

Andrés Valle Billinghamurst^(*)

Instrumentos financieros derivados

«EL ÚLTIMO CAMBIO NORMATIVO EN MATERIA TRIBUTARIA RELATIVO A INSTRUMENTOS FINANCIEROS DERIVADOS FUE EFECTUADO A TRAVÉS DE LA LEY 29306, PUBLICADA EL 27 DE DICIEMBRE DE 2008. POR MEDIO DE ESTA NORMA SE MODIFICA EL ARTÍCULO 5-A DE LA LEY DEL IMPUESTO A LA RENTA, CON LO CUAL SE DEJA SIN EFECTO EL REQUISITO DEL RATIO DE EFICACIA QUE UN INSTRUMENTO FINANCIERO DERIVADO DEBÍA CUMPLIR A FIN DE PODER CALIFICAR COMO UNO DE COBERTURA».

1. Introducción

Un elemento clave para atraer la inversión extranjera directa es la existencia de una economía estable en el país receptor. En efecto, los inversionistas deben tener confianza en que la economía en la cual invierten será administrada en forma competente y predecible. Dicho de otro modo, deben confiar en que las reglas de juego no cambiarán intempestivamente. Para ello, la integridad del gobierno anfitrión y su capacidad para mantener el imperio de la ley deben estar garantizadas. Por otro lado, el tamaño y el potencial de crecimiento del mercado de un país, que dependen en forma significativa del poder adquisitivo de los agentes económicos que en él operan, juegan también un rol importante. Las empresas generalmente no invertirán en una plaza que muestra escaso potencial para generar valor.

Así, teniendo en cuenta el contexto actual de crisis mundial, un desafío importante que enfrenta cualquier gobierno es ofrecer reglas claras a los inversionistas. Además de la seguridad y estabilidad en las políticas y en la economía de un país -que resultan aspectos básicos para atraer inversión extranjera- existen ciertos riesgos de difícil control para el Estado.

A su turno, las empresas pueden administrar algunos riesgos inherentes al giro de su negocio, en tanto cuenten con la información necesaria para ello. Sin embargo, existen otros sobre los que ejercen un control mínimo, entre ellos: la fluctuación de precios internacionales, los tipos

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio Principal de Ernst & Young. Expresidente del Instituto Peruano de Derecho Tributario (IPDT).

de cambio de moneda extranjera, las tasas de intereses en el mercado financiero, en los cuales la influencia de la empresa no es significativa.

Teniendo en cuenta ello, el propio sistema ha creado mecanismos de protección a fin de que los agentes económicos cautelen sus intereses. Concretamente, respecto de los riesgos enunciados anteriormente, el mercado de instrumentos financieros derivados ha tomado gran relevancia en el entorno financiero como respuesta a la necesidad de contar con mecanismos eficaces de transferencia de riesgo.

En este contexto, constituye objeto del presente trabajo el breve análisis de la evolución normativa, desde la óptica tributaria, relativa a los instrumentos financieros derivados, los cuales tienen su origen y justificación en la necesidad de gestionar adecuadamente los riesgos asociados a los cambios en el entorno económico y en los precios de los bienes o activos financieros.

2. Ideas previas

Los contratos con instrumentos financieros derivados en general han surgido como consecuencia de un mercado globalizado, en el que las empresas se ven afectadas no solo por riesgos económicos inherentes al mercado interno, sino también por los provenientes de mercados internacionales.

En nuestro país, en particular, las empresas se encuentran frente a riesgos propios de economías emergentes, en las que las inversiones extranjeras tienen un rol preponderante en el surgimiento de nuevas fuentes de recursos y en el repotenciamiento de los sectores productivos. Para que dichas inversiones sean rentables, los inversionistas deben hacer uso de instrumentos que les permitan administrar los riesgos de sus negocios. Por su parte, las empresas nacionales también tienen un reto en el manejo de los mismos, pues de ello puede depender su éxito y permanencia en el mercado.

Siendo los contratos derivados herramientas de control de riesgos, se torna necesario e imprescindible que la tributación regule dichos instrumentos de manera neutral, sin incentivarlos y evitando hacer innecesariamente onerosa su utilización.

En otras palabras, se debe cuidar que con la aplicación de dichos instrumentos, las empresas no busquen un tratamiento

«EN ATENCIÓN A LO EXPUESTO, CONSIDERAMOS QUE EN EL EJERCICIO 2007 DEBÍAN APLICARSE LAS NORMAS DEL RÉGIMEN GENERAL PARA LO REFERENTE A LA DEDUCCIÓN DE LAS PÉRDIDAS ORIGINADAS EN INSTRUMENTOS DERIVADOS SIN FINES DE COBERTURA. ES DECIR, ESTAS PODRÍAN COMPENSARSE CONTRA CUALQUIER TIPO DE RENTA, BAJO LA ÚNICA CONDICIÓN DE QUE CALIFIQUEN COMO DE FUENTE PERUANA».

tributario más favorable, o descarten su uso por las implicancias impositivas de los mismos; sino que, los vean simplemente como un elemento a tomar en consideración para el manejo adecuado y eficiente de los riesgos de mercado.

La legislación tributaria, por tanto, debe ofrecer reglas claras que permitan a dichos agentes tener seguridad jurídica respecto a las implicancias impositivas de la utilización de los instrumentos bajo comentario.

3. Evolución normativa

En el presente trabajo pretendemos analizar las consecuencias que en materia de Impuesto a la Renta acarrea la ejecución de operaciones con instrumentos financieros derivados. Metodológicamente, hemos considerado conveniente efectuar nuestro análisis transitando a través de la evolución de las normas tributarias relativas a los referidos instrumentos.

Hasta la mañana del 24 de diciembre de 2006, nuestra Ley del Impuesto a la Renta (Decreto

Andrés Valle Billinghamurst

Supremo 179-2004-EF) no contemplaba regulación específica en materia de instrumentos financieros derivados. Aquel día fue publicado en el Diario Oficial El Peruano el Decreto Legislativo No. 970, que entró en vigencia el 1 de enero de 2007. A través del referido Decreto Legislativo se incorporan a la Ley del Impuesto a la Renta el artículo 5-A, el inciso d del artículo 10, el numeral 5 del artículo 32, el inciso q del artículo 44 y la Quincuagésimo Segunda Disposición Transitoria y Final. Asimismo, se sustituyen los artículos 50 y 57.

Posteriormente, con fecha 15 de marzo de 2007, se publicó el Decreto Legislativo 979, a través del cual se incorpora un último párrafo al inciso q del artículo 44 de la Ley del Impuesto a la Renta. Tal modificación entra en vigencia el 1 de enero de 2008.

En esta última fecha, también cobra vigor el Decreto Supremo 219-2007-EF, publicado el 31 de diciembre de 2007, el cual reglamenta lo establecido por el Decreto Legislativo 970. A través del referido Decreto Supremo se incorporan al Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta (Decreto Supremo. 122-94-EF) el artículo 2-A, el artículo 2-B, el artículo 2-C, el inciso w del artículo 21, el inciso e del artículo 25, el inciso e del primer párrafo del artículo 29, el último párrafo de dicho artículo, el artículo 29-C, y el inciso g del artículo 34.

Exactamente un año después, empieza a regir la Ley 29306, publicada el 27 de diciembre de 2008, que modifica el literal b del artículo 5-A y el literal a del artículo 57 de la Ley del Impuesto a la Renta.

4. Tratamiento tributario

Habiendo señalado de manera general todos los cambios normativos que, en materia de instrumentos financieros, ha sufrido la Ley del Impuesto a la Renta, en este punto pasaremos a identificar de manera específica las consecuencias prácticas que los mismos acarrearán en la determinación del Impuesto a la Renta correspondiente a cada ejercicio.

4.1. Régimen aplicable hasta el 31 de diciembre de 2006

Debido a que los cambios introducidos por el Decreto Legislativo 970 recién entraron en vigencia el 1 de enero del 2007, hasta finales del ejercicio 2006 nuestras normas tributarias no contemplaban un tratamiento específico para las operaciones con instrumentos financieros derivados. Por consiguiente, los efectos tributarios de las mismas debían determinarse aplicando las reglas generales del Impuesto a la Renta.

Respecto a las reglas de fuente de la renta, cabe señalar que de acuerdo con el artículo 6 de la Ley del Impuesto a la Renta⁽¹⁾ -el cual no ha sufrido modificación alguna desde ese entonces- los contribuyentes que califiquen como domiciliados en el Perú deben tributar en el país tanto por sus rentas de fuente peruana como por las de fuente extranjera. En ese sentido, los ingresos provenientes de contratos con instrumentos financieros derivados -tuviesen o no fines de cobertura- que obtenía un domiciliado se encontraban gravados con el Impuesto a la Renta peruano sin importar el tipo de fuente de la que proviniesen.

De otro lado, la eventual ganancia que podría obtener un sujeto no domiciliado no calificaba como renta de fuente peruana, al no encontrarse subsumida en ninguno de los supuestos previstos, en ese entonces, en los artículos 9 y 10 de la Ley del Impuesto a la Renta. Por tal motivo, tampoco se encontraba sujeta a retención por Impuesto a la Renta en el Perú.

Cabe destacar que esta conclusión era concordante con el tratamiento tributario

(1) "Artículo 6

Están sujetas al impuesto la totalidad de las rentas gravadas que obtengan los contribuyentes que, conforme a las disposiciones de esta Ley, se consideran domiciliados en el país, sin tener en cuenta la nacionalidad de las personas naturales, el lugar de constitución de las jurídicas, ni la ubicación de la fuente productora. (...)".

otorgado por la legislación comparada. En efecto, en ciertos países donde ya existían normas específicamente previstas para este tipo de transacciones, la compensación pagada tenía su fuente en el país de residencia del sujeto que la recibía y no en el país de residencia del pagador de la misma⁽²⁾. Consecuentemente, dichos pagos no se encontraban sujetos a retención en la fuente.

Ahora bien, respecto al tratamiento de los gastos y pérdidas que hubiesen podido generar los contratos materia de nuestro análisis, resultaba necesario establecer si estos se encontraban asociados o no con la generación de rentas gravadas de fuente peruana, toda vez que el artículo 51-A de la Ley del Impuesto a la Renta⁽³⁾ presume que todo gasto incurrido en el exterior se encuentra asociado con la generación de rentas de fuente extranjera, salvo prueba en contrario.

Existían argumentos para sostener que los referidos gastos y pérdidas estaban relacionados con la generación de rentas gravadas de fuente peruana, por lo que podían ser deducibles a efectos de la determinación de la renta neta de fuente peruana. En efecto, a pesar de que nos encontrábamos frente a dos transacciones diferentes, se debía aceptar que lo que se pretendía a través de la celebración de un contrato de derivados era asegurar el resultado de la compañía, al cubrir determinado riesgo.

Sin embargo, en este punto resulta relevante destacar que la Administración Tributaria no compartía la posición antes expuesta. Ello porque consideraba que los contratos con instrumentos financieros derivados constituían una operación independiente -esto es, no relacionada a ninguna otra operación- destinada a la generación de rentas de fuente extranjera, en caso de ser realizada con una entidad no domiciliada.

Finalmente, en lo que respecta al momento en que debían reconocerse los resultados de tales operaciones, debemos hacer mención al criterio que sobre el particular recoge nuestra Ley del Impuesto a la Renta para las rentas de tercera categoría; a saber: el devengado⁽⁴⁾.

Aunque la referida Ley no desarrolla una definición del mismo, en términos generales, podríamos sostener que un ingreso se devenga cuando el acreedor tiene legalmente el derecho al mismo; mientras que, un gasto se devenga cuando el deudor debe reconocer su obligación⁽⁵⁾. Conforme a ello, consideramos que los ingresos, gastos y pérdidas generados por los referidos contratos se devengaban y, por ende, debían reconocerse al momento de la liquidación final de la operación o del vencimiento del plazo de la misma, pues con tales eventos se determinaban los derechos y obligaciones de forma definitiva.

4.2. Régimen aplicable al ejercicio 2007

Tal como lo hemos mencionado líneas arriba, el 1 de enero de 2007 entró en vigencia el Decreto Legislativo 970, publicado el 24 de diciembre del año anterior, el cual incorporó diversas disposiciones relacionadas con el tratamiento tributario, respecto al Impuesto a la Renta, de los instrumentos financieros derivados.

En relación a ello, en primer lugar, debemos mencionar que se incorporó a la Ley del Impuesto a la Renta el artículo 5-A, por medio del cual se definió lo que debía entenderse

(2) Este tratamiento es aplicado, por ejemplo, en los Estados Unidos de América. (*Income Tax Regulations, Section 1.863-7*).

(3) "Artículo 51-A

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.

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. (...)"

(4) "Artículo 57.- A los efectos de esta Ley el ejercicio gravable comienza el 1 de enero de cada año y finaliza el 31 de diciembre, debiendo coincidir en todos los casos el ejercicio comercial con el ejercicio gravable, sin excepción.

Las rentas se imputarán al ejercicio gravable de acuerdo con las siguientes normas:

a. Las rentas de la tercera categoría se considerarán producidas en el ejercicio comercial en que se devenguen. (...)"

(5) GARCÍA MULLÍN, Roque. *Manual del Impuesto a la Renta*. Buenos Aires: CIET, 1978. pp. 18 y 19.

Andrés Valle Billinghamurst

como instrumento financiero derivado. Asimismo, se estableció una distinción entre este tipo de instrumentos, dependiendo de si estos calificaban como de fines de cobertura o no.

De acuerdo con esta norma, para considerar a un derivado como de fines de cobertura debían verificarse los siguientes requisitos: (i) Contribuye razonablemente a eliminar, atenuar o evitar el riesgo cubierto. Se entiende que la contribución del derivado es razonable si resulta eficaz, lo cual se verifica si la relación entre el resultado neto obtenido en el mercado del derivado y el resultado neto obtenido en el mercado de contado o *spot* se encuentra en un rango de 80 a 125 por ciento; (ii) ha sido celebrado entre partes no relacionadas, salvo que su contratación se efectúe a través de lo que la norma ha denominado un mercado reconocido; (iii) cubre el riesgo durante todo el período en que este se verifica; (iv) ha sido celebrado en mercados reconocidos; y, (v) no ha sido celebrado con residentes en territorios de nula o baja imposición.

Los derivados que no cumplieren con los requisitos señalados en el acápite precedente se consideraban como instrumentos sin fines de cobertura, para efectos de lo establecido por la Ley del Impuesto a la Renta.

Respecto a las reglas de fuente, se incorporó el inciso d del artículo 10⁽⁶⁾, el cual califica como renta de fuente peruana a los resultados provenientes de la contratación de derivados obtenidos solo por sujetos domiciliados en el país. Por este motivo, las eventuales ganancias que los sujetos no domiciliados obtuviesen en este tipo de transacciones no

debían ser consideradas en ningún caso como rentas de fuente peruana y, en consecuencia, no estaban sujetas a imposición en el Perú.

En lo que al tratamiento de las pérdidas concierne, la distinción entre los derivados con y sin fines tiene gran relevancia. Con la nueva redacción del artículo 50⁽⁷⁾ se estableció que, en el caso de los derivados que no califiquen como con fines de cobertura, las pérdidas resultantes de estos solamente podrían compensarse con las rentas generadas por este mismo tipo de instrumentos.

Del otro lado, respecto de los resultados producidos por instrumentos financieros derivados con fines de cobertura, el incorporado inciso d del artículo 10 señaló que estos solamente se considerarían como de fuente peruana si los riesgos que se pretendían cubrir estaban afectados a la generación de rentas de fuente peruana. Así, las pérdidas derivadas de tal tipo de instrumento sí serían compensables con la renta de fuente peruana.

Ahora bien, en relación a los gastos generados por la celebración de contratos con instrumentos financieros derivados en general, estos serían deducibles conforme al principio de causalidad establecido en el artículo 37 de

(6) "Artículo 10.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, también se consideran rentas de fuente peruana:

(...)

d) Los resultados provenientes de la contratación de Instrumentos Financieros Derivados obtenidos por sujetos domiciliados en el país.

Tratándose de Instrumentos Financieros Derivados celebrados con fines de cobertura, solo se considerarán de fuente peruana los resultados obtenidos por sujetos domiciliado en el país, cuando los activos, bienes, obligaciones o pasivos incurridos que recibirán la cobertura estén afectados a la generación de rentas de fuente peruana".

(7) "Artículo 50

Los contribuyentes domiciliados en el país podrán compensar la pérdida neta total de tercera categoría de fuente peruana que registren en un ejercicio gravable, con arreglo a alguno de los siguientes sistemas:

(...)

Adicionalmente, en ambos sistemas las pérdidas de fuente peruana provenientes de contratos de Instrumentos Financieros Derivados con fines distintos a los de cobertura sólo se podrán compensar con rentas netas de fuente peruana originadas por la contratación de Instrumentos Financieros Derivados que tengan el mismo fin".

la Ley del Impuesto a la Renta⁽⁸⁾. A pesar de ello, siempre debía tenerse presente que el inciso q del artículo 44 del mismo cuerpo normativo prohíbe la deducción de los gastos y pérdidas provenientes de la celebración de tales contratos con residentes o establecimientos permanentes situados en paraísos fiscales.

Continuando con las modificaciones realizadas a través del Decreto Legislativo 970, cabe indicar que tal norma sustituye lo señalado por el artículo 57. A través de la nueva redacción de este se establece la oportunidad en que deben considerarse devengadas las rentas y pérdidas originadas por los derivados. En líneas generales, se condiciona el reconocimiento del resultado a la ocurrencia de alguno de los siguientes supuestos: (i) Entrega física del elemento subyacente; (ii) liquidación en efectivo; (iii) abandono de la opción en la fecha en la que la opción expira, sin ejercerla; (iv) cesión de la posición contractual; o, (v) cumplimiento de la fecha fijada en el contrato de *swap* financiero para la realización del intercambio periódico de flujos financieros.

Asimismo, se crea una regla especial para el caso de instrumentos financieros derivados que consideren como elemento subyacente exclusivamente el tipo de cambio de una moneda extranjera; caso en el cual, la rentas y pérdidas se imputarán al cierre de cada ejercicio gravable, aun cuando la fecha de vencimiento del instrumento corresponda a un ejercicio posterior.

No obstante todo lo antes señalado, es conveniente anotar que, la distinción entre instrumentos financieros derivados con y sin fines de cobertura aun no cobraba relevancia práctica para la determinación del Impuesto a la Renta del ejercicio 2007.

Ello debido a que el Decreto Legislativo 970 se limitó a señalar -en la modificación introducida al artículo 50 de la Ley del Impuesto a la Renta- que las pérdidas originadas en operaciones sin fines de cobertura solamente podrían ser compensadas con rentas de fuente peruana originadas por instrumentos financieros derivados sin fines de cobertura.

Vale decir, no se estableció que tales pérdidas no eran deducibles para la determinación del Impuesto a la Renta del ejercicio, sino únicamente la forma de compensación de las mismas en el futuro. Por consiguiente, siendo que no existía limitación alguna a la deducción de tales pérdidas para el cálculo del Impuesto a la Renta -excepto de aquellas generadas en operaciones celebradas con residentes en paraísos fiscales cuya deducción se encontraba prohibida por el inciso q del artículo 44 de la Ley del Impuesto a la Renta-, tales pérdidas resultan deducibles.

En adición a lo señalado en el párrafo precedente, las disposiciones vigentes durante el ejercicio 2007 no especificaron el método para calcular el ratio de eficacia que determinaría que tal instrumento califique como uno de cobertura. En otros términos, estableció el requisito que debía cumplirse, pero no formuló la manera de determinar su cumplimiento.

En atención a lo expuesto, consideramos que en el ejercicio 2007 debían aplicarse las normas del régimen general para lo referente a la deducción de las pérdidas originadas en instrumentos derivados sin fines de cobertura. Es decir, estas podrían compensarse contra cualquier tipo de renta, bajo la única condición de que califiquen como de fuente peruana.

Por último, debemos añadir que, para el caso de operaciones con instrumentos financieros derivados celebradas con fines de intermediación financiera por las empresas del Sistema Financiero, el inciso d del nuevo artículo 5-A determinó que estas se regirían por las disposiciones específicas dictadas

(8) "Artículo 37

A fin de establecer la renta neta de tercera categoría se deducirá de la renta bruta los gastos necesarios para producirla y mantener su fuente, así como los vinculados con la generación de ganancias de capital, en tanto la deducción no esté expresamente prohibida por esta ley, en consecuencia son deducibles: (...)".

Andrés Valle Billinghamurst

por la Superintendencia de Banca y Seguros -a saber, la Resolución SBS 1737-2006- en lo relativo a los siguientes aspectos: (i) calificación de cobertura o de no cobertura; y, (ii) reconocimiento de ingresos o pérdidas. Asimismo, tampoco le sería aplicable a los instrumentos financieros con fines de intermediación, la limitación a la compensación de pérdidas originadas en operaciones sin fines de cobertura anteriormente referida. En todo lo demás se deberán aplicar las disposiciones establecidas en la Ley del Impuesto a la Renta.

4.3. Régimen aplicable al ejercicio 2008

El 15 de marzo de 2007 se publicó el Decreto Legislativo 979, a través del cual se incorporó un último párrafo al inciso q del artículo 44 de la Ley del Impuesto a la Renta. Con ello se establece que las pérdidas incurridas en operaciones sin fines de cobertura no son deducibles para la determinación del Impuesto a la Renta.

Como se aprecia entonces, por medio de la norma bajo comentario se subsana la omisión anteriormente descrita, toda vez que se prohíbe la deducción de las pérdidas obtenidas en operaciones sin fines de cobertura para la determinación del Impuesto a la Renta del ejercicio. Sin embargo, al tratarse de una modificación introducida a un tributo de periodicidad anual, esta recién entra en vigencia el 1 de enero de 2008.

Del mismo modo, el último día del año 2007 fue publicado el Decreto Supremo 219-2007-EF, que reglamentó lo establecido por el Decreto Legislativo 970 y entró en vigencia el 1 de enero de 2008.

A través del referido dispositivo legal se incorporó al Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta el artículo 2-A. Con este nuevo artículo recién se estableció la forma para determinar si cierto instrumento financiero derivado calificaba o no como eficaz, pues en este se desarrolló la fórmula para calcular el ratio de eficacia del mismo.

Por otro lado, se incorporan los artículos 2-B y 2-C, por medio de los cuales se señala qué debe considerarse como un instrumento financiero derivado celebrado con fines de intermediación financiera, y se establece que aquellos derivados celebrados con empresas del sistema financiero calificarán como celebrados en mercados reconocidos, respectivamente.

Con relación a los gastos incurridos en la celebración de contratos con derivados, ya sea que estos califiquen con o sin fines de cobertura, se incorpora el inciso w del artículo 22 del Reglamento, que establece que estos serán deducibles en su integridad siempre que hayan sido necesarios para producir la renta o mantener su fuente.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, podemos afirmar que, a diferencia del ejercicio 2007, para la determinación del Impuesto a la Renta 2008 ya cobra relevancia la distinción entre instrumentos financieros derivados con y sin fines de cobertura, en lo que respecta a la determinación de la renta neta y a la compensación de las pérdidas.

Así, tal como lo especifica el inciso e del artículo 29 del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, las pérdidas de fuente peruana -devengadas a partir del ejercicio 2008- provenientes de instrumentos financieros derivados que no califiquen como de fines de cobertura solo serían deducibles de las rentas de fuente peruana -obtenidas en el mismo ejercicio- provenientes de instrumentos financieros derivados de la misma clase. Si quedara algún saldo, este solo podría ser compensado contra las rentas de tercera categoría de los ejercicios posteriores, provenientes también de instrumentos de igual naturaleza.

En este punto creemos relevante indicar que, pese a que para el ejercicio 2008 ya se encontraba establecido el requisito de eficacia y, además, se había señalado la forma de saber cómo se cumplía con el mismo, difícilmente los contratos celebrados llegaban a cumplir con el ratio de eficacia requerido.

Así, si el instrumento financiero derivado materia de un contrato de cobertura cumplía con el requisito de eficacia, y al momento de la liquidación arrojaba resultados positivos,

estos eran considerados como renta de fuente peruana en el cálculo del Impuesto a la Renta. Sin embargo, y pese a que el contrato hubiese sido celebrado con la intención de tener fines de cobertura, si arrojaban resultados negativos al momento de la liquidación y no alcanzaba el ratio de eficacia requerido por las normas tributarias, ello hacía que tal instrumento calificase como uno con fines distintos al de cobertura para efectos de la determinación Impuesto a la Renta. Por ende, tal pérdida no podía ser deducida de otras rentas de fuente peruana, sino solo de las rentas obtenidas por instrumentos financieros derivados de la misma naturaleza.

4.3.1. Problemática en el 2008

Para analizar algunos problemas que podrían presentarse al momento del cálculo del Impuesto a la Renta 2008, pensemos en el caso de cierta compañía que ha celebrado solo dos contratos con instrumentos financieros derivados:

Operación A: Ha sido celebrada con la intención de tener fines de cobertura; sin embargo, se estima que al momento de liquidarse arrojará pérdidas y no cumplirá con el requisito del ratio de eficacia establecido en el artículo 5-A de la Ley del Impuesto a la Renta, por lo que calificará como instrumento financiero derivado sin fines de cobertura para efectos de la determinación del referido impuesto. Como consecuencia de ello, tal pérdida no podría ser compensable contra cualquier tipo de renta de fuente peruana, sino que solo podría deducirse de las rentas generadas por instrumentos financieros derivados que también califiquen como de fines distintos al de cobertura.

Operación B: También ha sido celebrada con intención de cumplir con fines de cobertura pero, a diferencia de la operación anterior, es muy probable que al momento de su liquidación se obtengan resultados positivos. Teniendo en cuenta ello, tal derivado sí calificará para efectos del Impuesto a la Renta como un instrumento financiero con fines de cobertura; y, por ende, la renta que genere será considerada como renta de fuente peruana.

Si ambas operaciones deben liquidarse en el año 2008, los resultados de la operación A (a saber, pérdidas generadas por instrumentos financieros derivados con fines distintos al de cobertura) y los de la operación B (a saber, renta de fuente peruana) no podrían compensarse. En este escenario se genera un incentivo al contribuyente para que ambas operaciones no califiquen como de cobertura.

En efecto, si en la operación B no cumpliera con uno de los requisitos establecidos en el artículo 5-A de la Ley del Impuesto a la Renta, el instrumento financiero derivado ya no calificaría como uno de fines de cobertura, por lo que las rentas generadas por la misma podrían compensarse con el resultado negativo de la operación A.

4.4. Régimen aplicable al ejercicio 2009

El último cambio normativo en materia tributaria relativo a instrumentos financieros derivados fue efectuado a través de la Ley 29306, publicada el 27 de diciembre de 2008. Por medio de esta norma se modifica el artículo 5-A de la Ley del Impuesto a la Renta, con lo cual se deja sin efecto el requisito del ratio de eficacia que un instrumento financiero derivado debía cumplir a fin de poder calificar como uno de cobertura. Igualmente, se elimina la exigencia de que el mismo cubra el riesgo durante todo el período en que este se verifica.

En lo que respecta al reconocimiento de ingresos, se sustituye el literal a del artículo 57 a fin de derogar la excepción que señalaba que los resultados provenientes de un derivado que tiene como elemento subyacente el tipo de cambio de una moneda extranjera debían reconocerse al cierre del ejercicio gravable, aun cuando la fecha de vencimiento del instrumento correspondiera a un ejercicio posterior. Por ello, a partir del ejercicio 2009, los resultados procedentes de instrumentos financieros que tengan tal elemento subyacente deberán reconocerse para propósitos fiscales -al igual que todos los demás instrumentos financieros derivados- solamente cuando ocurra alguno de los supuestos previstos en el artículo 57 de la Ley del Impuesto a la Renta.

4.4.1. Problemática en el 2009

Teniendo en cuenta estas últimas modificaciones, pensemos en los siguientes casos:

Andrés Valle Billinghamurst

Caso A: Cierta compañía celebra un contrato con instrumentos financieros derivados en el año 2008, que se liquidará en el 2009. Tal operación fue efectuada con la finalidad de cumplir funciones de cobertura.

Si al momento de liquidarse no cumple con el requisito del ratio de eficacia, ¿calificará como un instrumento financiero derivado con fines de cobertura o como uno con fines distintos al mismo?

Por aplicación inmediata de la Ley⁽⁹⁾, el referido instrumento financiero, pese a no cumplir con el requisito del ratio de eficacia, calificará como uno con fines de cobertura. Ello en razón que, pese a que la operación fue celebrada antes de la entrada en vigencia de la Ley 29306, esta está siendo liquidada cuando tal norma ya se encuentra en vigor. Y, los resultados de una operación deben analizarse y calificarse en el momento en que se conocen; vale decir: una vez que se liquiden. Más aun cuando la norma vigente en el ejercicio 2008 establecía que la eficacia debía medirse en el momento en que ocurría -como regla general- la liquidación de la operación.

Por lo tanto, los resultados provenientes del contrato objeto de este análisis deberían ser considerados como de fuente peruana a efectos de la determinación del Impuesto a la Renta; y, por ende, compensables contra cualquier tipo de renta de fuente peruana.

Caso B: La compañía celebra una operación con términos muy similares a los del caso anterior. La única diferencia consiste en que el año en que se liquida es el 2008.

Teniendo en cuenta que la presentación de la declaración jurada del Impuesto a la Renta

2008 debe efectuarse en el año 2009, cuando la compañía ya conoce las nuevas reglas establecidas por la Ley 29306; entonces, si al momento de la liquidación el instrumento financiero derivado no satisface el requisito del ratio de eficacia ¿la operación calificará como una de cobertura, en tanto que al momento de la presentación de la declaración jurada del 2008 ya no se encuentra vigente la norma que exigía el cumplimiento de tal requisito?

Sin duda la respuesta es negativa. La operación debe ser considerada como una con fines distintos a los de cobertura debido a que, conforme al principio de irretroactividad de las leyes⁽¹⁰⁾, las consecuencias jurídicas de los resultados de la misma deben analizarse en el momento en que se conocen y bajo la norma que en ese entonces se encontraba vigente. Así, si la referida operación debió liquidarse cuando aun se encontraba vigente el requisito del ratio de eficacia, y no logró cumplir con el mismo, entonces no podría calificar como un instrumento con fines de cobertura.

Por ende, la pérdida que se hubiese podido generar no sería compensable contra cualquier tipo de renta peruana, sino solo contra rentas obtenidas por instrumentos financieros derivados de la misma naturaleza.

5. Comentario final

De lo desarrollado en el presente trabajo podemos advertir que el uso de instrumentos financieros, que contribuyen a un manejo más eficiente de los riesgos, va cobrando mayor relevancia, especialmente en estos tiempos en que la economía mundial no goza de gran estabilidad. Por ello, nuestros legisladores deberían preocuparse por regular las consecuencias jurídico-tributarias de los mismos de la manera más adecuada posible: no incentivando su contratación de forma indiscriminada, ni desincentivándola del todo.

De este modo, se logrará un tratamiento neutral de tales operaciones, que permitirá que los instrumentos financieros derivados cumplan de la mejor manera los fines para los que fueron creados.

(9) RUBIO CORREA, Marcial. *Título Preliminar. Para Leer el Código Civil*. Volumen III. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988. pp.49 y siguientes.

(10) *Ibid.*