

Los Instrumentos Financieros Derivados y su Imposición en la Fuente bajo la Legislación Peruana y los Convenios para evitar la Doble Imposición

Fernando Núñez Ciallella¹
Ponente Individual

INTRODUCCIÓN

Al analizar las implicancias internacionales generadas por los instrumentos financieros derivados tenemos que determinar si las rentas que derivan de este tipo de instrumentos y que son obtenidas por sujetos no domiciliados se encuentran sujetas a retención en el país de la fuente (jurisdicción donde se ubica el sujeto pagador de la renta).

Así, por un lado, corresponde examinar si las reglas de fuente y los criterios de conexión establecidos por la legislación del país de la fuente comprende este tipo de rentas o, en su caso, bajo qué condiciones.

Por otro lado, corresponde también analizar las reglas de atribución de potestad tributaria contenidas en los Convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal (en adelante, los CDI).

Como es sabido, las reglas de atribución de potestad tributaria contenidas en los artículos 6 a 21 de los CDI restringen parcial o totalmente la potestad tributaria del país de la fuente y por ende, constituyen una limitación a gravar una determinada renta.

El presente artículo tiene por objetivo analizar desde un punto de vista conceptual si corresponde que las rentas provenientes de los instru-

¹ Abogado por la Universidad de Lima. LL.M in International and European Taxation. Maastricht University. Maastricht, Holanda. Profesor de la Maestría de Tributación y Política Fiscal de la Universidad de Lima y de la Maestría de Derecho Tributario de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Gerente de Impuestos de Ernst & Young.

mentos financieros derivados se encuentren sujetas a imposición en el país de la fuente.

Para ello, analizaremos la doctrina internacional y también estudiaremos la evolución de la legislación tributaria peruana sobre instrumentos financieros derivados durante los últimos años.

Seguidamente, también analizaremos el tratamiento de las rentas derivadas de estos instrumentos bajo el ámbito de aplicación de los CDI. El objetivo de este análisis pretende determinar la regla de atribución de potestad tributaria aplicable para este tipo de rentas.

Este tema es sumamente trascendente por cuanto la aplicación de una determinada regla de atribución en perjuicio de otra puede implicar una limitación al país de la fuente a gravar parcial o totalmente las rentas generadas por los instrumentos financieros derivados.

ORIGEN Y DEFINICIÓN DE LOS INSTRUMENTOS FINANCIEROS DERIVADOS

El antecedente histórico de los instrumentos financieros derivados desde el punto de vista teórico puede ser relacionado con la Ley de Ventaja Comparativa que el economista David Ricardo desarrolla en su destacada obra: “Principios de Economía y Política de Tributación”.²

En concreto, la citada ley examinaba las ventajas comparativas y los efectos económicos en el comercio exterior que se generaban como consecuencia de la eficiencia alcanzada en la producción de determinados bienes por un país.

El país A y el país B producían paño y vino. Empero, si el país A se encontraba en condiciones de producir paño más eficientemente que el país B, ese país debía concentrar todos sus esfuerzos en producir el producto en el cual tenga más grande ventaja comparativa, dejando la producción del otro producto (vino) al país B.

De este modo, ambos países podían intercambiar los productos en que sean más eficientes con el resultado neto de que el país A y el país B lograban el mayor beneficio posible.

Un instrumento financiero derivado puede ser definido como aquel

² RICARDO, David. *Principios de Economía Política y Tributación*. Fondo de Cultura Económica. Ciudad de México, México. 1959.

contrato bilateral o acuerdo de intercambio cuyo contenido económico depende de los valores de otras variables básicas subyacentes. El reconocido jurista argentino Ricardo Lorenzetti los define, como aquellos contratos financieros mediante los cuales un sujeto se obliga a pagar a otro una suma de dinero que será determinada conforme a la evolución de otro bien que se toma como referencia.³

Como su propio nombre lo indica, estos instrumentos presentan como principal característica su vinculación con un valor o índice subyacente tales como tipos de interés, tipos de cambio, índices bursátiles, materias primas, entre otros.

Los instrumentos financieros derivados tienen como principal objetivo cubrir a las empresas de las fluctuaciones de los precios, permitiendo a sus contratantes transferir el riesgo de precios asociados a los activos subyacentes.

Este objetivo se logra creando un instrumento financiero cuyo valor se incrementa o disminuye en forma inversamente proporcional a la variable de la cual se desea obtener una cobertura.^{4,5}

Estos instrumentos pueden clasificarse en financieros o no financieros. En el primer caso, los activos subyacentes materia de cobertura se encuentran conformados por el tipo de interés, tipo de cambio, índices bursátiles, entre otros. Mientras que, en el segundo caso, los activos subyacentes cubiertos son generalmente el precio de los minerales, petróleo, granos y en general, todo tipo de materias primas.

Existen una gran variedad de instrumentos financieros derivados en los mercados internacionales. Empero, los más conocidos y utilizados responden a la denominación de forwards, futuros, opciones y swaps, todos los cuales tienen sus propias características y particularidades.

³ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Contratos: Parte Especial*. Editorial Rubinzal y Culzoni. Buenos Aires, Argentina, 2003.

⁴ MALUMIAN, Nicolás. *Contratos Derivados (Futuros, Opciones y Swaps) Aspectos jurídicos y fiscales*. Fondo Editorial de Derecho y Economía. Buenos Aires, Argentina, 2003.

⁵ En este sentido, como destaca David Rosenbloom: “*The derivative financial instruments shift financial risk from one party to another does not mean that the party seeking to shift the risk necessarily bore that risk in the first place*”. ROSENBLUM, David. *Source-basis taxation of derivatives financial instruments: some unanswered questions*. University of Miami Law Review, 50, 1996.

LA IMPOSICIÓN A NIVEL DEL PAÍS DE LA FUENTE

Existen varios reconocidos autores que promueven un sistema de imposición en la fuente en forma exclusiva por cuanto éste genera menos distorsiones en los negocios internacionales y ayudan a alcanzar la neutralidad propia de la imposición a la renta.⁶

Al respecto, es preciso recordar que la normativa del Impuesto a la Renta debe cumplir con el criterio de neutralidad, lo cual significa que los impuestos no deben modificar las decisiones empresariales respecto a la localización de las inversiones que se tomarían en ausencia de una carga impositiva. *“Ello, implica entonces que no debería existir una carga tributaria diferente entre la inversión nacional y la extranjera que afecte los rendimientos netos”*.⁷

Las teorías de la neutralidad en el Derecho Tributario Internacional son teorías económicas que pretenden alcanzar la eficiencia económica como objetivo de política fiscal. Para estos efectos, la eficiencia económica debe ser entendida como un concepto que requiere, en la medida de lo posible, maximizar los beneficios y reducir los costos a fin de obtener un resultado favorable en términos generales. Estas teorías pretenden acercarse a la eficiencia económica que existiría en un mundo en el que los capitales son totalmente móviles y existe total ausencia de impuestos.⁸

La imposición exclusiva a nivel del país de la fuente se sustenta en la teoría de Neutralidad en la Importación de Capital (NIC), la misma que tiene por objetivo que la renta derivada de una jurisdicción sea gravada en ésta en forma exclusiva. De este modo, tanto los contribuyentes residentes como no residentes de una determinada jurisdicción podrán competir en igualdad de condiciones.

La gran mayoría de países desarrollados no han adoptado la teoría de Neutralidad en la Importación de Capital (NIC). El Perú se encuentra dentro de este grupo. Sin embargo, resulta curioso verificar que la

⁶ VOGEL, Klaus. “Worldwide vs. Source taxation of income - A review and re-evaluation of arguments”. En: *Intertax* Nos. 216, 310 y 393. AVI YONAH, Reuven. “International Taxation of Electronic Commerce”. En: *52 Tax Law Review*. 1997.

⁷ SOTELO, Eduardo. “Doble imposición internacional”. En: *Revista Ius et Veritas*. N° 19, 1999, Pág. 145.

⁸ SHAHEEN, F. “International Tax Neutrality: Reconsiderations”. En: *Virginia Tax Review*. N° 203, 2007-2009.

tendencia original de los principales países de América Latina fue adoptar esta teoría.⁹

A nivel de la doctrina internacional se discuten las razones por las cuales el país de la fuente tiene derecho a gravar una determinada renta generada dentro de su territorio.¹⁰

Son varias las teorías que se han desarrollado para sustentar el sistema de imposición en la fuente, las mismas que pasamos a explicar brevemente a continuación:

- La teoría de la soberanía.- Se basa en que la noción de soberanía está compuesta por una combinación de derechos y competencias. En este sentido, la jurisdicción es el derecho y la competencia de un estado para afectar a una persona a través del ejercicio de sus poderes legislativos, judiciales y administrativos, lo cual incluye la facultad de aplicar y exigir el cumplimiento de las normas tributarias.¹¹

Evidentemente estos poderes no pueden ser ejercidos en forma absoluta, sino que se encuentran limitados por criterios subjetivos (nacionalidad o residencia) o por criterios objetivos (territorial).

En este último caso, la soberanía se encuentra restringida en virtud a los límites territoriales de un país de tal modo que: *“la tributación estará sujeta a la presencia física del sujeto dentro del territorio de dicho país o a la existencia de propiedad o intereses que le pertenezcan”*.¹²

⁹ Como destaca Zee, la aplicación del criterio territorial en forma predominante en los países de la región se sustentaba principalmente en las siguientes dos razones: *“Firstly, having a net external liability position, countries in the region had to gain more from taxing income of foreign investors that exempt residents. Second, it was difficult for the tax administration to find out how much foreign income accrued to residents”*. ZEE, H.H.; STOTSKY, J.G. y LEY, E. *Tax incentives for Business Investment: a primer for Policy Makers in Developing Countries*. World Development. Volumen 30, N° 9. 2002.

¹⁰ PINTO, Dale. “Exclusive source or residence-based taxation - Is a new and simpler world tax possible?”. En: *Bulletin for International Taxation*. 2007, Pág. 277. TADMORE, Niv. *Source taxation of cross border intellectual supplies - Concepts, history and evolution into the digital age*. 2007, Pág. 2.

¹¹ TADMORE, Niv. *“If jurisdiction is an attribute of sovereignty, then it is necessary so that the limits of fiscal jurisdiction are similar to those national sovereignty. Consequently, identifying the limits of sovereignty is tantamount to identifying the limits of every type of jurisdiction, including tax or fiscal jurisdiction”*. Pág. 3.

¹² ALBRECHT, A.R. *The taxation of aliens under International Law*. Deventer

- La teoría del beneficio.- Según esta teoría, un estado tiene el derecho de gravar a aquellos sujetos que han obtenido una renta utilizando los beneficios que confiere un país para crear un ambiente de negocios adecuado, brindar estabilidad jurídica a los inversionistas extranjeras, prestar servicios públicos, servicios de seguridad, entre otros.

En este contexto, esta teoría requiere para su aplicación una presencia física del sujeto no domiciliado lo cual, implica que éste ha gozado de los beneficios brindados por el país en que está realizando inversiones y obteniendo rentas.

- La teoría de la realidad.- A diferencia de la teoría de la jurisdicción que señala que sin la existencia de jurisdicción no puede ejercerse el poder de gravar una determinada renta, esta teoría se basa en un razonamiento totalmente opuesto. Esto es, que el poder de gravar una determinada renta determina la jurisdicción de un país.

Esta teoría ha sido cuestionada fuertemente por la doctrina internacional por cuanto justifica la aplicación de criterios de conexión demasiados extensos y que por ende, generan colisiones entre las potestades tributarias de dos estados. Así, bajo este escenario, se generan distorsiones a nivel internacional y se verifica el reconocido fenómeno de doble imposición.¹³

LOS CRITERIOS DE CONEXIÓN Y LA GENERACIÓN DE RENTAS DE FUENTE PERUANA

El sistema de imposición en la fuente limita la potestad tributaria del Estado a las rentas que tengan fuente en éste; para lo cual, se necesita la verificación de algún criterio de conexión entre una determinada renta y un país.

Sólo en caso que exista la referida conexión, el Estado se encontrará facultado para atribuirse jurisdicción en el sentido de potestad tributaria. Como precisa el doctor Humberto Medrano, “*esa cierta relación*

The Netherlands: Kluwer Law and Taxation, 1952. “*The taxation of aliens must therefore depend upon the physical presence of the alien within the territory of the taxing state or upon the existence of some property or interest belonging to him upon which the tax may be levied*”.

¹³ JEFFERY, Ramon. *The impact of state sovereignty on global trade and international taxation*. Kluwer Law International. 1999.

entre el Estado y el pretendido sujeto pasivo resulta indispensable para poder exigir la prestación tributaria”. En caso contrario, “(...) no se aprecia razón alguna que pudiera justificar que las normas de ese Estado resulten aplicables”.¹⁴

Así pues, los criterios de conexión son las herramientas de las cuales se valen los países para ejercer su potestad tributaria. En otras palabras, el punto por el cual se asocia un fenómeno económico con un determinado país, quien será el encargado de ejercer la recaudación sobre la ganancia que de origen dicho fenómeno económico.

Cabe indicar que si bien en materia tributaria cada país puede establecer la base fáctica sobre la cual determinará los hechos imponible que se encontrarán gravados en su jurisdicción utilizando para ello los criterios de conexión, es cierto también que deberá existir un cierto nivel de relación entre el Estado acreedor y el sujeto deudor, pues de lo contrario la norma dictada carecerá de justificación y resultará impráctica, en la medida en que el Estado no tendrá la aptitud para exigir su cumplimiento.¹⁵

En nuestro ordenamiento jurídico, el alcance del criterio objetivo de la fuente se encuentra recogido concretamente en los Artículos 9, 10 y 11 de la Ley del Impuesto a la Renta.

Ahora bien, las especiales características que presentan los instrumentos financieros derivados generan un gran desafío para la legislación tributaria. En efecto, como remarca David Rosenbloom, “*los instrumentos financieros derivados y las distintas modalidades en que pueden ser utilizados ponen bajo presión las definiciones y categorías pre-establecidas de la legislación tributaria*”.¹⁶

En este sentido, surge la interrogante si resulta válido extender alguno de los criterios de conexión tradicionales de la legislación tributaria (tales como: los creados para gravar las rentas derivadas de capitales o servicios) a las rentas provenientes de un instrumento financiero derivado.

¹⁴ MEDRANO, Humberto. “Los Criterios de Vinculación en el Impuesto a la Renta”. En: *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*. N° 20, junio 1991, Pág. 6.

¹⁵ MEDRANO, Humberto. Op. Cit., Pág. 6.

¹⁶ ROSENBLOOM, David. “*Derivative financial instruments and the many sophisticated way in which they can be employed place considerable pressure upon established tax definitions and categories*”.

Adicionalmente, también cabe preguntarnos si establecer un gravamen de este tipo de rendimiento en el país de la fuente no genera una violación del principio de neutralidad que debe procurar todo sistema de imposición a la renta.

EL CRITERIO DE CONEXIÓN ADOPTADO POR LA LEGISLACIÓN PERUANA PARA EL CASO DE LOS INSTRUMENTOS FINANCIEROS DERIVADOS

La legislación peruana sobre instrumentos financieros derivados es bastante reciente. Hasta el año 2006, no existía una regulación específica en la Ley del Impuesto a la Renta y por ende, correspondía aplicar las normas generales contenidas en esta ley.

Para efectos de los criterios de vinculación, esta situación generaba un inconveniente por cuanto sólo aquéllos específicamente detallados en los artículos 9, 10 y 11 de la Ley del Impuesto a la Renta podían generar una renta de fuente peruana.

En otras palabras, la ausencia de un criterio de conexión específico implicaba que los resultados generados por instrumentos financieros derivados no se encontraban sujetos a retención alguna en el Perú.

No obstante ello, es preciso recordar que durante dichos años la Administración Tributaria asumió la posición -a nivel de los procedimientos de fiscalización- que los resultados provenientes de instrumentos derivados generaban rentas de fuente peruana bajo los incisos c) o e) del Artículo 9 de la Ley del Impuesto a la Renta. En este contexto, se efectuaron una serie de acotaciones a diversas empresas peruanas especialmente mineras y financieras.

En nuestra opinión, dicha posición carecía de sustento por cuanto el inciso c) del Artículo 9 de la Ley del Impuesto a la Renta regula la calificación como rentas de fuente peruana de aquellos rendimientos generados por capitales. Ello, porque se refiere a conceptos que tienen como característica común haber sido producidos por un capital, tales como intereses, primas, comisiones y similares.

Por otro lado, el inciso e) del Artículo 9 de la Ley del Impuesto a la Renta presupone una presencia física dentro del territorio peruano por parte del receptor de la renta.

En el caso de los instrumentos financieros derivados, es claro que dicha presencia física no se verificaba en ningún momento. Por ende,

este criterio de conexión tampoco resultaba aplicable.

En este sentido, somos de la opinión que bajo la legislación vigente hasta el año 2006 no existían criterios de conexión válidos para determinar que la renta generada por un instrumento financiero derivado calificaba como de fuente peruana.

- Decreto Legislativo 970

Con fecha 24 de diciembre de 2006 fue publicado el Decreto Legislativo 970, el mismo que introduce las primeras disposiciones sobre instrumentos financieros derivados en la Ley del Impuesto a la Renta peruana.

Este decreto introduce el inciso d) en el Artículo 10 de la Ley del Impuesto a la Renta en virtud del cual, se establece -por primera vez en la legislación peruana- un criterio de conexión para determinar la fuente de los resultados generados por instrumentos financieros derivados.

En este contexto, se establece que los instrumentos financieros derivados sólo generan rentas de fuente peruana para los sujetos domiciliados en el país. Por el contrario, se reconoce que las rentas obtenidas por sujetos no domiciliados no califican como de fuente peruana bajo ningún supuesto.

Según puede advertirse, el criterio de conexión adoptado para este supuesto era “el del domicilio del perceptor de la renta”. De este modo, la condición de no domiciliado del perceptor de la renta tenía una incidencia directa en la calificación de la renta.

Cabe indicar que en el caso de instrumentos financieros derivados celebrados con fines de cobertura se precisó que, si los activos, bienes o pasivos que recibían la cobertura estaban afectos a la generación de rentas de fuente peruana, la renta derivada del instrumento financiero derivado se categorizaba como una renta de fuente peruana.

Por el contrario, si los activos o pasivos que recibían la cobertura estaban vinculados con la generación de rentas de fuente extranjera, las rentas o pérdidas derivadas de un instrumento financiero derivado tendrían esta misma calificación. Vale decir, generarían resultados de fuente extranjera para los sujetos domiciliados.

- Ley 29492 y Ley 29773

Con fecha 31 de diciembre de 2009 fue publicada la Ley 29492, por medio de la cual se incorpora un tercer párrafo en el inciso d) en el Artículo 10 de la Ley del Impuesto a la Renta. Esta norma pretende establecer una excepción al criterio de conexión establecido por el Decreto Legislativo 970.

De este modo, se establece que los resultados obtenidos por sujetos no domiciliados provenientes de instrumentos financieros derivados que tengan como elemento subyacente al tipo de cambio entre la moneda nacional y alguna moneda extranjera generan rentas de fuente peruana.

Sin embargo, se restringe la aplicación de este nuevo supuesto a contratos de corto plazo. Así, el reglamento de esta disposición precisó que esta nueva regla sólo resultaba aplicable a aquellos instrumentos financieros derivados que tenían un plazo efectivo de 60 días calendario.

Posteriormente, con la publicación de la Ley 29663 (15 de febrero de 2011) se pretendió extender este nuevo supuesto de renta de fuente peruana para otros tipos de instrumentos financieros derivados.¹⁷ Sin embargo, esta ley nunca entró en vigencia por la ausencia de disposiciones reglamentarias.

Finalmente, el 27 de julio de 2011 se publicó la Ley 29733 mediante la cual se restituye el régimen dispuesto por la Ley 29492.

La incorporación de esta regla excepcional en la Ley del Impuesto a la Renta responde a una medida de política fiscal vinculada con la estabilidad cambiaria. Esta regla fue promovida por el Banco Central de Reserva y tenía como objetivo evitar las constantes fluctuaciones de la moneda peruana respecto a otras monedas extranjeras (principalmente, el dólar americano) que se generaban como consecuencia de la celebración de operaciones de forwards de moneda de corto plazo con fines especulativos.

¹⁷ De acuerdo con dicha ley se pretendía considerar como rentas de fuente peruana, los resultados obtenidos por sujetos no domiciliados provenientes de la contratación de instrumentos financieros derivados que utilicen un mercado centralizado o no, ubicado en el país.

LOS CRITERIOS DE VINCULACIÓN APLICABLES A INSTRUMENTOS FINANCIEROS DERIVADOS EN LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

El tratamiento tributario de los instrumentos financieros derivados fue objeto de un Congreso Mundial organizado por la International Fiscal Association (IFA) en Cannes, Francia en el año 1995.

Respecto del tema de imposición en la fuente por rentas derivadas de instrumentos financieros derivados, el Congreso de la IFA adoptó una resolución en virtud de la cual se estableció lo siguiente:

“Countries should not impose source basis taxation on income derived by non-residents from derivative instruments in the absence of a branch or permanent establishment to which such income is attributable”.

“It is the general practice not to impose withholding tax at source on payments under derivative financial instruments. This is appropriate and should be universally adopted”.

En palabras de Charles T. Plambeck, H. David Rosenbloom y Diane M. Ring, Relatores Generales del tema en el Congreso, esta posición se sustentaba básicamente en lo siguiente:

- El criterio de conexión que podía existir entre este tipo de rentas y un determinado país no era lo suficientemente sólido como para permitir al país de la fuente ejercer su potestad tributaria.
- A diferencia de lo que sucedía con los intereses y los dividendos que representan una renta proveniente de un capital, en el caso de estos instrumentos financieros la generación de la renta no derivaba del instrumento en sí mismo.
- Las rentas provenientes de los instrumentos financieros derivados son distintas a las generadas por los activos o índices subyacentes que se toman como referencia. Por ende, los criterios de conexión aplicables a éstos últimos no pueden aplicarse por extensión a las rentas provenientes de los instrumentos financieros derivados.
- Los mercados internacionales sólo pueden funcionar en forma eficiente en la medida que el país de la fuente no ejerza su soberanía fiscal sobre las rentas generadas por instrumentos financieros derivados. En caso contrario, existe la posibilidad de generar un supuesto de doble imposición con el consecuente encarecimiento de este tipo de operaciones.

NUESTRA POSICIÓN SOBRE LA APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE VINCULACIÓN PARA LOS INSTRUMENTOS FINANCIEROS DERIVADOS

El autor considera que los rendimientos generados por instrumentos financieros derivados no deberían estar sujetos a imposición en el país de la fuente.

Los criterios de conexión se configuran por la existencia de un nexo entre el país de la fuente y el hecho generador de la renta. En el caso particular de los instrumentos financieros derivados, creemos que ello no se presenta. En nuestra opinión, las características particulares de estos instrumentos nos llevan a concluir que no existe una justificación por parte del país de la fuente para pretender gravar este tipo de rentas.

Esta posición es coherente con la teoría de la soberanía y con la teoría del beneficio, las mismas que creemos que deberían primar al momento de determinar qué tipo de rentas son susceptibles de ser sometidas a imposición en el país de la fuente.

La aplicación cada vez más frecuente de la teoría de la realidad genera una serie de inconvenientes en el contexto internacional y constituye una violación del principio de neutralidad que debe primar en los sistemas de imposición a la renta.

TRATAMIENTO DE LAS RENTAS PROVENIENTES DE LOS INSTRUMENTOS FINANCIEROS DERIVADOS BAJO LOS CDI

Regla de atribución de potestad tributaria aplicable

La determinación de la regla de atribución de potestad tributaria aplicable para las rentas generadas por un instrumento financiero derivado puede constituir un ejercicio bastante complicado.

En efecto, en estos casos nos encontramos ante un tipo de renta que no encaja plenamente dentro de alguna de las reglas de atribución o “*allocation rules*” específicas contenidas en los CDI.

Bajo este contexto, a nivel internacional se discute si las rentas generadas por este tipo de instrumentos financieros deben ser incluidas dentro del ámbito de aplicación del Artículo 7 referido a “beneficios empresariales” o del Artículo 21 referido a “otras rentas”.

Desde la perspectiva del Modelo de la OCDE, la aplicación de cualquiera de estos dos artículos asegura que la renta no podrá ser sometida a imposición en el país de la fuente.¹⁸ Sin embargo, son pocos los países que siguen el Modelo de la OCDE en forma absoluta y por tanto, existen muchos casos bajo los cuales el Artículo 21 de los CDI concede potestad tributaria al país de la fuente.¹⁹

Adicionalmente, debe remarcarse que bajo el Modelo de la ONU se reconoce que, en el caso del Artículo 21, el país de la fuente tiene derecho a ejercer su potestad tributaria en forma ilimitada.

En este escenario, la aplicación del Artículo 7 o del Artículo 21 de los CDI nos lleva a situaciones totalmente opuestas. En el primer caso, el país de la fuente se encuentra impedido de ejercer su potestad tributaria. Por otro lado, en el segundo caso, dicho país no sólo puede ejercer su potestad sino que no tiene limitaciones para gravar una renta.

A continuación, analizamos el ámbito de aplicación de cada una de estas reglas de atribución:

- Artículo 7 - Beneficios empresariales

En primer lugar, debe destacarse que según el párrafo 62 de los Comentarios al Artículo 7 del Modelo de la OCDE, este artículo resulta aplicable solamente cuando una determinada renta no puede ser incluida dentro de alguna de las otras reglas de atribución específicas que contiene un CDI (Artículos 6 a 20).

De este modo, en el caso particular de los instrumentos financieros derivados, el Artículo 7 podría resultar aplicable.

Este artículo constituye un complemento del Artículo 5 relativo al concepto de establecimiento permanente. Siendo ello así, se ha establecido que los beneficios empresariales obtenidos por el residente de un Estado contratante se gravan en forma exclusiva en el Estado de su residencia, y esto aplica incluso si los beneficios empresariales derivan de actividades desarrolladas en el otro Estado contratante, salvo que se hubiera configurado un establecimiento permanente en este último estado.

¹⁸ Con la salvedad de lo establecido en el Artículo 7 en el sentido que, si se configura un establecimiento permanente, el país de la fuente podrá ejercer su potestad tributaria en forma ilimitada.

¹⁹ Esta situación sucede en el caso de los CDI celebrados por el Perú con Canadá, Chile y Brasil que se encuentran actualmente vigentes.

- Artículo 21 - Otras rentas

De acuerdo con los Comentarios al Modelo de la OCDE, el Artículo 21 del Modelo contiene una regla general que resulta aplicable respecto de aquellas rentas no tratadas bajo las reglas de atribución específicas que encontramos entre los artículos 6 y 20 de los CDI.²⁰

Cabe indicar, asimismo, que este artículo no sólo resulta aplicable sobre supuestos de rentas no comprendidas en ninguna de las demás reglas de atribución, sino que además también se puede utilizar para casos de rentas provenientes de otras fuentes no mencionadas en forma expresa.

Sobre este particular, el destacado profesor Klaus Vogel señala al comentar el Modelo de la OCDE que, el Artículo 21 complementa las reglas de distribución del modelo. De esta manera, reserva al Estado de residencia el gravamen de un tipo de renta no comprendido por las reglas de distribución.²¹

Teniendo en cuenta lo señalado en los puntos anteriores, podemos indicar que la aplicación del Artículo 7 y del Artículo 21 del Modelo de la OCDE responde a un criterio totalmente distinto.

El Artículo 7 actúa como una especie de “umbrella” respecto de los demás artículos que contienen reglas de atribución específicas (p.e. intereses, dividendos, ganancias de capital, etc.).

Sobre este particular, el destacado profesor John Avery destaca que la aplicación del Artículo 7 podría ser distinta dependiendo de si nos encontramos ante un país que sigue la corriente del “Derecho civil” o del denominado “common law”.²²

²⁰ Paragraph 1: *“This article provides a general rule relating to income not dealt with the foregoing Articles of the Convention”.*

²¹ VOGEL, Klaus. *Double Taxation Conventions*. Kluwer Law International. Third Edition. 1999.

²² Esta situación se debe a que. *“In general civil law countries tend to treat all of the income of business entities as business income. In contrast, common law countries tend to use a scheduler system that distinguishes between business income and passive investment-type income”.* ARNOLD, Bryan; SASSEVILLE Jacques y ZOLT, Eric. *“Summary of the proceedings of an invitational seminar of taxation of business profits under Tax Treaties”.* En: *Bulleting for International Taxation - Tax Treaty Monitor*. 2003.

Así, en el primer caso, toda renta obtenida por una empresa será ubicada dentro del ámbito de aplicación del Artículo 7. Sin embargo, al amparo del numeral 7 de este mismo artículo, la misma sería luego recalificada dentro de alguna de las demás reglas de atribución del CDI. Por otro lado, en el segundo caso, la renta será tratada directamente bajo algunas de las reglas de atribución específicas del CDI. Sólo cuando ello no sea posible, la renta será sometida al Artículo 7 del CDI.

Finalmente, la aplicación del Artículo 21 es exclusivamente residual. Vale decir, una renta sólo podrá ser sometida a esta disposición cuando no califique ni dentro de las reglas de atribución específicas ni tampoco cuando pueda ser encuadrada dentro del Artículo 7.

Posición de la OCDE y la ONU sobre la regla de atribución aplicable

Como es reconocido a nivel internacional, el Modelo OCDE y el Modelo ONU constituyen los dos principales modelos en que se basan la mayoría de los CDI.

En el caso de OCDE, los estudios sobre este tema se remontan al año 1994. En efecto, en dicho año esta institución emitió un estudio denominado “Taxation of new financial instruments”, donde se analiza comparativamente una serie de instrumentos financieros.

Como punto de partida para analizar la naturaleza de las rentas provenientes de los instrumentos financieros derivados, la OCDE señala que éstas no pueden ser asimiladas a las rentas que generan los activos o índices que se toman como subyacentes en este tipo de operaciones.

LA OCDE reconoce que los pagos que derivan de estos instrumentos pueden ser similares desde un punto de vista económico a un interés. Sin embargo, concluyen que es poco probable que la definición utilizada en el Artículo 11 del Modelo de CDI de la OCDE sea lo suficientemente amplia como para comprender este tipo de rentas.

En forma posterior, dicha posición fue incluida en el párrafo 21.1 del Artículo 11 de los Comentarios al Modelo de la OCDE donde se reconoce que, “*los pagos realizados bajo determinados instrumentos financieros no tradicionales no pueden ser considerados como intereses cuando no existe una deuda como subyacente*”.^{23,24}

²³ “*The definition of interest in the first sentence of paragraph 3 does not normally apply to payments made under certain kinds of nontraditional financial*”

De este modo, se reconoce a nivel de los Comentarios al Modelo de la OCDE que las rentas provenientes de un instrumento financiero derivado no pueden recibir el tratamiento de un interés.

Por el lado del Modelo de la ONU, también ha existido un desarrollo interesante respecto del tratamiento de las rentas originadas por los instrumentos financieros derivados.

En primer lugar, debemos señalar que los Comentarios al Modelo de la ONU contienen una posición similar en el sentido que, los pagos efectuados en el marco de instrumentos financieros derivados no generan una renta asimilable a un interés.

Esta posición se basa en el estudio denominado “Taxation of New Financial Instruments” que fue publicado por el Grupo ad hoc de expertos en tributación internacional en el año 2001.

En segundo lugar, en los Comentarios al Modelo de la ONU se discute sobre la posibilidad de incluir un párrafo adicional en el Artículo 21 (otras rentas) respecto del tratamiento de los instrumentos financieros no tradicionales.

En este sentido, se establece que el país de la fuente podría ejercer su potestad tributaria en forma limitada en el caso de rentas derivadas de este tipo de instrumentos financieros.

Sin embargo, hasta donde hemos investigado, no hemos encontrado que ningún CDI celebrado bajo el Modelo de la ONU haya incluido este párrafo adicional para regular en forma específica el tratamiento aplicable sobre las rentas generadas por instrumentos financieros derivados.

PRECEDENTES INTERNACIONALES SOBRE LA REGLA DE ATRIBUCIÓN APLICABLE

La liberalización de la economía India y la inmensa cantidad de inversión privada extranjera que ha llegado a este país durante los últimos años ha generado un importante desarrollo en materia tributaria.

instruments where there is not underlying debt (for example, interest rate swaps)”.

²⁴ *“However, the definition will apply to the extent that a loan is considered to exist under a “substance over form” rule, an “abuse of rights” principle, or any similar doctrine”.*

En este contexto, cada vez es más frecuente encontrar “rulings” de la Autoridad Tributaria India o resoluciones de los tribunales de este país donde se analizan y resuelven controversias de índole tributario que tienen gran relevancia a nivel internacional.²⁵ De este modo, podemos señalar que la India se ha vuelto un importante referente en materia de tributación internacional.

En el caso particular de los instrumentos financieros derivados, la India nos proporciona dos “rulings” donde la controversia versaba sobre qué regla de atribución específica aplicaba respecto de las rentas que se generaban por la liquidación de estos instrumentos.

- Caso Morgan Stanley & Co. International Ltd. de fecha 24 de noviembre de 2004 (AAR 611/2003)

Morgan Stanley & Co. International Ltd., era un banco residente en el Reino Unido que había contratado “share-based exchange traded derivatives” con distintos sujetos residentes en la India.

En este contexto, el contribuyente solicitó un “advance ruling” a la Autoridad Tributaria de la India a fin de que esta entidad se pronuncie respecto de si las rentas que venía obteniendo como consecuencia de la liquidación de los instrumentos financieros derivados debían ser caracterizadas bajo el Artículo 7²⁶ (“business income”) o bajo el Artículo 14²⁷ (“capital gains”) del CDI suscrito entre Reino Unido y la India.

La Autoridad Tributaria de la India concluyó que las rentas provenientes de los instrumentos financieros derivados calificaban como “business profits” y por ende, resultaba aplicable el Artículo 7 del CDI suscrito entre el Reino Unido y la India. Esta conclusión se basó en los siguientes argumentos:

²⁵ Tales como los casos de Vodafone, Tata Industries Ltd., Standard Chartered Bank y varios casos vinculados con controversias sobre la aplicación de las normas de precios de transferencia.

²⁶ El Artículo 7 del CDI entre la India y el Reino Unido sigue el Modelo de la OCDE y por ende, los beneficios empresariales provenientes de la India se encontraban gravados en dicho país sólo si se configuraba un establecimiento permanente.

²⁷ El Artículo 14 del CDI la India y el Reino Unido señala textualmente lo siguiente: “*Except as provided in Article 8 (air transport) and 9 (shipping) of this Convention, each Contracting State may tax capital gains in accordance with the provision of its domestic law*”.

1. Debe distinguirse entre las rentas derivadas del instrumento financiero derivado y las rentas provenientes de los activos subyacentes.
 2. Los instrumentos financieros derivados no generan una renta por sí mismos a diferencia de lo que sucede en el caso de intereses y dividendos.
 3. La liquidación o cesión a terceros de un instrumento financiero derivado es la única forma en que puede obtenerse una renta por estas operaciones.
 4. Los instrumentos financieros no requieren de una inversión neta inicial y por consiguiente, no se trata de una inversión que al ser liquidada o cedida a terceros pueda generar una ganancia de capital.
 5. La forma de contabilización de los instrumentos financieros derivados por parte del contribuyente demostraban que las rentas debían ser tratadas como “business income” y no como “capital gains”.
- Caso Royal Bank of Canada de fecha 22 de marzo de 2010 (AAR 816/2009)

Royal Bank of Canadá, un banco residente en Canadá, solicitó un “advance ruling” a la Autoridad Tributaria de la India a fin de que esta entidad determine si las rentas derivadas de futuros y opciones calificaban como “business income” resultando aplicable el Artículo 7 o, si por el contrario, resultaba aplicable el Artículo 13²⁸ del CDI suscrito entre Canadá y la India.

La Autoridad Tributaria de la India confirmó mediante el presente “ruling” la posición adoptada en el caso Morgan Stanley & Co. International Ltd. Para tal efecto, sustentó su conclusión básicamente en los argumentos 2) y 5) explicados precedentemente en el sentido que, los derivados son instrumentos que no generan rentas por sí mismo y que además, la forma de contabilización demuestra que las rentas calificaban como “business income”.

²⁸ El Artículo 13 del CDI entre la India y Canadá establece: “*Gains from the alienation of any property, other than those referred to in paragraph 1 may be taxed in both Contracting States*”.

NUESTRA POSICIÓN SOBRE LA REGLA DE POTESTAD TRIBUTARIA APLICABLE

En opinión del autor, el criterio asumido en los Modelos de la OCDE y de la ONU es técnicamente correcto.

La aplicación del Artículo 21 del Modelo de la OCDE no resulta aplicable en el presente caso por cuanto -según lo explicado- esta regla sólo resulta aplicable cuando nos encontramos ante un tipo de renta que no puede ser ubicada dentro del ámbito de los artículos 6 a 20 de los CDI.

De otro lado, consideramos que tampoco resulta válido equiparar las rentas provenientes de este tipo de instrumentos con las rentas generadas por los activos subyacentes que se toman como referencia en estas operaciones. Esta posición implicaría un desconocimiento de las especiales características de los instrumentos financieros derivados, lo cual ha sido rechazado por la doctrina y los precedentes internacionales.

CONCLUSIONES

1. Los instrumentos financieros son una herramienta sumamente valiosa puesto que permiten reducir o eliminar cualquier tipo de riesgo inherente a la actividad empresarial.
2. La normativa del Impuesto a la Renta debe cumplir con el criterio de neutralidad, lo cual significa que los impuestos no deben modificar las decisiones empresariales respecto a la localización de las inversiones que se tomarían en ausencia de una carga impositiva.
3. El sistema de imposición en la fuente limita la potestad tributaria del Estado a las rentas que tengan fuente en éste; para lo cual, se necesita la verificación de algún criterio de conexión entre una determinada renta y un país.
4. Las especiales características que presentan los instrumentos financieros derivados generan un gran desafío para las reglas de fuente existentes en la legislación tributaria internacional.
5. La legislación peruana ha optado por no someter a imposición los resultados obtenidos por sujetos no domiciliados como consecuencia de la liquidación de instrumentos financieros derivados. La única excepción la encontramos en el caso de instrumentos que

tengan como subyacente el tipo de cambio y que sean de corto plazo, la misma que se sustenta en consideraciones de política fiscal vinculadas con la estabilidad cambiaria de nuestro país.

6. A nivel de la legislación internacional se reconoce que no existe un criterio de conexión lo suficientemente válido para gravar en el país de la fuente las rentas provenientes de los instrumentos financieros derivados.
7. A nivel de los Modelos de la OCDE y de la ONU se ha reconocido que las rentas provenientes de este tipo de instrumentos financieros no pueden ser asimilables a las rentas generadas por los activos subyacentes.
8. La aplicación del Artículo 21 (otras rentas) del Modelo de la OCDE y de la ONU ha sido desestimada por cuanto las rentas provenientes de los instrumentos financieros derivados se encuentran comprendidas dentro del Artículo 7 (beneficios empresariales) y no califican como “otras rentas” para los CDI.

En este contexto, bajo los CDI, este tipo de rentas no se encuentran sometidas a imposición en el país de la fuente, salvo que se configure la existencia de un establecimiento permanente.

9. Los precedentes internacionales que han sido emitidos sobre este tema durante los últimos años confirman el criterio asumido internacionalmente en el sentido que, no existe sustento técnico alguno para gravar en el país de la fuente las rentas derivadas de estos instrumentos financieros.

Lima, setiembre de 2011.