. Entonces, cuando dicho artículo empieza señalando que los contribuyentes domiciliados en el país sumarán y compensarán entre sí los resultados que arrojen sus fuentes “productoras” de renta extranjera, estaría aludiendo a las rentas comprendidas bajo la teoría de la renta-producto,⁴⁵ y no a los resultados de capital (ganancia o pérdida) que son considerados más bien como renta bajo la teoría de flujo de riqueza.⁴⁶

Asimismo, otro argumento a tomar en consideración para descartar esta interpretación es que las limitaciones a las pérdidas de capital en su relación con los paraísos fiscales se encuentran reguladas en el inciso m) del artículo 44 de la LIR. Según dicho artículo, no son deducibles los gastos, incluyendo la pérdida de capital, provenientes de operaciones efectuadas con sujetos que, entre otros, sean residentes de países o territorios de baja o nula imposición.⁴⁷ Siendo ello así, no tendría sentido que dos normas distintas (léase, artículos 44 y 51 de la LIR) regulen el mismo supuesto de hecho.

Nótese que la pérdida de capital sí sería deducible si es que el valor mobiliario materia de enajenación fuera emitido por una persona jurídica ubicada en un paraíso fiscal, siempre que el adquirente fuera un sujeto sin conexión con dicho territorio. En otras palabras, el enfoque por el que ha optado el legislador es de tipo subjetivo, es decir, limitar la deducción de las pérdidas de capital cuando la contraparte de una operación sea un sujeto residente en un paraíso fiscal, sin tener relevancia el lugar de constitución de la persona jurídica emisora de los valores materia de transferencia.

Por su parte, una segunda interpretación basada en la literalidad de la norma, que emplea la forma plural al referirse a “las pérdidas” obtenidas en países o territorios de baja o nula imposición, admitiría que para fines de la determinación del resultado (ganancia o pérdida) a la interna de cada territorio sí sería factible compensar las pérdidas de capital obtenidas en el periodo.

Bajo esta postura, cuando la norma hace mención a la “compensación de resultados que arrojen fuentes productoras de renta extranjera”, el término “fuentes

⁴⁵ La teoría de la renta-producto está comprendida en el inciso a) del artículo 1 de la LIR, según el cual el IR grava las rentas que provengan del capital, del trabajo y de la aplicación conjunta de ambos factores, entendiéndose como tales aquellas que provengan de una fuente durable y susceptible de generar ingresos periódicos.

⁴⁶ Las ganancias de capital se encuentran incluidas en el inciso b) del artículo 1 de la LIR.

⁴⁷ Inciso m) artículo 44 de la LIR.- No son deducibles para efectos de la determinación de la renta neta de tercera categoría los gastos, incluyendo la pérdida de capital, provenientes de operaciones efectuadas con sujetos que califiquen en alguno de los siguientes supuestos:

- 1) Sean residentes de países o territorios de baja o nula imposición;
- 2) Sean establecimientos permanentes situados o establecidos en países o territorios de baja o nula imposición; o,
- 3) Sin quedar comprendidos en los numerales anteriores, obtengan rentas, ingresos o ganancias a través de un país o territorio de baja o nula imposición.

productoras” tendría que ser entendido en función a la ubicación geográfica de cada fuente. Vale decir, que las rentas o pérdidas obtenidas tendrían que dividirse por cada territorio de baja o nula imposición.

Esta postura se basaría en el principio de “fuente” que también es empleado por la LIR,⁴⁸ para diferenciar qué Estado tendrá jurisdicción para gravar determinada renta a partir de su naturaleza y ubicación. El principio de fuente puede ser entendido como aquel criterio de vinculación objetivo o real, en virtud del cual se relaciona a un territorio específico el lugar de realización de actividades, de la fuente productora o la ubicación de los bienes, que generan la renta sujeta a imposición.⁴⁹ Del mismo modo, las reglas de fuente identifican a) dónde surge el ingreso y b) cuál país tiene el derecho al cobro de los impuestos sobre el mismo. Un país tiene el derecho al cobro de impuestos en la fuente solamente si existe una conexión económica entre un ítem particular y el país como jurisdicción fiscal.⁵⁰

Según esta interpretación, por fuente productora se estaría aludiendo a cada Estado, país o jurisdicción en específico; aplicándose la regla prevista en el inciso h) del artículo 9 de la LIR,⁵¹ en el sentido que así como califica como renta de fuente peruana la ganancia de capital obtenida por la enajenación de valores emitidos por empresas peruanas, calificará como renta del territorio del exterior en específico aquella ganancia de capital producida por un valor mobiliario emitido en dicho territorio.

Así, si el resultado neto de cada paraíso fiscal (entendido como la fuente productora) fuera pérdida, ésta no podría compensarse con los resultados positivos de los otros territorios de baja o nula imposición ni con los otros territorios del exterior que no califiquen como paraísos fiscales.

Veamos cuál sería la renta neta de fuente extranjera según esta postura en el ejemplo propuesto:

Operación	USA	Francia	BVI	Bermuda	Panamá	Renta neta de fuente extranjera
Intereses y dividendos	1,000	500	200	1,000	2,000	4,700
Ganancias de capital	2,000	2,000	1,000	500	0	5,500
Pérdidas de capital	0	-2,000	-2,000	-1,000	-500	-5,500
Total país	3,000	500	-800	500	1,500	5,500

⁴⁸ En los artículos 9, 10 y 11 de la LIR se encuentran listadas taxativamente las rentas consideradas como de “fuente peruana”, de modo tal que aquellas que no se encuentren contempladas calificarían, a *contrario sensu* como rentas de fuente extranjera.

⁴⁹ JOO GARFIAS, Eduardo. “¿Dónde está la fuente? Los servicios empresariales y el régimen para evitar la doble imposición de la Comunidad Andina”. En: *Libro Homenaje a Luis Hernández Berenguel*. IPDT – 2010. Pág.1258

⁵⁰ ROHATGI Roy. *Principios básicos de tributación internacional*. Traducción de Juan Manuel Idrovo. Legis Editores S.A. 2008. Pág. 389.

⁵¹ Son rentas de fuente peruana: h) Las obtenidas por la enajenación, redención o rescate de acciones y participaciones representativas del capital, acciones de inversión, certificados, títulos, bonos y papeles comerciales, valores representativos de cédulas hipotecarias, obligaciones al portador u otros valores al portador y otros valores mobiliarios cuando las empresas, sociedades, Fondos de Inversión, Fondos Mutuos de Inversión en Valores o Patrimonios Fideicometidos que los hayan emitido estén constituidos o establecidos en el Perú.

Como se puede apreciar, las pérdidas de capital obtenidas en BVI, Bermuda y Panamá sí son computables para determinar el resultado de cada territorio. Sin embargo, dado que en el caso de BVI, el resultado neto fue el de una pérdida (-800), el mismo no fue computado para efectos de determinar la renta neta de fuente extranjera.

Discrepamos también sobre esta segunda interpretación. Ciertamente, el meollo de la cuestión pasa por reflexionar acerca del ámbito de aplicación del concepto “fuente productora”. Mientras que la segunda interpretación se centra en el concepto de “fuente”, como un desarrollo del principio de fuente, la interpretación que postulamos resalta más bien el concepto integral de “fuente productora”.

Recordemos que el primer párrafo del artículo 51 de la LIR menciona que “los contribuyentes domiciliados en el país sumarán y compensarán entre sí los resultados que arrojen sus fuentes productoras de renta extranjera (...)” Lo mismo prevé el último párrafo del referido artículo cuando dispone que “en la compensación de los resultados que arrojen fuentes productoras de renta extranjera a la que se refiere los párrafos anteriores, no se tomará en cuenta las pérdidas obtenidas en países o territorios de baja o nula imposición”.

Así las cosas, desde nuestro punto de vista, el enfoque del legislador al regular el referido artículo 51 ha sido distinguir las distintas rentas de fuente extranjera no necesariamente por su lugar de generación, sino por su pertenencia a una determinada “fuente productora”.

Al respecto, las clásicas fuentes productoras o generadoras de rentas son el capital, el trabajo o la aplicación conjunta de ambos factores (léase, la empresa).

Sobre la base de lo anterior, es posible entonces que una fuente productora coincida con un territorio o, dicho de otro modo, se encuentre íntegramente ubicada en un lugar en particular. Ello podría ocurrir, por ejemplo, si una empresa peruana tiene una sucursal en un determinado país a partir del cual realice su actividad empresarial en ese ámbito geográfico determinado. No obstante lo señalado, en nuestra opinión, dependerá de la naturaleza de cada fuente productora para que pueda darse la coincidencia descrita o no, dado que también podría ocurrir que la fuente productora abarque a más de un territorio.

En este marco, cabría preguntarse cuál sería la fuente productora de una persona natural que posee un portafolio de inversión en valores en el exterior. Desde nuestro punto de vista, la fuente productora sería el propio portafolio de inversión. En efecto, el contribuyente en este caso habría colocado un capital en el exterior, el mismo que mediante la intermediación de una entidad financiera es invertido en diversos valores mobiliarios, los cuales podrían o no haber sido emitidos por entidades ubicadas en paraísos fiscales. Ya sea que el contribuyente se involucre o no en la toma de decisiones en relación a las alternativas de inversión,⁵² lo cierto es que, bajo esta tesis, la fuente productora no vendría a ser el capital invertido en cada valor mobiliario individualmente considerado, sino el capital invertido en el portafolio de inversión en su conjunto,⁵³ el mismo que gozaría las sinergias derivadas de la administración

⁵² En cuyo caso, la fuente productora además del propio capital podría también incluir el trabajo, entendido éste como el tiempo incurrido por el contribuyente en la evaluación y administración del portafolio, como complemento del rol desempeñado por la entidad financiera.

⁵³ Lo cual se puede demostrar documentariamente a través de los contratos de inversión suscritos entre el inversionista y la entidad financiera así como en las remesas de capital

efectuada por la misma entidad financiera.

Siendo ello así, revisemos el texto del último párrafo del artículo 51 de la LIR. De una simple lectura se podrá apreciar que éste alude a que las pérdidas obtenidas en países o territorios de baja o nula imposición no serán tomadas en cuenta en la “compensación” de resultados de distintas fuentes productoras de renta extranjera. No obstante, a la interna de la determinación del resultado de cada fuente productora (es decir, antes de su compensación con otras fuentes productoras) no habría dicha limitante. Entonces, si entendemos por fuente productora a cada portafolio de inversión, dentro de la determinación del resultado de cada uno sí sería posible aplicar las pérdidas obtenidas en territorios de baja o nula imposición.

Lo expuesto se puede observar en el ejemplo que venimos replicando para cada interpretación:

Operación	USA	Francia	BVI	Bermuda	Panamá	Renta neta de fuente extranjera
Intereses y dividendos	1,000	500	200	1,000	2,000	4,700
Ganancias de capital	2,000	2,000	1,000	500	0	5,500
Pérdidas de capital	0	-2,000	-2,000	-1,000	-500	-5,500
Total país	3,000	500	-800	500	1,500	4,700

Apréciase que en este caso la pérdida obtenida en BVI sí se compensa con las rentas obtenidas en los otros territorios, generándose como renta neta de fuente extranjera el propio resultado neto del portafolio de inversión, es decir, 4,700. Ello refleja que a la interna de cada fuente productora (o portafolio de inversión) no se estaría produciendo ninguna distorsión, en el sentido que la ganancia para fines tributarios coincidiría con la ganancia para efectos comerciales.

Ahora bien, cuando un contribuyente ostente más de un portafolio de inversión⁵⁴ u otras fuentes productoras de renta extranjera (i.e. un negocio), sí podría ocurrir que si el resultado neto de un portafolio de inversión fuese pérdida y ésta hubiese sido generada como consecuencia de computarse pérdidas de capital provenientes de paraísos fiscales, tal pérdida no podría compensarse con la renta neta obtenida en la gestión de otro portafolio de inversión o en la renta derivada de otro tipo de rentas de fuente extranjera.⁵⁵

En este contexto, nos adherimos a la tercera interpretación antes comentada. Ciertamente, si partimos de la premisa que el contribuyente tiene el derecho a la compensación de pérdidas,⁵⁶ toda norma destinada a la restricción de un derecho,

transferidas originalmente y en oportunidades posteriores por los inversionistas a los bancos de inversión.

⁵⁴ Donde éstos sean incluso administrados por distintos bancos de inversión.

⁵⁵ En el ejemplo que venimos desarrollando, si además del portafolio de inversión en el cual el contribuyente ha obtenido una ganancia neta de 4,700, tuviere otra cartera en la cual el resultado fuere una pérdida de (1,000) y ésta se hubiere generado, entre otras variables, como consecuencia de computar una pérdida proveniente de Islas Caimán por el importe de (2,000), la referida pérdida de (1,000) no podría compensarse contra la renta de 4,700, siendo la renta neta de fuente extranjera precisamente los 4,700.

⁵⁶ No es materia de la presente ponencia la controversia relativa a si la compensación de

como sería la relativa a la imposibilidad de compensar pérdidas provenientes de paraísos fiscales, debe ser interpretada restrictivamente a efectos de salvaguardar los derechos del contribuyente.

En el mismo sentido, a falta de precisión acerca del término “fuente productora”, no consideramos que deba circunscribirse necesariamente al ámbito geográfico de cada paraíso fiscal, lo cual podría ser arbitrario. Nos parece más razonable considerar como fuente productora al portafolio de inversión en su conjunto, el mismo que provendría del mismo origen (el capital colocado por el inversionista) con el mismo propósito (ser invertido para generar rentas pasivas en el exterior).

Finalmente, se podría ensayar una última interpretación, ciertamente más controvertida, sobre la restricción a la compensación de pérdidas provenientes de paraísos fiscales. Según esta posición, el artículo 51 de la LIR se circunscribiría únicamente a los resultados obtenidos en el exterior atribuibles a un periodo o ejercicio gravable, a diferencia de lo que ocurre con las ganancias o pérdidas de capital, que, por el contrario, se generan inmediatamente al momento de la realización de una determinada transacción. Entonces, el último párrafo del artículo 51 de la LIR no estaría restringiendo la compensación de pérdidas “de capital”, sino que, en todo caso, dicha tarea estaría encomendada al inciso m) del artículo 44 del mismo cuerpo legal.

Sin embargo, como hemos señalado previamente, el mencionado inciso m) únicamente impediría la deducibilidad de pérdidas de capital derivadas de valores mobiliarios emitidos por entidades ubicadas en paraísos fiscales cuando el adquirente de los mismos a su vez esté ubicado en tales territorios. Siendo ello así, si el adquirente se tratase de un sujeto ubicado en el Perú o en cualquier otro territorio no considerado como de baja o nula imposición, las referidas pérdidas de capital serían deducibles sin limitación alguna contra las rentas obtenidas de la enajenación de valores mobiliarios en el exterior.

Si extrapolamos esta última interpretación al ejemplo propuesto, considerando que tanto las ganancias como las pérdidas de capital por venta de valores en las cinco jurisdicciones ascienden a 5,500, la totalidad de las pérdidas de capital sería computable, siendo el resultado de 0 en el rubro de resultados de enajenación de valores mobiliarios. A ello habría que añadir los 4,700 obtenidos por concepto de intereses y dividendos, siendo en consecuencia la renta neta de fuente extranjera precisamente los 4,700.

No compartimos esta última posición toda vez que en la LIR las enajenaciones de valores mobiliarios se encuadran en un régimen cedular (de la segunda categoría), según el cual la renta o pérdida neta se obtiene al término del ejercicio gravable.⁵⁷

pérdidas es un derecho del contribuyente o una concesión del legislador.

A modo de referencia sobre esta premisa, obsérvese que la exposición de motivos de la Ley N° 27804, publicada en el año 2022 y modificó la LIR, prevé que la compensación de pérdidas no es un beneficio que el Estado conceda al contribuyente; por el contrario, es un derecho de los contribuyentes que permite evitar la imposición sobre rentas irreales, y que se encuentra consagrado en el principio de no confiscatoriedad, previsto en el artículo 74 de la Constitución Política del Perú.

Para mayor información, PORTO URRUTIA, Juan Pablo. Óp. Cit. Pág. 312.

⁵⁷ El segundo párrafo del artículo 36 de la LIR señala que las pérdidas de capital originadas en la enajenación de los bienes a que se refiere el inciso a) del artículo 2 de esta Ley (léase,

Incluso, a este mismo régimen se adicionan las rentas de capital obtenidas en el exterior a través del Mercado Integrado Latinoamericano.⁵⁸ Si bien no existe una norma específica para la generalidad de las rentas de fuente extranjera de esta naturaleza, pareciera razonable considerar que las rentas o pérdidas de capital se determinan finalmente dentro del ejercicio gravable, con lo cual no apreciamos válidas razones para no aplicar también el artículo 51 de la LIR a las rentas y pérdidas de capital.

A modo de conclusión sobre este extremo, pensamos que lo más revelador del recuento realizado de las distintas interpretaciones en relación a cómo aplicar la restricción a la compensación de pérdidas provenientes de paraísos fiscales, es que el último párrafo del artículo 51 de la LIR requiere urgentemente de un desarrollo a nivel reglamentario. Pensamos que a partir de la incorporación de normas a nivel del RLIR se podría aclarar finalmente cómo debe ser interpretada la restricción materia de análisis. Ello generará a su vez seguridad jurídica y evitará largos y costosos litigios entre el contribuyente y la Administración Tributaria, quienes naturalmente podrían optar por interpretar la norma de la manera más afín a sus intereses.

¿CUÁL ES EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL IMPUESTO A LA RENTA TRATÁNDOSE DE RENTAS DE FUENTE EXTRANJERA? ¿QUÉ METODOLOGÍA ESTABLECE LA LIR PARA DETERMINAR LA RENTA DE FUENTE EXTRANJERA SUJETA A TRIBUTACIÓN?

Los sujetos domiciliados en el Perú se encuentran sujetos a una imposición global sobre sus rentas, esto es, que deberán tributar con el IR tanto por sus rentas de fuente peruana como también por sus rentas de fuente extranjera.⁵⁹

Al respecto, en la LIR no existe una definición del concepto renta de fuente “extranjera”. Tampoco existe un listado de rentas que el legislador haya incluido dentro de dicha categoría. Por el contrario, los artículos 9 al 12 de la LIR contienen un conjunto de rentas que son consideradas como de fuente peruana, de ahí que será renta de fuente extranjera aquella que precisamente no es considerada como de fuente peruana.⁶⁰

Entonces, aquellos sujetos domiciliados en el Perú que obtengan rentas que no se puedan encuadrar dentro de los supuestos taxativos previstos en los referidos

valores mobiliarios) se compensarán contra la renta neta anual originada por la enajenación de los bienes antes mencionados. Las referidas pérdidas se compensarán en el ejercicio y no podrán utilizarse en los ejercicios siguientes.

⁵⁸ El segundo párrafo del artículo 51 de la LIR dispone que las personas naturales, sucesiones indivisas y sociedades conyugales que optaron por tributar como tales, domiciliadas en el país, que obtengan renta de fuente extranjera proveniente de la enajenación de los bienes a que se refiere el inciso a) del artículo 2 de esta Ley, que se encuentren registrados en el Registro Público de Mercado de Valores del Perú y siempre que su enajenación se realice a través de un mecanismo centralizado de negociación del país o, que estando registrados en el exterior, su enajenación se efectúe en mecanismos de negociación extranjeros, siempre que exista un Convenio de Integración suscrito con estas entidades o de la enajenación de derechos sobre aquellos, sumarán y compensarán entre sí dichas rentas y si resultara una renta neta, esta se sumará a la renta neta de la segunda categoría producida por la enajenación de los referidos bienes.

⁵⁹ Artículo 6 de la LIR.

⁶⁰ EDITORIAL ECONOMÍA Y FINANZAS. *Manual del Impuesto a la Renta*. Tomo I. Pág. 175

artículos 9 a 12 de LIR deberán considerarlas como de fuente extranjera. En línea con lo anterior, cabe resaltar que las rentas de fuente extranjera no son materia de categorización, como sí ocurre con las rentas de fuente peruana.

Una vez definidas qué rentas califican como de fuente extranjera, el contribuyente deberá proceder a su acumulación o compensación con pérdidas también de fuente extranjera, a efectos de determinar el resultado neto del exterior y solo si éste es positivo, el mismo se sumará a las rentas empresariales o del trabajo de fuente peruana del contribuyente, según sea el caso.⁶¹

A fines de la obtención de dicho resultado neto, la LIR permite que el contribuyente pueda deducir todos aquellos gastos necesarios para la producción de la renta de fuente extranjera o para el mantenimiento de su fuente. Así, al igual que para el caso de la determinación de las rentas de fuente peruana de índole empresarial,⁶² para el caso de las rentas de fuente extranjera rige también el principio de causalidad en materia tributaria, según el cual debe haber una conexión de necesidad entre el gasto incurrido y la producción de rentas gravadas o el mantenimiento de la fuente. De configurarse dicha conexión, el o los gastos incurridos serán deducibles para fines de la determinación de la renta neta de fuente extranjera e, incluso, podría ocurrir que en vez de producirse dicha renta neta, se determine una pérdida neta.

Asimismo, se incorpora una presunción relativa (es decir, que admite prueba en contrario), según la cual aquellos gastos incurridos en el exterior se entenderán vinculados con la generación de rentas de fuente extranjera. Se ha regulado además reglas de prorrata para la atribución de gastos cuando éstos incidan conjuntamente en la generación de rentas de fuente extranjera y de fuente peruana o cuando incidan únicamente en rentas de fuente extranjera pero que serán adicionadas a distintas rentas de fuente peruana del contribuyente.⁶³

TRATÁNDOSE DE RENTAS ASOCIADAS A INVERSIONES INMOBILIARIAS, ¿CÓMO CORRESPONDE EFECTUAR LA DETERMINACIÓN DE LA RENTA GRAVADA POR RENTAS PRODUCTO (E.G. ARRENDAMIENTOS)? ¿RESULTA PROCEDENTE EFECTUAR ALGUNA DEDUCCIÓN POR DESGATE? ¿DICHA DEDUCCIÓN TENDRÍA ALGUNA INCIDENCIA EN LA DETERMINACIÓN DE LA POSTERIOR GANANCIA DE CAPITAL EN LA ENAJENACIÓN DEL INMUEBLE?

Tal como hemos manifestado en la absolución de la pregunta anterior, el artículo 51 de la LIR prevé una regla general para la deducción de gastos, limitándose a señalar que se deducirá de la renta bruta los gastos necesarios para producirla y para mantener su fuente.

Nótese que, a diferencia de lo que ocurre con la deducción de gastos para efectos de la determinación de la renta neta de tercera categoría a que se refiere el artículo 37 de la LIR, el referido artículo 51 del mismo cuerpo legal no contiene un listado de limitaciones cuantitativas o formales que restrinjan el derecho a la deducción de los gastos vinculados con la generación de las rentas de fuente extranjera. Por el contrario, los gastos únicamente deberán tener la característica de necesarios, lo cual deberá ser evaluado en cada caso concreto, dependiendo de la naturaleza de la renta de fuente extranjera bajo examen.

⁶¹ Artículo 51 de la LIR.

⁶² Artículo 37 de la LIR.

⁶³ Artículo 51-A de la LIR.

En el mismo sentido, obsérvese que en el caso de las rentas de primera categoría obtenidas, entre otros, por el arrendamiento de bienes inmuebles en el Perú, el legislador limita la libre deducción de gastos incurridos para la generación de tales rentas, admitiendo por el contrario una deducción “por todo concepto” del 20% del total de la renta bruta.⁶⁴ Dicha deducción del 20% incluiría, entre otros conceptos, el desgaste sufrido por el bien inmueble materia de arrendamiento.

En este contexto, tomando en consideración que para la deducción de gastos vinculados a la obtención de rentas de fuente extranjera sólo se requiere acreditar el cumplimiento del principio de causalidad y que no hay ningún porcentaje de deducción ficta de gastos (como sí ocurre con los inmuebles arrendados en el Perú), consideramos que el desgaste del inmueble debería ser admitido como deducible a efectos de la determinación de la renta de fuente extranjera.

Ahora bien, surge la interrogante relativa a qué tasa de depreciación considerar para efectos del cómputo del desgaste del activo. Una alternativa es recurrir a la vida útil del mismo, considerando para tales efectos supletoriamente los criterios contables, que tendrían alcance internacional. Otra posibilidad es aplicar lo previsto por el artículo 39 de la LIR, según el cual los edificios y construcciones se deprecian a razón del 5% anual.⁶⁵ Finalmente, una tercera alternativa radica en considerar la tasa de depreciación tributaria aplicable en el país en el cual se encuentre ubicado el inmueble, según la legislación fiscal de la fuente.

Así las cosas, somos de la opinión que la problemática descrita en el párrafo anterior en relación a la tasa de depreciación aplicable debiera ser resuelta a través de una modificación legislativa, a partir de la cual en la propia LIR se señale la tasa de depreciación correspondiente, ya sea extendiendo los alcances del mencionado artículo 39 también para los inmuebles ubicados en el exterior –posición que compartimos– o regulando de manera independiente la depreciación de los mismos.

Lo que sí resulta claro, desde nuestro punto de vista, es que desde el momento en el cual el contribuyente tiene derecho a la deducción de la depreciación del inmueble, su costo computable se verá reducido ante una eventual enajenación futura, para efectos de determinar su ganancia o pérdida de capital. Un tratamiento distinto conllevaría a otorgarle un doble beneficio fiscal al contribuyente.⁶⁶

Lima, mayo de 2018.

-----O-----

⁶⁴ Artículo 36 de la LIR.

⁶⁵ Si bien la referida disposición no se circunscribe textualmente a la depreciación de edificios y construcciones ubicados en el Perú, por su ubicación sistemática en la LIR, se puede concluir que aplicaría precisamente para el caso de inmuebles localizados en nuestro país.

⁶⁶ El tratamiento descrito tendría un correlato en el artículo 20 de la LIR, a partir del cual si se trata de bienes depreciables, a efectos de la determinación del impuesto, el costo computable se disminuirá en el importe de las depreciaciones que hubiere correspondido aplicar de acuerdo a lo dispuesto por la propia LIR.