

NATURALEZA DE LAS NORMAS ANTIELUSIÓN DE “BANCARIZACIÓN”, “INSTRUMENTOS FINANCIEROS DERIVADOS” Y “PARAÍOS FISCALES”

NATURE OF ANTI-CIRCUMVENTION STANDARDS OF "BANCARIZATION", "DERIVATIVE FINANCIAL INSTRUMENTS" AND "TAX HAVENS"

MICHAEL ZAVALETA ÁLVAREZ*

* Socio & Director Ejecutivo de ZavaRod Holding (www.zavarod.com). Partner Tax & Legal de ZavaRod Consulting. MBA por UNIR - España. Abogado del ICAM España. Doctor en Derecho UCLM - España. Máster en Derecho Tributario y Fiscalidad Internacional por la UCLM. DEA en Derecho Tributario Europeo UCLM. Profesor de Derecho Tributario de Facultad de Derecho de Universidades peruanas y extranjeras (España, Brasil y Chile). Presidente del Centro de Estudios Privados ZavaRod Institute (www.zavarod.com). Past Presidente de la Comisión de Tributaristas de la Asociación de Bancos del Perú (ASBANC) y de AmCham. Past Miembro del Comité de Asuntos Tributarios y Económicos de la Confederación de Empresas Privadas del Perú (CONFIEP). Past Presidente del Comité Latinoamericano de Tributaristas de la Federación de Bancos de Latinoamericano (FELABAN). Arbitro por la CCL e ICAM España. Miembro del Instituto Peruano de Derecho Tributario - IPDT. Miembro de la International Fiscal Association (IFA). Profesor investigador invitado como conferencista internacional por el BEPS/OECD Community, Networking and Monitoring Group en diversos países de América. Ha participado en reuniones SUNAT/Gremios Empresariales por 10 años aproximadamente y ha negociado por FELABAN con US IRS y US Treasury la cumplimentación del FATCA. Asesor especializado en Finanzas e Impuestos y actual estructurador de operaciones financieras por varios billones de dólares en todo su ejercicio profesional a nivel global. También es Presidente del Directorio de empresa supervisada por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP

LUMEN

NATURALEZA DE LAS NORMAS ANTIELUSIÓN DE “BANCARIZACIÓN”, “INSTRUMENTOS FINANCIEROS DERIVADOS” Y “PARAÍDOS FISCALES”

NATURE OF ANTI-CIRCUMVENTION STANDARDS OF "BANCARIZATION",
"DERIVATIVE FINANCIAL INSTRUMENTS" AND "TAX HAVENS"

Michael Zavaleta Álvarez

RESUMEN

El presente trabajo persigue demostrar como muchas normas tributarias de apariencia presuntiva iure et de iure o de apariencia de ficción imperativa, en realidad es de esencia jurídica y tributaria presuntiva relativa o *iuris tantum*.

PALABRAS CLAVE

Bancarización.- Normas Antielusivas.- Ficciones.- Presunciones Iuris Tantum.- Presunciones Iure et de Iure.- Instrumentos Financieros Derivados.- Paraísos Fiscales

ABSTRACT

The present research seeks to demonstrate how tax norms of presumptive iure et de iure appearance or appearance of imperative fiction, in reality it is of juridical essence and tributary presumptive relative or *iuris tantum*.

KEY WORDS

Banking.- Antielusive Rules.- Fictions.- Presumptions Iuris Tantum.- Presumptions Iure et de Iure.- Derivative Financial Instruments.- Fiscal Paradises

I. EL PROBLEMA POR ANALIZAR.

Determinar cuál es la naturaleza jurídico-tributaria de las normas que en el mercado de las ideas muchos, sin mayor análisis desde una óptica procesal ni garantista del contribuyente, considera en forma mayoritaria como de apariencia imperativa, empero, que en realidad tienen naturaleza presuntiva en la modalidad de *iuris tantum* es objetivo de este trabajo de investigación.

Sobre el particular, consideramos que la literalidad que denota la apariencia imperativa no siempre es la respuesta para los intérpretes y operadores aplicadores del Derecho, de hecho, existen casos concretos en el que a la luz de la aplicación de otros métodos de interpretación tributaria se puede inferir, tanto en lo denotado como en lo connotado, que estamos ante una norma con naturaleza jurídica presuntiva y que admite prueba en contrario. Es más por ello siempre es recomendable utilizar todos los métodos de interpretación que prevé la ciencia jurídica para poder determinar la “verdad” sobre una interrogante científica como la que es objeto de marras. En otras palabras, dependerá de cada caso concreto.

Para confirmar nuestra posición, analizaremos 5 casos en los que las normas jurídico-tributarias se presentan con una apariencia imperativa sin serlo:

- a) Naturaleza de dos artículos en la Ley del Impuesto a la Renta sobre los paraísos fiscales, con especial énfasis en los siguientes escenarios: (i) Fideicomisos – income tax deferral entre vinculados y tax haven; (ii) Controlled Foreign Corporated (CFC) o Transparencia Fiscal Internacional (TFI) – “tax accrual”;

- b) Naturaleza del artículo 8° de la Ley 28194 Ley para la Lucha contra la Evasión y para la Formalización de la Economía.
- c) Naturaleza del artículo 5°-A de la Ley del Impuesto a la Renta, introducido por Decreto Legislativo N° 970 y sus modificatorias.

II. NATURALEZA JURÍDICO-TRIBUTARIA DE LAS NORMAS ANTELUSIVAS.

El detentador del poder tributario como parte de sus facultades constitucionales puede crear normas antielusivas. Como sostiene Franco GALLO (2011) *“Si è già che il legislatore, in sede di creazione delle norme tributarie, non gode di assoluta discrezionalità, ma in contra taluni limiti, anche di natura costituzionale”*.

Ahora bien, bajo un enfoque “*ex post*” a través de cambios normativos constantes y de un ejercicio a otro, inclusive, pero respetando los límites al Poder Tributario previstos en la Constitución Política (arts. 2, 74, 103, etc), sean explícitos o implícitos, el facultado con la potestad tributaria podría utilizar normas “ficciones”.

Como se sabe la norma “ficción” modifica la realidad fenoménica y diseña un presupuesto de hecho normativo diferenciado pero de obligatorio cumplimiento como, por ejemplo, las rentas fictas de alquileres, los mínimos no imponibles, las deducciones de 7 UITs establecen como ficción que una persona física en el Perú solo gasta ese importe al ejercicio para generar renta, entre otras; estas normas ficción se justifican sobre todo en caso de combate contra la “evasión tributaria”.

El detentador del Poder Tributario en su lucha contra la “elusión tributaria” también puede utilizar, respetando los principios jurídico-tributarios que limitan el ejercicio de la potestad tributaria, diseñar modificaciones y/o nuevas (i) normas presuntivas que no admiten prueba en contrario, lo que se conocen como normas presuntivas *iure et de iure*, o por el contrario, podrían utilizar (ii) normas presuntivas que admiten prueba en contrario o *iuris tantum*.

La jurisprudencia a nivel global y dentro del Perú a nivel procesal civil, administrativa y tributaria han reconocido que la forma más garantista del contribuyente es a través de normas presuntivas *iuris tantum*, lo cual es respetuoso con el principio de reserva de ley y de tipicidad como límite constitucional al legislador tributario; siendo que si no se ha explicitado la naturaleza de norma presuntiva no se debe interpretar como “*iure et de iure*” sino, por el contrario, aunque literalmente parezca ser presunción absoluta, se debe bajo una óptica garantista y de respeto al debido procedimiento administrativo de los contribuyentes que son normas presuntivas “*iuris tantum*”.

Como sostiene GARCÍA NOVOA “La tipicidad es una garantía de que las consecuencias jurídicas de la actuación de los particulares van a estar previstas en reglas abstractas”.

Si tenemos claros estos conceptos podríamos responder fácilmente las siguientes interrogantes, entre otras: ¿En una norma antielusión o antievasión se usan normas jurídicas ficción? ¿En normas antielusión se usan normas jurídicas presuntivas *iuris tantum* o *iure et de iure*? Si no hay prohibición expresa que no se admite prueba en contrario, ¿se entenderá qué es presunción relativa? ¿Se penaliza todo gasto vinculado a normas antielusivas? ¿Será delito “per se” constituir una sociedad en un paraíso fiscal? ¿Se debe *distinguir el reputational risk* de usar paraísos fiscales versus las consecuencias legales y tributarias denotadas y connotadas en las normas que pueden ser presuntivas *iuris tantum* a veces?

Concluyendo, las normas jurídico-tributarias antielusivas que diseñan los legisladores con el fin de ser acordes al principio garantista del respeto al debido procedimiento administrativo y judicial de

los contribuyentes se deben regular con normas que admiten prueba en contrario, en otras palabras, con normas *iuris tantum*; siendo que, además, quien tiene la carga probatoria de probar en contrario siempre es el Órgano Administrador del Tributo, no así los contribuyentes, tal y como funciona en todo los Ordenamientos jurídico-tributarios a nivel de Estados Constitucionales Democrático.

III. DETERMINACIÓN DE ESENCIA JURÍDICA DE ALGUNAS NORMAS ANTIPARAÍSO FISCALES.

III.1. Fideicomisos – income tax deferral entre vinculados y tax haven.

Como se sabe a partir del 2019 entrará en vigor una modificación al artículo 14-A- numeral 3 inciso c) de la Ley del IR, introducida por Decreto Legislativo N° 1381, según el cual respecto a la transferencia fiduciaria, se establece que en el caso de los Fideicomisos Bancarios y de Titulización celebrados bajo la modalidad con retorno, el valor de enajenación de los bienes materia del fideicomiso será el de la fecha de la transferencia fiduciaria únicamente en los siguientes supuestos:

- Cuando pese a haberse pactado que los bienes o derechos retornarían al fideicomitente, dicho retorno no se produjese a la extinción del fideicomiso, por operaciones en las que no se observe el valor de mercado o por otros supuestos que evidencien la intención de diferir el pago del Impuesto, sin perjuicio de la aplicación de la Norma VIII del Código Tributario.
- En los casos de enajenaciones efectuadas entre partes vinculadas; y,
- Cuando la enajenación se realice desde, hacia o a través de países o **territorios no cooperantes** o de baja o nula imposición o establecimientos permanentes situados o establecidos en tales países o territorios.
- En todos los demás supuestos, la transferencia a terceros se considera efectuada en el ejercicio en que se efectúa.

Como puede advertirse de esta norma especial antielusiva *ad hoc* no todo fideicomiso constituido o cuyos títulos valores emitidos se negocian desde, hacia o a través de paraísos fiscales (y a partir del 2019 se incluye a los países no cooperantes que no han firmado tratados de intercambio de información con Perú) es “*per se*” contingente para el contribuyente domiciliado, porque en las exigencias de la norma antielusiva fiduciaria existen varios supuestos, siendo el del uso de “paraísos fiscales” solo uno de ellos; si se está a valor de Mercado en la transacción o hay partes vinculadas no habría recaracterización antielusiva.

III.2. Controlled Foreign Corporated (CFC) o Transparencia Fiscal Internacional (TFI) – “tax accrual”.

Con ocasión del Decreto Legislativo N° 1381 que modifica el artículo 114 de Ley del Impuesto a la Renta, vigente desde 2019, se establece lo siguiente:

Artículo 114°.- Rentas pasivas

Para efecto de lo dispuesto en el presente capítulo, se entenderá por rentas pasivas a:

1. Los dividendos y cualquier otra forma de distribución de utilidades. No se considerará como rentas pasivas a: (a) Los conceptos previstos en los incisos g) y h) del artículo 24°-A de esta ley. (b) Los dividendos y otras formas de distribución de utilidades pagadas por una entidad controlada no domiciliada a otra.

2. Los intereses y demás rentas a que se refiere el inciso a) del artículo 24° de esta ley, salvo que la entidad controlada no domiciliada que las genera sea una entidad bancaria o financiera.

3. Las regalías.

4. Las ganancias de capital provenientes de la enajenación de los derechos a que se refiere el artículo 27° de esta ley.

5. Las ganancias de capital provenientes de la enajenación de inmuebles, salvo que estos hubieran sido utilizados en el desarrollo de una actividad empresarial.

6. Las rentas y ganancias de capital provenientes de la enajenación, redención o rescate de valores mobiliarios.

7. Las rentas provenientes del arrendamiento o cesión temporal de inmuebles, salvo que la entidad controlada no domiciliada se dedique al negocio de bienes raíces.

8. Las rentas provenientes de la cesión de derechos sobre las facultades de usar o disfrutar cualquiera de los bienes o derechos generadores de las rentas consideradas pasivas de acuerdo con los numerales 1, 2, 3 y/o 7 del presente artículo.

9. Las rentas que las entidades controladas no domiciliadas obtengan como consecuencia de operaciones realizadas con sujetos domiciliados en el país, siempre que: a) estos y aquellas sean partes vinculadas, b) tales rentas constituyan gasto deducible para los sujetos domiciliados para la determinación de su Impuesto en el país, y c) dichas rentas no constituyan renta de fuente peruana, o estén sujetas a la presunción prevista en el artículo 48° de esta ley, o siendo íntegramente de fuente peruana estén sujetas a una tasa del Impuesto menor al treinta por ciento (30%).

Si los ingresos que califican como rentas pasivas son iguales o mayores al ochenta por ciento (80%) del total de los ingresos de la entidad controlada no domiciliada, el total de los ingresos de esta serán considerados como rentas pasivas.

Se presume, salvo prueba en contrario, que: (i) Todas las rentas obtenidas por una entidad controlada no domiciliada que esté constituida o establecida, o sea residente o domiciliada en un país o territorio no cooperante o de baja o nula imposición, son rentas pasivas. (ii) Una entidad controlada no domiciliada constituida, establecida, residente o domiciliada en un país **o territorio no cooperante** o de baja o nula imposición, genera, en un ejercicio gravable -de acuerdo con lo establecido en el segundo párrafo del inciso a) del numeral 1 del artículo 113° de esta ley– una renta neta pasiva igual al resultado de multiplicar la tasa de interés activa más alta que cobren las empresas del sistema financiero del referido país o territorio por el valor de adquisición de la participación o el valor de participación patrimonial, el que resulte mayor, que corresponda a la participación, directa o indirecta, de los propietarios domiciliados en el país a que se refiere el primer párrafo del artículo 113° de esta ley. En caso el país o territorio publique oficialmente la tasa de interés activa promedio de las empresas de su sistema financiero, se utiliza dicha tasa.

Como puede advertirse en el artículo adjunto el legislador ha optado en establecer una presunción con prueba en contrario, en línea con lo que hemos venido explicitando.

IV. NATURALEZA DEL ARTÍCULO 8 DE LA LEY 28194.- EFECTOS TRIBUTARIOS DEL PAGO SIN UTILIZAR MEDIOS DE PAGO.

¿Cuál es esencia jurídica del artículo 8 de la Ley 28194 – Ley para la Lucha contra la Evasión y Formalización de la Economía, el cual establece que, para efectos tributarios, los pagos que

se efectúen sin utilizar Medios de Pago no darán derecho a deducir gastos, costos o créditos; a efectuar compensaciones ni a solicitar devoluciones de tributos?

De conformidad con el artículo 1 del Decreto Legislativo No. 939 – Medidas para la Lucha contra la Evasión y la Informalidad, el cual estuvo vigente hasta el 26 de marzo de 2004, establecía lo siguiente:

“Artículo 8.- EFECTOS TRIBUTARIOS

Para efectos tributarios, los pagos que se efectúen sin utilizar Medios de Pago no darán derecho a deducir gastos, costos o créditos; a efectuar compensaciones ni a solicitar devoluciones de tributos, saldos a favor, reintegros tributarios, recuperación anticipada, restitución de derechos arancelarios, aún cuando se acredite o verifique la veracidad de las operaciones o quien los reciba cumpla con sus obligaciones tributarias.” (El subrayado es nuestro)

Del artículo antes citado se desprende que, durante de la vigencia del Decreto Legislativo No. 939, los contribuyentes perdían el derecho a deducir gastos y a solicitar la devolución de tributos, en aquellos casos en los cuales no se utilizaban Medios de Pago autorizados, aún cuando se comprobaba la veracidad de las operaciones.

Posteriormente, con fecha 27 de marzo de 2004 entró en vigencia la Ley No. 28194 – Ley para la Lucha contra la Evasión y para la Formalización de la Economía (en adelante, la “Ley”), a través de la cual se derogó el Decreto Legislativo No. 939 antes citado. Asimismo, tal como lo disponía el Decreto Legislativo No. 939, la Ley vigente prescribe que las obligaciones que se cumplan mediante el pago de sumas de dinero cuyo importe sea superior a los cinco mil nuevos soles (S/. 5,000) o mil quinientos dólares americanos (US\$ 1,500), se deberán pagar utilizando los Medios de Pago autorizados por el artículo 5 de la Ley¹.

Sobre el particular, cabe mencionar que el artículo 8 de la Ley ha dispuesto expresamente lo siguiente:

“Artículo 8.- Efectos tributarios

Para efectos tributarios, los pagos que se efectúen sin utilizar Medios de Pago no darán derecho a deducir gastos, costos o créditos; a efectuar compensaciones ni a solicitar devoluciones de tributos, saldos a favor, reintegros tributarios, recuperación anticipada, restitución de derechos arancelarios.”

Bajo una interpretación estrictamente literal del artículo 8 de la Ley antes citado, en los casos en los que no se utilicen Medios de Pago autorizados para realizar el pago de obligaciones por montos superiores a cinco mil nuevos soles (S/. 5,000) o mil quinientos dólares americanos (US\$ 1,500), los contribuyentes perderían el derecho a deducir gastos y créditos, y a solicitar la devolución de tributos.

Sin embargo, tal como puede observarse a partir del texto vigente del artículo 8 de la Ley, se ha suprimido la disposición establecida anteriormente en el artículo 8 del Decreto Legislativo No. 939 derogado, conforme a la cual, el derecho a deducir gastos y solicitar la devolución de tributos se perdía ante la falta de utilización de Medios de Pago, aún en aquellos casos en los que resultaba posible acreditar o verificar la veracidad de las operaciones.

En ese sentido, se puede evidenciar a partir de la interpretación histórica de las normas antes citadas, las cuales regulan la bancarización y el Impuesto a las Transacciones Financieras (“ITF”),

¹ El artículo 5 de la Ley enumera dentro de los Medios de Pago a los depósitos en cuenta, giros, transferencias de fondos, órdenes de pago, tarjetas de crédito y débito expedidas en el país, entre otros mecanismos canalizados a través de las empresas del Sistema Financiero Nacional

se ha buscado eliminar la referida consecuencia ante la falta de utilización de Medios de Pago en los supuestos previstos por la Ley, en los casos en que se pueda acreditar fehacientemente la veracidad de las operaciones.

En línea con lo anterior, cabe resaltar lo dispuesto en el Dictamen de fecha 16 de marzo de 2004, aprobado por mayoría, recaído en el proyecto de ley No. 10028/2004-CR, Ley para la Lucha contra la Evasión y la Informalidad.

“III. Ajustes a los Decretos Legislativos Nos. 939, 946 y 947

El proyecto de Ley recoge textualmente lo establecido en los Decretos Legislativos Nos. 939, 946 y 947 y los perfecciona resolviendo los cuestionamientos técnicos y constitucionales con la intención de tener un texto integrado del Impuesto. Las modificaciones efectuadas a los Decretos Legislativos son las siguientes:

(...)

2. Se sustituye el primer párrafo del artículo 8°:

Se elimina la frase conforme a la cual los efectos tributarios de no utilizar Medios de Pago son aplicables aún cuando se acredite o verifique la veracidad de las operaciones o quien los reciba cumpla con sus obligaciones tributarias.

De esta manera se elimina la objeción formulada en el sentido que el Decreto Legislativo N° 939, al negar la deducción de gasto, costo, crédito fiscal o devolución de impuestos, implicará una mayor tributación para los contribuyentes.” (El subrayado es nuestro)

Tal como puede observarse a partir del texto del Dictamen antes citado, una de las principales modificaciones introducidas por la Ley fue la eliminación de la disposición prevista en el artículo 8 del Decreto Legislativo No. 939, tal como ha sido señalado anteriormente.

En el mismo sentido, cabe resaltar los comentarios realizados en “La Gaceta” (Diario del Congreso de la República) con respecto a los cambios de la Ley publicada, según los cuales “*Se deja abierta la posibilidad de deducir gastos, costos o créditos, o efectuar compensaciones y solicitar devoluciones, siempre que se acredite o verifique la veracidad de las operaciones sin utilizar medios de pago. (De esta manera, se deja sin efecto la observación que implica una posible mayor tributación por parte de los contribuyentes)*”²

Por los motivos antes expuestos, consideramos que, en aquellos casos en los que se compruebe la fehaciencia de las operaciones, no se perderá el derecho a deducir gastos o solicitar la devolución de tributos, aún cuando no se hayan utilizado Medios de Pago.

V. NATURALEZA DEL ARTÍCULO 5-A DE LA LEY DEL IMPUESTO A LA RENTA (D. LEG. 970).- INSTRUMENTOS FINANCIEROS DERIVADOS DE COBERTURA.

¿Cuál es la naturaleza jurídica de la disposición contenida en el artículo 5-A del TUO de la Ley del Impuesto a la Renta – Decreto Supremo No. 179-2004-EF (en adelante, la “Ley del Impuesto a la Renta”), la cual regula los requisitos que deben cumplir los Instrumentos Financieros Derivados, para ser considerados como instrumentos de cobertura?

Para responder esta interrogante partamos por el análisis de la normatividad:

² Diario “La Gaceta”. Lima, 24 de Marzo 2004.

Con fecha 24 de diciembre de 2006 se publicó el Decreto Legislativo No. 970, a través del cual se incorporó el artículo 5-A a la Ley del Impuesto a la Renta, con el fin regular el tratamiento tributario aplicable a los Instrumentos Financieros Derivados, los mismos que son definidos como aquellos contratos que involucran a contratantes que ocupan posiciones de compra o de venta y cuyo valor deriva del movimiento en el precio o valor de un elemento subyacente que le da origen.

Asimismo, en el artículo 5-A de la Ley del Impuesto a la Renta distingue dentro de los tipos de Instrumentos Financieros Derivados, a aquellos celebrados con fines de cobertura, los cuales son definidos por la norma como aquellos contratados en el curso ordinario del negocio, empresa o actividad, con el objeto de evitar, atenuar o eliminar riesgos, por el efecto de futuras fluctuaciones en los precios de mercaderías, commodities, tipos de cambio, tasas de interés o cualquier otro índice de referencia, que pueda recaer sobre:

- i) Activos y bienes destinados a generar rentas o ingresos gravados con el Impuesto y que sean propios del giro del negocio.
- ii) Obligaciones y otros pasivos incurridos para ser destinados al giro del negocio, empresa o actividad.

Ahora bien, el referido artículo ha previsto que, a efectos de ser considerados con fines de cobertura, los Instrumentos Financieros Derivados deben cumplir con los siguientes requisitos:

1. El instrumento derivado contribuye razonablemente a eliminar, atenuar o evitar riesgos tales como la variación de precios, fluctuación de tipo de cambio, variaciones en el mercado con relación a los activos o bienes que reciben la tasa de cobertura o de la tasa de interés con relación a obligaciones y otros pasivos incurridos que reciben la cobertura.

Al respecto, según el artículo 5-A de la Ley del Impuesto a la Renta, incorporado por el Decreto Legislativo No. 970, se entendió que la contribución del Instrumento Financiero Derivado es de Cobertura si resulta altamente eficaz para conseguir dicho fin, lo cual se verifica si la relación entre el resultado neto obtenido en el mercado derivado y el resultado neto obtenido en el mercado de contado o spot, se encuentra en un rango de ochenta por ciento (80%) a ciento veinticinco por ciento (125%); situación que fue modificada hace aproximadamente 10 años y así ha regido en adelante, por lo que en el Perú a diferencia de la Argentina no se necesita esta “cobertura de eficacia 80%-125%” para que estemos ante un “**Tax Hedge**”.

2. Se celebra entre partes independientes. Excepcionalmente, un Instrumento Financiero Derivado se considerará de cobertura aún cuando se celebre entre partes vinculadas, si su contratación se efectúa a través de un mercado reconocido.
3. El Instrumento Financiero Derivado debe cubrir el riesgo durante todo el período en que éste se verifica. Los riesgos cubiertos deben ser claramente identificables y no simplemente riesgos generales del negocio, empresa o actividad y su ocurrencia debe afectar los resultados de dicho negocio, empresa o actividad.

Asimismo, el artículo 5-A antes citado dispone que los Instrumentos Financieros Derivados no considerados con fines de cobertura, son aquellos que no cumplan con alguno de los requisitos señalados en los numerales 1) al 3) antes detallados.

Adicionalmente a ello, es preciso señalar que según lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley del Impuesto a la Renta, las pérdidas procedentes de fuente peruana provenientes de contratos con

Instrumentos Financieros Derivados con fines distintos a los de cobertura, sólo se podrán compensar contra rentas netas de fuente peruana originadas por la contratación de Instrumentos Financieros Derivados que tengan el mismo fin.

En ese sentido, si la contratación de Instrumentos Financieros Derivados con fines distintos a los de cobertura genera pérdidas, el contribuyente no podrá compensar estas últimas contra las demás rentas de fuente peruana que obtenga, a fin de determinar la renta neta imponible del ejercicio. A estos efectos, se considerará que el Instrumento Financiero Derivado no ha sido contratado con fines de cobertura, cuando no cumpla con alguno de los requisitos previstos en los numerales 1), 2) y 3) del artículo 5-A de la Ley del Impuesto a la Renta antes señalados.

En consecuencia, si no se cumplen algunos de los requisitos sustantivos antes mencionados, la pérdida generada como consecuencia de la contratación del Instrumento Financiero Derivado no podrá compensarse contra las demás rentas de fuente peruana del contribuyente, ya que en estos casos, la Ley del Impuesto a la Renta ha considerado que dicho instrumento al no contribuir razonablemente a eliminar, atenuar o evitar riesgos tales como la variación de precios, fluctuación de tipo de cambio, entre otros propios de los fines de cobertura; debiéndose arrastrar como pérdida “cedular” no compensable, salvo compensable contra ganancias de otros IFD de similar naturaleza especulativa.

No obstante, es preciso señalar que las exigencias de los numerales 1 al 3 del artículo 5-A de la Ley del Impuesto a la Renta no deberían constituir un requisito constitutivo para que un Instrumento Financiero Derivado tenga la naturaleza propia de un instrumento de cobertura. En efecto, tal como lo señala la propia definición contenida en la Ley del Impuesto a la Renta, los Instrumentos Financieros Derivados con fines de cobertura tiene por objeto de evitar, atenuar o eliminar riesgos, por el efecto de futuras fluctuaciones en el mercado al contado de los precios de mercaderías, commodities, tipo de cambio, etc.; es decir, se caracterizan por brindar una protección contra los cambios desfavorables en los precios (ya sea contra el alza o baja de los mismos, según la posición que se adopte en el contrato).

De lo antes expuesto se desprende que, el ratio de eficacia contenido en el numeral 3) del artículo 5-A de la Ley del Impuesto a la Renta constituye una presunción establecida por la norma para efectos de identificar a aquellos Instrumentos Financieros Derivados contratados con fines de cobertura. Ahora bien, por las razones antes expuestas, se trata de una presunción legal relativa o iuris tantum, que admite prueba en contrario, lo cual se condice con lo dispuesto en el artículo antes citado, conforme al cual, el deudor tributario debe contar con documentación formal que permita identificar lo siguiente:

- (i) El Instrumento Financiero Derivado celebrado, cómo opera y sus características.
- (ii) El contratante del Instrumento Financiero Derivado, el que deberá coincidir con la empresa, persona o entidad que busca la cobertura.
- (iii) Los activos, bienes y obligaciones específicos que reciben la cobertura, detallando la cantidad, montos, plazos, precios y demás características a ser cubiertas.
- (iv) El riesgo que se busca eliminar, atenuar o evitar, tales como la variación de precios, fluctuación del tipo de cambio, variaciones en el mercado con relación a los activos o bienes que reciben la cobertura o de la tasa de interés con relación a obligaciones y otros pasivos incurridos que reciben la cobertura.
- (v) La forma en que el contratante medirá la eficacia del Instrumento Financiero Derivado celebrado para compensar la exposición a riesgos de las partidas que cubre.

Es decir, la misma norma permite a los contribuyentes identificar, a través de la información antes señalada, a aquellos Instrumentos Financieros Derivados contratados con fines de cobertura.

En el mismo sentido, es preciso citar el pronunciamiento del Tribunal Fiscal a través de la RTF No. 1995-004540-1, en relación a los alcances de las presunciones legales:

“Según la doctrina jurídica, las presunciones legales son las establecidas por la ley para dar por existente un hecho, aún cuando en la realidad no pudiera haber sido cierto. Las presunciones se califican de pleno y absoluto derecho (*iuris et de iure*) y relativas (*iuris tantum*). Las absolutas deben ser precisadas por la ley como tales, en tanto que las relativas no necesariamente, aún cuando sería deseable que así lo fueren.” (El subrayado es nuestro).

Tal como se advierte de la RTF antes citada, el Tribunal Fiscal ha considerado que las presunciones legales absolutas, que no admiten prueba en contrario, deben ser expresamente señaladas como tales por la norma que contiene la presunción, lo cual no ocurre en el caso del ratio de eficacia previsto en el numeral 3) del artículo 5-A de la Ley del Impuesto a la Renta.

A mayor abundamiento, cabe señalar lo dispuesto en el artículo 280 del Código Procesal Civil, el cual establece expresamente que “En caso de duda sobre la naturaleza de una presunción legal, el Juez ha de considerarla como presunción relativa”. Al respecto, cabe señalar que el citado artículo resulta aplicable en este caso, tomando en consideración lo establecido en la Norma IX del Código Tributario, conforme a la cual, en lo no previsto por dicha norma o en otras normas tributarias, podrán aplicarse normas distintas siempre que no se les opongan ni las desnaturalicen.

Por los motivos antes expuestos, la presunción contenida en el numeral 3) del artículo 5-A de la Ley del Impuesto a la Renta, respecto de todos los requisitos del “Tax Filling Hedge” como, por ejemplo, el ratio de eficacia -que rigió solo un ejercicio- y demás exigencias o requisitos sustantivos y/o formales que deben cumplir los Instrumentos Financieros Derivados, constituyen una presunción relativa o *iuris tantum*, que puede ser desvirtuada por las pruebas, documentación e información que demuestre que el Instrumento Financiero Derivado ha sido contratado con fines de cobertura, más aún cuando ambas partes están domiciliadas en el Perú.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- GALLO, Franco (2011): *Le ragioni del Fisco: Etica e Giustizia nella Tassazione*. Ed. Il Mulino, pág. 139.
- GARCÍA NOVOA, César (2009). *El concepto de tributo*. Lima, Ed. Tax Editor, pág. 239

Fecha de recepción: 14 de setiembre de 2018

Fecha de aceptación: 30 de octubre de 2018