



# **TRATAMIENTO TRIBUTARIO EN EL IMPUESTO A LA RENTA DE LOS INSTRUMENTOS FINANCIEROS DERIVADOS: DEL HECHO ECONOMICO COMPLEJO AL RANGO DE EFICACIA**

Andrés Ramírez-Gastón Seminario

## **I. INTRODUCCION**

El 24 de diciembre de 2006 se publicó en el Diario Oficial El Peruano el Decreto Legislativo N° 970 que modificó la Ley del Impuesto a la Renta, incorporando disposiciones que regulan el tratamiento tributario aplicable a los resultados provenientes de operaciones con instrumentos financieros derivados.

En ese sentido, a continuación desarrollaremos el tratamiento tributario en el Impuesto a la Renta aplicable a los resultados provenientes de la celebración de dichos contratos que consideramos estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 2006, así como el tratamiento tributario incorporado a la Ley del Impuesto a la Renta que está vigente desde el 1 de enero de 2007.

Nuestra intención es analizar los aspectos más relevantes de la nueva legislación, así como hacer mención a los avances o retrocesos logrados en comparación con el tratamiento tributario anterior.

## **II. DEFINICIONES**

Un instrumento financiero derivado puede definirse como un contrato que se estructura sobre el valor de un elemento subyacente, esto es, su valor está íntimamente ligado al valor de otro bien o activo. Así, según Gabriel Alejandro Daga, “los instrumentos financieros derivados, deno-

minados así porque derivan su valor de algún otro precio (productos básicos, metales preciosos, activos financieros, índices de acciones, tasas de interés, tipos de cambio), consisten en contratos financieros (principalmente dirigidos al desplazamiento de riesgo), cuyas condiciones de pago se encuentran determinadas por el valor de una transacción (o activo) subyacente o que derivan de ella. Se trata de instrumentos o contratos cuyo rendimiento se deriva de ciertos activos, financieros o no”.<sup>1</sup>

Dicho autor agrega, respecto de los instrumentos financieros derivados, que se trata de acuerdos mediante los cuales, básicamente, se intenta acortar los riesgos a los que se hallan expuestas operaciones que se prolongan en el tiempo, y que su resultado se halla supeditado a fluctuaciones de las tasas de interés, cotizaciones de acciones o bonos y monedas extranjeras, etc.<sup>2</sup>

A continuación, haremos un breve repaso de las definiciones de los principales conceptos vinculados con los instrumentos financieros derivados.

### **Subyacente**

Según Gabriel Alejandro Daga,<sup>3</sup> “el elemento subyacente es el punto de referencia para calcular las condiciones de pago de un derivado”. Asimismo, dicho autor agrega, “el activo subyacente puede ser una materia prima o mercadería (mundialmente llamadas commodities) o un activo financiero”.

### **Mercados**

Para empezar, debemos señalar que los instrumentos financieros derivados se negocian en dos tipos de mercados: mercados regulados y mercados no regulados, también conocidos estos últimos como mercados OTC, que significa en inglés: Over the Counter.

---

<sup>1</sup> DAGA, Gabriel Alejandro. “Contratos Financieros Derivados”. Editorial Abaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires. 2005. p. 30.

<sup>2</sup> Idem.

<sup>3</sup> DAGA, Gabriel Alejandro. “Contratos Financieros Derivados”. Editorial Abaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires. 2005. p. 40.

En los mercados regulados se negocian instrumentos financieros derivados estandarizados. Vale decir, quienes contratan en este tipo de mercados no negocian los términos del instrumento financiero derivado, sino que los términos del instrumento financiero derivado han sido previamente establecidos. Así, las partes únicamente pueden fijar la fecha de cierre y su precio o valor nocional. Este tipo de mercados es regulado por una Cámara de Compensación o Clearing House, que se encarga de liquidar las posiciones de los instrumentos financieros derivados y sirve de intermediaria entre las partes. Esto es, en el mercado regulado, las partes contratan con la Cámara de Compensación. Dicha Cámara de Compensación se encarga de intermediar entre la oferta y la demanda. Es más, las Cámaras de Compensación usualmente dictan normas internas que sirven para un mejor manejo del mercado, tales como obligar a realizar un depósito de una garantía para asegurar el cumplimiento de la operación. Los instrumentos financieros derivados más comunes que se contratan en este tipo de mercados son las opciones estandarizadas y los futuros.

En cambio, en los mercados no regulados u OTC, las partes negocian los términos de los instrumentos financieros derivados para hacerlos a su medida. En ese sentido, existe una contratación entre dos partes directamente, es decir, sin un ente intermediario que canalice la oferta y la demanda. En estos casos, los dos contratantes están uno frente al otro, negociando los términos contractuales del instrumento financiero derivado. Los instrumentos financieros derivados más comunes que se contratan en este tipo de mercados son las opciones sin estandarizar, los forwards y los swaps.

## **Fines**

Los instrumentos financieros derivados pueden ser celebrados, principalmente, con fines de cobertura, de especulación y de arbitraje.

Según Oscar Picón González,<sup>4</sup> citando a Carmen Avellaneda, la operación de cobertura puede ser definida como el método de compra o venta de productos, valores o monedas para disminuir el riesgo de movimientos negativos en los precios, que podrían reducir las utilidades de

---

<sup>4</sup> PICON GONZALEZ, Oscar. "Propuesta para el tratamiento tributario de los derivados". En: Themis Revista de Derecho N° 41. Lima. 2000. p. 159.

un negociante. Así, dicho autor agrega que, esta finalidad (de cobertura) se logra tomando una posición opuesta al riesgo que se enfrenta en el mercado spot o real.

Por su parte, Gabriel Alejandro Daga<sup>5</sup> señala que “la especulación es una actuación mediante la cual se procura alcanzar beneficios a través de las diferencias que surgen de las cotizaciones entre los mercados, basándose en las posiciones tomadas según la tendencia esperada”. Asimismo, también dice que “la especulación es la actividad que desarrollan quienes, sin tener un interés comercial directo en el precio de las distintas mercaderías o activos financieros, cuentan con información que les permite adelantarse a los movimientos del mercado. Estas operaciones se realizan con la única finalidad de obtener ganancias, ya sea a la finalización de la operación o con la negociación del instrumento”.

De otro lado, a través del arbitraje se obtiene una ganancia por medio de transacciones simultáneas en dos o más mercados. El arbitraje consiste en generar ganancias a partir de las discrepancias de precios en diferentes mercados a través de la compra y venta simultánea o casi simultánea de activos.<sup>6</sup>

### **III. TRATAMIENTO TRIBUTARIO EN EL IMPUESTO A LA RENTA**

Consideramos que, en general, los nuevos mecanismos contractuales y las principales innovaciones económicas llegan a surgir y desarrollarse dependiendo en gran medida del tratamiento tributario que el ordenamiento pueda generar como respuesta a dicha realidad.

En ese sentido, teniendo en cuenta el creciente desarrollo de los instrumentos financieros derivados, durante la década de los años noventa se empezaron a publicar artículos en el Perú sobre los instrumentos financieros derivados, desarrollando el concepto, características y particularidades de esta “nueva” forma de contratación.

Asimismo, en dicha década también se publicaron los primeros artícu-

---

<sup>5</sup> DAGA, Gabriel Alejandro. “Contratos Financieros Derivados”. Editorial Abaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires. 2005. p. 51 y 52.

<sup>6</sup> Idem.

los sobre el tratamiento tributario aplicable a los instrumentos financieros derivados. Entre los artículos publicados, están los elaborados por Francisco Manuel Pantigoso Velloso Da Silveira,<sup>7</sup> Miguel Mur Valdivia y Mónica Nieva Chávez,<sup>8</sup> y Jorge Manini Chung,<sup>9</sup> entre otros importantes trabajos.

En nuestra opinión, la principal preocupación de esa época era definir la naturaleza jurídica y económica de las operaciones con instrumentos financieros derivados, de modo que, partiendo de las conclusiones arribadas luego de dicho análisis, se lograra determinar cuál debía ser el tratamiento tributario aplicable según la Ley del Impuesto a la Renta vigente en dicho momento.

Teniendo en cuenta lo expuesto, utilizando como referencia los estudios previos sobre este tema, a continuación vamos a desarrollar el tratamiento tributario que consideramos estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 2006, así como el tratamiento tributario regulado por el Decreto Legislativo N° 970, vigente a partir del 1 de enero de 2007.

### **3.1. Antes del Decreto Legislativo N° 970: *El hecho económico complejo***

Los instrumentos financieros derivados no se encontraban regulados de manera expresa en la Ley del Impuesto a la Renta. En efecto, esta Ley no regulaba dichas operaciones, sea que éstas se llevaran a cabo en mecanismos centralizados de negociación o en mercados OTC.

No obstante que estas operaciones no se encontraban reguladas, ello no significa que no resultaban aplicables las disposiciones de la Ley del

---

<sup>7</sup> PANTIGOSO VELLOSO DA SILVEIRA, Francisco Manuel. “Algunas consideraciones tributarias del llamado contrato de opción como instrumento financiero derivado”. En: Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario. No. 34. Lima. 1998.

<sup>8</sup> MUR VALDIVIA, Miguel y NIEVA CHAVEZ, Mónica. “Sobre los instrumentos derivados de cobertura y su tratamiento en el Impuesto a la Renta”. En: Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario. No. 36. Junio 2000. Lima.

<sup>9</sup> MANINI CHUNG, Jorge. “Tratamiento tributario de las principales innovaciones financieras”. Sub tema I. “Instrumentos Financieros Derivados (Forwards, Futuros, Opciones y Swaps)”. En: Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario. No. 33. Lima. 1997.

Impuesto a la Renta vigentes. Vale decir, a partir de las normas vigentes al 31 de diciembre de 2006 se puede determinar si dichas operaciones estaban o no dentro del ámbito de aplicación del impuesto.

Ahora bien, antes de realizar dicho análisis, debemos tener en cuenta que la doctrina distingue dos formas de tratar a las operaciones con derivados cuando éstos tienen un fin de cobertura. La primera, considera que las operaciones con derivados implican la existencia de dos relaciones jurídicas independientes. En estos casos, el contrato derivado es independiente de aquel contrato cuyo riesgo se pretende cubrir, caso en el cual los resultados de ambos contratos serán independientes para propósitos de su tratamiento tributario. Por otro lado, la segunda postura considera que las operaciones derivadas y subyacentes forman parte de una transacción más compleja, caso en el cual el tratamiento tributario aplicable a los resultados provenientes de ambos contratos estará íntimamente ligado el uno con el otro.

En la doctrina nacional encontramos pronunciamientos a favor de la segunda posición, opinión que compartimos, esto es, considerar a las operaciones con instrumentos financieros derivados como operaciones complejas. Así, Jorge Manini señala que “reconocemos en la operación o situación subyacente (ya existente o por existir) y en la operación derivada una relación económica compleja que podrá constituir una ‘relación económica de cobertura’, siendo su resultado final un ‘hecho económico complejo’. Justamente ese ‘hecho económico complejo’ es el objeto de análisis tributario, y no las diversas circunstancias de orden económico que pueden presentarse durante la vigencia de la referida ‘relación económica de cobertura (...)’”.<sup>10</sup>

Teniendo en cuenta estas consideraciones previas, a continuación desarrollamos el tratamiento tributario en el Impuesto a la Renta aplicable a las operaciones con derivados.

### ***A. Tratamiento de la ganancia/pérdida en operaciones con instrumentos financieros derivados con fines de cobertura***

---

<sup>10</sup> MANINI CHUNG, Jorge. “Tratamiento tributario de las principales innovaciones financieras”. Sub tema I. “Instrumentos Financieros Derivados (Forwards, Futuros, Opciones y Swaps)”. En: Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario. No. 33. Lima. 1997. p. 26.

– *Contratos celebrados entre empresas domiciliadas*

La liquidación del instrumento financiero derivado<sup>11</sup> puede generar ingresos o pérdidas. Por tanto, debemos preguntarnos si dichos ingresos se encuentran gravados o si los gastos pueden ser deducidos.

Así, el literal a) del artículo I de la Ley del Impuesto a la Renta establece que el Impuesto grava: “las rentas que provengan del capital, del trabajo y de la aplicación conjunta de ambos factores, entendiéndose como tales aquellas que provengan de una fuente durable y susceptible de generar ingresos periódicos”.

En ese sentido, si consideramos que las operaciones con instrumentos financieros derivados son parte de un hecho económico complejo, donde existe una operación subyacente que se realiza como parte del negocio, entonces, el resultado de la liquidación de las dos posiciones o relaciones jurídicas estará dado en el marco de la actividad empresarial de la persona jurídica, pues, lo que busca la empresa con el derivado es dar cobertura al riesgo que existe en la adquisición del subyacente que está vinculado con la generación de renta gravada.<sup>12</sup> Por tanto, la renta que obtenga la empresa como consecuencia de este hecho económico complejo estará gravada según la teoría de la renta producto, recogida en el literal a) del artículo I de la Ley del Impuesto a la Renta.

Así, de acuerdo a lo expresado anteriormente, el diferencial positivo en una operación de cobertura realizada por una empresa se considerará renta de la tercera categoría para ésta, al estar incluida en el literal e) del artículo 28 de la Ley del Impuesto a la Renta, esto es, cualquier otra renta no incluida en las demás categorías.

---

<sup>11</sup> Nos referimos al momento en el cual el instrumento financiero derivado vence.

<sup>12</sup> Asimismo, es importante tener presente que, tal como señalan Miguel Mur y Mónica Nieva: “(...)el resultado de la operación de cobertura se encuentra ‘subordinado’ al resultado del subyacente, razón por la cual comparte su naturaleza jurídico-económica. Es decir, tiene la naturaleza de renta de fuente peruana cuando el subyacente protegido genera resultados de tal naturaleza, y tiene el carácter de renta de fuente extranjera en caso contrario”. MUR VALDIVIA, Miguel y NIEVA CHAVEZ, Mónica. “Sobre los instrumentos derivados de cobertura y su tratamiento en el Impuesto a la Renta”. En: Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario. No. 36. Junio 2000. Lima. p. 33.

Ahora bien, también es importante determinar el momento en el cual surge la renta. En ese sentido, teniendo en cuenta que estamos ante un hecho económico complejo, consideramos que la renta surgirá en el momento del cierre del instrumento financiero derivado (al vencimiento, en la fecha preestablecida o, en su caso, en el cierre de la posición cuando ésta se produzca con anterioridad) y cuando se ejecute la operación subyacente. Es decir, será necesaria la concurrencia de estas dos situaciones para el surgimiento de la renta.

Cabe señalar que en la Resolución que se emitió a propósito de las V Jornadas Nacionales de Derecho Tributario organizadas por el Instituto Peruano de Derecho Tributario, se señaló, en una de sus recomendaciones, lo siguiente: “Como las operaciones de cobertura constituyen un hecho económico complejo, las ganancias y pérdidas de cada mercado deben consolidarse y reconocerse conforme al criterio de lo devengado, tomando en cuenta el vencimiento de cada operación subyacente”.<sup>13</sup>

Por tanto, en el caso de los derivados, el momento en el cual surge la renta es el momento de la liquidación del derivado que, en el caso de instrumentos celebrados bajo la modalidad “delivery”, coincidirá con la entrega del subyacente, pues sólo en ese momento se puede determinar si existe un diferencial y, lo más importante, quién es el obligado a pagarlo. Asimismo, cabe señalar que si se trata de un elemento subyacente financiero, la ejecución de la operación subyacente, por lo general, coincidirá con la liquidación del derivado.

Igual regla se aplica en el supuesto de que el diferencial resulte negativo, es decir, que producto de la suscripción de un instrumento financiero derivado, el contribuyente se vea obligado a pagar un diferencial negativo. En esos casos, en la medida en que la operación derivada se encuentra vinculada con operaciones relacionadas con el giro del negocio de la empresa, el gasto en que se haya incurrido será susceptible de ser deducido como gasto de acuerdo con el primer párrafo del artículo 37 de la Ley del Impuesto a la Renta.

---

<sup>13</sup> Recomendación N° 2 de las V Jornadas Nacionales de Derecho Tributario. Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario. No. 33. Lima. 1998. p. 92.



En efecto, el primer párrafo del artículo 37 de la Ley del Impuesto a la Renta recoge el principio de causalidad, según el cual el gasto debe estar relacionado con la renta de la empresa o con el mantenimiento de su fuente en condiciones de productividad.

Por tanto, mientras se respete el principio de causalidad, esto es, mientras nos encontremos dentro de las dos posibilidades antes señaladas y la deducción no se encuentre prohibida, el gasto incurrido como consecuencia del diferencial negativo será susceptible de ser deducido.

Por último, al igual que en el caso de las rentas, los gastos también se rigen por el principio de lo devengado, que se encuentra recogido en el artículo 57 de la Ley del Impuesto a la Renta y, en esa medida, la obligación se devengará al momento de la liquidación del derivado y/o entrega del elemento subyacente.

– *Contratos celebrados entre empresas domiciliadas con no domiciliadas*

En este punto analizaremos qué ocurre cuando la operación derivada es celebrada por una empresa domiciliada y otra no domiciliada. Para efectos del análisis, trataremos por separado las consecuencias tributarias de la empresa domiciliada y los de la no domiciliada.

a) Respecto de la empresa domiciliada

En el supuesto de que la empresa domiciliada obtenga renta como consecuencia de la operación derivada, es de aplicación lo expuesto para el caso de los contratos celebrados entre partes domiciliadas. Por tanto, cuando una empresa obtiene un diferencial positivo por una operación de cobertura cuya contraparte sea una empresa no domiciliada, ésta se encontrará gravada con el impuesto.

Ahora bien, merece un análisis más detallado el tratamiento del diferencial negativo. Al respecto, como hemos señalado, para efectos de considerar un gasto susceptible de ser deducido, debe observarse el principio de causalidad.

Por tanto, teniendo en cuenta que nuestra premisa inicial es consi-

derar a la operación como un hecho económico complejo, debe observarse la vinculación del diferencial negativo (de la operación derivada) con la operación subyacente para efectos de determinar la aplicación del principio de causalidad. Así, si la operación pretende dar cobertura a una operación que tiene relación directa con la generación de renta en el territorio nacional, entonces, consideramos que respeta el principio de causalidad y, por tanto, es deducible del Impuesto a la Renta. En cambio, cuando el instrumento financiero derivado pretende dar cobertura a una operación subyacente que generará renta de fuente extranjera, entonces el gasto no será deducible para efectos del Impuesto a la Renta y, más bien, deberá considerarse como una pérdida de fuente extranjera, compensándose con las demás rentas de fuente extranjera.<sup>14</sup>

Así, la Recomendación No. 4 de las V Jornadas Nacionales de Derecho Tributario organizadas por el Instituto Peruano del Derecho Tributario señala lo siguiente: “Los ingresos provenientes de operaciones de cobertura realizadas por sujetos domiciliados en el país, sobre subyacentes que generen o puedan generar rentas de fuente peruana, califican como rentas de fuente peruana. Igual tratamiento corresponde otorgar a las pérdidas, cuya deducibilidad para determinar la renta imponible del contribuyente se sustenta en el principio de causalidad”.<sup>15</sup>

#### b) Respecto de la empresa no domiciliada

En estos casos, debemos analizar si el diferencial que tiene que pagar la empresa domiciliada, constituye o no renta de fuente peruana para el no domiciliado.

Al respecto, luego de realizar un análisis de los artículos 9, 10 y 11 de la Ley del Impuesto a la Renta para efectos de determinar cuándo se encuentran gravadas las rentas obtenidas por un no domiciliado, somos de la opinión de que no existe un criterio de vinculación que

---

<sup>14</sup> Téngase presente que el primer párrafo del artículo 51 de la Ley del Impuesto a la Renta señala que, si luego de dicha compensación el resultado es negativo, es decir, existe una pérdida neta de fuente extranjera, la misma no será compensable a fin de determinar el Impuesto a la Renta.

<sup>15</sup> Recomendación N° 4 de las V Jornadas Nacionales de Derecho Tributario. Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario. No. 33. 1998. p. 92.

permita concluir que las rentas obtenidas por un sujeto no domiciliado constituyen rentas de fuente peruana. En efecto, consideramos que los resultados provenientes de un instrumento financiero derivado no se generan producto de un capital o derecho (sobre un bien) colocado o ubicado en el Perú. Tampoco estamos frente a una renta que pueda ser calificada como intereses de una operación financiera, ni frente a una actividad desarrollada en el país,<sup>16</sup> entre otros.

c) Criterio adoptado por la Administración Tributaria

Según hemos sido informados, la Administración Tributaria no habría aplicado exactamente el tratamiento tributario que hemos desarrollado en los puntos precedentes.

Así, en el caso de un sujeto domiciliado que celebra un contrato derivado con un sujeto no domiciliado, la Administración Tributaria, si bien habría aceptado la deducción de la pérdida sufrida por el sujeto domiciliado, también habría considerado que los sujetos domiciliados debían efectuar la retención del Impuesto a la Renta que le correspondía al no domiciliado, es decir, el resultado proveniente del instrumento financiero derivado generaría renta de fuente peruana para el sujeto no domiciliado.<sup>17</sup>

Al respecto, debemos señalar que no compartimos el criterio que, al parecer, habría adoptado la Administración Tributaria, pues consideramos que el sujeto no domiciliado, al celebrar un instrumento financiero derivado con una empresa peruana, no realiza una actividad en el país que pueda generar renta de fuente peruana. En efecto, como ya hemos mencionado, somos de la opinión de que no existe en la Ley del Impuesto a la Renta un criterio de vinculación

---

<sup>16</sup> Cabe señalar que podría sostenerse que los sujetos no domiciliados estarían desarrollando una actividad en el país si habitualmente celebran contratos derivados en el país. Sin embargo, consideramos que dicho criterio de vinculación no es claro y preciso, por lo que, en nuestra opinión, no sería conveniente su utilización.

<sup>17</sup> Cabe señalar que, en un primer momento, la Administración Tributaria habría pretendido desconocer la deducción de la pérdida proveniente de la contratación de instrumentos financieros derivados, pues habría considerado que se trataba de una pérdida de fuente extranjera, no obstante que el riesgo cubierto estaba vinculado con una operación que generaba renta de fuente peruana.

que permita concluir que el resultado proveniente de la contratación de instrumentos financieros derivados es renta de fuente peruana para el sujeto no domiciliado.

***B. Tratamiento de la ganancia/pérdida en operaciones con instrumentos financieros derivados con fines de especulación (o sin fines de cobertura)***

La particularidad de las operaciones de especulación es que se realizan con el fin de lucrar con el diferencial. En estos casos, no existe un hecho económico complejo, es decir, no existe una operación subyacente, sino únicamente una operación derivada que, luego de liquidar el instrumento, puede dar lugar a un diferencial positivo o negativo.

Por ello, en estos casos, resulta aplicable el último párrafo del artículo 3 de la Ley del Impuesto a la Renta, que señala que, “(e)n general, constituye renta gravada de las empresas, cualquier ganancia o ingreso derivado de operaciones con terceros, así como el resultado por exposición a la inflación determinado conforme a la legislación vigente”.

Al respecto, es pertinente citar el literal g) del artículo I del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, modificado por Decreto Supremo No. 086-2004-EF, que dispone:

*“Artículo 1.- Ámbito de Aplicación del Impuesto.- A fin de determinar los ingresos comprendidos en el ámbito de aplicación del Impuesto a la Renta, se aplicarán las siguientes reglas:*

*(...)*

*g) La ganancia o ingreso derivado de operaciones con terceros a que alude el último párrafo del Artículo 3 de la Ley, se refiere a la obtenida en el devenir de la actividad de la empresa en sus relaciones con otros particulares, en las que los intervinientes participan en igualdad de condiciones y consienten el nacimiento de obligaciones.*

*En consecuencia, constituye ganancia o ingreso para una empresa, la proveniente de actividades accidentales, los ingresos eventuales y la proveniente de transferencias a título gratuito que realice un particular a su favor”.*

Por tanto, consideramos que el diferencial positivo, sin importar donde lo obtenga la empresa domiciliada, es renta sujeta a imposición.

En el caso de que se obtenga un diferencial negativo, éste se considerará gasto deducible, en la medida en que el mismo sea efectuado como consecuencia de una operación realizada con un sujeto domiciliado. En efecto, si se trata de un instrumento financiero derivado celebrado con un no domiciliado, es probable que dicho contrato haya sido celebrado en un mercado regulado extranjero,<sup>18</sup> por lo que, no existiendo un hecho económico complejo que vincule el resultado proveniente del derivado con la generación de renta de fuente peruana, la pérdida que genere dicha operación recibirá el tratamiento que establece el artículo 51 de la Ley del Impuesto a la Renta.

### **C. Personas Naturales**

Al respecto, hay quienes consideran que el ingreso obtenido en operaciones realizadas por personas naturales con instrumentos financieros derivados se encontraría gravado con el Impuesto a la Renta como ganancia de capital, pues se trataría de un ingreso derivado de la enajenación de valores mobiliarios. Sin embargo, consideramos que las operaciones con instrumentos financieros derivados realizadas por personas naturales reciben un tratamiento tributario diferente.

En efecto, los instrumentos financieros derivados no se encuentran comprendidos dentro de la definición de valores mobiliarios recogida por el artículo 3 de la Ley del Mercado de Valores. Dicho artículo señala que son valores mobiliarios aquellos emitidos en forma masiva y libremente negociables que confieren a sus titulares derechos crediticios, dominiales o patrimoniales, o los de participación en el capital, el patrimonio o las utilidades del emisor. Por tanto, basta el hecho de que los instrumentos financieros derivados no cumplan con el requisito de ser emitidos en forma masiva, para que podamos concluir que dichos instrumentos no pueden ser considerados valores mobiliarios y, en consecuencia, el resultado obtenido en la operación no puede considerarse como ganancia de capital.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> Cabe señalar que los instrumentos financieros derivados con fines de especulación son usualmente contratados en mercados regulados, a través de cámaras de compensación o Clearing House.

<sup>19</sup> Es importante señalar que, la Ley del Impuesto a la Renta ha distinguido entre

Asimismo, es importante tener en cuenta que, el ingreso obtenido en una operación con instrumentos financieros derivados tampoco podría ser considerado como ganancia de capital, en la medida en que el artículo 2 de la Ley del Impuesto a la Renta define como ganancia de capital a la derivada de la enajenación de bienes de capital y, en el caso de los ingresos derivados de la liquidación de las operaciones con instrumentos financieros derivados, éstos no se originan como producto de una enajenación. En efecto, según el artículo 5 de la Ley del Impuesto a la Renta, se entiende por enajenación la venta, permuta, cesión definitiva, expropiación, aporte a sociedades y, en general, todo acto de disposición por el que se transmita el dominio a título oneroso. Como puede observarse, la realización de operaciones con instrumentos financieros derivados no constituye una enajenación, pues no existe ningún tipo de transferencia de propiedad de bienes.

En conclusión, consideramos que las personas naturales únicamente están gravadas con el Impuesto a la Renta por sus operaciones con instrumentos financieros derivados si la contratación de estos instrumentos se realiza dentro del marco de una actividad empresarial, originando que los resultados provenientes de dichos instrumentos constituyan renta de la tercera categoría.<sup>20</sup>

### **3.2. Decreto Legislativo N° 970: El rango de eficacia**

---

la ganancia obtenida en la enajenación de valores mobiliarios y la ganancia obtenida en la enajenación de los contratos sobre bienes efectuados en las Bolsas de Productos (que comprende a las opciones y futuros, entre otros). Consideramos que dicha distinción apoya nuestra tesis de no considerar a los instrumentos financieros derivados como valores mobiliarios.

<sup>20</sup> A mayor abundamiento, Eduardo Abril Abadín señala que, “*es fácil concluir que las rentas derivadas de contratos de futuros y opciones financieros difícilmente pueden tener cabida dentro del concepto de rendimientos del capital mobiliario*” y, agrega, “*la no inclusión de las rentas de productos financieros derivados en el concepto de rendimientos del capital mobiliario resulta evidente teniendo en cuenta que en los futuros y opciones financieros no existe previa cesión de capitales por cuanto las partes no realizan ningún desembolso hasta el momento del vencimiento*”. Asimismo, termina expresando que “*la total aleatoriedad a la que están sometidas las rentas derivadas de contratos de futuros y opciones financieros avala la tesis de la inexistencia de rendimientos del capital mobiliario*”. ABRIL ABADIN, Eduardo. Productos financieros derivados y mercados organizados. Civitas S.A. Madrid. 1997. p. 78.

Habiendo analizado el tratamiento tributario en el Impuesto a la Renta que consideramos estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 2006, a continuación, analizaremos los principales artículos incorporados a la Ley del IR por el Decreto Legislativo N° 970 que modificó la Ley del Impuesto a la Renta y que regulan los aspectos relacionados con la calificación de la renta, el criterio de vinculación y el momento de imputación del ingreso o pérdida en los instrumentos financieros derivados.<sup>21</sup>

### **A. Definiciones**

El Decreto Legislativo N° 970 ha introducido varias definiciones referidas a los instrumentos financieros derivados. Así, las más importantes son las que se refieren a la distinción entre los instrumentos financieros derivados con fines de cobertura y aquellos celebrados con fines distintos a los de cobertura o, también denominados, sin fines de cobertura.

Así, según el artículo 5-A de la Ley del Impuesto a la Renta, incorporado por el Decreto Legislativo N° 970, dentro de los instrumentos financieros derivados con fines de cobertura están aquellos contratados en el curso ordinario del negocio con el objeto de evitar, atenuar o eliminar el riesgo, por el efecto de futuras fluctuaciones en precios de mercaderías, commodities, tipos de cambio, tasas de interés o cualquier otro índice de referencia, que puede recaer sobre (i) activos y bienes destinados a generar rentas o ingresos gravados con el impuesto y que sean propios del giro del negocio; y/o, (ii) obligaciones y otros pasivos incurridos para ser destinados al giro del negocio.<sup>22</sup>

Por otro lado, la Ley del Impuesto a la Renta establece que, son instrumentos financieros derivados no considerados con fines de cobertura aquéllos que no cumplan con los requisitos establecidos en dicha norma. Asimismo, se considerará que un instrumento financiero deri-

---

<sup>21</sup> No es materia del presente trabajo, el análisis de los artículos referidos al valor de mercado y a las operaciones realizadas con fines de intermediación por las empresas del Sistema Financiero Nacional.

<sup>22</sup> Es preciso señalar que también se consideran celebrados con fines de cobertura los instrumentos financieros derivados que las personas o entidades exoneradas o inafectas del impuesto contratan sobre sus activos, bienes y obligaciones y otros pasivos, cuando los mismos están destinados al cumplimiento de sus fines o al desarrollo de sus funciones.

vado no cumple con los requisitos para ser considerado con fines de cobertura cuando: (i) ha sido celebrado fuera de mercados reconocidos;<sup>23</sup> o, (ii) ha sido celebrado con sujetos residentes o establecimientos permanentes situados o establecidos en países o territorios de baja o nula imposición.

### **B. Tratamiento tributario**

El Decreto Legislativo N° 970 ha incorporado como inciso d) del artículo 10 de la Ley del Impuesto a la Renta, el siguiente texto:

*“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, sólo se considerarán de fuente peruana los resultados obtenidos por sujetos domiciliados 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”*

Al respecto, podemos apreciar que la Ley del Impuesto a la Renta establece que, son rentas de fuente peruana las obtenidas por sujetos domiciliados en el país, sean éstos personas naturales o jurídicas, como consecuencia de la contratación de instrumentos financieros derivados. Por consiguiente, el inciso d), incorporado por el Decreto Legislativo N° 970, establece como criterio de vinculación para determinar si estamos o no frente a rentas de fuente peruana provenientes de operaciones con instrumentos financieros derivados el domicilio del sujeto que obtiene la renta. En ese sentido, los resultados provenientes de operaciones con instrumentos financieros derivados sin fines de cobertura celebradas por sujetos domiciliados en el país calificarán, en cualquier caso, como rentas de fuente peruana.

---

<sup>23</sup> La definición de mercados reconocidos se encuentra en el Glosario de términos incorporado a la Ley del Impuesto a la Renta por el Decreto Legislativo N° 970.



Ahora bien, en el caso de instrumentos financieros derivados celebrados con fines de cobertura, el artículo antes citado señala que la operación generará rentas de fuente peruana sólo si el riesgo cubierto por el instrumento financiero derivado está vinculado a la generación de renta de fuente peruana. Ello significa que, de no cumplirse con dicho requisito, el ingreso que genere el instrumento financiero derivado celebrado con fines de cobertura no será considerado como una renta de fuente peruana, por lo que deberá ser considerado como una renta de fuente extranjera.

En ese sentido, de acuerdo con el artículo 51 de la Ley del Impuesto a la Renta, si no se trata de un ingreso sino de una pérdida, dicha pérdida no será deducible para determinar la base imponible del Impuesto a la Renta, sino que deberá compensarse con los ingresos provenientes de las demás rentas de fuente extranjera que obtenga el contribuyente. En el caso de que el resultado obtenido como consecuencia de dicha compensación sea negativo, dicho resultado no podrá compensarse con las rentas de fuente peruana.<sup>24</sup>

Cabe señalar que mediante el criterio de vinculación incorporado por el Decreto Legislativo N° 970 se mantiene el tratamiento tributario que, en nuestra opinión, resulta aplicable a las operaciones con instrumentos financieros derivados realizadas por sujetos no domiciliados en el país que estaba vigente hasta el 31 de diciembre de 2006, conforme al cual los resultados obtenidos por los contribuyentes no domiciliados por sus operaciones con instrumentos financieros derivados no están gravados con el Impuesto a la Renta.

Por otro lado, hemos advertido que el Decreto Legislativo N° 970 no contiene una disposición que califique el tipo de renta que proviene de

---

<sup>24</sup> Para ser más ilustrativa la explicación proponemos el siguiente ejemplo: supongamos que una persona jurídica domiciliada contrata un instrumento financiero derivado con el fin de cubrir el riesgo vinculado a una operación realizada por su sucursal ubicada en Méjico que genera renta de fuente extranjera (mejicana). En este caso, el resultado positivo proveniente del instrumento financiero derivado será renta de fuente extranjera para la empresa peruana. En cambio, si el resultado es negativo, deberá compensarse dicho resultado con las demás rentas de fuente extranjera del contribuyente y, únicamente, si se determina un resultado positivo, éste se sumará a las rentas de fuente peruana. Sin embargo, si luego de la compensación se determina un resultado negativo, éste no podrá compensarse.

un instrumento financiero derivado, vale decir, si dicha renta califica como una renta de la segunda categoría o si se trata exclusivamente de rentas de la tercera categoría.

Teniendo en cuenta lo anterior, nos remitimos a lo expuesto en el literal C del punto 3.1 precedente, esto es, consideramos que las rentas provenientes de instrumentos financieros derivados obtenidas por personas naturales no estarán gravadas con el Impuesto a la Renta, salvo que califiquen como rentas de la tercera categoría, es decir, sólo en el caso de que se trate de operaciones habituales.

Ahora bien, debemos indicar que el artículo 8 del Decreto Legislativo N° 972, que modifica la Ley del Impuesto a la Renta, dispone que se incluya como renta de segunda categoría "(c)ualquier ganancia o ingreso que provenga de operaciones realizadas con instrumentos financieros derivados".<sup>25</sup>

Por tanto, mediante el Decreto Legislativo N° 972 se estaría subsanando la aparente omisión del legislador. No obstante ello, cabe señalar que el Decreto Legislativo N° 972 entrará en vigencia el 1 de enero de 2009, por lo que, durante los ejercicios gravables 2007 y 2008, los ingresos obtenidos por personas naturales provenientes de operaciones con instrumentos financieros derivados no han estado o están gravados con el Impuesto a la Renta, salvo que, como hemos mencionado, el ingreso califique como una renta de tercera categoría.

Respecto de la imputación de las rentas y pérdidas, el Decreto Legislativo N° 970 ha sustituido el artículo 57 de la Ley del Impuesto a la Renta, señalando que:

---

<sup>25</sup> Debemos indicar que el proyecto de Decreto Legislativo al que tuvimos acceso sí incluía un artículo que incorporaba como rentas de segunda categoría "(l)os resultados provenientes de contratos de Instrumentos Financieros Derivados".

Así, en la exposición de motivos de dicho proyecto de Decreto Legislativo se explica que: "*la propuesta normativa parte de la regla general que los resultados con derivados constituyen rentas de tercera categoría cuando son transados por personas jurídicas o por personas naturales habituales. En el caso de las personas naturales se incorpora un inciso al artículo 24 de la Ley para establecer expresamente que estas rentas son de segunda categoría, asumiéndose, por tanto, que tales rentas son provenientes del capital*".

*“a) (...)En el caso de Instrumentos Financieros Derivados, las rentas y pérdidas se considerarán devengadas en el ejercicio en que ocurra cualquiera de los siguientes hechos:*

- 1. Entrega física del elemento subyacente.*
- 2. Liquidación en efectivo.<sup>26</sup>*
- 3. Cierre de posiciones.<sup>27</sup>*
- 4. Abandono de la opción en la fecha en que la opción expira, sin ejercerla.*
- 5. Cesión de posición contractual.*
- 6. Fecha fijada en el contrato de swap financiero para la realización del intercambio periódico de flujos financieros.*

*En el caso de Instrumentos Financieros Derivados que consideren como elemento subyacente exclusivamente el tipo de cambio de una moneda extranjera, las rentas y pérdidas se imputarán al cierre de cada ejercicio gravable aun cuando la fecha de vencimiento del contrato corresponda a un ejercicio posterior. Para ese efecto se aplicará lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley”.*

Como se puede apreciar, la Ley del Impuesto a la Renta ha establecido un regla que contiene una excepción aplicable para el caso de los instrumentos financieros derivados cuyo elemento subyacente sea el tipo de cambio de una moneda extranjera.

Al respecto, cabe señalar que la Ley del Impuesto a la Renta ha incorporado tácitamente el criterio del hecho económico complejo, que resulta aplicable para los instrumentos financieros derivados con fines de cobertura.

En efecto, como ya hemos señalado, cuando se trata de operaciones con instrumentos financieros derivados con fines de cobertura, los resultados debieran ser reconocidos en la fecha de vencimiento del contrato, fecha que, por lo general, coincide con la fecha en la cual se llevará a cabo la operación subyacente.

---

<sup>26</sup> Ver la definición en el Glosario de términos de la Ley del Impuesto a la Renta.

<sup>27</sup> Ver la definición en el Glosario de términos de la Ley del Impuesto a la Renta.

En ese sentido, la Ley del Impuesto a la Renta permite diferir el tratamiento tributario aplicable a los instrumentos financieros derivados con fines de cobertura hasta que se realice la entrega del elemento subyacente. Asimismo, la misma regla permite que el instrumento financiero derivado con fines de cobertura genere efectos cuando se liquide, situación que se da cuando el elemento subyacente es financiero.

Ahora bien, el nuevo artículo 57 ha considerado que para los instrumentos financieros derivados cuyo elemento subyacente sea el tipo de cambio de una moneda extranjera, les sea aplicable la regla contable denominada *mark to market*.<sup>28</sup> De este modo, se ha otorgado a dichas operaciones un tratamiento tributario similar al regulado en el artículo 61 de la Ley del Impuesto a la Renta.<sup>29</sup>

No obstante lo anterior, debemos indicar que el Poder Ejecutivo ha remitido al Congreso de la República el Proyecto de Ley No. 2282/2007-PE, mediante el cual se eliminaría la regla *mark to market* aplicable a los instrumentos financieros derivados que consideren como elemento subyacente exclusivamente el tipo de cambio de una moneda extranjera, pues, dicho proyecto de Ley señala que se habría comprobado que, en la mayoría de casos, los resultados que se originan al cierre del ejercicio gravable son opuestos a los resultados que se obtendrán cuando se liquide el instrumento financiero derivado u ocurra algún otro supuesto regulado en el literal a) del artículo 57 de la Ley del Impuesto a la Renta. En ese sentido, según este proyecto, se buscaría evitar que los contribuyentes realicen ajustes sobre los resultados calculados al cierre del ejercicio para que sean coherentes con los resultados definitivos.

De otro lado, el Decreto Legislativo N° 970 sustituye el artículo 50 de la Ley del Impuesto a la Renta, agregando un párrafo que dispone que,

---

<sup>28</sup> A través de este mecanismo se contabilizan las ganancias o pérdidas provenientes del contrato derivado día a día, según varíe la cotización del instrumento. En ese sentido, éste mecanismo es común en mercados regulados, donde la Cámara de Compensación realiza los ajustes al final de cada día en las cuentas del vendedor y del comprador para reconocer pérdidas o ganancias obtenidas en la negociación de instrumentos financieros derivados.

<sup>29</sup> El artículo 61 establece que, constituyen resultados computables a efectos de la determinación de la renta neta, las diferencias de cambio que se produzcan en las cuentas del activo y/o pasivo de la empresa.

*“adicionalmente, en ambos sistemas las pérdidas de fuente peruana provenientes de contratos de instrumentos 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”.*

Al respecto, cabe señalar que, si bien es cierto que las pérdidas provenientes de instrumentos financieros derivados sin fines de cobertura únicamente podrán ser compensadas con rentas originadas por contratos derivados que tengan el mismo fin, en el caso de que en un determinado ejercicio las pérdidas provenientes de dichos instrumentos excedan las rentas obtenidas, el contribuyente tendrá derecho a arrastrar dicha pérdida conforme a uno de los dos sistemas, de modo que el contribuyente podrá compensar dicha pérdida en el ejercicio gravable que se lo permita, pero siempre siguiendo la regla de la compensación con las rentas derivadas de la ejecución de los antes referidos instrumentos financieros derivados sin fines de cobertura.

Ahora bien, consideramos que el legislador habría manifestado su intención de no incentivar las operaciones con instrumentos financieros derivados sin fines de cobertura, al no permitir que los contribuyentes puedan compensar las pérdidas que generen en dichas operaciones con la renta neta proveniente de otras operaciones. En definitiva, se trataría de un criterio que el legislador ha decidido incorporar pero que no compartimos, en la medida en que aquel que se dedica a especular en el mercado de derivados también está realizando una actividad empresarial, por lo que su derecho a compensar las pérdidas generadas como consecuencia de su actividad estaría siendo limitado.

Por último, debemos indicar que el artículo 6 del Decreto Legislativo No. 979, que entró en vigencia el 1 de enero de 2008, incorporó un último párrafo al literal q) del artículo 44 de la Ley del Impuesto a la Renta que señala que, conforme a lo indicado en el artículo 50 de la Ley del Impuesto a la Renta, las pérdidas de fuente peruana provenientes de la celebración de instrumentos financieros derivados que no tengan finalidad de cobertura, sólo podrán deducirse de las ganancias de fuente peruana originadas por la celebración de instrumentos financieros derivados que tengan el mismo fin.

Sobre este particular, cabe señalar que en la medida en que el artículo

50 dispuso un tratamiento especial para las pérdidas provenientes de la celebración de instrumentos financieros derivados sin fines de cobertura, consideramos que dicho artículo se debe interpretar en el sentido de que los contribuyentes estaban obligados a identificar las pérdidas y ganancias provenientes de este tipo de instrumentos financieros derivados de modo que, al final del ejercicio, si fuera el caso, puedan determinar la pérdida que estaría sujeta a la regla especial de compensación dispuesta por el artículo 50 de la Ley del Impuesto a la Renta.<sup>30</sup>

Por consiguiente, consideramos que la incorporación efectuada por el artículo 6 del Decreto Legislativo No. 979 no ha significado un cambio sustancial en el tratamiento tributario aplicable a la pérdida proveniente de la celebración de este tipo de instrumento financiero derivado.

Ahora bien, es importante precisar que las normas antes comentadas sólo limitan la deducción como gasto de la pérdida generada por un instrumento financiero derivado celebrado sin fines de cobertura. En consecuencia, debemos indicar que los gastos vinculados con la celebración de un instrumento financiero derivado, con o sin fines de cobertura, sí serán deducibles de la base imponible del Impuesto a la Renta, salvo que se presente alguna prohibición legal, como el caso de los supuestos regulados en los numerales 1 y 2 del literal q) del artículo 44 de la Ley del Impuesto a la Renta.

De acuerdo con el numeral 1 del literal q) del artículo 44 de la Ley del Impuesto a la Renta, no serán deducibles los gastos y pérdidas provenientes de la celebración de instrumentos financieros derivados cuando hayan sido celebrados con residentes o establecimientos permanentes situados en países o territorios de baja o nula imposición. Asimismo, el numeral 2 del mismo literal señala que, en el caso de contribuyentes

---

<sup>30</sup> De lo contrario, es decir, si consideramos que el Decreto Legislativo No. 970 no contenía una limitación para la deducción como gasto de la pérdida sufrida por operaciones con instrumentos financieros derivados sin fines de cobertura, entonces, el artículo 50 sólo sería aplicable en un único caso, esto es, cuando el contribuyente realiza durante el ejercicio gravable sólo operaciones con instrumentos financieros derivados sin fines de cobertura, pues, únicamente en ese caso es posible identificar si existió o no pérdida a la cual le resultaría aplicable lo dispuesto por el artículo 50 de la Ley del Impuesto a la Renta. Por ello, la interpretación que debe prevalecer es aquella que, en nuestra opinión, le da sentido a la Ley del Impuesto a la Renta.

que mantengan posiciones simétricas a través de posiciones de compra y de venta en dos o más instrumentos financieros derivados, no se permitirá la deducción de pérdidas sino hasta que exista reconocimiento de ingresos.

Por tanto, en los demás casos, sí procederá la deducción de los gastos vinculados con la celebración de un instrumento financiero derivado, con o sin fines de cobertura.

**C. Requisitos para considerar a un instrumento financiero derivado como celebrado con fines de cobertura**

Sobre este particular, debemos indicar que el Decreto Legislativo No. 970 establece los requisitos que debe cumplir un instrumento financiero derivado para ser considerado celebrado con fines de cobertura. En ese sentido, es importante advertir que la calificación del instrumento financiero derivado como uno con o sin fines de cobertura determinará el tratamiento aplicable a las pérdidas que dichos contratos generen. Por consiguiente, los requisitos incorporados por el legislador deberían permitir identificar claramente a los instrumentos financieros derivados celebrados con fines de cobertura.

Teniendo en cuenta lo anterior, cabe señalar que, éste, quizá, es el punto que más debate ha suscitado entre los especialistas del derecho tributario en nuestro país. Así, hay quienes consideran que el criterio del rango de eficacia elegido por el legislador (como uno de los requisitos para definir si el contrato derivado es celebrado con fines de cobertura) distorsiona el tratamiento tributario aplicable a los instrumentos financieros derivados.

Al respecto, el literal b) del artículo 5-A de la Ley del Impuesto a la Renta señala como uno de los requisitos para considerar que el instrumento financiero derivado tiene fines de cobertura, que éste contribuya razonablemente a eliminar, atenuar o evitar el riesgo objeto de la cobertura.

En ese sentido, el literal b) del artículo 5-A dispone que:

*“Se entiende que la contribución del instrumento financiero derivado es razonable si resulta altamente eficaz para*

*conseguir dicho fin, 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 ochenta por ciento (80%) a ciento veinticinco por ciento (125%).*

*El resultado neto de cada mercado se determinará considerando el valor registrado al inicio de la cobertura y aquél correspondiente al cierre de cada ejercicio o al momento en que se produzca cualquiera de los hechos señalados en el segundo párrafo del inciso a) del artículo 57 de la Ley, según corresponda”.*

Vista la norma antes citada, cabe preguntarnos ¿de dónde viene esta regla?

Así, cabe señalar que la regla recogida por la Ley del Impuesto a la Renta proviene de una norma contable, que es la Norma Internacional de Contabilidad N° 39 o NIC 39. En ese sentido, debemos indicar que, al parecer, el legislador habría pretendido simplificar la labor de fiscalización de la Administración Tributaria, frente a operaciones nuevas y complejas, mediante la incorporación de una regla “objetiva” que no debería generar problemas en su aplicación por parte de los contadores.

No obstante ello, somos de la opinión de que la regla incorporada es confusa y, en algunos casos, puede ocasionar la desnaturalización de instrumentos financieros derivados celebrados con fines de cobertura.

Sobre este particular, debemos señalar que la NIC 39 establece el tratamiento contable aplicable a los instrumentos financieros en general. Ahora bien, también señala que existen determinados instrumentos financieros derivados celebrados con fines de cobertura que pueden someterse a una regla especial referida al momento en el cual deberán registrarse los resultados provenientes de dichos contratos. En ese sentido, para determinar si estamos o no frente a este tipo de instrumentos financieros derivados que deben regirse por esta regla especial, la NIC 39 dispone que dichos instrumentos financieros derivados deberán ser altamente eficaces para lo cual deben cumplir con el rango de eficacia.



No obstante ello, la NIC 39 no establece que el instrumento financiero derivado con fines de cobertura que no cumple con el rango de eficacia deje de ser un instrumento financiero derivado celebrado con fines de cobertura, sino que no podrá aplicarse respecto de dicho contrato, las reglas especiales para el registro de los ingresos y gastos en la contabilidad de la empresa.

Por el contrario, para los efectos de la Ley del Impuesto a la Renta, el legislador ha considerado que la aplicación de la regla del rango de eficacia sí debe modificar la naturaleza del instrumento financiero derivado, si es que el resultado obtenido se encuentra fuera del rango de 80% a 125%, aún cuando el instrumento financiero derivado haya sido celebrado con fines de cobertura.

Al respecto, debemos indicar que coincidimos con Luis W. Montero,<sup>31</sup> quien señala que el hecho de que el instrumento financiero derivado no sea altamente eficaz no afecta el fin que ha perseguido, vale decir, si fue o no celebrado con fines de cobertura. Lo único cierto a partir de la norma contable es que el instrumento financiero derivado no será altamente eficaz y, por ende, la empresa no podrá registrar los ingresos y gastos conforme a las disposiciones aplicables a los instrumentos financieros derivados celebrados con fines de cobertura que son altamente eficaces.<sup>32</sup>

Teniendo en cuenta lo anterior, somos de la opinión de que la regla del rango de eficacia debería ser derogada, pues su aplicación puede generar distorsiones en la medida en que verdaderos instrumentos financieros derivados celebrados con fines de cobertura podrían ser considerados como celebrados sin fines de cobertura simplemente porque están fuera del rango.

En ese sentido, consideramos que un instrumento financiero derivado debe entenderse celebrado con fines de cobertura cuando cubre un riesgo claramente identificable durante todo el período en que éste se

---

<sup>31</sup> MONTERO, Luis. Coberturas Económicas. En: Revista Análisis Tributario N° 216. AELE. Lima. 2006. p. 21.

<sup>32</sup> Debemos indicar que antes de que se publicara el Decreto Legislativo N° 970, la SUNAT ya venía reparando operaciones con instrumentos financieros derivados, pues desconocía su finalidad de cobertura amparándose en la NIC N° 39.

verifica. Por consiguiente, el deudor tributario debería contar con la documentación que permita identificar los activos, bienes y obligaciones específicas que reciben la cobertura, detallando la cantidad, montos, plazos, precios y demás características a ser cubiertas. Cabe señalar que lo antes expuesto ya se encuentra regulado en el artículo 5-A de la Ley del Impuesto a la Renta, por lo que, en nuestra opinión, la regla del rango de eficacia resulta innecesaria.<sup>33</sup>

### **3.3 Modificaciones al Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta: el Decreto Supremo No. 219-2007-EF**

El 31 de diciembre de 2007 se publicó en el Diario Oficial El Peruano el Decreto Supremo No. 219-2007-EF, que reglamenta lo dispuesto por el Decreto Legislativo No. 970 sobre instrumentos financieros derivados, entre otros.

Así, entre las disposiciones más importantes que contiene el Decreto Supremo se encuentra la incorporación al Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta del artículo 2-A, que establece la fórmula que deben aplicar los contribuyentes para medir la eficacia del instrumento financiero derivado. Por consiguiente, a partir de la publicación del Decreto Supremo ya no existirían dudas respecto de la aplicación de la fórmula del rango de eficacia, por lo que los contribuyentes ya estarían en capacidad de medir la eficacia de los instrumentos financieros derivados celebrados y determinar si éstos fueron celebrados con o sin fines de cobertura.

No obstante lo anterior, últimamente se ha discutido sobre dos elementos de la fórmula incorporada por el Decreto Supremo No. 219-2007-EF: el valor del instrumento financiero derivado tanto al inicio (al celebrar el contrato) como al final<sup>34</sup> cuando éste se negocia en un mer-

---

<sup>33</sup> Sin perjuicio de lo expuesto, debemos indicar que si el legislador opta por incluir una fórmula de eficacia, es pertinente tener presente lo señalado por Luis W. Montero, en cuanto a que *“una cobertura es altamente efectiva cuando los cambios en el valor razonable del subyacente y los cambios en el valor razonable del instrumento de cobertura (derivado) se eliminan casi por completo”*. MONTERO, Luis. Coberturas Económicas. En: Revista Análisis Tributario N° 216. AELE. Lima. 2006. p. 19

<sup>34</sup> Es decir, al cierre del ejercicio o al momento en que se produzca cualquiera de los hechos señalados en el segundo párrafo del inciso a) del artículo 57 de la

cado reconocido. Al respecto, debemos indicar que mediante el Informe No. 157-2008-SUNAT/2B0000 la Administración Tributaria se ha pronunciado sobre este tema señalando que el valor del instrumento financiero derivado fijado en el contrato (al inicio) es el precio o valor del elemento subyacente acordado entre las partes. Asimismo, la Administración Tributaria señala que el valor final<sup>35</sup> del instrumento financiero derivado, cuando éste se negocia en un mecanismo centralizado de negociación que califique como un mercado reconocido, equivale al precio o valor que el elemento subyacente que le da origen tenga en dicho mercado reconocido al 31 de diciembre de cada ejercicio gravable o a la fecha en que se produzca cualquiera de los hechos señalados en el segundo párrafo del inciso a) del artículo 57 de la Ley del IR.

Ahora bien, respecto de la aplicación de la fórmula, debemos indicar que, en nuestra opinión, existen casos en donde su aplicación genera que instrumentos financieros derivados celebrados con fines de cobertura se consideren celebrados sin fines de cobertura por no encontrarse dentro del rango de eficacia, aún cuando resulta evidente que dichos instrumentos financieros derivados fueron celebrados con fines de cobertura. Es decir, tal como señalamos en el literal C del punto anterior, se está generando una distorsión que podría terminar por desincentivar el uso de estos instrumentos financieros derivados.

De otro lado, cabe señalar que la Administración Tributaria, mediante el Informe 157-2008-SUNAT/2B0000, señaló que “si bien el requisito de la contribución razonable para calificar al IFD como uno de cobertura ha sido incorporado en el TUO de la Ley del Impuesto a la Renta por el Decreto Legislativo No. 970, las disposiciones introducidas en la norma reglamentaria por el Decreto Supremo No. 219-2007-EF para medir la eficacia de un IFD sólo resultan aplicables para los ejercicios 2008 y siguientes”.<sup>36</sup>

---

Ley del Impuesto a la Renta.

<sup>35</sup> Idem.

<sup>36</sup> Cabe señalar que el artículo 2 del Decreto Supremo No. 219-2007-EF dispuso lo siguiente: “*El presente Decreto Supremo (...) entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano [1 de enero de 2008]*”. Al respecto, debemos indicar que la Norma X del Código Tributario señala que los reglamentos, cuando se promulguen con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley, rigen desde el día siguiente al de su publicación, salvo disposición contraria del propio reglamento. En consecuencia, cabe preguntarse

Ahora bien, el Poder Ejecutivo ha remitido al Congreso de la República el Proyecto de Ley No. 2282/2007-PE que propone la eliminación de la regla del rango de eficacia y cuya exposición de motivos da cuenta de las inconsistencias y distorsiones que estaría ocasionado dicha regla. Por tanto, esperamos que dicho proyecto de Ley sea discutido y aprobado antes de fin de año.

Por otro lado, cabe señalar que el Decreto Supremo señala expresamente que los gastos necesarios para producir la renta y mantener su fuente que estén vinculados con instrumentos financieros derivados con o sin fines de cobertura son deducibles en su integridad. Por consiguiente, tal como señalamos anteriormente, no hay duda de que la limitación incorporada por el Decreto Legislativo No. 970 sólo está referida a la deducción como gasto de la pérdida generada por un instrumento financiero derivado celebrado sin fines de cobertura.<sup>37</sup>

De otro lado, el literal e) del artículo 25 del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, incorporado por el Decreto Supremo, establece que, tratándose de gastos comunes a los instrumentos financieros derivados celebrados con residentes o establecimientos permanentes situados en países de baja o nula imposición, así como a otros instrumentos financieros derivados y/o a la generación de rentas distintas de las provenientes de tales contratos, no directamente imputables a ninguno de ellos, el íntegro de tales gastos no es deducible para la determinación de la renta imponible de tercera categoría.

Al respecto, debemos indicar que, en nuestra opinión, la norma antes citada vulnera el principio de legalidad, pues la posibilidad de deducir un gasto, en tanto afecta la determinación de la base imponible del impuesto, debe estar regulada por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades y, como hemos señalado precedentemente, la Ley del Impuesto a la Renta no ha dispuesto una limitación a la deducción de los gastos comunes, prohibiendo, únicamente la deducción de los gastos vinculados a instrumentos financieros derivados celebrados con residentes o establecimientos permanentes situados en

---

cómo se medirá la eficiencia del instrumento financiero derivado durante el ejercicio gravable 2007.

<sup>37</sup> También hay que tener presente el literal q) del artículo 44 de la Ley del Impuesto a la Renta.

países de baja o nula imposición.<sup>38</sup>

Por ello, consideramos que el Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta debió incluir una norma que establezca un procedimiento para discriminar o asignar proporcionalmente los gastos comunes a los instrumentos financieros derivados celebrados con residentes o establecimientos permanentes situados en países de baja o nula imposición, así como a otros instrumentos financieros derivados y/o a la generación de rentas distintas de las provenientes de tales contratos. Cabe señalar que nuestro ordenamiento tributario tiene varios ejemplos de supuestos en los que se han establecido procedimientos para hallar porcentajes o discriminar operaciones. A manera de ejemplo, podemos citar el literal p) del artículo 21 del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, que establece el procedimiento que se debe seguir cuando los gastos necesarios para producir la renta y mantener su fuente incidan, conjuntamente, en rentas gravadas, exoneradas o inafectas, y no sean imputables directamente a unas u otras. Asimismo, también tenemos el caso de la prorrata del crédito fiscal cuando se realizan operaciones gravadas y no gravadas con el Impuesto General a las Ventas.

Por último, es necesario hacer referencia al artículo 29-C del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, incorporado por el Decreto Supremo. Al respecto, según este artículo, si en el transcurso de un ejercicio el instrumento financiero derivado deviene en uno sin fines de cobertura, se deberá recalcular el Impuesto a la Renta de los ejercicios precedentes. Así, la norma agrega, el ajuste que corresponda se ejecutará en el ejercicio en que el instrumento financiero derivado devino en uno sin fines de cobertura.

Al respecto, debemos indicar que la norma antes citada resulta aplicable a los instrumentos financieros derivados cuyo elemento subyacente es exclusivamente el tipo de cambio de una moneda extranjera, pues, sólo dichos instrumentos financieros derivados generan efectos en más de un ejercicio gravable, tal como lo establece el tercer párrafo del literal a) del artículo 57 de la Ley del Impuesto a la Renta.

---

<sup>38</sup> Así, en aplicación de la norma reglamentaria podríamos llegar al absurdo de considerar que la totalidad de la remuneración de un gerente general que también se encarga de negociar y celebrar instrumentos financieros derivados con residentes o establecimientos permanentes situados en países o territorios de baja o nula imposición, no es deducible.

Asimismo, cabe precisar que el ajuste que corresponda se deberá realizar en el ejercicio en el cual el instrumento financiero derivado devino en uno sin fines de cobertura. En otras palabras, no será necesaria la presentación de declaraciones juradas rectificatorias de los ejercicios anteriores, sino que, entendemos, el ajuste se realizará en la declaración jurada del ejercicio gravable en el cual el instrumento financiero derivado devino en uno sin fines de cobertura.

En suma, luego de efectuado el análisis de la regulación que en Ley del Impuesto a la Renta y normas reglamentarias se le brinda a los instrumentos financieros derivados, no cabe duda que existen aspectos que deben ser revisados a nivel normativo, sin perjuicio de la interpretación que dicho marco legal le merezca a la Administración Tributaria y, de ser el caso, a los órganos resolutores en sede administrativa o judicial. En todo caso, consideramos que no debe perderse de vista la gran utilidad de estos contratos, por que cualquier propuesta legislativa o resolución administrativa o judicial que se dicte sobre este tema, deberá tomar en cuenta la naturaleza jurídico-económica de los instrumentos financieros derivados.

Lima, setiembre de 2008.