Subtema A:

DETERMINACIÓN DE LA RENTA DE FUENTE EXTRANJERA DE PERSONAS NATURALES DOMICILIADAS POR INVERSIONES EN EL MERCADO DE CAPITALES: DEDUCCIÓN DE GASTOS, PÉRDIDAS Y ALGUNOS TEMAS CONTROVERTIDOS

Ponente Individual: **Víctor Valdez Ramírez** (*)(**)

La presente ponencia expone el análisis crítico de las normas que regulan la determinación de la renta bruta y neta de fuente extranjera obtenida por personas naturales domiciliadas, haciendo hincapié en los aspectos relacionados a la determinación de las ganancias de capital, la compensación de pérdidas obtenidas en paraísos fiscales, entre otros aspectos relevantes.

En ese sentido, en la presente ponencia se intentará dar respuesta a algunas de las interrogantes planteadas por los ponentes generales en el Subtema A de las Directivas de las Jornadas, específicamente en lo relacionado a los siguientes temas: (a.1), referido al ámbito de aplicación del impuesto sobre las rentas de fuente extranjera; (a.3) referido a la deducción de gastos y pérdidas asociados a rentas de fuente extranjera; y, (a.4) referido a la determinación de las ganancias de capital de fuente extranjera. Cabe indicar, además, que el análisis efectuado en el presente trabajo se encuentra enfocado, fundamentalmente, en los aspectos relevantes de la tributación de personas naturales por sus inversiones en el mercado de capitales.

A efectos de brindar respuesta a estos temas, efectuaremos un desarrollo orgánico sobre los aspectos relevantes para determinar la renta de fuente extranjera sujeta a gravamen, abordando las preguntas formuladas en las Directivas de las Jornadas de manera orgánica, en cada uno de los acápites siguientes.

I. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE LAS RENTAS DE FUENTE EXTRANJERA

La Ley del Impuesto a la Renta (LIR)[1] contiene una regulación incipiente en lo referido a las rentas de fuente extranjera. Si bien existen disposiciones que se refieren específicamente a dicho tipo de rentas –especialmente los Artículo 51 y 51-A, a los que nos referiremos en los acápites siguientes–, lo cierto es que la LIR se caracteriza por una ausencia de regulación clara en materia de la determinación de la renta de fuente extranjera sujeta a tributación.

(*) Bachiller en Derecho y Abogado por la Universidad de Lima. Con estudios de Post-Grado en Tributación Internacional y en Derecho Financiero por la ESAN y por la Universidad del Pacífico, respectivamente. Asimismo, cuenta con estudios de especialización en Mercado de Capitales y en Instrumentos Financieros Derivados por el New York Institute of Finance. Asociado Senior de Rebaza, Alcázar & De las Casas.

(**) El presente trabajo ha sido elaborado en colaboración con Marialejandra Fedalto Castillo, Bachiller en Derecho por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas – UPC.

[1] Cuyo Texto Único Ordenado ha sido aprobado mediante Decreto Supremo Nº 179-2004–EF.

En este orden de ideas, en la medida que el presente trabajo tiene como propósito referirse a los aspectos normativos relevantes para la determinación de la renta de fuente extranjera sujeta a tributación, un primer aspecto a analizar viene determinado por el ámbito de aplicación del Impuesto a la Renta (IR) respecto de las rentas de fuente extranjera.

El ámbito de aplicación del IR se encuentra previsto por el Capítulo I de la LIR, que comprende sus Artículos 1 al 5-A. Dichos dispositivos son los que regulan los ingresos considerados "renta" para efectos tributarios y, por ende, la materia imponible en los términos entendidos por el IR peruano.

En líneas generales, el Artículo 1 de la LIR establece que el ámbito de aplicación del impuesto comprende:

a. 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.

b. Las ganancias de capital.

c. Otros ingresos provenientes de terceros.

d. Rentas imputadas, incluyendo las de goce o disfrute.

De manera previa se ha indicado que el ámbito de aplicación de la LIR determina las operaciones o ingresos gravados por el IR, por ello, sin perjuicio de las disposiciones adicionales que coadyuvan a determinar los demás aspectos relevantes para el gravamen, tales como el aspecto temporal del hecho imponible, los criterios de base jurisdiccional aplicables o los sujetos designados como contribuyentes o responsables, lo más relevante en el análisis de los hechos gravados es determinar si son pasibles o no del IR.

En líneas generales, el ámbito de aplicación adoptado por la LIR comprende la teoría de la fuente o teoría de la renta producto (que comprende los rendimientos de capital y las rentas del trabajo) y la teoría incremento patrimonial más consumo (que comprende las ganancias de capital, ingresos provenientes de terceros y las rentas imputadas).

En lo que respecta a los rendimientos del capital, la adopción de la teoría de la fuente o de la renta producto permite incluir en el ámbito de aplicación del IR de las personas naturales rendimientos de capital de diverso tipo, como es el caso de los intereses, regalías, dividendos e ingresos por la cesión onerosa de inmuebles.

Una mención adicional requiere el tratamiento de las ganancias de capital, también comprendidas en el ámbito de aplicación del IR en virtud al inciso b) del Artículo 1 de la LIR, cabe hacer una referencia mayor. De acuerdo con el Artículo 2 de la LIR, constituye ganancia de capital cualquier ingreso que provenga de la enajenación de bienes de capital; a su vez, dicho dispositivo establece que se entiende por "bienes de capital" a aquellos que no están destinados a ser comercializados en el ámbito de un giro de negocio o empresa.

Ahora bien, en tanto las definiciones de "ganancia de capital" y "bien de capital" adoptadas por el Artículo 2 de la LIR se encuentran enfocadas en operaciones realizadas por empresas, circunscribiéndolas a la enajenación de bienes cuya comercialización no forma parte del giro de negocio de una entidad, extrapolar dicho

concepto al caso de personas naturales que no realizan actividad empresarial, en principio, llevaría a concluir que constituye ganancia de capital gravada la renta obtenida en la realización de cualquier tipo de enajenación de bienes muebles o inmuebles. Ello por cuanto para una persona natural sin negocio, ningún tipo de bien se encuentra destinado a ser comercializado.

No obstante ello, el último párrafo del Artículo 2 de la Ley establece que tratándose de personas naturales, no constituye ganancia de capital gravable, el resultado de la enajenación de los siguientes bienes:

– Inmuebles ocupados como casa habitación.

– Bienes muebles distintos a los señalados por el inciso a) del propio Artículo 2, esto es, valores mobiliarios, categoría que incluye acciones, participaciones y en general títulos representativos de capital; bonos, papeles comerciales y en general títulos representativos de deuda; certificados de participación emitidos por Fondos Mutuos de Inversión en Valores; entre otros títulos.

Dicho de otro modo, de acuerdo con lo previsto por el Artículo 2 de la LIR, las ganancias de capital gravadas para el caso de las personas naturales son sólo aquellas generadas por:

– Inmuebles que no constituyan casa habitación[2].

– Valores mobiliarios en general.

En adición a lo antes expuesto, el Artículo 3 de la LIR incluye en el ámbito de aplicación del IR a los "ingresos provenientes de operaciones con terceros", que regulan las indemnizaciones recibidas por empresas, así como ingresos de cualquier tipo obtenidos por empresas en operaciones con terceros.[3]

Sin embargo, el último párrafo del Artículo 3 de la LIR contiene una regla aplicable expresamente a personas naturales, en virtud de la cual se comprende en el ámbito de aplicación del IR de dichos sujetos a las ganancias o ingresos que provengan de operaciones realizadas con instrumentos financieros derivados.

En definitiva, tratándose de personas naturales que no realizan actividad empresarial, el ámbito de aplicación del IR quedaría delimitado de la siguiente manera:

– Rendimientos de capital: intereses, dividendos y regalías.

– Ganancias de capital: procedentes de la enajenación de valores mobiliarios.

– Ganancias en operaciones con instrumentos financieros derivados.

En este punto, resulta de suma importancia destacar que los Artículos de la LIR anteriormente desarrollados no distinguen, en momento alguno, entre rentas de fuente peruana o rentas de fuente extranjera. En efecto, tales disposiciones delimitan

[2] El concepto de "casa habitación" se encuentra previsto en el Artículo 1-A del Reglamento de la LIR.

[3] Este supuesto es posteriormente desarrollado en el inciso g) Artículo 1 del Reglamento de la LIR.

el ámbito de aplicación del IR basándose en la naturaleza de las operaciones o eventos que dan origen a los elementos de renta susceptibles de someterse a tributación.

A mayor detalle, debemos destacar que la distinción entre rentas de fuente peruana y rentas de fuente extranjera se da, orgánicamente, en un momento posterior a la definición del ámbito de aplicación del IR. En efecto, nótese que la calificación de un elemento de renta como uno de fuente local o extranjera parte de los criterios de base jurisdiccional, previstos en los Artículo 9 y siguientes de la LIR. Asimismo, la posterior referencia a las rentas de fuente extranjera se da en los Artículos 51 y 51-A de la LIR, referidos a la determinación del IR.

A nuestro modo de ver, el ámbito de aplicación del IR define los alcances de la imposición a la renta en su conjunto. La posterior categorización de rentas, como elementos sujetos a tributación bajo las reglas aplicables a las rentas de fuente peruana o extranjera supone cuestiones que atañen a la "forma" en que se sujeta a tributación un elemento de renta. Sin embargo, para que el gravamen sea viable, bajo cualquier régimen establecido por la LIR, antes debe analizarse y verificarse que nos encontramos frente a una renta comprendida en el ámbito de aplicación del IR. De lo contrario, el gravamen no sería viable.

En este punto cabe referirnos al Informe Nº 129-2007-SUNAT/2B0000, en el que la Administración Tributaria analizó si la cesión definitiva de una marca efectuada por una persona natural –que no genera renta de tercera categoría– obtiene un ingreso afecto al IR. La consulta tuvo su origen en que el inciso d) del Artículo 24 de la LIR califica como renta de segunda categoría el producto de la cesión definitiva de marcas, lo que sugeriría que tales operaciones se encontrarían sujetas a gravamen. Sin embargo, la SUNAT, con buen criterio, concluyó que tales ingresos no se encuentran sujetos a imposición, al no encontrarse dentro del ámbito de aplicación del IR para las personas naturales sin negocio.

La relevancia del criterio anterior radica en que corrobora que el ámbito de aplicación del IR es lo que determina las rentas sujetas a tributación, siendo que estas disposiciones prevalecen sobre la categorización de rentas que la LIR posteriormente establezca. En el caso concreto analizado en el informe anterior, se concluyó que los ingresos procedentes de la venta de marcas no constituían renta gravada, pese a encontrarse categorizadas como renta de segunda categoría por la LIR, debido a que dicho elemento de renta no se encontraba en el ámbito de aplicación del IR. Con el mismo criterio, cualquier renta que tenga su origen en operaciones internacionales o en territorios extranjeros, que no se encuentre dentro de los alcances del ámbito de aplicación del IR, no podrá sujetarse a tributación localmente, sea como renta de fuente peruana o extranjera.

II. EL PROCESO PARA LA DETERMINACIÓN DE LA RENTA DE FUENTE EXTRANJERA SUJETA A TRIBUTACIÓN

En líneas generales, la determinación del IR sobre las rentas de fuente extranjera es similar a la determinación de la imposición sobre las rentas de fuente peruana. En ambos casos, el IR se calcula sobre la base de la renta neta.

Ahora bien, la determinación de la renta neta pasa definir las fases de depuración de las rentas obtenidas por los contribuyentes, con las deducciones que la LIR permite para tales efectos.

En líneas generales, ello supone básicamente dos etapas conforme a la normativa

vigente: la determinación de la renta bruta, según lo previsto por el Artículo 20 de la LIR, y la determinación de la renta neta, según lo previsto por su Artículo 51-A.

En este punto, debemos destacar que la determinación de la renta bruta se rige por lo dispuesto por el Artículo 20 de la LIR, tanto en lo referido a las rentas de fuente peruana, como en lo referido a las rentas de fuente extranjera. En efecto, el Artículo 20 de la LIR no distingue entre dicha clasificación, limitándose a regular la determinación de la renta bruta, en lo pertinente, los términos siguientes:

> *"La renta bruta está constituida por el conjunto de ingresos afectos al impuesto que se obtenga en el ejercicio gravable.*
>
> *Cuando tales ingresos provengan de la enajenación de bienes, la renta bruta estará dada por la diferencia existente entre el ingreso neto total proveniente de dichas operaciones y el costo computable de los bienes enajenados (…)".*

Por su parte, el Artículo 51-A de la LIR, referido específicamente a la determinación de la renta neta de fuente extranjera, señala lo siguiente:

> *"A fin de establecer la renta neta de fuente extranjera, se deducirá de la renta bruta los gastos necesarios para producirla y mantener su fuente."*

Nótese que el tenor de dicho del Artículo 20 de la LIR no distingue entre determinación del IR sobre rentas de fuente peruana o extranjera, sino a la determinación de la renta bruta en general. Por ende, al no existir distinción alguna, lo razonable es entender que dichas reglas aplican en ambos casos.

El Artículo 51-A, al regular la determinación de la renta neta de fuente extranjera, establece como punto de partida la "renta bruta", indicando que de ella se deducirán los "gastos" que cumplan con el principio de causalidad. En este punto cabe destacar que, si bien dicho dispositivo alude a la "renta bruta", no contiene mayores lineamientos sobre dicha categoría. Esta circunstancia, y la ausencia en la LIR de un dispositivo que se refiera a la "renta bruta de fuente extranjera", en nuestra opinión, es una razón adicional para concluir que la determinación de la renta bruta debe realizarse bajo los lineamientos previstos por el Artículo 20 de la LIR.

En consecuencia, la imposición sobre la renta de fuente extranjera deberá realizarse bajo la siguiente secuencia metodológica:

Fase inicial	Deducción	Producto	Base legal
Ingresos brutos (*)	Devoluciones, bonificaciones y descuentos	Ingresos netos	Artículo 20 de la LIR
Ingresos netos	Costo computable	Renta bruta	
Renta bruta	Gastos	Renta neta	Artículo 51-A de la LIR

(*) Categoría definida por el propio Artículo 20 de la LIR como "la totalidad de los ingresos afectos al IR".

III. LA RENTA BRUTA DE FUENTE EXTRANJERA: TEMAS CONCERNIENTES A LAS GANANCIAS DE CAPITAL

Conforme a lo antes expuesto, la determinación de la renta bruta de fuente extranjera debe realizarse bajo la metodología prevista por el Artículo 20 de la LIR.

En el caso de personas naturales, la determinación de la renta bruta tiene relevancia específicamente en lo relacionado a las ganancias de capital, en tanto dicho tipo de renta proviene de la enajenación de bienes.

Al respecto, el segundo párrafo del anteriormente citado Artículo 20 de la LIR señala que cuando los ingresos afectos al IR provengan de la enajenación de bienes, la renta bruta estará dada por la diferencia entre el ingreso neto procedente de la operación y el costo computable de los bienes enajenados.

A estos efectos, los ingresos provenientes de la operación serán equivalentes al valor de transferencia en la enajenación de los valores mobiliarios o inmuebles[4]; mientras que el costo computable será el que se determine por aplicación los Artículos 20 y 21 de la LIR que, normalmente, será equivalente al precio de adquisición de los bienes enajenados.

En los dos acápites siguientes se exponen algunos problemas identificados en la determinación de la renta bruta de fuente extranjera.

a. Sustento de costo computable con comprobantes de pago

Desde el 1 de enero de 2013, con la vigencia de las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo 1112, el Artículo 20 de la LIR condiciona la deducción del costo computable a su sustento con comprobantes de pago.

En efecto, el segundo párrafo del antes citado Artículo 20 señala lo siguiente:

> *Cuando tales ingresos provengan de la enajenación de bienes, la renta bruta estará dada por la diferencia existente entre el ingreso neto total proveniente de dichas operaciones y el costo computable de los bienes enajenados, <u>siempre que dicho costo esté debidamente sustentado con comprobantes de pago</u>".*

Posteriormente, el cuarto párrafo del Artículo 20 de la LIR indica las siguientes excepciones a la obligación de sustentar el costo computable con comprobantes de pago:

i. Cuando el enajenante perciba rentas de la segunda categoría por la enajenación del bien.

ii. Cuando de acuerdo con el Reglamento de Comprobantes de Pago no sea obligatoria su emisión; o,

[4] En estricto, de acuerdo con el Artículo 20 de la LIR los ingresos netos son equivalentes a los ingresos brutos menos las devoluciones, bonificaciones y descuentos. No obstante, tales categorías se presentan tratándose de la enajenación de existencias, es decir, en operaciones de comercialización de bienes con ánimo empresarial. Tratándose de personas naturales que no realizan actividad empresarial y enajenan bienes en operaciones que generan ganancias de capital, tales situaciones no se presentan.

iii. Cuando de conformidad con el Artículo 37 de la LIR, se permita la sustentación del gasto con otros documentos, en cuyo caso el costo podrá ser sustentado con tales documentos.

Nótese que la exigencia de sustentar costos con comprobantes de pago se ha planteado de forma genérica y transversal en el artículo materia de análisis, por lo que, en principio, cualquier costo computable, requeriría ser sustentado con Comprobantes de Pago a efectos de su deducción, sea que se encuentre relacionado a la determinación de rentas brutas de fuente peruana o extranjeras.

Asimismo, cabe destacar que no se ha contemplado ningún supuesto de excepción aplicable a las operaciones afectas a la generación de rentas de fuente extranjera de la exigencia general de sustentar costos con comprobantes de pago.

Esta situación constituye una exigencia desproporcionada y, a nuestro modo de ver, un claro error legislativo, considerando que para estos efectos se entiende por "comprobante de pago" a aquel documento emitido de acuerdo con la legislación peruana. Como puede fácilmente advertirse, resulta imposible exigir la emisión de este tipo de documentos en operaciones en mercados financieros del exterior.

En este punto, resulta curioso referirnos a la primera de las excepciones previstas por el Artículo 20 de la LIR, referido a los supuestos de sujetos perceptores de rentas de segunda categoría, esto es, rentas de fuente peruana. La Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1112 sustentó dicha excepción en los términos siguientes:

> *"Tratándose de rentas de la segunda categoría. Si bien la deducción del costo computable para determinar la renta bruta de esta categoría debe ser sustentada con documentación idónea, no resulta pertinente, sin embargo, exigir dicho sustento con comprobantes de pago, toda vez que las personas naturales generan rentas de la segunda categoría por la enajenación de solo dos tipos de bienes: inmuebles que no califiquen como casa habitación y valores mobiliarios (…). En ambos casos, si el bien se adquirió de un sujeto generador de rentas de la tercera categoría, éste no podría emitir factura a la persona natural adquirente, sino una boleta de venta que no permite sustentar costo de acuerdo con el Reglamento de Comprobantes de pago; y si fuera otra persona natural no habitual en a la enajenación de inmuebles o valores mobiliarios, tendría que solicitar un Formulario Nº 820, lo que generaría una carga administrativa innecesaria tanto para los contribuyentes como para la administración tributaria. Además, la exigencia de comprobantes de pago podría presentar un problema serio para estos contribuyentes, pues se trata de personas naturales que no realizan actividad empresarial y que perciben una ganancia al enajenar, por ejemplo, un inmueble cuyo mayor valor ha podido ser generado a lo largo de muchos años."*

Las consideraciones antes expuestas resultan, ciertamente, atendibles y justifican plenamente la excepción incorporada al Artículo 20 de la LIR. Sin embargo, resulta cuestionable que esas mismas consideraciones no hayan sido materia de evaluación respecto de personas naturales que enajenan valores mobiliarios o inmuebles extranjeros. Se trata, en nuestra opinión, de una clara omisión legislativa, en el marco de una modificación que, aparentemente, no tomó en consideración los verdaderos alcances del Artículo 20 de la LIR al definir la "renta bruta".

Con relación a la segunda excepción, referida a los casos en los que según el Reglamento de Comprobantes de Pago no corresponde emitir dichos documentos, cabe indicar que tales casos están previstos en su Artículo 7, y ninguno de ellos se

refiere a los casos de adquisición de instrumentos o bienes extranjeros. Asimismo, la tercera excepción tampoco resulta aplicable, al referirse a supuestos de gastos previstos por el Artículo 37 de la LIR cuya deducción puede ser sustentada con documentos diferentes a Comprobantes de Pago, como es el caso de gastos por movilidad o viáticos, que pueden ser sustentados con planillas o declaraciones juradas, entre otros casos puntuales. En suma, ninguna de estas dos excepciones permite brindar una solución al sustento de costos tratándose de la adquisición y enajenación de valores mobiliarios o inmuebles extranjeros.

Desde nuestra perspectiva, lo correcto hubiera sido remitir el sustento documentario de costos se sujete a una regla equivalente a la prevista por el Artículo 51-A de la LIR[5], la cual admite que los gastos incurridos en el exterior se sustenten con los documentos emitidos con los documentos previstos por la normativa aplicable en la jurisdicción correspondiente.

b. Tipo de cambio aplicable para determinar las ganancias de capital

Como se ha indicado anteriormente, la determinación de las ganancias de capital de fuente extranjera implica restar el costo computable de los bienes del precio de enajenación de los mismos. Considerando que las rentas de fuente extranjera usualmente se encuentran en moneda extranjera, la determinación de dicha ganancia de capital supone la conversión del precio de adquisición y el precio de enajenación a moneda nacional.

Ahora bien, la conversión de tales bases a moneda nacional no se encuentra regulada en la LIR o en su Reglamento, siendo así se plantea el problema de la metodología de cálculo aplicable para dicha conversión.

Sobre lo anterior, el Tribunal Fiscal ha indicado mediante la Resolución Nº 00353-11-2011, en el que se analizó un caso de recuperación de capital invertido, que "*el costo computable constituye un elemento de la determinación de la obligación tributaria del Impuesto a la Renta*", por lo que en el caso analizado concluye:

> *"Que siendo que la adquisición de las mencionadas acciones fue por un valor de US$ 490 000,00, US$ 392 000,00 y US$ 1 357 700,00, datos respecto de los cuales no existe controversia, esto es, en moneda extranjera, correspondía, para determinar su costo computable, hacer la conversión a moneda nacional, aplicando para tal efecto el tipo de cambio vigente a la fecha de las operaciones de compra de tales acciones (2 de enero y 18 de junio de 1999 y 26 de abril de 2004) que para estos efectos era de S/. 3,159 S/. 3,334 y S/. 3,479 respectivamente, obteniéndose como valores de adquisición los importes de S/. 1 547 910,00 S/. 1 306 928,00 y S/. 4 723 438,30, los que suman un total de S/. 7 578 276,30."*

Sobre este punto, mediante el Acuerdo de Sala Plena Nº 2014-19, se declaró el criterio antes mencionado como uno de carácter recurrente, dando lugar a la emisión de la Resolución Nº 11869-5-2014, en la que se declara como precedente de observancia obligatoria el siguiente criterio:

> *"Para efecto de la emisión de la certificación de la recuperación de capital invertido, respecto de adquisiciones en moneda extranjera, se debe aplicar*

[5] En este mismo sentido: MUÑOZ SALGADO, Silvia. "Comentarios a las modificaciones de la Ley del Impuesto a la Renta introducidos por los Decretos Legislativos Nºs 1112, 1120 y 1124 (Primera Parte)". En: *AELE*, Agosto de 2012, Pág. 16.

el tipo de cambio vigente a la fecha de las operaciones de compra y no aquél vigente a la fecha sólo se produjo el reconocimiento de la administración del costo computable respectivo".

Sobre el particular, como primer punto, debemos aclarar que la jurisprudencia antes citada se encuentra referida a casos de recuperación de capital invertido, en las que los contribuyentes eran sujetos no domiciliados. Sin embargo, en nuestra opinión, en el caso específico materia de análisis, el tratamiento aplicable en los casos de recuperación de capital invertido por parte de sujetos no domiciliados no debería diferir del tratamiento aplicable a personas naturales domiciliadas.

En este punto, resulta de suma importancia destacar que la adopción de dicha metodología determina la cuantificación de ganancias o pérdidas de capital en dimensiones totalmente distintas frente a escenarios en los que el resultado se calcula, directamente, en moneda extranjera.

En efecto, el costo de adquisición en moneda extranjera, al ser convertido a moneda nacional, se deprecia o aprecia en función al tipo de cambio mayor o menor comparado con el tipo de cambio aplicable al precio de enajenación. Ello resulta en una mayor o menor ganancia de capital en moneda nacional sin que necesariamente este resultado sea equivalente desde la perspectiva económica del contribuyente. Se plantea el siguiente ejemplo numérico:

Concepto	Costo de Adquisición	Precio de venta
Precio	USD 100	USD 110
Tipo de cambio	3.15	3.3
Valor en PEN	315	363

En este esquema el cálculo de la ganancia de capital puede realizarse bajo dos metodologías:

Escenario	Precio de venta	Costo computable	Ganancia	Tipo de cambio	En PEN
En USD	110	100	10	3.3	33
En PEN	363	315	48	-	48

En la práctica, la aplicación de distintos tipos de cambio para calcular las ganancias o pérdidas procedentes de este tipo de operaciones puede ser materia de cuestionamiento desde diversas aristas. Algunos de estos aspectos se discuten en los párrafos siguientes.

i) Razonabilidad de la distinción de tipos de cambio diferenciados para el precio de venta y el costo computable

Es tema es, al menos, cuestionable. Un inversionista que realiza adquisiciones y ventas de valores mobiliarios en moneda extranjera, en rigor, se encuentra realizando inversiones en moneda extranjera al ser la moneda que en la práctica es la más usada en los mercados financieros. Desde esta perspectiva, por ende,

lo más razonable parece ser realizar la determinación de ganancias o pérdidas en la misma denominación en que se realizó la inversión.

El problema es, sin embargo, que la determinación del IR se realiza sobre la base de la moneda nacional. Como correctamente apunta el Tribunal Fiscal en la Resolución Nº 00353-11-2011, el costo computable constituye un elemento en la determinación del IR. Como tal, resulta sumamente cuestionable que se admita su expresión en moneda extranjera. En efecto, siendo estrictos, el costo computable debería venir representado por el detrimento económico destinado a la adquisición de un bien, tomando en cuenta la moneda del entorno en el cual deba determinarse el impuesto. Desde nuestra perspectiva, esta línea de pensamiento constituye una justificación más que razonable para realizar el cálculo de las ganancias de capital con tipos de cambio diferenciados a nivel de costo computable y de valor de venta.

Nótese que una conclusión distinta implicaría admitir que un elemento para la determinación del IR pueda encontrarse denominado en moneda extranjera, lo cual resulta, en nuestra opinión, al menos cuestionable.

ii) ¿La aplicación de diferentes tipos de cambio implica el reconocimiento de "diferencia de cambio" para personas naturales?

Un segundo tema a evaluar es si la aplicación de tipos de cambio diferenciados sobre valor de venta y costo computable es consecuencia del reconocimiento de "diferencia de cambio" en cabeza de personas naturales.

Con relación a este tema, en el informe Nº 197-2006-SUNAT/2B0000 la Administración Tributaria concluyó que el Artículo 61 de la LIR, el cual regula la diferencia de cambio, no es aplicable tratándose de personas naturales pues las reglas que establece solo podrán observarse en tanto el contribuyente se encuentre obligado a llevar los libros contables.

En nuestra opinión, resulta claro que las personas naturales no se encuentran obligadas a reconocer ganancias o pérdidas por "diferencia de cambio" para la determinación del IR. Sin embargo, dicha circunstancia, desde una perspectiva legal, no tiene ninguna relevancia en el debate sobre el tipo de cambio aplicable en el caso de las ganancias de capital y el costo computable.

Al respecto, el concepto *diferencias de cambio* ha sido definido en reiterada jurisprudencia desde la definición contable. Así, por ejemplo, mediante la Resolución Nº 02760-5-2006 el Tribunal Fiscal señaló lo siguiente:

> *"El Plan Contable General Revisado define a las diferencias de cambio como las ganancias o pérdida originada por la variación del tipo de cambio de la moneda nacional respecto de una divisa cuando se mantienen activos o pasivos en moneda extranjera; y que el considerando 37 de la NIC 1: Presentación de Estados Financieros, prescribe que las ganancias o pérdidas producidas por un grupo de transacciones similares se presentan a su importe neto tales como ganancias o pérdidas por diferencia de cambio".*

En líneas generales, la diferencia de cambio constituye un resultado derivado de la reexpresión contable de partidas monetarias denominadas en moneda extranjera, utilizando diferentes tipos de cambio, por efecto de la fluctuación del valor de la moneda.

No obstante, en el análisis anterior, las diferencias que se presentan en el cálculo de ganancias de capital no tienen su origen en la reexpresión de partidas monetarias y en el reconocimiento de ganancias o pérdidas como consecuencia de ello, sino en el reconocimiento del costo computable a un tipo de cambio fijo, sobre la base de que el detrimento económico destinado a la adquisición de un activo se realizó sobre la base de un único desembolso, cuantificado en función al valor de la moneda local en el momento de la adquisición.

En este sentido, pese a que desde una perspectiva económica el efecto del reconocimiento del costo computable tomando un tipo de cambio fijo puede resultar en efectos equivalentes al reconocimiento de diferencia de cambio, legalmente dicha circunstancia no se presenta.

iii) Aplicación del Artículo 50 del Reglamento

El Artículo 50 del Reglamento de la LIR dispone que, en el caso de contribuyentes no autorizados a llevar contabilidad en moneda extranjera, el impuesto que corresponda a rentas en moneda extranjera se pagará en moneda nacional conforme a lo siguiente:

– La renta en moneda extranjera se convertirá a moneda nacional al tipo de cambio vigente a la fecha de percepción de la renta.

– Se utilizará el tipo de cambio promedio ponderado compra cotización de oferta y demanda que corresponde al cierre de operaciones del día de percepción de la renta, de acuerdo con la publicación que realiza la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

En este punto, cabe cuestionarse si al hacer referencia a “rentas en moneda extranjera”, el Artículo 50 del Reglamento podría interpretarse en un sentido que permita entender, para el caso de las ganancias de capital, que éstas pueden ser determinadas en moneda extranjera y sólo la ganancia así determinada, ser convertida a moneda nacional de acuerdo con el tenor de dicho artículo.

Al respecto, en nuestra opinión la mención a “rentas” no puede ser entendido, estrictamente, como una categoría equiparable a “renta bruta”. Desde nuestra perspectiva, en este dispositivo el legislador ha utilizado la expresión “renta” en sentido lato, para referirse, genéricamente, a ingresos comprendidos en el ámbito de aplicación del IR denominados en moneda extranjera. Esta situación, a nuestro parecer, no permite concluir que se esté permitiendo efectuar la determinación de la renta bruta (o neta) en moneda extranjera, debiendo mantenerse la cuantificación de los elementos para cuantificar la renta gravada obtenida por los contribuyentes en moneda nacional, lo que incluye el costo computable en los casos de ganancias de capital.

Como se observa los acápites precedentes, en nuestra opinión, resulta complicado sustentar, desde una perspectiva estrictamente legal, que las ganancias de capital puedan ser determinadas en moneda extranjera (o, lo que es lo mismo para efectos prácticos, que el costo incurrido en moneda extranjera deba convertirse al mismo tipo de cambio que el precio de venta en la enajenación de valores o inmuebles). Ello pese a que desde una perspectiva económica dicha metodología pueda resultar poco razonable en casos de inversiones mantenidas en moneda extranjera a mediano plazo, en las que, en realidad, los resultados determinados responderán más a efectos cambiarios que a ganancias a disposición efectiva del inversionista.

Como último punto, cabe referirnos a las disposiciones del Decreto Legislativo 1264 – Régimen Temporal y Sustitutorio del IR para la Declaración, Repatriación de Inversión de Renta No Declaradas, y su Reglamento, las cuales contemplaron un régimen especial que permitió, excepcionalmente, que las ganancias de capital se cuantifiquen en moneda extranjera para su posterior conversión a moneda nacional.

Al respecto, en el Informe Nº 077-2017-SUNAT/5D0000 la Administración Tributaria sostuvo lo siguiente al analizar tales disposiciones:

> *"En ese sentido, tratándose de renta no declarada que constituya ganancia de capital, al ser el ingreso neto la diferencia entre el ingreso bruto y el costo computable, no se requiere la conversión de estos últimos conceptos, en tanto tal conversión ha sido prevista respecto del ingreso neto que es la diferencia antes mencionada.*
>
> *En tal virtud, para determinar la renta no declarada que constituya ganancia de capital a efectos de acogerse al Régimen, de haberse adquirido y vendido acciones y/o participaciones en moneda extranjera, no será necesario que el ingreso bruto y el costo computable se conviertan a moneda nacional, toda vez que la normativa del Régimen ha establecido un tipo de cambio para la conversión del ingreso neto cuando este hubiese sido percibido en moneda extranjera."*

Como se observa, en el caso específico del Régimen incorporado por el Decreto Legislativo 1264, no se requirió la conversión de costos y precios de venta a diferentes tipos de cambio. Sin embargo, ello se debió a la existencia de categorías especiales incorporadas por dicho dispositivo y normas reglamentarias, que incluían un concepto especial de "ingreso neto" y contemplaban tipo de cambio específicos para dichos efectos.

Desde nuestra perspectiva, el que se haya requerido de un régimen especial para admitir la determinación de las ganancias de capital en moneda extranjera, pone de relieve el carácter excepcional de dicha metodología, la cual es susceptible de ser extrapolada al régimen general del IR, actualmente vigente.

IV. DETERMINACIÓN DE LA RENTA NETA DE FUENTE EXTRANJERA

De acuerdo con el Artículo 51-A de la LIR a fin de establecer la renta neta de fuente extranjera, se deducirá de la renta bruta los gastos necesarios para producirla y mantener su fuente. Agrega que salvo prueba en contrario, se presume que los gastos en que se haya incurrido en el exterior han sido ocasionados por rentas de fuente extranjera.

Sobre la determinación de la renta bruta, como se ha indicado anteriormente pese al problema normativo generado con la publicación del Decreto Legislativo 1112, las disposiciones que deben aplicarse a la determinación de la renta bruta de fuente extranjera son las reguladas en el Artículo 20 de la LIR.

Sin perjuicio de ello, para la determinación de la renta neta de fuente extranjera surge la interrogante de cuáles son los gastos aplicables para su determinación. Al respecto, consideramos que en primer lugar deben entenderse como gastos admitidos aquéllos que cumplan con el "Principio de Causalidad". Ello por cuanto la norma precisa en su redacción que los gastos deben ser "necesarios" para producir la renta y mantener su fuente.

Nótese que nos encontramos, en principio, frente a la misma condición que requiere el Artículo 37 de la LIR para la deducción de gastos en la determinación del IR sobre rentas de tercera categoría. Cabe cuestionarse, entonces, si las restricciones o condicionamientos especiales contenidos en los diversos incisos del Artículo 37 de la LIR resultan aplicables para definir la deducción de gastos en la determinación de la renta neta de fuente extranjera.

A nuestro parecer, resulta claro que dichas restricciones no resultan aplicables. En efecto, nótese que el Artículo 37 de la LIR, y complementariamente su Artículo 44, hacen referencia expresa al régimen de la tercera categoría, por lo que su aplicación no podría hacerse extensiva a las rentas de fuente extranjera, sea que éstas califiquen como rentas empresariales o pasivas.

En consideración a lo anterior, las personas naturales que obtengan rentas de fuente extranjera se encontrarán facultadas a deducir de las mismas, de manera general, cualquier gasto incurrido que cumpla con guardar relación con la generación de mayor renta gravada o con el mantenimiento de su fuente productora de renta. Este sería el caso, por ejemplo, de gastos financieros originados en préstamos contratados para realizar inversiones apalancadas en activos financieros del exterior, así como comisiones de administración en cuentas de inversión, comisiones cargadas en la venta de valores por brókers, entre otros conceptos análogos. Nótese que esto constituye una diferencia sustancial a lo que ocurre con la determinación de la renta de segunda categoría –es decir, rentas de capital de fuente peruana– caso en el cual no se admite la deducción de gastos[6].

De otro lado, cabe resaltar que los gastos incurridos en el extranjero tienen como único requisito de sustento que se encuentren acreditados con documentos emitidos en el exterior de conformidad a las disposiciones legales del país respectivo, siempre que conste en ellos, por lo menos, el nombre, denominación o razón social y el domicilio del transferente o prestador del servicio, la naturaleza u objeto de la operación; y, la fecha y el monto de la misma, tal como lo dispone el Artículo 51-A de la LIR.

Como último punto, cabe indicar que la deducción de gastos deberá reconocerse sobre la base de aquellas erogaciones efectivamente incurridas y pagadas por el inversionista. Al respecto, nótese que de acuerdo con el Artículo 57 de la LIR, el reconocimiento de gastos deberá efectuarse siguiendo los mismos criterios aplicables para la imputación de rentas.

Tratándose de rentas de fuente extranjera, el inciso c) del segundo párrafo del Artículo 57 de la LIR señala que éstas se reconocerán bajo el principio del devengado cuando provengan de la explotación de un negocio o empresa en el exterior, esto es, cuando tengan la condición de rentas activas o empresariales. Por su parte, el inciso d) del citado dispositivo establece que en los demás casos resultará aplicable el criterio del percibido.

Como puede advertirse, tratándose de personas naturales que realizan inversiones pasivas en el mercado de capitales, el inciso c) antes citado no resulta aplicable, al no encontrarnos frente a rentas activas o empresariales. Por ende, este tipo de rentas deberán reconocerse sobre la base del percibido.

---

[6] Ello en la medida que el Artículo 36 de la LIR prevé una deducción de 20% sobre la renta bruta por todo concepto, monto que, teóricamente, comprende cualquier gasto incurrido por el contribuyente asociado a la generación de rentas del capital de segunda categoría.

De este modo, en tanto corresponde aplicar el mismo criterio de reconocimiento para ingresos y gastos, tal como dispone el propio Artículo 57 de la LIR, los gastos deberán ser reconocidos sobre la base de las erogaciones efectivamente pagadas o puestas a disposición de su beneficiario.

V. COMPENSACIÓN DE PÉRDIDAS DE FUENTE EXTRANJERA Y ALCANCES DEL ARTÍCULO 51 DE LA LIR

Hasta este punto, nos hemos referido a los temas relevantes para la determinación de la renta bruta y neta de fuente extranjera. Existe, sin embargo, un tema adicional, de suma importancia, que debemos abordar. Se trata de los alcances del Artículo 51-A de la LIR, el cual se refiere a la suma y eventual compensación de las rentas de fuente extranjera, y establece determinados lineamientos y restricciones con relación a ello.

El tenor de dicho dispositivo es el siguiente:

> *"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."*

La norma antes transcrita contiene una diversidad de disposiciones relevantes para determinar el tratamiento aplicable a las rentas de fuente extranjera. A efectos de determinar sus alcances, los párrafos siguientes realizaremos una exégesis de dicho dispositivo, refiriéndonos a cada uno de sus párrafos.

a. Aplicación del primer y tercer párrafo del Artículo 51 de la LIR: Sumatoria y compensación entre sí de los resultados que arrojen las diferentes fuentes productoras de renta extranjera, sin tomar en cuenta las pérdidas obtenidas en paraísos fiscales.

El primer párrafo del Artículo 51 de la LIR se refiere al tratamiento que debe

dispensarse a los resultados de las diferentes fuentes productoras de renta extranjera. Sin embargo, no se define que debe entenderse por "resultados" ni por "fuentes productoras" de rentas extranjeras.

Con relación a la expresión "resultados", ni la LIR ni su reglamento contienen mayores alcances sobre lo que debe entenderse por dicha categoría. Sin embargo, al referirse al concepto de "resultados", el Tribunal Fiscal, mediante la Resolución Nº 05229-4-2003, refiriéndose al caso de intereses, dividendos y ganancias de capital de fuente extranjera ha entendido que dicha categoría se refiere a la renta neta gravable, esto es, los ingresos obtenidos en el exterior netos de los gastos incurridos para generar dicha renta. En el mismo sentido, a través de la Resolución Nº 017256-6-2006 dicho órgano colegiado señaló que la utilización del término "resultados" para la regulación del Artículo 51 de la LIR tiene como objeto que se considere como renta gravable los ingresos obtenidos en el exterior netos de los gastos reales incurridos para generar dicha renta, lo que deberá acreditarse en cada caso concreto.

Por lo tanto, a falta de una regulación expresa en la Ley, y tomando en consideración lo indicado por el Tribunal Fiscal en los pronunciamientos anteriores, en nuestra opinión, la referencia a "resultado" del Artículo 51 de la LIR debe entenderse como la "renta neta" o "pérdida neta" que arrojen las diferentes fuentes productoras de renta extranjera de cada contribuyente.

Resta definir, por ende, que alcances debe atribuirse a la categoría "fuente productora", para efectos del dispositivo anterior. Al respecto, cabe indicar en primer lugar que el Artículo 51 de la LIR reconoce la existencia de distintas fuentes productoras de renta, toda vez que su tenor se refiere a la compensación de "resultados" procedentes de las "fuentes productoras" de renta extranjera.

Sobre el particular, de acuerdo con lo señalado por la doctrina, *"debe tenerse en cuenta que el concepto fuente tiene –en la doctrina y en nuestra legislación– una connotación geográfica. Por ende, la utilización del concepto fuente en la norma bajo comentario* [refiriéndose al Artículo 51 de la LIR], *supone en nuestra opinión, una referencia a país".*[7]

Compartimos esta posición. En la medida que la LIR hace referencia a diversas fuentes productoras de renta extranjera, lo razonable es entender que el capital colocado en inversiones que tengan relación con cada jurisdicción responde a un mismo criterio de fuente. De este modo, la determinación de "resultados" en los términos previstos por el propio Artículo 51 de la LIR deberá efectuarse mediante la determinación de la renta bruta y neta de cada Estado respecto del cual se mantengan inversiones. Así, la renta neta o pérdida neta procedente de cada jurisdicción será equivalente al *"resultado"* a que hace referencia el Artículo 51 de la LIR para efectos del procedimiento de compensación.

Nótese que esta interpretación supone que de forma previa a la aplicación del Artículo 51 de la LIR, deba seguirse el siguiente procedimiento:

– Determinación de la renta bruta país por país, bajo los alcances del Artículo 20 de la LIR que, conforme a lo previamente expuesto, se refiere tanto a la renta de fuente peruana como extranjera.

– Determinación de la renta neta país por país, bajo los alcances del Artículo 51-A

[7] CORES FERRADAS, Roberto. "El crédito por Impuesto a la Renta pagado en el extranjero". En: *Cuadernos Tributarios*, No. 30, IFA, Junio 2010, Pág. 116.

de la LIR que se refiere específicamente a renta de fuente extranjera.

Sólo luego de seguido el procedimiento anterior, después de haberse determinado el "resultado" –renta neta o pérdida neta que tenga conexión con las diferentes jurisdicciones en las que el contribuyente haya realizado inversiones– corresponderá aplicar el procedimiento de compensación de resultados a que se refiere el Artículo 51 de la LIR.

En este punto, resulta de suma importancia destacar los alcances del tercer párrafo del citado Artículo 51 de la LIR, según el cual *"en la compensación de los resultados que arrojen las fuentes productoras de renta extranjera no se tomará en cuenta las pérdidas obtenidas en países o territorios de nula o baja imposición"*.

A nuestro modo de ver, dicho dispositivo, por un lado, corrobora que el sistema de determinación del IR sobre las rentas de fuente extranjera presupone una cuantificación de rentas netas o pérdidas netas país por país. En efecto, nótese que el Artículo señala que la restricción a la aplicación de pérdidas procedentes de paraísos fiscales toma lugar en la "compensación de resultados que arrojen las fuentes productoras de renta extranjera".

Ello supone, en línea con lo antes mencionado, que en primer lugar deberá determinarse la renta o pérdida neta procedente de cada país respecto del cual cada inversionista mantenga inversiones. Luego, cuando se efectúe el procedimiento de compensación de rentas y/o pérdidas netas resultantes del paso anterior, se aplicará la restricción del tercer párrafo del Artículo 51 de la LIR, no siendo procedente compensar las pérdidas (netas) originadas en paraísos fiscales.

Nótese que la dinámica antes mencionada tiene diversas consecuencias, algunas de las cuales se mencionan en los párrafos siguientes:

- ***Ausencia de limitaciones para deducir pérdidas en la determinación de resultados país por país***

  Como se indicó previamente, la LIR exige que se realice la *compensación de resultados entre fuentes productoras, sin tomar en cuenta las pérdidas procedentes de paraísos fiscales.* Este extremo del Artículo 51 de la LIR es, en ocasiones, interpretado como una prohibición general de deducir cualquier pérdida originada en resultados negativos procedentes de operaciones, individualmente consideradas, que tengan su origen en paraísos fiscales. Sin embargo, en nuestra opinión dicho entendimiento es equivocado.

  Como adelantamos en el acápite precedente, en nuestra opinión, la metodología adoptada por el Artículo 51 supone distinguir entre las diferentes "fuentes" generadoras de rentas de fuente extranjera por parte de inversionistas domiciliados. Así, tomando en cuenta un concepto de fuente geográfico, ello implica determinar la renta neta o pérdidas netas computando la totalidad de operaciones que tengan origen en cada país, entendiendo dicho territorio como fuente independiente de renta.

  En este sentido, la totalidad de operaciones que tenga origen en un determinado país o territorio se computarán para determinar la renta neta o pérdida neta originada en él, lo que incluye, el cómputo de todas las rentas que tengan origen en una determinada jurisdicción (intereses, dividendos, ganancias de capital), considerando también todas las deducciones que tengan origen con dicho territorio (esto es, en líneas generales, pérdidas de capital y gastos). En estos casos, la restricción del Artículo 51 para la compensación de resultados sólo se

aplicará si se verifican dos situaciones:

– Luego de computar la totalidad de rentas y deducciones se obtiene una pérdida neta con relación a una determinada jurisdicción; y,

– Dicha jurisdicción tiene el carácter de paraíso fiscal, según las disposiciones establecidas por el Reglamento de la LIR.

En particular, consideramos que la norma ha establecido la compensación de resultados en función a la naturaleza de la *fuente productora de renta de fuente extranjera.* Siendo así, el objeto de la norma es prohibir finalmente la atribución de un resultado negativo proveniente de paraísos fiscales, lo cual no significa que de manera previa los resultados positivos y negativos de un mismo *tipo de fuente productora de fuente extranjera* no puedan ser compensados entre sí.

Adoptar esta posición es congruente con el sentido de la norma por cuanto, ésta reconoce expresamente la existencia de diversas fuentes productoras de renta de fuente extranjera cuyos resultados deben ser materia de compensación para la determinar el resultado neto de dicha fuente. Es así que, conforme a lo previamente indicado, la referencia posterior a la prohibición del cómputo de las pérdidas obtenidas en paraísos fiscales solo pueda ser aplicada en el momento en el cual se obtengan los resultados netos procedentes de cada "fuente" del inversionista, esto es, en buena cuenta, las rentas netas o pérdidas netas procedentes de cada país en conexión con el cual el inversionista haya realizado inversiones en el ejercicio.

Ahora bien, nótese que la LIR no contiene una regla de limitación expresa con relación al cómputo de pérdidas de capital o de gastos para la determinación de los resultados netos por fuentes productoras de fuente extranjera. Como hemos venido sosteniendo, la limitación existente viene determinada por la compensación de "resultados netos negativos" procedentes de paraísos fiscales; sin embargo, la LIR, en ningún momento limita la deducción de pérdidas procedentes de operaciones ni de gastos, individualmente considerados, para llegar a dichos resultados.

Un ejemplo de una regla de limitación sobre gastos y pérdidas individuales es la prevista por el inciso m) del Artículo 44 de la LIR, el cual establece que para la determinación de la renta neta de tercera categoría no se considerarán gastos ni pérdidas de capital procedentes de operaciones con sujetos residentes o situados en paraísos fiscales. No obstante, no se ha previsto una norma similar tratándose de la determinación de la renta neta de fuente extranjera.

En este sentido, al no existir una restricción expresa, en nuestra opinión, nada impide que se efectúe la deducción de pérdidas y gastos incurridos por los contribuyentes para determinar la renta neta o pérdida neta obtenida en cada una de las fuentes productoras de fuente extranjera, contexto en el cual la categoría de "fuente" debe tener una connotación geográfica. Ello supone, como hemos indicado previamente, una determinación de rentas netas o pérdidas netas "país por país".

Resta, sobre este punto, definir a qué territorios o fuentes deben atribuirse las rentas de fuente extranjera para efectos de determinar las rentas o pérdidas netas país. Pensemos, por ejemplo, en una acción común de una empresa estadounidense, que es mantenida en una cuenta custodia en Bahamas, y que es negociada a través de un mecanismo centralizado de negociación en Luxemburgo.

Cabe cuestionarse a qué país o territorio deben atribuirse las rentas por dividendos o eventuales ganancias o pérdidas procedentes de la enajenación de dicho título.

A nuestro modo de ver, el criterio que debe prevalecer es uno equivalente al que resultaría aplicable respecto de los criterios de base jurisdiccional peruana. En materia de operaciones en el mercado de capitales, ello supone efectuar la atribución de rentas de la siguiente manera:

– Rentas por dividendos: al país en el cual se encuentre constituida la entidad que efectúe la distribución.

– Rentas por intereses: al país en el cual se encuentre situada la entidad pagadora de los intereses.

– Ganancias o pérdidas de capital por enajenación de valores: al país en el cual se encuentre situada la entidad emisora de los títulos.

Ello supone, en líneas generales, efectuar una atribución de rentas basada en la situación geográfica de la entidad emisora de los valores que originan las rentas, ganancias o pérdidas, al ser ésta la que se consideraría la que efectúa la distribución de dividendos, pagadora de los intereses o emisora de los títulos enajenados, respectivamente.

– ***Compensación entre resultados de diversas jurisdicciones***

Luego de determinaros los resultados netos obtenidos por el inversionista a través de sus diferentes fuentes productoras de renta, corresponde aplicar el procedimiento de sumatoria y compensación de resultados a que hace referencia el Artículo 51 de la LIR. Como ya se mencionó, dicho dispositivo restringe la compensación de pérdidas netas procedentes de paraísos fiscales; sin embargo, no contiene mayores restricciones en cuento a compensación de resultados, lo que puede dar lugar a los siguientes escenarios:

Resultado en país no considerado paraíso fiscal	Resultado en país considerado paraíso fiscal	Tratamiento aplicable
Renta neta	Renta neta	Se suman y tributan de forma conjunta con las rentas del trabajo
Renta neta	Pérdida neta	La pérdida neta no es compensable, al proceder de un paraíso fiscal
Pérdida neta	Renta neta	La pérdida neta es compensable con la renta procedente de paraíso fiscal
Pérdida neta	Pérdida neta	La pérdida procedente de paraíso fiscal no es deducible; la pérdida que procede de otras jurisdicciones sí lo es

b. Integración de resultados positivos a la renta neta del trabajo

Según este extracto del Artículo 51 de la LIR, únicamente el resultado positivo resultante de la resta de las rentas brutas de fuente extranjera y los gastos para su producción o mantenimiento deben sumarse a la renta neta del trabajo determinada de acuerdo con lo regulado por la LIR.

Así, la disposición continúa indicando que las pérdidas netas totales de fuente extranjera no son compensables a fin de determinar el impuesto. Ello por cuanto la determinación del Impuesto a la Renta supone el cumplimiento de reglas diferentes para la renta de fuente peruana y renta de fuente extranjera. Siendo así, no se permite el aprovechamiento de pérdidas o gastos de fuente extranjera para la determinación del Impuesto aplicable a las rentas de fuente peruana.

Dicha situación ha sido explicada por el Tribunal Fiscal mediante la Resolución Nº 06619-4-2002 según lo siguiente:

> "*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 caso de obtención de renta neta de las distintas fuentes extranjeras que pudieran existir, ésta es adicionada a la renta neta de fuente peruana, lo que conlleva que en ningún caso, las pérdidas o los gastos incurridos en la producción o generación de la renta de las distintas fuentes extranjeras puedan afectar las rentas de fuente peruana*"[8].

c. Aplicación del segundo párrafo del Artículo 51: Tratamiento de las ganancias de capital del MILA

El Artículo bajo análisis contiene una disposición especial para el caso de las rentas obtenidas en la negociación de valores mobiliarios a través del Mercado Integrado Latinoamericano (MILA). Al respecto, el dispositivo antes citado señala sobre el tratamiento de dicho tipo de rentas que éstas:

> *(…)* [se] *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.*

De manera previa a la inclusión de esta disposición en el Artículo 51 de la LIR, las ganancias de capital generadas por la enajenación de valores mobiliarios extranjeros tributaban con las ordinarias progresivo acumulativas de 15%, 21% y 30%[9], que actualmente son de 8%, 14%, 17%, 20% y 30%[10].

No obstante, con el propósito de dinamizar el mercado de capitales peruano y hacerlo

---

[8] Mediante el Informe Nº 049-2003-SUNAT/2B0000 la Administración Tributaria compartió dicho criterio para concluir que las empresas domiciliadas en el Perú no deben considerar para la determinación de los resultados correspondientes a su fuente productora de renta peruana, los gastos que estén destinados a la generación de rentas de fuente extranjera, aun cuando dichos gastos sean incurridos en el país.

[9] Tasas vigentes para las rentas del trabajo y de fuente extranjera hasta el ejercicio 2014.

[10] Conforme a las modificaciones introducidas a la LIR por la Ley 30296, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" con fecha 31 de diciembre de 2014.

más competitivo en el marco del MILA, mediante la Ley 29645[11], vigente desde el ejercicio 2011, se dispuso que las ganancias de capital que calificarán como renta neta de fuente extranjera debían adicionarse a la "renta neta de segunda categoría" producida por el mismo tipo de operaciones, siempre que los valores o participaciones negociadas cumplan con alguno de los siguientes requisitos:

– Los valores o participaciones se encuentren registrados en el Registro Público de Mercado de Valores del Perú cuando su enajenación se realice en mecanismos de negociación en el país; o,

– Los valores o participaciones se encuentren registrados en el exterior siempre que se enajenación se efectúe en mecanismos de negociación extranjeros, y que exista un Convenio de Integración suscrito con estas entidades. El Convenio de Integración a que hace referencia este dispositivo no es otro que el que el MILA, el cual actualmente se encuentra conformado, además de Perú, por Chile, Colombia y México.

De la lectura del dispositivo antes citado se observa que el legislador ha buscado extraer una cédula específica de las rentas ordinarias de fuente extranjera, a efectos de incluirla en la determinación de la renta neta de segunda categoría.

Al respecto, cabe realizar los siguientes apuntes:

i) El texto de la norma antes citada indica que la renta que se suma a la segunda categoría es la "renta neta" procedente de la enajenación de valores sujetos al régimen MILA. En este sentido, ello supone, entendemos la deducción de costos y de gastos. Este tratamiento permitiría la deducción de conceptos tales como comisiones cargadas por brokers en la gestión de portafolios, comisiones de venta, entre otros conceptos asociados a la enajenación de tales valores.

   Cabe indicar que la deducción de este tipo de gastos guarda sentido con la metodología adoptada legislativamente. En efecto, nótese que el Artículo 51-A de la LIR indica que las ganancias de capital del MILA se integran a la renta neta de segunda categoría, lo que supone la aplicación directa de la tasa nominal de 6.25%, esto es, sin considerar la deducción por todo concepto de 20% sobre la renta bruta a que hacer referencia el Artículo 36 de la LIR. Ello, entendemos, bajo la premisa que en el caso de las ganancias de capital del MILA es factible deducir gastos que cumplan con el principio de causalidad, en los términos previstos por el Artículo 51-A de la LIR, a diferencia de lo que ocurre con las rentas de segunda categoría, en las que la deducción de gastos se "sustituye" por la deducción por todo concepto de 20% antes mencionada.

ii) La aplicación del régimen MILA no se define en función al lugar en que se encuentra constituido el emisor de los títulos materia de negociación, sino por el lugar de registro de los valores y por el mecanismo de negociación a través del cual se realiza su transferencia. En este sentido, puede darse el caso de valores emitidos por empresas constituidas fuera del MILA pero que se encuentren registrados y se negocien a través de mecanismos centralizados de negociación que forman parte del MILA.

   Este es el caso, por ejemplo, de cuotas de Exchange Traded Funds (ETF) constituidos en los Estados Unidos de América, pero que se encuentran

[11] Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" con fecha 31 de diciembre de 2010.

registrados localmente y son negociados en la Bolsa de Valores de Lima (BVL). Lo mismo ocurriría, eventualmente, con papeles de empresas europeas que, eventualmente, se registren y sean materia de negociación en los mecanismos de negociación de Colombia, México o Chile.

iii) La redacción del artículo permite inferir que se ha buscado "cedularizar" las ganancias de capital del MILA, distinguiéndolas del régimen aplicable a la rentas de fuente extranjera en general. Asimismo, la norma indica expresamente que las ganancias de capital del MILA se sumarán y compensarán entre sí.

En este punto, resulta interesante destacar que podría presentarse el caso de ventas de títulos emitidos por empresas constituidas en paraísos fiscales, a través de alguno de los mecanismos centralizados de negociación que conforman el MILA. En este punto, cabe cuestionarse si las pérdidas procedentes de tales operaciones resultarían compensables con rentas procedentes de otras ventas de títulos en el MILA para determinar el resultado que debe sumarse a la renta neta de segunda categoría.

Al respecto, como adelantamos, en el caso del régimen de ganancias de capital MILA, el tenor de las normas antes citadas permite inferir que nos encontramos frente a una subcédula de las rentas de fuente extranjera. Bajo dicha premisa, a nuestro modo de ver, la determinación de las ganancias de capital del MILA, que deben sumarse a las rentas de segunda categoría debe entenderse como una adicional "fuente" productora de rentas extranjeras. En este sentido, la determinación de la renta neta correspondiente a dicha categoría debe calcularse computando la totalidad de operaciones sujetas a tal régimen, sea que originen ganancias o pérdidas; asimismo, corresponderá, como se indicó previamente, efectuar la deducción de gastos sobre la base del Artículo 51-A, sin que resulten aplicables mayores limitaciones o restricciones.

En consecuencia, desde nuestra perspectiva, la determinación de la renta neta derivada del régimen MILA, que corresponde sumarse a la renta neta de segunda categoría, incluiría la deducción de pérdidas procedentes de la negociación de valores emitidos por entidades constituidas en paraísos fiscales, sin mayor limitación o restricción.

VI. CONCLUSIONES

- El ámbito de aplicación del IR, definido en los términos previstos por el Capítulo I de la LIR, que comprende sus Artículos 1 a 5-A, informa la determinación del impuesto en su conjunto, siendo aplicable tanto para rentas de fuente peruana como para rentas de fuente extranjera.

- El Artículo 20 de la LIR, referido a la determinación de la renta bruta, resulta aplicable también tratándose de rentas de fuente extranjera.

- En materia de determinación de la renta bruta, pueden identificarse, al menos, dos problemas, tratándose de rentas de fuente extranjera obtenidas por personas naturales: la obligación de sustentar costos con comprobantes de pago, y la problemática sobre el cálculo de ganancias de capital en moneda extranjera por aplicación de tipos de cambio diferenciados al precio de venta y al costo computable.

  Desde nuestra perspectiva, ambos temas ameritan una revisión legislativa a efectos de determinar eventuales cambios que hagan operativa y

económicamente más razonable la determinación del IR sobre ganancias de capital de fuente extranjera, dentro del marco legal vigente.

- Para la determinación de la renta neta de fuente extranjera se admite la deducción de gastos, siempre que éstos cumplan con el principio de causalidad, esto es, que guarden relación con la generación de renta gravada o con el mantenimiento de la fuente. Para estos efectos, no resultan aplicables las restricciones previstas por los Artículos 37 y 44 de la LIR en los casos de rentas de tercera categoría.

- La LIR reconoce la existencia de diversas fuentes productoras de renta de fuente extranjera cuyos resultados deben ser sumados y compensados entre sí, con ciertas restricciones.

  Desde nuestra perspectiva, las diferentes "fuentes" a que hace referencia la LIR deben ser entendidas en sentido geográfico. Por ende, a nuestro modo de ver, la determinación de rentas o pérdidas netas por fuentes, supone una determinación de resultados netos país por país. Para estos efectos, en materia de operaciones con valores en el mercado de capitales, corresponde tomar como referencia, fundamentalmente, el lugar de constitución del emisor de los títulos cuya tenencia o enajenación origina la renta o pérdida.

  En nuestra opinión, en la determinación de resultados netos, país por país, no existen reglas de limiten o restrinjan la deducción de pérdidas o gastos, incluso si estos derivan de operaciones con sujetos situados en paraísos fiscales, o de títulos emitidos por entidades constituidas en paraísos fiscales.

- Del texto del Artículo 51 de la LIR se infiere que la restricción a la compensación de pérdidas procedentes de paraísos fiscales presupone la determinación resultados netos en cada "fuente" productora de renta extranjera (esto es, en cada país en el que se mantengan inversiones, tomando una connotación geográfica de la categoría "fuente)".

  De este modo, la limitación resultará aplicable sólo respecto de las pérdidas netas que se determinen respecto de paraísos fiscales, siendo que, para estos efectos, deberán computarse la totalidad de rentas, pérdidas y gastos que tengan conexión con dicha jurisdicción. Sólo si luego de dicho procedimiento se determinara una renta respecto de dicho territorio, resultará aplicable la restricción a la compensación de pérdidas a que se refiere el Artículo 51 de la LIR.

- En nuestra opinión, el régimen previsto para las ganancias de capital MILA puede ser conceptualizado como una "fuente" productora de renta extranjera designada normativamente por la LIR, siendo que las rentas netas que resulten de la misma deberán sumarse a la renta neta de tercera categoría.

  De la lectura del Artículo 51 de la LIR, no se observan restricciones para la compensación de pérdidas ni deducción de gastos a efectos de la determinación de la renta neta del MILA que deba sumarse a la renta neta de segunda categoría, por lo que debe admitirse la procedencia de tales deducciones, sin mayor limitación que el cumplimiento del principio de causalidad en el caso de los gastos, que deriva del Artículo 51-A de la LIR.

Lima, mayo de 2018.

----------o----------