

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ
FACULTAD DE DERECHO



Informe de Expediente de Relevancia Jurídica – E-273, Expediente No. 0850140001380, sobre la aplicación de las normas de precios de transferencia a los préstamos a título gratuito entre partes vinculadas al ejercicio 2005

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogado que presenta:

Nathan Sztrancman Torres

REVISORA:

Sandra Mariela Sevillano Chávez

Lima, 2023



Informe de Similitud

Yo, **Sandra Mariela Sevillano Chávez**, docente de la Facultad de **DERECHO**, de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de suficiencia profesional titulado(a)

Informe de Expediente de Relevancia Jurídica – E2736, Expediente No. 0850140001380, sobre la aplicación de las normas de precios de transferencia a los préstamos a título gratuito entre partes vinculadas al ejercicio 2005.

del/de la autor(a)/de los(as) autores(as)

Nathan Sztrancman Torres

dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de **33%**. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el **14/03/2023**.
- He revisado con detalle dicho reporte, así como el Trabajo de suficiencia profesional y no se advierten indicios de plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha: **Lima, 14 de junio de 2023**

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: SEVILLANO CHÁVEZ, SANDRA MARIELA	
DNI: 18113261	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-9516-8794	

RESUMEN

Mediante la Resolución del Tribunal Fiscal No. 02112-5-2019, dicho órgano concluyó que no era posible aplicar, durante el ejercicio 2005, las reglas de valor de mercado a los servicios gratuitos de cualquier tipo (incluyendo los de financiamiento – es decir, a los préstamos sin interés), pues la LIR recién amparó dicha posibilidad a partir del ejercicio 2006, incluyendo a “*los servicios a cualquier título*” en el artículo 32 de la norma.

El presente informe jurídico busca discutir, justamente, dicha posibilidad. En efecto, nos enfocamos en la problemática referida a la posibilidad de aplicar las reglas de valor de mercado, previstas en el artículo 32 de la Ley del Impuesto a la Renta, a los préstamos gratuitos entre partes vinculadas, de manera previa a la modificación de dicha norma por la Ley No. 28655 (vigente desde el 1 de enero del 2006).

Al respecto, el expediente nos enfrenta a conceptos tributarios como lo son las teorías de renta o las reglas de imputación, los cuales deben ser analizados sobre la base de la constitucionalización de nuestro ordenamiento jurídico. En consecuencia, la interpretación de las normas tributarias debe realizarse siempre tomando en cuenta los principios de capacidad contributiva y equidad previstos en nuestra Constitución, y reconociendo la reserva de ley consagrada en nuestra norma constitucional. Dicha labor es indispensable en un Estado Constitucional de Derecho, pues nos permite reflexionar sobre los límites que existen a la potestad tributaria, y las tensiones que existen entre la propiedad privada y el gravamen estatal.


Con la finalidad de analizar exhaustivamente las materias aquí expuestas, el informe discute: i) el Estado Constitucional de Derecho y su relación con el derecho tributario, ii) las teorías de renta en la LIR y las denominadas rentas fictas, iii) las reglas de imputación vinculadas a los préstamos u otorgamientos de capital, previstas en el artículo 26 de la LIR, y su conceptualización como rentas presuntas y/o fictas, y iv) la posibilidad que existía, al ejercicio 2005, de valorizar los préstamos gratuitos entre partes vinculadas, en aplicación conjunta de los artículos 26 y 32 de la LIR.

La metodología que hemos utilizado para cumplir con este objetivo ha implicado una revisión profunda de la doctrina en materia tributaria, desde las teorías de renta hasta la naturaleza de los capitales, y la doctrina constitucional, que precisa los límites y manifestaciones del concepto del tributo en un Estado Constitucional de Derecho, así como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los informes de la Administración Tributaria y la jurisprudencia del Tribunal Fiscal.

Palabras clave: teorías de renta, precios de transferencia, préstamos gratuitos, renta ficta, renta presunta, imputación de rentas, capacidad contributiva, principio de equidad, deber de contribuir.



Para mi abuela, por supuesto.



En toda esta disquisición sobre el pago de impuestos hay un factor de enorme incomodidad, que es el sentido patriótico. De tanto agitarlo y lucirlo en bandera, cuello de camisa y hasta en la correa del perrito, nos creemos que el patriotismo es una exhibición, cuando en realidad el patriotismo es meramente una liquidación honesta del Impuesto a la Renta.

David Trueba, “184 días al año”, diario EL PAÍS

ÍNDICE

Tabla de abreviaturas – página 7

1. Introducción – página 8

- 1.1 Identificación de las áreas del derecho sobre las que versa el expediente – página 8
- 1.2 Justificación de la elección del expediente – página 9

2. Relación de los hechos de la controversia del expediente – página 10

3. Principales problemas jurídicos del expediente – página 22

- 3.1. El Estado Constitucional de Derecho y la constitucionalización del tributo – página 22
 - 3.1.1. El Estado de Derecho – página 23
 - 3.1.2. El Estado Constitucional de Derecho – página 24
 - 3.1.3. La constitucionalización del derecho tributario – página 26
 - 3.1.3.1. El principio de reserva de ley en materia tributaria – página 28
 - 3.1.3.2. El principio de igualdad en materia tributaria – página 28
 - 3.1.3.3. El principio de no confiscatoriedad – página 29
- 3.2. Las teorías de renta – bases teóricas y alcances en nuestra legislación – página 31
 - 3.2.1. Las teorías de renta; una perspectiva general – página 32
 - 3.2.1.1. La teoría de la renta producto – página 33
 - 3.2.1.2. La teoría del flujo de riqueza – página 34
 - 3.2.1.3. La teoría del incremento patrimonial más consumo – página 34
 - 3.2.2. Las teorías de renta en la LIR y las rentas imputadas – página 35
- 3.3. Las reglas de imputación contenidas en el artículo 26 de la LIR – página 40
- 3.4. Los préstamos entre partes vinculadas y la relación entre los artículos 26 y 32 – página 44
 - 3.4.1. Las reglas de valor de mercado en la LIR – página 44
 - 3.4.2. Las normas de precios de transferencia y el Decreto Legislativo No. 810 – página 46
 - 3.4.3. El valor de mercado de los servicios – la Ley No. 27356 – página 47
 - 3.4.4. La introducción del artículo 32-A y su relación el artículo 26 – página 48
 - 3.4.5. El problema con los servicios “gratuitos” en el artículo 32 – página 49
 - 3.4.6. Las opiniones de la Administración Tributaria en cuanto a la controversia – página 51
 - a) Informe No. 055-2003-SUNAT
 - b) Informe No. 143-2005-SUNAT
 - c) Informe No. 090-2006-SUNAT
- 3.5. Nuestra posición: ¿era posible aplicar las normas valorativas del artículo 32 de la LIR a los préstamos entre partes vinculadas al ejercicio 2005, antes de que dicha norma extendiese su aplicación a los “servicios [...] a cualquier título”? – página 52
 - 3.5.1. Primera interpretación posible: no era posible aplicar las reglas de valoración del artículo 32 a los préstamos gratuitos entre partes vinculadas, pues no contenía una imputación de renta ficta para servicios a título gratuito – página 53

3.5.2. Segunda interpretación posible: era posible aplicar las reglas de valoración del artículo 32 de la LIR a los préstamos gratuitos entre partes vinculadas, toda vez que el artículo 26 de la LIR contenía una imputación de renta ficta para todos los préstamos, y no era necesario que el artículo 32 prevea dicha imputación – página **58**

4. Conclusiones – página 60

5. Bibliografía – página 62

6. Anexos – página 64



TABLA DE ABREVIATURAS

LIR	Salvo precisión, el “Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta aprobado por el Decreto Supremo No. 179-2004-EF”.
IMI	IMI DEL PERÚ S.A.C.
OCDE	Organismo para la Cooperación y el Desarrollo Económico.
Offshore Express	Offshore Express Inc.
RTF	Resolución del Tribunal Fiscal.
SUNAT	Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria.



1. INTRODUCCIÓN

Se ha seleccionado el Expediente con Código de Registro No. E-2736 (en adelante, el “Expediente”). El Expediente tiene como objeto un procedimiento contencioso tributario que concluyó con la emisión de la Resolución del Tribunal Fiscal No. 02112-5-2019.

Al respecto, el contribuyente – IMI DEL PERÚ S.A.C. (en adelante, “IMI”) – cuestionó que la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (“SUNAT”) aplicase las normas de precios de transferencia en el ejercicio 2005 a un préstamo otorgado a su parte vinculada en el ejercicio 2003, por el cual no se pactaron intereses.

En efecto, en dicho expediente contencioso-tributario, que se refirió a la determinación del Impuesto a la Renta de Tercera Categoría de IMI en el ejercicio 2005, la SUNAT detectó que esta compañía otorgó dos préstamos a su parte vinculada Offshore Express Inc (en adelante, “Offshore Express”): i) un primer préstamo por USD 9,175,000.00, desembolsado en el 2003, por un plazo mínimo de seis (6) años y un plazo máximo de diez (10) años, sin intereses, y ii) un segundo préstamo por USD 11,371,642.96, desembolsado en el 2004, por un plazo mínimo de seis (6) y un plazo máximo de diez (10) años, con una tasa de interés anual de 9.380%.

En ese contexto, la SUNAT aplicó las normas de precios de transferencia con la finalidad de determinar el valor de mercado de los intereses que no se pactaron en el primer préstamo. Ello en tanto, al entendimiento de la SUNAT, un préstamo con una parte vinculada en el que no se pacten intereses no cumple con el principio de plena competencia, pues no se celebraría bajo esos términos entre partes independientes. Al respecto, la Administración Tributaria ajustó el valor de mercado de los intereses del primer préstamo, aplicando – sobre el saldo de S/ 8,263,745.00 pendiente al cierre del ejercicio 2005 – la tasa anual de 9.380%, pues esta última fue la tasa utilizada por IMI para el segundo préstamo – en condiciones similares – con Offshore Express.

Estas cuestiones fueron controvertidas por IMI en etapa de reclamación y, posteriormente, de apelación, lo que conllevó – finalmente – a la emisión de la Resolución del Tribunal Fiscal No. 02112-5-2019. En dicha Resolución, el Tribunal Fiscal revocó la Resolución de Intendencia que había confirmado el accionar de la SUNAT en etapa de reclamación en el extremo del reparo por ingresos fictos por intereses de IMI. Así, el Tribunal basó su decisión que, al cierre del ejercicio 2005, las normas de precios de transferencia eran aplicables únicamente a las transferencias de bienes a título gratuito, pero no así a los servicios a título gratuito (como lo era el financiamiento gratuito otorgado por IMI a Offshore Express), pues dicha posibilidad recién se agregó al artículo 32 del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta (en adelante, la “LIR”) mediante la Ley No. 28655, vigente a partir del ejercicio 2006.

No obstante, es relevante en este extremo resaltar el voto singular de la vocal Márquez Pacheco, quien consideró que al ejercicio 2005 la norma que habilitaba aplicar las normas de precios de transferencia a los servicios a título gratuito era el artículo 26 de la LIR (que refería que todos los préstamos devengan un interés para efectos tributarios), por lo que no había necesidad de que el mismo artículo 32 lo reconociera de manera explícita. Sin embargo, la vocal establece que el reparo de la SUNAT no se encuentra con arreglo a ley, pues al utilizar como único comparable para el préstamo sin intereses otorgado por IMI otro préstamo que otorgó a la misma parte vinculada se estaría vulnerando el método establecido por el artículo 32-A de la Ley del Impuesto a la Renta.

1.1 Identificación de las áreas del Derecho sobre las que versa el Expediente

El Expediente materia de análisis se encuentra vinculado a: i) el derecho tributario, en el extremo de la imputación de rentas fictas o presuntas, así como la aplicación de las normas de precios de transferencia, y ii) el derecho constitucional, principio de capacidad contributiva y el deber de contribuir.

En cuanto al **derecho tributario**, área que consideramos central en el Expediente, la discusión primordial es si es que, al ejercicio 2005, resultaba posible aplicar las normas de precios de transferencia a servicios gratuitos entre partes vinculadas. En efecto, antes de la modificación del artículo 32 de la LIR – introducida por la Ley No. 28655, vigente a partir del 1 de enero del 2006 – dicha disposición normativa precisaba que la regla del valor de mercado era aplicable a los casos de transferencia de bienes “a cualquier título” (es decir, gratuito u oneroso), mientras que para los servicios no se hacía dicha precisión.

Ello condujo a que el legislador, mediante su Exposición de Motivos de la Ley No. 28655, considerase que era necesario agregar el término “a cualquier título” para los servicios, modificación que entró en vigencia en el ejercicio 2006. Esto último es crucial para entender la controversia a la que nos enfrentamos al analizar el presente caso, pues es justamente sobre la base de dicho argumento – es decir, que recién a partir del ejercicio 2006 era posible aplicar las reglas de precios de transferencia a servicios gratuitos – que el Tribunal Fiscal sustenta su posición en el Expediente. Por ende, resulta clave discutir si es que el artículo 32 de la LIR habilitaba a la SUNAT para imputar, en el caso de servicios de financiamiento a título gratuito, una renta donde la misma no había sido pactada por el contribuyente (a diferencia de servicios a título oneroso, donde el artículo 32 y 32-A cumplirían su función meramente valorativa).

No obstante, la problemática jurídica del Expediente vinculada al derecho tributario no se agota ahí, pues – a través del voto singular de la vocal Márquez Pacheco – debemos ponderar también si es que, durante el ejercicio 2005, era suficiente con que el artículo 26 de la LIR precise que “se presume que todos los préstamos generan intereses” para luego remitirse al artículo 32 en el caso de préstamos entre partes vinculadas. En efecto, la tesis de la vocal Márquez Pacheco es que, en el caso de los servicios de financiamiento, sean gratuitos o no, la habilitación para imputar una renta al contribuyente estaba dada en nuestra norma antes que la Ley No. 28655 entrase en vigencia, y – en consecuencia – el artículo 32 y 32-A de la LIR solamente son de aplicación para “valorar” dichas rentas.

Ahora bien, debemos referirnos al **derecho constitucional**, cuya vinculación del expediente se sustenta en – principalmente – el principio de la capacidad contributiva y el deber de contribuir. Al respecto, la cuestión relativa a la imputación de rentas y la valorización de las mismas realizada por la Administración Tributaria debe ser entendida en un marco del Estado Constitucional del Derecho, donde la capacidad contributiva – en su dimensión horizontal y vertical, y en el cumplimiento de la equidad – se manifiesta a través de las formas de gravamen. Es importante, entonces, considerar cómo se debe interpretar la norma tributaria en el marco de la tensión existente entre el principio de legalidad y reserva de ley, y el mandato de optimización respecto de la capacidad contributiva, el cual – consideramos – encuentre su manifestación más auténtica en el deber de contribuir.

1.2 Justificación de la elección del Expediente

El Expediente materia de comentario se mantiene relevante, inclusive, el día de hoy, donde aún se discute la tipicidad exigida para la realización de un hecho gravado. Resoluciones del Tribunal Fiscal

como la 2398-11-2021¹, o el Informe No. 119-2008-SUNAT², demuestran la tensión que existe entre los requisitos de una explicitud de las reglas de imputación o presunciones del Impuesto a la Renta, con el desarrollo que han de tener estos conceptos en el marco de un Estado Constitucional de Derecho.

Sobre ello, consideramos que la discusión fundamental que presenta el Expediente nos permite analizar, a su vez, la configuración que ha de tener un sistema jurídico-tributario en la migración que realiza un Estado de Derecho hacia un Estado Constitucional de Derecho. Este tema, consideramos, genera tensiones entre los paradigmas que primaban sobre aquel Estado de Derecho – como, por ejemplo, la exigencia absoluta de que una norma permita que la Administración Tributaria impute una renta ficta en el caso de servicios gratuitos entre partes vinculadas – y cómo estos deben entenderse en un marco constitucional.

La discusión, creemos, no se agota en la pregunta de si la SUNAT estuvo habilitada o no a imputar una renta ficta a IMI por un préstamo gratuito en el ejercicio 2005, sino que nos exige revisar las reglas primigenias en materia tributaria (¿qué entendemos por “renta”? ¿cuán explícita deber ser una ficción tributaria? ¿cuál es el alcance de la interpretación teleológica en la Ley del Impuesto a la Renta?), observando el cumplimiento de principios y valores constitucionales que – no tenemos duda – forman parte de nuestro ordenamiento jurídico.

En consecuencia, consideramos que el Expediente nos obliga a explicar el sustento de un gravamen constitucional a la propiedad privada, pensado en términos de rentas fictas y reglas valorativas, y nos permite aproximarnos a los límites que existen tanto para el momento de creación de la disposición normativa en la que el legislador decide ser explícito, o quizás no serlo, en cuanto a una regla de imputación, así como los límites que existen para sostener que no es posible gravar aquello que no está explicitado.

2. Relación de los hechos de la controversia del expediente

Los hechos de la controversia inician con la celebración de dos préstamos (*back to back*³) en los que interviene IMI, empresa domiciliada en el Perú, en el ejercicio 2003. Al respecto, un primer préstamo es celebrado entre la empresa Petro-Tech Peruana S.A. (en adelante, “Petro-Tech”) e IMI, de fecha 29 de enero del 2003. Al respecto, dicho préstamo es otorgado por Petro-Tech a favor de IMI sin pactar interés alguno, por un monto de **USD 9,175,000.00** (Nueve millones ciento setenta y cinco mil y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América), con término hasta el 30 de septiembre del 2005.

En la misma fecha, se celebra entre IMI y su parte vinculada Offshore Express un contrato de mutuo por el mismo monto, esta vez con IMI como mutuante. En efecto, con fecha 29 de enero del 2003, IMI y Offshore Express celebran el Contrato de Mutuo de Otorgamiento de Dinero (en adelante, “Primer Contrato de Mutuo entre IMI y Offshore Express”) [Ver **Anexo A**], en cuyo contenido se pactan las siguientes condiciones⁴:

¹ La cual reconoció como precedente de observancia obligatoria que el tratamiento para la participación del asociado en el caso de las asociaciones en participación califica como una forma de distribución de utilidades, a pesar de que el artículo 24-A de la Ley del Impuesto a la Renta exige que la distribución se realice por una “persona jurídica”, lo que – para efectos tributarios – no era el caso de las asociaciones en participación.

² En el cual se concluyó que para determinar el valor de mercado de préstamos entre partes vinculadas deben aplicarse las normas de precios de transferencia.

³ Sobre ello, “los préstamos *back-to-back* permiten financiar a una empresa para que esta última, a su vez, financie a una tercera empresa con dicho capital – se pactan términos y tasas de interés equivalentes para ambos préstamos (uno originario y uno subsecuente)”. (Leslie B., 1980, pág. 858)

⁴ Traducción libre.

“Objeto del contrato:

2.1 Por medio de la presente, el **MUTUANTE** [IMI] se compromete a otorgar en calidad de mutuo, al **MUTUATARIO** [Offshore Express], el monto de **U.S.\$ 9,175,000.00** (nueve millones y ciento setenta y cinco mil dólares americanos). El **MUTUATARIO** se compromete a devolver al **MUTUANTE** el monto, sin intereses, en la forma y término establecido en las siguientes cláusulas.

Obligaciones de las partes:

3.1 El **MUTUANTE** se compromete a otorgar el referido monto de dinero en su totalidad hasta el 31 de diciembre del 2003, estando posibilitado a otorgar de manera previa, montos de dinero con cargo al mutuo, sin exceder la fecha límite de desembolso.

3.2 El **MUTUATARIO** se compromete a devolver el monto completo del dinero, objeto del mutuo, sin cargo de intereses.”

Ahora bien, de manera posterior, en el ejercicio 2004, se celebraron otros dos préstamos con los mismos actores en la modalidad de *back-to-back*: un primer préstamo de Petro-Tech a IMI, y un segundo préstamo de IMI a Offshore Express. En cuanto al préstamo de Petro-Tech a IMI, el mismo fue celebrado con fecha 1 de marzo del 2004, por un monto de **USD 11,371,642.96** (Once millones, trescientos setenta y un mil, seiscientos cuarenta y dos y 96/100 Dólares de los Estados Unidos de América). En este caso, se pactó un interés equivalente a la Tasa Activa en Moneda Extranjera (TAMEX) vigente a las fechas de pago según el cronograma, más un porcentaje del 0.10% sobre dicha tasa. Estos intereses serían aplicables a partir del ejercicio 2005, y el contrato de mutuo tendría un plazo de 13 años (hasta el 31 de diciembre del 2017).

Por otra parte, en cuanto al préstamo de IMI a Offshore Express (esto es, el “Segundo Contrato de Mutuo entre IMI y Offshore Express”) [Ver **Anexo B**], el mismo fue otorgado con fecha 1 de marzo del 2004 por IMI a Offshore Express por un monto idéntico al otorgado por Petro-Tech, con las siguientes condiciones:

“Objeto del contrato:

2.1 Por medio de la presente, el **MUTUANTE** [IMI] se compromete a otorgar en calidad de mutuo, al **MUTUATARIO** [Offshore Express], el monto de **U.S.\$ 11,371,642.96** (once millones trescientos setenta y siete mil seiscientos cuarenta y dos y 96/100 dólares americanos). El **MUTUATARIO** se compromete a devolver al **MUTUANTE** el monto en la forma y término establecido en las siguientes cláusulas.

Obligaciones de las partes:

3.1 El **MUTUANTE** se compromete a otorgar el referido monto de dinero en su totalidad hasta el 31 de diciembre del 2004, estando posibilitado a otorgar de manera previa, montos de dinero con cargo al mutuo, sin exceder la fecha límite de desembolso.

3.2 El **MUTUATARIO** se compromete a devolver el monto completo del dinero, objeto del mutuo, según lo establecido en la cláusula 5.1 del presente contrato.

[...]

Cargo de intereses

4.1 Ambas partes acuerdan que el presente contrato tiene un propósito de rentabilidad, consecuentemente, el **MUTUATARIO** pagará intereses compensatorios a beneficio del **MUTUANTE** según la tasa y forma de pago previstos en las siguientes cláusulas.

4.2 Por medio del presente contrato se acuerda que el interés compensatorio aplicable para cumplir con los requisitos de la cláusula previa es el equivalente a la Tasa Activa en Moneda Extranjera (TAMEX), vigente

en las fechas de pago previstas en la cláusula 4.3 más un porcentaje adicional de 0.10% sobre la tasa de referencia.

4.3 Las partes acuerdan fijar dos posibles escenarios para la oportunidad de pago de los intereses compensatorios que el **MUTUATARIO** debe cumplir:

- **Mensualmente.** Esto se realizará el último día calendario de cada mes y podrá ser deducido de la factura mensual emitida por el **MUTUATARIO** al **MUTUANTE**, de acuerdo a las relaciones comerciales entre ambas. La tasa referencial indicada en la cláusula 4.2 será la Tasa Activa en Moneda Extranjera (TAMEX), aplicable de manera anual al monto otorgado.
- **Anualmente.** Esta modalidad se realizará una vez al año y se llevará a cabo el 31 de diciembre del 2005. La Tasa Activa en Moneda Extranjera (TAMEX) vigente a tal fecha será aplicable al monto total otorgado.

4.4 Las partes acuerdan que los intereses compensatorios asumidos por el **MUTUATARIO** serán cobrados a partir del 1 de enero del 2005.”

Es relevante, en este extremo, graficar de manera detallada ambas operaciones, pues son justamente aquellas las que determinan la naturaleza de la controversia expuesta en el Expediente de referencia. En síntesis, tenemos que IMI celebró, en el ejercicio 2003 y 2004, respectivamente, las siguientes operaciones de préstamos *back-to-back*:

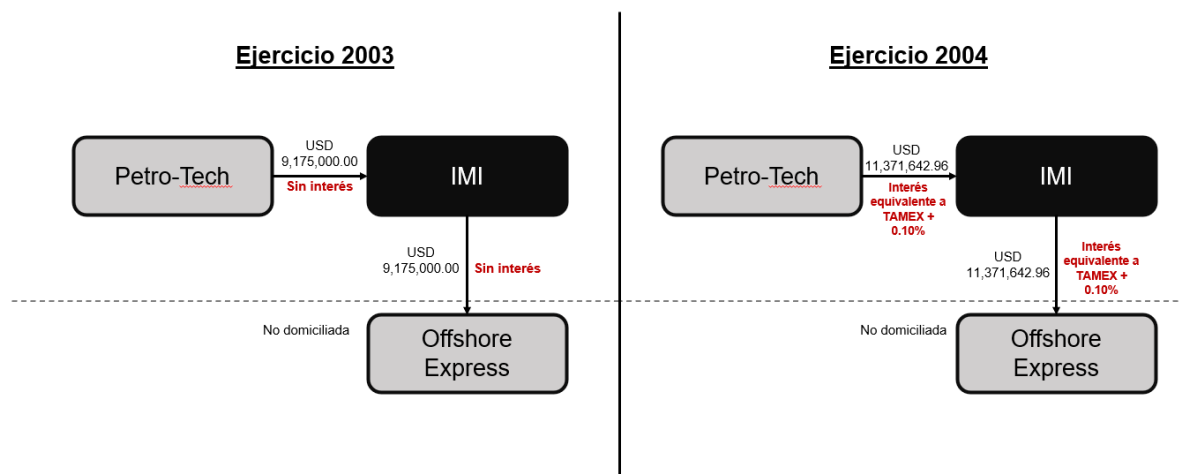


Gráfico 1. Comparación entre esquemas de préstamos back to back (2003 y 2004).

Sobre el particular, tenemos que los elementos distintivos entre ambos préstamos son, finalmente, los siguientes:

1. El ejercicio en el cual se celebran (2003 y 2004, respectivamente). No obstante, ambos surten efectos al ejercicio 2005 pues para dicho ejercicio aún no se había devuelto el total de capital prestado a IMI.
2. El monto del capital otorgado, finalmente, a Offshore Express (USD 9,175,000.00 y USD 11,371,642.96).
3. El monto de los intereses pactados (en el primer caso, un mutuo sin interés alguno, mientras que en el segundo caso un interés equivalente a la TAMEX vigente con un recargo del 0.10%).

Es en ese contexto, en consecuencia, que la SUNAT inicia, mediante la Carta de Presentación No. 070081137400, el procedimiento de fiscalización definitivo del Impuesto a la Renta de la Tercera Categoría de IMI en el ejercicio 2005.

Etapa de fiscalización

Sobre ello, mediante el Requerimiento No. 0822070000322, de fecha 6 de junio del 2007, la SUNAT solicita a IMI sustentar, en su Punto No. 7, lo siguiente:

“07. Se ha observado movimiento en las Cuentas por Cobrar Diversas, correspondiente a préstamos concedidos. Al respecto, se les solicita se sirvan a exhibir los Contratos originales por los préstamos otorgados, tanto durante el ejercicio, como el correspondiente al saldo inicial, adjuntando copias fotostáticas firmadas y selladas por el representante legal; asimismo deberán sustentar documentariamente y con la base legal respectiva, la procedencia u origen del dinero cedido en el préstamo, los documentos bancarios de las operaciones efectuadas para la realización de tales préstamos (recepción, amortización y cancelación), así como la respectiva contabilización, tanto al otorgarlos como al cobrarlos, la contabilización específica de los intereses generados y cobrados.”

[Énfasis agregado]

La SUNAT advierte, en este punto, que es necesario demostrar que los préstamos otorgados a Offshore Express generaron un interés a favor de IMI, por lo que exige su contabilización específica.

Ante ello, IMI responde a dicho Requerimiento No. 0822070000322 explicando que tiene registrado como Cuentas por Cobrar Diversas (Cuenta 161) el monto de USD 13,780,195.87, que representa el saldo de USD 2,408,552.91 por el préstamo de USD 9,175,000.00 otorgado por IMI a Offshore Express en el 2003, y el total de USD 11,371,642.96 del préstamo otorgado por IMI a Offshore Express en el 2004⁵. Sobre ello, en consecuencia:

Fecha del préstamo	Saldo al cierre del ejercicio 2005		
	Capital		Intereses
29/01/2003	USD	2,408,552.91	No se pactaron.
1/04/2004	USD	11,371,642.96	USD 1,078,029.34 * provisionados

Gráfico 2. Saldo pendiente por pagar de préstamos otorgados a Offshore Express en los ejercicios 2003 y 2004, al 2005.

Por otra parte, entre los medios probatorios que presentó IMI en el marco de dicha Respuesta al Requerimiento No. 0822070000322, se encuentra el Estudio de Precios de Transferencia del Ejercicio 2005 (en adelante, el “EPT 2005”). En la página 14 del EPT 2005, se precisa que durante el ejercicio 2005 la Compañía aplicó una tasa de interés de 9.380% sobre el préstamo otorgado a Offshore Express.

Sobre el particular, el EPT 2005 señala que la dicha tasa de interés anual (9.380%) se encontraba dentro del rango intercuartil del promedio de las tasas de intereses comerciales durante el ejercicio 2005, registradas por los principales bancos del sistema financiero nacional. El detalle es el siguiente:

⁵ Sobre ello, IMI refiere que en cuanto al Segundo Contrato de Mutuo entre IMI y Offshore Express, ha provisionado en el ejercicio 2005 el importe de USD 1,078,029.34 que representa los intereses generados por el préstamo de USD 11,371,642.96 otorgado en el 2004. Dichos intereses representarían una tasa anual del 10.549% sobre el capital otorgado.

Mes	Mínimo	Cuartil inferior	Mediana	Cuartil superior	Máximo
Enero	6.69	7.04	8.39	11.42	14.19
Febrero	4.83	7.22	8.16	9.13	14.65
Marzo	5.07	7.45	8.66	10.42	18.01
Abril	3.99	5.95	9.13	10.54	11.52
Mayo	1.26	5.35	7.66	8.84	11.36
Junio	3.65	5.23	8.94	9.82	14.39
Julio	5.16	6.21	7.52	8.6	12.57
Agosto	4.95	6.32	8.88	11.24	19.20
Setiembre	1.33	5.40	7.20	7.87	12.39
Octubre	1.33	5.40	7.20	7.87	12.39
Noviembre	5.00	5.26	5.95	6.36	10.56
Diciembre	5.65	5.74	5.96	8.52	11.08

Tasa cobrada por IMI a Offshore Express	9.380
--	-------

Gráfico 3. Comparación de tasa cobrada por IMI a Offshore Express con rango intercuartil según EPT.

En su Cierre al Requerimiento No. 0822070000322, la SUNAT precisa que “*se emitirá otro requerimiento complementario a fin de determinar la causalidad de dichos préstamos con las actividades económicas del contribuyente*”.

Posteriormente, con fecha 13 de marzo del 2008, la SUNAT notificó a IMI con el Requerimiento No. 0822080000225. En dicho Requerimiento No. 0822080000225, la SUNAT solicitó a IMI que sustente lo siguiente:

“A) Sírvanse sustentar el no haber cobrado y/o provisionado intereses por el préstamo otorgado a Offshore Express Inc. por US\$ 9’175,000 (según contrato de mutuo firmado el 29 de enero del 2003); caso contrario sírvanse rectificar su Declaración Jurada Anual 2005, adicionando a la renta neta gravable los intereses correspondientes, los cuales deberán calcularlos aplicando la tasa del 9.38% anual que utilizaron en el cálculo de intereses con otro préstamo otorgado a la misma compañía Offshore Express Inc. (según contrato de mutuo firmado el 1 de marzo del 2004), teniendo en cuenta que las conclusiones expuestas en el Estudio de Precios de transferencia – Ejercicio Gravable 2005, que ustedes presentaron durante la fiscalización, éste determina que la tasa en referencia se enmarca en las prácticas normales de mercado y el sistema legal respectivo. BASE LEGAL: Art 32° y 32°-A TUO de la Ley del Impuesto a la Renta (DS 179-2004-EF y modificatorias).”

[Énfasis agregado]

Nótese que la SUNAT, en este extremo, cuestiona que durante el ejercicio 2005 el Primer Contrato de Mutuo entre IMI y Offshore Express (USD 9,175,000.00) no haya generado intereses para efectos tributarios, y exige que IMI reconozca dichos intereses – en este caso, intereses fictos pues no se pactaron en la realidad – en su Declaración Jurada Anual del ejercicio 2005.

En su Respuesta al Requerimiento No. 0822080000225, IMI explica – de manera breve y sintética – que la razón por la que no registró ingreso alguno por intereses vinculados al Primer Contrato de Mutuo entre IMI y Offshore Express (USD 9,175,000.00) durante el ejercicio 2005 fue porque en dicho contrato no se pactaron intereses. Agrega, no obstante, que los artículos 32 y 32-A de la LIR no le son aplicables, pues el préstamo se pactó en el ejercicio 2003:

“Como ya hemos señalado en el punto 1.1) de este escrito, indicamos que en el primer préstamo otorgado a la empresa Offshore Express Inc. por US \$ 9’175,000.00 según contrato suscrito con fecha 29/01/2003

en la clausula 2.1 indica que **no hay obligación de pago de intereses** por parte de la empresa Offshore Express Inc.

Por lo tanto no hubo materia imponible a declarar por concepto de intereses del saldo de este préstamo al 31/12/2005, que asciende a \$ US\$2'408,552.91 (S/.8'258,927.93).

La reglamentación del Art. 32-A, recién se da mediante Decreto Legislativo No. 945 para establecer el valor de mercado para las operaciones entre partes vinculadas a partir del 01/01/2004 cuando ya se había suscrito el contrato de préstamo entre IMI del Perú SAC y Offshore Express Inc. el 29 de enero de 2003 con las condiciones correspondientes. Por tanto el Decreto Legislativo No. 945 no debe aplicarse para una operación financiera efectuada con anterioridad a su vigencia.

Para el segundo préstamo que IMI del Perú SAC otorgó a Offshore Express Inc. por el monto de US\$ 11'371 ,642.96 de fecha 01/03/2004 se estableció la tasa de interés de 9.34% por cuanto ya estaba reglamentado el establecimiento del “valor de mercado”, Decreto Legislativo No. 945, vigente el 01/01/2004; por ello fue incluido en el Estudio de Precios de Transferencia del año 2005.

Hasta el 31 de diciembre del año 2005 no había la obligación de contar con Estudio de Precios de Transferencia. En efecto, el nuevo Reglamento Decreto Supremo No. 190-2005-EF en cuanto a las obligaciones formales para los ejercicios 2004 y 2005, en sus disposiciones finales, indica que **“el cumplimiento de las obligaciones formales a las que se refiere el inciso g) del artículo 32-A (de la Ley del IR), sólo serán exigibles a partir de la entrada en vigencia del reglamento”**, lo cual se produjo el 1 de enero del 2006.

Por tanto la SUNAT para la operación de préstamo que se ha dado en el año 2003, y en donde no se ha establecido tasa de interés, debemos entender que IMI del Perú SAC como contribuyente ha actuado de acuerdo con la ley (de buena fe), está en posición de demostrar que no generó un menor pago del Impuesto a la Renta.”

[Énfasis agregado]

La SUNAT, por su parte, discute lo señalado por IMI en este extremo. En el Anexo No. 1 al Cierre del Requerimiento No. 0822080000225, la SUNAT precisa que *“si bien el Contrato de Mutuo fue firmado en una fecha anterior a la disposición normativa que especifica el cálculo de intereses para los casos generados entre entidades vinculadas, la aplicación de la misma es de observancia obligatoria a partir de su entrada en vigencia, no pudiendo ser desautorizada por un convenio privado entre las partes, en tanto las leyes únicamente pueden no aplicarse o dejarse de aplicar por mandato expreso de otra ley”*.

La Administración Tributaria concluye lo siguiente:

“Por lo tanto, se determina que el contribuyente debió haber calculado intereses en el préstamo otorgado el 29.ene.2003 [sic] a Offshore Express Inc. (entidad vinculada), respecto del saldo que mantenía al 01.ene.2005, ascendente a US\$2'408,553 (S/8'258'927.93), y sobre los cuales se calcularán los intereses según se detalla en el Anexo No. 2 al presente cierre.”

El Anexo No. 2 del Cierre del Requerimiento No. 0822080000225 establece, efectivamente, la forma de aplicación de la SUNAT en cuanto a los intereses que se le imputan a IMI, durante el ejercicio 2005, por el préstamo otorgado a Offshore Express Inc. en el ejercicio 2003. El detalle es el siguiente:

Importe total del préstamo	USD	9,175,000.00
Saldo del préstamo al 31.12.05	S/	8,263,745.00
Tasa de interés (*)		9.38%
Intereses ejercicio 2005	S/	775,139.28
Intereses cobrados 2005	S/	-
Ingresos por intereses omitidos	S/	775,139.28
Nota		
<p>(*) Se aplica la tasa utilizada para el ejercicio fiscal 2005 con otro préstamo otorgado por el contribuyente, en concordancia con el Estudio de Precios de Transferencia del Ejercicio Gravable 2005, presentado por el mismo y teniendo en cuenta los puntos de referencia entre el préstamo en cuestión con el préstamo del cual se toma la tasa, que permiten efectuar la comparabilidad según se detalla:</p> <ul style="list-style-type: none"> - El deudor es el mismo en ambos préstamos: Offshore Express Inc. - El fin del préstamo es el mismo en ambos casos: Desarrollo de project. - La entrega del dinero se hace en igual modalidad en ambos préstamos: Efectivo, por remesas hasta completar el total pactado, con límite de plazo para ello. - La devolución del dinero se hace en similar modalidad para ambos préstamos: Efectivo, por remesas hasta completar el total recibido, con límite de plazo en años para devolverlo. <p>BASE LEGAL: Art. 32 y 32-A TUO de la Ley del Impuesto a la Renta.</p> <p>Gráfico 4. Aplicación de la tasa de interés al saldo del préstamo al cierre del ejercicio 2005, efectuado por la SUNAT.</p>		

Es en ese contexto que la SUNAT determina una omisión por ingresos por intereses fictos no declarados por el Contribuyente en el ejercicio 2005. La explicación es la siguiente: al ser una operación entre partes vinculadas, la misma debe encontrarse a “valor de mercado” según las normas de valorización y precios de transferencia de la LIR. En ese sentido, la SUNAT aplicó la tasa del 9.38% – aplicada para el Segundo Contrato de Mutuo entre IMI y Offshore Express y que, según su propio Estudio de Precios de Transferencia, estaría a valor de mercado – sobre el saldo del Primer Contrato de Mutuo entre IMI y Offshore Express al cierre del ejercicio 2005 (S/ 8,263,745.00). El resultado, de S/ 775,139.28, es el ingreso por intereses fictos que no habría incluido IMI en su Declaración Jurada Anual del Impuesto a la Renta de Tercera Categoría.

En consecuencia, la SUNAT emite la Resolución de Determinación No. 082-003-0002399, en la cual establece la “Omisión de ingresos por intereses no efectuados en préstamos concedidos”. El detalle es el siguiente:

MAS: REPAROS SEGUN FISCALIZACION

Reparo 1	: OMISION DE INGRESOS POR INTERESES NO EFECTUADOS EN PRESTAMOS CONCEDIDOS(Detalle en Anexo N° 04)	775,139
Reparo 2	EXCESO DE GASTO POR CONCEPTO DE POLIZA DE SEGURO DE EMBARCACIONES (Detalle en Anexo N° 04)	3,567,784
Reparo 3	DEPRECIACIÓN NO ACEPTADA TRIBUTARIAMENTE(Detalle en Anexo N° 04)	1,721
Reparo 4	GASTOS NO ACEPTADOS TRIBUTARIAMENTE: (Detalle en Anexo N° 04)	22,157
TOTAL REPAROS SEGUN FISCALIZACION		4,366,801
RENTA NETA IMPONIBLE (O PERDIDA) ANTES DEDUC. INVERS. SECTOR AGR. Y/O AMAZ.		27,364,750
INVERSION SECTOR AGRARIO Y/O AMAZONIA		0
RENTA NETA IMPONIBLE (O PERDIDA) ANTES DE PARTICIP. E IMPUESTO		27,364,750
RENTA NETA IMPONIBLE DETERMINADO.		27,364,750
IMPUESTO A LA RENTA TOTAL	30%	8,209,425

Por otra parte, la SUNAT también emitió la Resolución de Multa No. 082-002-0002582, por el monto de S/ 655,012.00, vinculadas a las presuntas omisiones detectadas en el procedimiento de fiscalización del Impuesto a la Renta de la Tercera Categoría del 2005 de IMI, el cual concluyó con la emisión de los referidos valores.

Etapa de reclamación

Con fecha 5 de febrero del 2009, IMI interpuso el Recurso de Reclamación contra la Resolución de Determinación No. 082-003-0002399 y la Resolución de Multa No. 082-002-0002582.

En el extremo particular de los ingresos por intereses omitidos por el Primer Contrato de Mutuo entre IMI y Offshore Express, celebrado en el ejercicio 2003 y sobre el cual se aplicó la tasa de interés de 9.38% al saldo pendiente de pago al cierre del ejercicio 2005, IMI señaló que *“según contrato suscrito con fecha 29/01/2003 en la cláusula 2.1 [se] indica que no hay obligación de pago de intereses por parte de la empresa Offshore Express Inc, no existiendo norma legal alguna que nos obligue a fijar dichos intereses a los cuales se alude”*.

El argumento principal de IMI en su Recurso de Reclamación es que la reglamentación del artículo 32-A de la LIR recién se da mediante el Decreto Legislativo No. 945 para establecer el valor de mercado entre partes vinculadas, por lo que el mismo no debe aplicarse para una operación financiera efectuada en el ejercicio 2003.

Por su parte, con fecha 29 de abril del 2010, la Intendencia Regional de Piura de la SUNAT emitió la Resolución de Intendencia No. 085-014-0001380, la cual declaró **INFUNDADA** la reclamación interpuesta por IMI.

Sobre el extremo del reparo por ingresos omitidos por intereses sobre el préstamo a Offshore Inc, celebrado en el ejercicio 2003, la SUNAT precisa que la determinación efectuada en etapa de fiscalización por parte de la SUNAT corresponde al ejercicio 2005, toda vez que dicho contrato continuaba surtiendo efectos en dicho ejercicio.

En estricto, la SUNAT refiere a que en el ordenamiento jurídico peruano se ha adoptado el **principio de aplicación inmediata de las normas**, *“de acuerdo con el cual las normas son aplicables a los hechos, relaciones y situaciones que ocurren mientras tienen vigencia”*. La Administración agrega que *“de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico y el principio de aplicación inmediata de las normas, el procedimiento de determinación del valor de mercado sobre servicios financieros*

efectuados debe aplicarse a los hechos ocurridos, así como a las consecuencias de hechos anteriores que se producen a partir de la vigencia de la norma que dispuso tal aplicación de valor de mercado”.

Finalmente, la SUNAT confirma el reparo en este extremo en el siguiente sentido:

“Que, como se puede advertir de lo expuesto precedentemente, el préstamo otorgado por la recurrente a la empresa Offshore se efectuó por contrato suscrito el 29.01.2003, hecho que se dio con una normatividad que posteriormente fue modificada (por el Decreto Legislativo No. 945 publicado el 23.12.2003 y vigente a partir del 01.01.2004).

Que, en tal sentido, de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico y el principio aplicación inmediata de las normas, el procedimiento de determinación del valor de mercado sobre servicios financieros efectuados debe aplicarse a los hechos ocurridos, así como a las **consecuencias de hechos anteriores que se producen a partir de la vigencia** de la norma que dispuso tal aplicación de valor de mercado;

Que, en consecuencia, en tanto la modificación introducida por el Decreto Legislativo No. 945, vigente desde el 01 de enero de 2004, resulta aplicable a la determinación del valor de mercado por transacciones (servicio financiero) entre empresas o partes vinculadas (que no es materia de impugnación) por el saldo de la deuda existente al 01 de enero de 2005 y que se mantiene al 31 de diciembre del mismo año, procede a mantener el reparo en cuestión;”

En síntesis, entonces, tenemos que en etapa de reclamación IMI argumentó que, en tanto es recién a partir del 1 de enero del 2004 se reguló en la LIR el artículo 32-A el cual contenía los métodos de precios de transferencia para determinar el valor de mercado en las transacciones entre partes vinculadas (mediante el Decreto Legislativo No. 945). En ese sentido, no resulta aplicable dicha normativa a un préstamo celebrado previamente – en el ejercicio 2003.

La SUNAT, por su parte, argumenta que si bien es cierto que la regulación de las normas de precios de transferencia en la LIR recién se da con el Decreto Legislativo No. 945 – esto es, a partir del ejercicio 2004 –, el préstamo otorgado por IMI a Offshore Express en el ejercicio 2005 siguió surtiendo efectos durante el ejercicio 2005. Por ende, en tanto al ejercicio 2005 ya se encontraba vigente la normativa que exigía que las transacciones entre partes vinculadas se encuentren a valor de mercado, es correcto que la SUNAT ajuste el valor de dicho mutuo.

Etapa de apelación

Con fecha 28 de mayo del 2010, IMI interpuso el Recurso de Apelación contra la Resolución de Intendencia No. 085-014-0001380 la cual declaró infundado el Recurso de Reclamación interpuesto contra los valores emitidos por la SUNAT por el Impuesto a la Renta de Tercera Categoría del ejercicio 2005, los cuales incluyeron el reparo por ingresos omitidos por intereses sobre el préstamo otorgado por Offshore Express Inc, en el ejercicio 2003, durante el ejercicio 2005.

En dicho escrito de apelación, IMI reitera que no era posible aplicar las normas de precios de transferencia – previstas en el artículo 32-A de la LIR – a una operación celebrada en el ejercicio 2003, toda vez que las mismas recién fueron incorporadas en la LIR a partir del 1 de enero del 2004.

En su escrito de apelación, sin embargo, IMI agrega que, en cualquier caso, la metodología utilizada por la SUNAT para determinar el valor de mercado de los intereses sobre el préstamo gratuito es equívoca. Al respecto, señala que la SUNAT, al utilizar la tasa de interés del 9.38% como referencia del “valor de mercado” (pues fue la pactada con Offshore Express Inc en el Segundo Contrato de Mutuo), contraviene el artículo 32- de la LIR, *“ya que como lo establece el inciso d) de dicha norma, la transacción llevada a cabo con una parte vinculada (préstamo a vinculada del exterior) debe ser*

sometida a un análisis de comparabilidad con otras transacciones realizadas entre partes independientes, en condiciones similares o iguales". Por ende, considera que es erróneo tomar como operación comparable otra, igual o similar, llevada a cabo con la misma parte vinculada.

IMI agrega que, en realidad, la SUNAT debió utilizar como tasas comparables para determinar el "valor de mercado" de su operación con Offshore Express Inc. "*las tasas pasivas de mercado para depósitos en dólares y a más de 360 días de plazo, vigentes durante el ejercicio 2005*".

Finalmente, IMI alega en su escrito de apelación que en tanto las normas reglamentarias del artículo 32-A de la LIR (esto es, las normas relativas a la aplicación de dicho artículo en el Reglamento de la LIR) recién fueron aprobadas por el Decreto Supremo No. 190-2005-EF. Dichas normas reglamentarias, que precisan la forma de cuantificación de los ajustes de valor de mercado, recién entró en vigencia a partir del 1 de enero del 2006, por lo que no correspondía realizar dichos ajustes durante el ejercicio 2005.

Por otra parte, con fecha 22 de julio del 2013, IMI interpuso un escrito ampliatorio a su Recurso de Apelación, desarrollando mayores argumentos en contra del reparo efectuado por la omisión a los ingresos por intereses generados durante el ejercicio 2005 por el préstamo otorgado por IMI a Offshore Express Inc. en el ejercicio 2003.

En dicho escrito, IMI refiere – en cuanto a los elementos sustanciales de la controversia⁶ – al ejercicio 2005 la LIR no contemplaba la existencia de "rentas imputadas" para las rentas de fuente extranjera, como lo constituyen las colocaciones de capital en el exterior realizadas por empresas peruanas. En efecto, IMI refiere que las únicas rentas de fuente extranjera contempladas en la LIR son las "rentas reales" [sic]. Ello se desprendería de los artículos 51, 51-A y 57 de la LIR. El artículo 51 precisa que es posible compensar los resultados de las rentas de fuente extranjera y si de dichas operaciones resultara una renta neta, la misma se sumará a la renta neta de fuente peruana – lo que, según el escrito ampliatorio de IMI, implica que no es posible imputar rentas fictas a las rentas de fuente extranjera, pues estas últimas únicamente son aquellas que "*sean arrojados*" por una fuente productora. Por otra parte, agrega que el artículo 51-A permite la deducción de gastos de la renta neta de fuente extranjera cuando los gastos hayan sido necesarios para producirla y mantener su fuente – lo cual es posible, únicamente, en el caso de rentas reales y no así en el caso de rentas imputadas. Finalmente, el artículo 57 establece que el criterio temporal para la imputación de las rentas de fuente extranjera que no provengan de un negocio o empresa en el exterior se imputarán al ejercicio gravable en que se perciban – lo cual no es posible para las rentas fictas, las cuales nunca son puestas a disposición del contribuyente que las genera⁷.

⁶ Nos referimos a ellos pues es justamente la materia que pretendemos dilucidar en el presente estudio (la aplicación de normas de precios de transferencia a servicios de financiamiento gratuitos), y no así a la eventual nulidad de los valores que argumenta IMI en su escrito ampliatorio por vulnerar el procedimiento legalmente establecido para la fiscalización.

⁷ En cuanto al argumento de IMI que no es posible imputar "rentas fictas" a las "rentas de fuente extranjera" pues aquellas únicamente son "rentas reales", el mismo no se desarrolla exhaustivamente en el presente Informe, debido a que preferimos enfocarnos a un análisis desde las teorías de renta y el derecho constitucional de la controversia (la posibilidad de imputar rentas fictas ante servicios gratuitos a pesar de que la LIR vigente no haya sido explícita en ese sentido), sin adentrarnos en las consecuencias que tienen los diferentes criterios jurisdiccionales en nuestra norma. No obstante, precisamos que el argumento de IMI no es razonable, pues: i) que los artículos 51 y 51-A de la LIR establezcan que estamos ante rentas de fuente extranjera generadas por "fuentes productoras" no es suficiente para negar la posibilidad de imputar rentas fictas, máxime cuando el artículo 37 de la LIR (que regula los gastos para las rentas de tercera categoría) utiliza el mismo lenguaje respecto de las "rentas de fuente peruana" (sobre las cuales sí existe la posibilidad de imputar rentas fictas), y ii) que el artículo 57 de la LIR establezca que las rentas de fuente extranjera no empresariales se imputen cuando se "perciban" únicamente regula el aspecto temporal del hecho imponible, lo que no enerva que la renta ficta – mediante una ficción – pueda imputar un criterio temporal propio (p. ej., que los intereses se generaren mes a mes desde el desembolso del capital, a pesar

Así, argumenta IMI, no habría norma que habilite la imputación de una renta ficta en el caso de rentas de fuente extranjera, por lo que – al no existir renta alguna – no corresponde imputar intereses a IMI por el préstamo otorgado a Offshore Express Inc.

Con fecha 5 de marzo del 2019, el Tribunal Fiscal resolvió el caso en cuestión mediante su Resolución No. 02112-5-2019 [Ver **Anexo C**]. En dicha Resolución, el Tribunal reconoce que al ejercicio 2005⁸, el artículo 26 de la LIR⁹ establecía la imputación de un interés presunto a los préstamos gratuitos.

Por su parte, el Tribunal también se refiere a la redacción del artículo 32 de la LIR vigente al ejercicio 2005, la cual permitía que la SUNAT ajuste a valor de mercado las transacciones entre partes vinculadas tales como “las ventas, aportes de bienes y demás transferencias de propiedad a cualquier título, así como prestación de servicios y cualquier otro tipo de transacción”-

En la RTF No. 02112-5-2019, el Tribunal se detiene aquí para reconocer que el artículo 32 fue modificado, a partir del ejercicio 2006, por la Ley No. 28655. Exponemos aquí la diferencia crucial entre la redacción del artículo 32 de la LIR vigente al 2005 y al 2006, respectivamente:

Artículo 32 de la LIR antes de su modificación por la Ley No. 28655	Artículo 32 de la LIR después de su modificación por la Ley No. 28655
<p>En los casos de ventas, <u>aportes de bienes y demás transferencias de propiedad a cualquier título, así como prestación de servicios y cualquier otro tipo de transacción.</u> el valor asignado a los bienes, servicios y demás prestaciones, para efectos del Impuesto, será el de mercado. Si el valor asignado difiere del de mercado, sea por sobrevaluación o subvaluación, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT procederá a ajustarlo tanto para el adquirente como para el transferente.</p>	<p>En los casos de ventas, <u>aportes de bienes y demás transferencias de propiedad, de prestación de servicios y cualquier otro tipo de transacción a cualquier título.</u> el valor asignado a los bienes, servicios y demás prestaciones, para efectos del Impuesto, será el de mercado. Si el valor asignado difiere al de mercado, sea por sobrevaluación o subvaluación, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT procederá a ajustarlo tanto para el adquirente como para el transferente.</p>

Resalta en el cambio normativo, conforme lo reconoce el Tribunal, que el artículo 32 de la LIR vigente al ejercicio 2005 señalaba que los ajustes de valor de la SUNAT aplicaban para:

1. Los aportes de bienes y demás transferencias de propiedad a cualquier título, y;
2. A la prestación de servicios y cualquier otro tipo de transacción.

Por otra parte, una vez modificado el artículo 32 de la LIR por la Ley No. 28655, vigente a partir del ejercicio 2006, la lectura – según el Tribunal Fiscal – sería que los ajustes de valor de la SUNAT aplicaban para:

de que en estricto no se “perciban”). Finalmente, agregamos que no existe razón técnico constitucional – a nuestro criterio – para que los ingresos que califiquen como rentas de fuente extranjera no estén sujetas a las normas valorativas de la LIR.

⁸ El Tribunal, aquí, se refiere al texto de la LIR según el Decreto Supremo No. 054-99-EF, modificado por el Decreto Legislativo No. 945, vigente hasta el cierre del ejercicio 2004. La redacción del artículo 26 en dicha norma es idéntica a la redacción del artículo 26 vigente al ejercicio 2005, contenida en la LIR actual (Decreto Supremo 179-2004-EF).

⁹ Corresponde precisar, en este extremo, que en etapa de fiscalización y reclamación la SUNAT no referenció el artículo 26 de la LIR como base normativa que sustente el reparo efectuado por la omisión de los ingresos por intereses.

1. Los aportes de bienes y demás transferencias de propiedad a cualquier título, y;
2. A la prestación de servicios y cualquier otro tipo de transacción **a cualquier título.**

En este extremo de su Resolución, el Tribunal refiere que la Ley No. 28655, la cual modificó el artículo 32 de la LIR en los términos explícitos, no puede ser entendida como una norma meramente interpretativa (i.e. fijando una interpretación auténtica a las interpretaciones posibles que existen respecto de la norma “clarificada”), sino que – por el contrario – es una norma modificatoria, pues “*la Ley No. 28655, más que tener carácter de aclaración, añade una regla del valor de mercado en los casos de prestación de servicios y cualquier tipo de transacción a título gratuito, por lo que dicha norma no ostenta la calidad de norma interpretativa sino de modificación*”.

El Tribunal concluye, en consecuencia, que al ejercicio 2005 no existía una regla de valor de mercado que fuese aplicable a los servicios a título gratuito, pues al no indicarse la expresión “a cualquier título” solamente se podría entender aplicable a operaciones a título oneroso.

Esto último se desprende, a criterio del Tribunal, de la Exposición de Motivos de la Ley No. 28655. En dicha Exposición de Motivos, el legislador expresó el siguiente sustento para modificar el artículo 32 de la LIR:

“De la redacción del primer párrafo del artículo 32 de la LIR fluye que actualmente se ajusten a valor de mercado las transacciones de bienes a cualquier título (oneroso o gratuito) así como las prestaciones de servicios. Sin embargo, en este último caso teniendo en cuenta que la norma no ha indicado que el ajuste se efectúa cuando el servicio se hubiese prestado a cualquier título, se puede llegar a concluir que sólo se ajusta cuando ha sido prestado a título oneroso.

Tal conclusión conlleva a los siguientes problemas: (i) No existe una diferencia sustancial entre un servicio prestado a título gratuito y otro por el que se cobra un importe simbólico; no obstante, de acuerdo con la normatividad vigente, sólo podría ajustarse el último; y, (ii) No existe razón técnica que sustente el tratamiento diferenciado entre la transferencia de un bien y la prestación de un servicio, ambos realizados a título gratuito.

[...]

Por las razones expuestas, se propone:

- (i) Establecer la obligación de ajustar a valor de mercado la prestación de servicios aun cuando se hubiese efectuado a título gratuito [...].”

Por estas razones, el Tribunal concluye en su Resolución No. 02112-5-2019 que, al ejercicio 2005, la regla del valor de mercado prevista en el artículo 32 de la LIR era aplicable únicamente para los servicios a título oneroso, y no así al servicio de financiamiento a título gratuito como el pactado por IMI con Offshore Express Inc en el ejercicio 2003. En consecuencia, el Tribunal Fiscal dispone levantar el reparo de la SUNAT y revocar la resolución apelada en el extremo de la omisión por ingresos por intereses.

Es importante mencionar que en la Resolución No. 02112-5-2019, la vocal Márquez Pacheco emite un voto singular, según el cual difiere del sustento jurídico por el cual el Tribunal levanta el reparo de la SUNAT. En efecto, la vocal Márquez Pacheco refiere a que al ejercicio 2005 el artículo 26 de la LIR precisaba que “todo préstamo en dinero, cualquiera que sea su denominación, naturaleza o forma o razón, devenga un interés”. En ese sentido, la vocal considera que el artículo 26 contiene una presunción

de intereses sobre todos los préstamos otorgados, y que dicho artículo, en su párrafo final, se remite al artículo 32, numeral 4 de la LIR para efectos valorativos.

El voto singular de la vocal Márquez Pacheco, no obstante, dispone levantar el reparo de la SUNAT en este extremo pues la aplicación automática al préstamo de IMI de la tasa de interés utilizada en otro préstamo con el mismo deudor no refleja una correcta aplicación de las normas de precios de transferencia, conforme lo exige el numeral 4 del artículo 32 de la LIR.

Queremos distinguir, en este punto, las razones por las que el Tribunal Fiscal y la vocal Márquez Pacheco optan por levantar el reparo efectuado por la SUNAT:

- El Tribunal Fiscal considera que, al ejercicio 2005, en tanto el artículo 32 no establecía su aplicación para servicios “a cualquier título”, solamente era posible valorar los servicios a título oneroso, por lo que la SUNAT no se encontraba habilitada para valorar un préstamo (servicio de financiamiento) gratuito entre partes vinculadas.
- La vocal Márquez Pacheco considera que la SUNAT estaba habilitada para valorar los préstamos a cualquier título, toda vez que el artículo 26 de la LIR precisa que se presume que todo préstamo devenga un interés, y que dicha valoración – por remisión del mismo artículo 26 – debe realizarse según el numeral 4 del artículo 32 de la LIR. En este caso, la SUNAT no habría aplicado correctamente dicho numeral.

Con fecha 2 de mayo del 2019, IMI interpuso una solicitud de aclaración en cuanto a la Resolución del Tribunal Fiscal No. 02112-5-2019, pues exige entender si el Tribunal Fiscal se estaría pronunciado sobre la interpretación aplicable al artículo 32 de la LIR a partir del ejercicio 2006 (el cual no fue materia de controversia). El Tribunal, mediante su Resolución No. 04531-5-2019, responde con que las referencias a la norma a partir del ejercicio 2006 se realizaron meramente con una finalidad explicativa.

Habiendo sintetizado los hechos que dan ocasión al expediente materia de análisis, pasamos a discutir y argumentar en cuanto a los principales problemas jurídicos que reconocemos en esta controversia.

3. Principales problemas jurídicos del expediente

Atendiendo a los hechos aquí expuestos, hemos extraído tres (3) principales problemas jurídicos sobre los cuales quisiéramos realizar un análisis exhaustivo y brindar nuestras conclusiones. Dichos problemas son: i) el Estado Constitucional de Derecho y la constitucionalización del tributo, ii) teorías de renta – bases teóricas y alcances en nuestra legislación, y iii) la posibilidad de aplicar una renta ficta a los préstamos gratuitos entre partes vinculadas al ejercicio 2005.

Analizamos en este extremo si es que, durante el ejercicio 2005, era posible aplicar las reglas de valoración contenidas en el artículo 32 de la LIR a los servicios de financiamiento gratuito entre partes vinculadas. En ese sentido, buscamos determinar si es que, conforme alega el Tribunal Fiscal en su Resolución No. 02112-5-2019, no existía en el ordenamiento tributario peruano la habilitación para que la SUNAT determine el “valor de mercado” de servicios prestados a título gratuito entre partes vinculadas.

3.1 El Estado Constitucional de Derecho y la constitucionalización del tributo

Antes de adentrarnos en el concepto de “renta”, sus bases teóricas y sus alcances en nuestra legislación, es imprescindible reconocer la evolución del Estado de Derecho al denominado Estado Constitucional

de Derecho. En efecto, cierta doctrina – en particular, García Belsunce – considera que para entender qué se debe considerar “renta” para aplicar un impuesto basta referirnos a la lo que señale el legislador, dejando a su total criterio el alcance del concepto.

Ello debe ser matizado ante la constitucionalización del derecho y, en particular, del derecho tributario: el ordenamiento no debe ser entendido como una mera manifestación de voluntades del legislador respecto de qué, cómo y cuándo gravar las rentas de los contribuyentes, sino que – en la modernidad – las normas deben optimizar los principios constitucionales que recoge la Carta Magna.

3.1.1 El Estado de Derecho

En efecto, podemos reconocer que, en respuesta al concepto de un Estado absolutista, con concentración de poderes y restricciones a las libertades personales, se desarrolla el denominado Estado de Derecho. ¿Cuál es la evolución histórica de este concepto y cómo se desarrolla? Nos adherimos a lo explicado por García Toma, quien señala que las etapas de la evolución del Estado de Derecho son las siguientes:

a) Primera etapa: concepción imperial romana

En este caso, para García Toma, se instauró un Estado materializado en el emperador en el Imperio Romano, donde la concepción del derecho era inexorable de la figura del líder supremo. En estricto, la voluntad del emperador sería la máxima ley¹⁰.

La expresión más nítida de esta concepción del ordenamiento jurídico la brinda Justiniano I (527 a 565 d.C.), quien señalaría que “*Dios había subordinado a las leyes al emperador, porque Él lo había enviado a los hombres como ley viva*” (García Toma, 2010, pág. 160).

b) Segunda etapa: concepción cristiana

Posteriormente surge, con lo planteado por diversos teólogos (San Agustín de Hipona, San Isidoro de Sevilla y Santo Tomás de Aquino, entre otros), una vinculación del poder estatal a la legitimación proveniente de la ley natural – una especie de delegación suprahumana, proveniente de Dios (García Toma, 2010, pág. 161).

c) Tercera etapa: constitucionalismo moderno

Finalmente, a fines del siglo XVII se empiezan a desarrollar una triada de conceptos que resultarán fundamentales para el Estado en su concepción moderna: la seguridad, libertad e igualdad.

En efecto, durante la tensión entre los gobiernos monárquicos y/o absolutistas, es posible destacar la Constitución de los Estados Unidos del 5 de marzo de 1789 y la Constitución francesa de 1791, donde el Estado proviene de una tensión por limitar su poder ante la irrupción arbitraria sobre las libertades de las personas. (García Toma, 2010, pág. 162).

Al respecto, entre las características propias de esta concepción del Estado de Derecho, el autor menciona las siguientes (García Toma, 2010, pág. 162):

- El Estado y los particulares están sujetos a las leyes dictadas por el parlamento, el cual encarna la soberanía popular (el **principio de legalidad**).

¹⁰ De ahí el axioma *princeps legibus solutus* – “el príncipe no está sujeto a la ley”.

- Existe una jerarquía normativa que ofrece una visión piramidal del ordenamiento jurídico.
- Se desarrolla el principio de publicidad de las normas.
- Las normas tienen una vigencia respecto de hechos o consecuencias jurídicas del futuro [principio de irretroactividad], con una excepción en materia penal.
- El respeto a las normas legales vigentes al momento de la celebración de los contratos [es decir, el principio de seguridad jurídica].
- Los poderes del Estado no actúan de manera arbitraria, y existen mecanismos para recurrir a órganos que corrijan las actuaciones del poder estatal.

3.1.2 El Estado Constitucional de Derecho

No obstante, dicha concepción del Estado de Derecho sufre una evolución posterior durante el siglo XX, con el reconocimiento de la dignidad de la persona humana y de la democracia como valores indubitables de la sociedad. En ese sentido, la segunda mitad del siglo XX exige una Constitución que no represente, como lo podría hacer previamente, una mera declaración de valores sociales o un mecanismo de organización estatal, sino que es imprescindible que devenga en una norma jurídico-política que vincule a tanto el Estado como los individuos (García Toma, 2010, pág. 163).

La Constitución, entonces, surge como la norma jurídica suprema, una auténtica fuente de derecho y delimitadora de cualquier norma infraconstitucional. Es el parámetro a través del cual se determinará la validez de todo el ordenamiento jurídico, y cuyos principios ordenan las interpretaciones posibles de las disposiciones normativas (tómese, por ejemplo, lo señalado por el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el Expediente No. 4053-2017-PHC/TC¹¹).

En ese contexto, véase que la Constitución, en su dimensión normativa, vincula a todo poder público y reconoce los derechos fundamentales de los individuos. Tal es el abarcamiento de nuestra Constitución al resto de normas del ordenamiento, que la preservación de la supremacía constitucional se defiende, inclusive, mediante la inaplicación de normas que sean inconstitucionales (el denominado control difuso) o su expulsión del ordenamiento por parte del Tribunal Constitucional (el denominado control concentrado).

La explicación que ofrece Landa respecto del fenómeno de la constitucionalización del Estado de Derecho resulta, en este extremo, indispensable. Para Landa, la Constitución no es más una fuente que explica cómo se producen las normas jurídicas, sino que es la norma jurídica suprema en sí misma, con un mandato de optimización a lo largo de todo el ordenamiento jurídico (tanto público como privado) (2013, págs. 14-15).

De ello se desprende que la Constitución, cumpliendo igualmente un rol organizador del aparato estatal y una legitimación de los poderes que lo conforman, existe con omnipresencia en el ordenamiento; las normas son analizadas a la luz de los preceptos constitucionales, esto es, la Constitución será el texto interpretativo por excelencia (Landa, 2013, pág. 15).

3.1.3 La constitucionalización del derecho tributario

¹¹ “*El Estado Constitucional de Derecho supone, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una Norma Jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto.*”

¿Qué significa ello, sin embargo, para el derecho tributario y, en particular, el concepto del “tributo”? Para ello es indispensable mencionar que, a pesar de que el desarrollo del constitucionalismo moderno y su irrupción en los ordenamientos jurídicos es un fenómeno global, los principios rectores de cada sociedad dependerán de sus valores, su cultura, su historia y, en fin, sus características propias. Países como Alemania o Francia, por ejemplo, conciben al Estado como una necesidad – en sus términos hobbesianos – mientras que países con una tradición orientada al *common law* no contemplan la tributación (pues no contemplan, tampoco, el fenómeno estatal) como un devenir natural.

Nos explicamos con un ejemplo: en países latinoamericanos o europeos, es común pensar en el concepto de tributación bajo una óptica constitucional que exige el cumplimiento de los principios de la “capacidad contributiva” o “no confiscatoriedad”. En palabras de García Añoveros, es tal la prevalencia de tales principios en los ordenamientos tributarios, que “*no cabe un análisis jurídico del sistema tributario sin tenerlos presentes de una manera continuadamente operativa*” (2000, pág. 48).

Para algunos autores, la capacidad contributiva implica la titularidad de un patrimonio o renta del individuo que le ofrezcan la aptitud – tanto en cantidad como en calidad – para hacer frente al pago del tributo. En ese sentido, ciertos autores consideran que el principio de no confiscatoriedad está incluido en la capacidad contributiva, el cual sería su límite máximo, pues exige que la imposición del tributo no suponga la liquidación parcial o total del patrimonio del contribuyente (De la Casa, 2012, pág. 168).

Sobre la prevalencia de estos conceptos en los ordenamientos tributarios latinoamericanos o europeos, Schön explica lo siguiente (2018, pág. 4):

“Hoy en día, muchas constituciones – en particular en algunos países europeos y en Latinoamérica – exigen explícitamente que la legislación tributaria esté en línea con el principio de que el gravamen debe estar relacionado con el principio de la capacidad contributiva del contribuyente, transformando la fórmula de Adam Smith para una legislación tributaria práctica en una norma concreta.”

De ello se desprende que, en el caso de los ordenamientos latinoamericanos, Schön refiera que estamos ante una protección del poder estatal manifestado como gravamen en cuanto a su contenido. Ello quiere decir que la Constitución, como norma suprema del ordenamiento, busca sujetar la tributación a principios sustanciales, que exigen que, por ejemplo, se cumpla con el principio de capacidad contributiva.

Esto último contrasta firmemente con lo que el autor entiende ocurre en países como el Reino Unido o los Estados Unidos, donde la protección de los individuos respecto del gravamen está concentrada más bien en su consentimiento (Schön, 2018, págs. 4-7):

“Mientras que el primer concepto [protección en cuanto al contenido] refiere a principios materiales de la tributación que deben defender al contribuyente ante una tributación excesiva o inequitativa, el segundo concepto [protección en cuanto al consentimiento] se centra en la dimensión voluntaria de la tributación.

Países como el Reino Unido y los Estados Unidos enfatizan este concepto, concibiendo a los órganos representativos como el Parlamento y el Congreso como defensores de los derechos de los contribuyentes contra el gravamen propuesto por el Poder Ejecutivo.

[...]

Tanto desde una perspectiva histórica y comparativa, el punto de partida en cualquier debate respecto de la tributación en estos países es la máxima de “No hay tributación sin representación” [*No taxation without representation*]. Este famoso grito de guerra que proviene de la Guerra de la Independencia americana

contra la opresión británica nos viene a la mente cuando pensamos en la relación entre la democracia y la tributación. La tributación, siendo la más prominente y extensiva intrusión del poder estatal en la esfera del individuo, deberá ser legitimada por el consentimiento del pueblo. Para decirlo de otra forma: el carácter obligatorio del tributo será mitigado por la dimensión voluntaria de la representación (parlamentaria).”

Con ello queremos enfatizar que el fenómeno de la constitucionalización del tributo no es unívoco, y que su relación con los principios democráticos de cada sociedad manifestará, de alguna forma u otra, características propias de los valores histórico-culturales de la sociedad misma.

La función del tributo en el Estado Constitucional no puede ser soslayada. Por un lado, la actuación estatal exige recursos económicos que serán obtenidos de diversas fuentes, entre ellas los tributos, que permitirán el cumplimiento pleno del ejercicio del Estado. Sin embargo, los tributos también cumplen una función redistributiva, pues el gasto público redistribuye – aunque sea de manera residual – la riqueza en la sociedad. Esto último se vincula con el concepto de dignidad de la persona humana como piedra angular de nuestra Constitución, prevista en el artículo 1, cuyo respeto se determina como el fin de la sociedad y el Estado (Landa, 2013, pág. 93).

Ahora bien, conforme hemos señalado previamente, la Constitución en su dimensión normativa contempla límites al poder estatal mediante la tributación. En el caso de la Constitución Política del Perú de 1993, nuestra norma suprema recoge en su artículo 74 los principios constitucionales – valga la redundancia – en materia tributaria:

“Artículo 74

Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo.

Los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de éstas, dentro de su jurisdicción, y con los límites que señala la ley. El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener carácter confiscatorio.

[...]

No surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo.”

[Énfasis agregado]

En ese sentido, vemos que el artículo 74 de la Constitución recoge, por lo menos de manera explícita, los siguientes principios que representan límites al poder del Estado ejercido mediante la tributación:

1. El principio de reserva de ley
2. El principio de igualdad en materia tributaria
3. El respeto de los derechos fundamentales de la persona¹²
4. El principio de no confiscatoriedad

3.1.3.1 El principio de reserva de ley en materia tributaria

El artículo 74 de la Constitución recoge una **reserva de ley en materia tributaria**. En los términos de Schön, este mecanismo presenta un límite formal respecto del establecimiento del tributo, toda vez que lo sujeta a una suerte de consentimiento (i.e. la voluntad legislativa, la cual representa(ría) al pueblo). Dicha reserva de ley en materia tributaria se manifiesta en el mandato constitucional para que de manera

¹² Cabe señalar que, como tal, el principio de respeto de los derechos fundamentales es transversal a todo el ordenamiento jurídico.

exclusiva (solamente determinados órganos del Estado ostentarán dicho poder tributario) y excluyente (ningún otro órgano del Estado puede abrogarse dicho poder), mediante una norma con rango de ley (ley o decreto legislativo), se regulen de manera suficiente los principales elementos del tributo (Gamba Valega, 2012, pág. 102).

Ello ha sido desarrollado, a su vez, por el Tribunal Constitucional, el cual ha señalado en su sentencia recaída en el Expediente No. 0042-2004-AI/TC que “[...] en cuanto a la creación del tributo, la reserva de ley puede admitir, excepcionalmente, derivaciones al reglamento, siempre y cuando, los parámetros estén claramente establecidos en la propia Ley o norma con rango de Ley. Para ello, se debe tomar en cuenta que el grado de concreción de sus elementos esenciales será máximo cuando regule los sujetos, el hecho imponible y la alícuota; será menor cuando se trate de otros elementos. En ningún caso, sin embargo, podrá aceptarse la entrega en blanco de facultades al Ejecutivo para regular la materia”.

Véase, sin embargo, que nos encontramos ante una reserva de ley en términos relativos. Nos explicamos: mientras que es cierto que nuestra Constitución ha reservado el poder tributario al eje legislativo del Estado, también reconoce la posibilidad de que el Poder Ejecutivo goce de dicho poder. Puntualmente, esta relativización del principio de ley tiene dos dimensiones: i) el Poder Ejecutivo podrá establecer tributos siempre y cuando exista una delegación por parte del Poder Legislativo, en cuyo caso el tributo se establecería mediante un Decreto Legislativo, y ii) mediante normas de rango infralegal, como los Decretos Supremos, podrán establecerse elementos relativos a los tributos, siempre y cuando no sean sus elementos esenciales.

Así, se cumplirá con la exigencia de una reserva de ley cuando, sea por ley o decreto legislativo, se regulen los elementos esenciales y determinantes para reconocer a un tributo como tal. Los elementos complementarios de dicho tributo pueden estar recogidos en una norma reglamentaria, siempre y cuando no incluyan estos elementos esenciales.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia recaída en el Expediente No. 2762-2002-AA/TC, ha precisado cuáles son los elementos esenciales del tributo que, como mínimo, deberán estar contenidos en una norma con rango legal; i) los hechos imposables, ii) los sujetos pasivos, iii) el objeto y la cantidad de la prestación.

Ahora bien, en referencia al aspecto material u objetivo del hecho gravado, es importante reconocer que este comprenderá alguno de los siguientes conceptos, conforme señala el maestro Ataliba: propiedad mobiliaria, patrimonio, renta, producción, consumo de bienes, prestación de servicios o una actuación pública (2011, pág. 136).

La exigencia de que el elemento material – esto es, qué se grava – esté fijado en una norma con rango legal está adoptada también en nuestro Código Tributario. Así, la Norma IV del Texto Único Ordenado del Código Tributario (aprobado, actualmente, por el Decreto Supremo No. 133-2013-EF) precisa justamente que por Ley o Decreto Legislativo se deben fijar el hecho generador de la obligación tributaria, la base imponible y su alícuota, el acreedor tributario, el deudor tributario y el agente de retención o percepción.

Es relevante aquí referirnos, por ejemplo, a la Resolución del Tribunal Fiscal No. 104-2-99. Al respecto, en dicho caso, mediante el Decreto Legislativo No. 776 se había aprobado el Impuesto a los Juegos para las Máquinas Tragamonedas. Dicha norma, sin embargo, no estableció la alícuota aplicable por dicho Impuesto, siendo que la alícuota recién fue establecida por el Decreto Supremo No. 04-94-ITINCI.

El Tribunal Fiscal, ante ello, resolvió que durante el periodo en que el Decreto Legislativo No. 776 no establecía la alícuota aplicable al Impuesto a los Juegos para las Máquinas Tragamonedas (esto es, entre 1994 y 1997), no era posible determinar dicho impuesto por pagar ni exigir su pago.

3.1.3.2 El principio de igualdad en materia tributaria

Ahora bien, en cuanto al **principio de igualdad en materia tributaria**, el mismo – en palabras del propio Tribunal Constitucional – incluye al principio de capacidad contributiva, el cual se encuentra vinculado al principio de no confiscatoriedad. En efecto, en su sentencia recaída en el Expediente No. 2727-2002-AA/TC, el Tribunal estableció:

“Uno de los principios constitucionales a los cuales está sujeta la potestad tributaria del Estado es el de no confiscatoriedad de los tributos. Este principio informa y limita el ejercicio de la potestad tributaria estatal y, como tal, constituye un mecanismo de defensa de ciertos derechos constitucionales, empezando, desde luego, por el derecho de propiedad, ya que evita que la ley tributaria pueda afectar irrazonable y desproporcionadamente la esfera patrimonial de las personas. Asimismo, se encuentra directamente conectado con el derecho de igualdad en materia tributaria o, lo que es lo mismo, con el principio de capacidad contributiva, según el cual, el reparo de los tributos ha de realizarse de forma tal que se trate igual a los iguales y desigual a los desiguales, donde exista riqueza que pueda ser gravada, lo que evidentemente implica que se tenga en consideración la capacidad personal o patrimonial de los contribuyentes.”

El principio de igualdad en materia tributaria nos enfrenta, indudablemente, al problema de la equidad, la cual debe ser atendida tanto en su dimensión horizontal como en su dimensión vertical. En los términos de Imedio Olmedo et al. (2005, pág. 88):

“En el ámbito de la imposición, el principio de equidad horizontal (EH) exige que individuos iguales sean tratados del mismo modo por el sistema fiscal. Cuando se considera una población homogénea respecto del conjunto de características que, además de la renta, tienen incidencia fiscal, el cumplimiento de dicho principio está garantizado. En ese caso, dos individuos en igual situación, con la misma renta, son tratados del mismo modo por el sistema fiscal al ser el impuesto una función exclusivamente de la renta. En relación al otro principio impositivo clásico, el de equidad vertical (EV), según el cual los desiguales deben ser tratados adecuadamente de forma desigual a fin de que el sistema fiscal tenga un efecto redistributivo (ER), en el supuesto de homogeneidad existe una teoría consolidada que proporciona las condiciones para que el impuesto tenga un efecto redistributivo sobre la distribución inicial de la renta.”

[Énfasis agregado]

Para determinar la igualdad en materia tributaria, debemos referirnos al principio de capacidad contributiva, el cual determinará la capacidad del sujeto tributario para afrontar la carga interpuesta¹³. Algunos autores sugieren, por ejemplo, que el principio de equidad en su dimensión horizontal y vertical proviene directamente del ámbito objetivo del principio de la capacidad contributiva [*Horizontale und vertikale Steuergerechtigkeit*]. Sobre ello, se postula que el legislador, en virtud del principio de la capacidad contributiva objetiva, no puede establecer distinciones en materia tributaria sobre la base de elementos que no representan capacidad contributiva alguna (por ejemplo, aumentar la tasa impositiva por ser católico o tener barba) sino que, por el contrario, es justamente sobre los parámetros de la

¹³ En este extremo, rechazamos equiparar el principio de la capacidad contributiva – capacidad de afrontar el gravamen – con el principio de la capacidad económica – estrictamente la capacidad económica del sujeto, la cual puede estar representada, inclusive, por su consumo.

capacidad contributiva que debe lograr que los contribuyentes de igual capacidad tributen de la misma manera, y que los contribuyentes en desigual capacidad no lo hagan¹⁴ (Caliendo, 2018, pág. 390).

Ahora bien, el principio de capacidad contributiva en su ámbito subjetivo exige, más bien, que la tributación debe tomar en cuenta la situación individual del contribuyente, es decir, se debe adecuar la imputación fiscal a las condiciones personales del contribuyente (Caliendo, 2018, pág. 394). No obstante ello, es indispensable reconocer que en nuestra Constitución no se hace referencia explícita al principio de capacidad contributiva, sino que el mismo se encuentra implícito en la redacción de nuestra norma suprema, pues es justamente a través del principio de la capacidad contributiva que podremos determinar el respeto a los principios de igualdad en materia tributaria (equidad) y no confiscatoriedad.

3.1.3.3 El principio de no confiscatoriedad

En cuanto al **principio de no confiscatoriedad**, nuestro Tribunal Constitucional refiere lo siguiente (Expediente No. 2727-2002-AA/TC):

“[...] el principio precitado es un parámetro de observancia que la Constitución impone a los órganos que ejercen la potestad tributaria al momento de fijar la base imponible y la tasa del impuesto. Éste supone la necesidad de que, al momento de establecerse o crearse un impuesto, con su correspondiente tasa, el órgano con capacidad para ejercer dicha potestad respete exigencias mínimas derivadas de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Como tal, tiene la estructura propia de lo que se denomina un “concepto jurídico indeterminado”. Es decir, su contenido constitucionalmente protegido no puede ser precisado en términos generales y abstractos, sino analizado y observado en cada caso, teniendo en consideración la clase de tributo y las circunstancias concretas de quienes estén obligados a sufragarlo. No obstante, teniendo en cuenta las funciones que cumple en nuestro Estado Democrático de Derecho, es posible afirmar, con carácter general, que se transgrede el principio de no confiscatoriedad de los tributos cada vez que un tributo excede el límite que razonablemente puede admitirse como justificado en un régimen en el que se ha garantizado constitucionalmente el derecho sujeto a la propiedad y, además, ha considerado a ésta institución como uno de los componentes básicos y esenciales de nuestro modelo de Constitución económica.”

La definición del principio de no confiscatoriedad, para el Tribunal Constitucional, está ligada al derecho a la propiedad como derecho fundamental, el cual sería “*uno de los componentes básicos y esenciales de nuestro modelo de Constitución económica*”.

En este extremo, queremos precisar que consideramos que el cumplimiento pleno del principio de equidad y de capacidad contributiva se encuentra ampliamente ligado a la determinación del concepto de “renta”. En efecto, una postura del legislador que excluya, por ejemplo, ciertos ingresos dentro del concepto de “renta” e incluya otros (tómese, por ejemplo, que en un ordenamiento tributario se consideren como renta los ingresos derivados del trabajo personal, pero no así los ingresos provenientes de intereses, préstamos o alquileres) tendrá consecuencias inevitables en que nos encontremos ante un ordenamiento tributario equitativo.

Sin embargo, mientras que el legislador debe armonizar el concepto de “renta” con los principios de equidad y capacidad contributiva, exigiendo que las personas con diferente capacidad de pagar los impuestos deban asumir una carga distinta relativa a ese grado de capacidad (Due, 1970, pág. 80),

¹⁴ Una reflexión interesante en este punto tiene que ver con los tributos con finalidades extrafiscales. En efecto, la finalidad extrafiscal de un tributo presupone que no se está realizando un análisis del principio de la capacidad contributiva en la técnica del impuesto, sino que más bien se están tomando en consideración otros aspectos relativos a la decisión de política pública (las externalidades positivas y negativas, por ejemplo).

concordamos con Hernández Berenguel y Sotelo cuando señalan que los costos asociados a un gravamen equitativo, que capture adecuadamente la capacidad contributiva de los individuos, no pueden quedar soslayados sin tomar en cuenta los beneficios marginales de tales esfuerzos (Hernández Berenguel & Sotelo Castañeda, 2009, pág. 55).

Nos explicamos: la maximización de los principios de equidad y capacidad contributiva se vería realizada en su plenitud si fuese posible gravar todas las variaciones patrimoniales de los contribuyentes. En esta visión utópica, el concepto de “renta” abarcaría cualquier incremento al patrimonio de los sujetos, toda vez que – si es posible asumir esta postura – ello implicaría un incremento a su capacidad contributiva. Sin embargo, consideramos que el instituto del concepto del “tributo” no puede ser mirado desde una visión puramente teórica en cuanto a la denominada justicia fiscal¹⁵, sino que debe ser entendida también desde una perspectiva de eficiencia. A pesar de que la medición virtualmente precisa de las variaciones patrimoniales de todos los contribuyentes maximizaría la equidad tributaria, los recursos incurridos en dicha detección superaría un análisis del costo-beneficio que debe guiar, creemos, las decisiones de política pública.

Ello no quiere decir, en lo absoluto, que la tributación deba ser pensada únicamente desde una perspectiva utilitarista en cuanto a los recursos estatales. El principio de equidad encuentra su respaldo constitucional pues la igualdad en materia tributaria es un valor indispensable para la vida democrática. Negar ello supondría que la única finalidad de los tributos es el financiamiento del actuar del Estado, lo que se traduciría en que los principios de equidad y capacidad contributiva puedan ser ignorados por el legislador al diseñar la política tributaria.

En el caso particular de las variaciones patrimoniales del contribuyente, por ejemplo, el contexto nos obliga a mencionar el libro de Thomas Piketty: “El capital en el siglo veintiuno: las dinámicas de desigualdad de ingresos, patrimonio y crecimiento” [*Capital in the Twenty-First Century: The Dynamics of Inequality, Wealth and Growth*] (2014). Dicha obra ha atraído la atención tanto política como académica a nivel mundial al fenómeno de la tributación y el rol que debe jugar en lidiar con la desigualdad. Y es que, como una suerte de antídoto para el alarmante crecimiento de la desigualdad, algunos autores sugieren que los conceptos gravados por los ordenamientos tributarios – en el caso de nuestro análisis sería el concepto de “renta” – deben ampliarse para incluir las variaciones patrimoniales de los individuos. En su artículo sobre la materia, Perry Fleischer explica con claridad la necesidad de gravar las variaciones patrimoniales con los impuestos sobre la renta para luchar contra la desigualdad (2017, pág. 268):

“En cuanto al sistema de tributación sobre la renta, el tratamiento de las rentas de capital (en contraste con las rentas ordinarias del trabajo u otras fuentes que no representen inversiones) influencia gravemente el nivel sobre el cual los altos patrimonios se ven gravados. Aquí, la exigencia de una realización (que requiere una venta o disposición para gatillar el impuesto), reglas sobre la base (que determinan el precio y costo computable para determinar la existencia de una ganancia) y las tasas tributarias preferenciales (que gravan las rentas del capital en menor grado que otras rentas) juegan un rol esencial.

Simplificando la discusión, la exigencia de una realización presupone que los meros incrementos en el valor del patrimonio no son renta gravable. Supongamos que Alicia compra un valor mobiliario por USD 100 que incrementa su valor a lo largo de un año a USD 450. Teóricamente, Alicia ha mejorado su patrimonio en USD 350, tal como si hubiese recibido USD 350 como salario por su empleador. Un impuesto a la renta puro en la teoría gravaría a Alice por ese incremento patrimonial. Debido a dificultades

¹⁵ Sobre este concepto, resulta importante lo señalado por Caliendo: “*La distribución de riquezas se inserta intuitivamente como una cuestión de justicia, dado que los dos valores fundamentales de la sociedad (igualdad y libertad) claman por el bienestar (dignidad) de todas las personas e individuos. No se puede realizar la justicia si todos los miembros de la sociedad no reciben un tratamiento igualitario por el derecho y por la economía*” (Derecho Tributario y Análisis Económico del Derecho, 2018, pág. 194).

de valuación y liquidez, sin embargo, los sistemas de impuesto a la renta no gravarán a Alice hasta que venda o intercambie su valor mobiliario. Las estimaciones sugieren que para el 10% de mayor patrimonio de la población [Estados Unidos], las variaciones patrimoniales no realizadas representan casi el 40% de los activos de estos contribuyentes.”

La autora agrega que una motivación importante para el gravamen de las variaciones patrimoniales de los contribuyentes tiene que ver con su capacidad contributiva y su relación con la equidad. En efecto, se sugiere que las rentas realizadas de un individuo subestiman su capacidad contributiva y que el incremento patrimonial también debe ser considerado. Un ejemplo de ello es el fundador de Facebook, Mark Zuckerberg, cuyo valor neto se estimaba en USD 37.7 billones al ejercicio 2014, pero cuyos ingresos gravados con el impuesto a la renta en dicho ejercicio, incluyendo su salario de USD 1, ascendieron a, aproximadamente, USD 600,000.00 (Perry Fleischer, 2017, pág. 270).

En suma, tenemos que la Constitución debe ser entendida como norma suprema y absoluta del ordenamiento jurídico, y que las normas tributarias deben respetar los principios consagrados en la Carta Magna. De tal forma, los principios de reserva de ley, igualdad, capacidad contributiva y no confiscatoriedad no solamente guiarán la determinación de la validez de las normas jurídicas, sino que también tendrán una función ordenadora en cuanto a la interpretación que se haga de las disposiciones normativas.

3.2 Las teorías de renta – bases teóricas y alcances en nuestra legislación

En el caso particular que nos enfrenta – esto es, el análisis de la posibilidad de gravamen con el Impuesto a la Renta a los servicios gratuitos de financiamiento entre partes vinculadas al ejercicio 2005 – es indispensable establecer qué entendemos por “renta”.

Para ello, sin embargo, consideramos imprescindible referirnos al texto de la maestra Sevillano, el cual consideramos fundacional para cualquier aproximación al derecho tributario. Al respecto, ella explica que la norma tributaria funciona – con ciertas particularidades – como cualquier otra norma del ordenamiento: contiene un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. Ese supuesto de hecho es el denominado “hipótesis de incidencia”, es decir, aquél supuesto que, al ocurrir, generará el nacimiento de la obligación tributaria (Sevillano, 2016, pág. 153):

Al respecto, las características de la hipótesis de incidencia – es decir, los elementos que permitirán determinar si es que se ha generado el supuesto de hecho que gatilla el nacimiento de la obligación tributaria – son, siguiendo a Sevillano, los siguientes:

a) Aspecto material u objetivo

En este caso, el aspecto material – acaso el más importante – es el hecho, operación económica o actuación estatal que genera la imposición. Para determinar el aspecto material u objetivo, es necesario responder la pregunta: ¿qué está gravado? (Sevillano, 2016, pág. 155).

En el caso del Impuesto a la Renta, por ejemplo, el aspecto material u objetivo se define como la obtención de renta.

b) Aspecto subjetivo

El aspecto subjetivo, por otra parte, determinar quién es el que realiza o respecto de quién se produce el hecho gravado. En palabras de Sevillano, “*su establecimiento por la ley responde a la pregunta: ¿quién está gravado por el tributo?*” (Sevillano, 2016, pág. 157)

c) Aspecto temporal

En cuanto al aspecto temporal, este último busca determinar en qué momento se considera ocurrido el hecho que da origen al tributo. En efecto, véase que el aspecto material por sí solo – para efectos del Impuesto a la Renta – no resulta suficiente para determinar el gravamen, pues mientras que la renta puede ser obtenida, queda pendiente definir en qué momento se considera obtenida aquella.

Por ende, Sevillano explica que este aspecto busca responder a la pregunta de: “¿cuándo se entiende producido el hecho gravado?” (2016, pág. 159).

d) Aspecto espacial

Finalmente, el aspecto espacial de la hipótesis de incidencia determinará en qué lugar deben o se consideran producidos los hechos para generar la obligación tributaria (Sevillano, 2016, pág. 161).

En ese contexto, queremos precisar que, si bien todos los elementos de la hipótesis de incidencia resultan indispensables para determinar el nacimiento de la obligación tributaria, el presente análisis busca enfocarse en los servicios de financiamiento gratuitos en la LIR y, en particular, si los mismos se encontraban dentro del aspecto material previsto en la LIR en el ejercicio 2005 (es decir, si podían considerarse “renta” para efectos del gravamen).

3.2.1 Las teorías de renta; una perspectiva general

Resulta fundacional, en este extremo, entender qué debemos considerar como “renta” para efectos de la aplicación de un impuesto. En efecto, Barbosa (1996, pág. 179) considera que la evolución de la tributación en las sociedades ha seguido cinco fases:

1. La tributación sobre el individuo.
2. La tributación sobre el patrimonio.
3. La tributación sobre el gasto individual.
4. La tributación sobre los productos del capital, y;
5. La tributación sobre la renta.

Vale decir que esta última fase – en la que la tributación se concibe como un fenómeno aplicable a la “renta” – no es pacífica en la doctrina. Chodorov (1954, pág. 14), por ejemplo, refería a mediados del siglo pasado lo siguiente en cuanto a la tributación sobre la renta:

“El impuesto a la renta no es solamente un impuesto: es un instrumento que tiene la potencialidad de destruir la sociedad de los humanos. [...] Los impuestos sobre la herencia y sobre la renta implican necesariamente la denegación de la propiedad privada, y en eso se distinguen, en principio, de los demás tipos de impuestos.”

En el caso de los Estados Unidos, por ejemplo, el primer “impuesto sobre la renta” se remite al Acta de Ganancias de 1861, promulgada durante la Guerra Civil, con la finalidad de financiar el esfuerzo bélico en el territorio americano. En el caso del Reino Unido, debemos referirnos, por supuesto, a William Pitt “El Joven”, quien – para financiar así las expediciones de guerra contra Napoleón – introdujo reformas tributarias que desencadenaron que el pueblo británico exija frente al Parlamento “pan”, “paz” y “que se vaya Pitt” (“*bread, peace and no Pitt*”) (Pollack, 2013, pág. 297).

Queremos evidenciar, con tal contexto, que la definición de lo que es o debe ser “renta” no resulta pacífica ni mucho menos unívoca. La pregunta que nos enfrenta aquí es cómo se adopta en el derecho tributario moderno el concepto de “renta”. Para ello, resulta oportuno recordar que Fuisting consideraba que la renta era el producto periódico anual de una fuente permanente, es decir, justamente aquello generado por la fuente productora [*Quellentheorie*] – la denominada teoría de la fuente (Caliendo, 2018, pág. 406).

Schanz, citado también por Caliendo (2018, pág. 407), por su parte, entendía que la “renta” era todo aquel incremento de patrimonio líquido en una economía y en un determinado periodo – es decir, la renta como un incremento patrimonial [*Reinvermogenzugangstheorie*] (Fuisting, 1902, pág. 110). Tipke y Lang (Caliendo, 2018, pág. 408), por su parte, entendían que la renta debía ser entendida como los ingresos obtenidos por una actividad lucrativa con la intención de generar un excedente de ingresos sobre gastos [*Markteinkommens theorie*].

No obstante, estas teorías son predominantemente económicas, pensadas en términos cuantitativos respecto de los ingresos o patrimonios de los individuos. Dichas teorías se deben manifestar en un ordenamiento legal, dentro de un sistema tributario, para poder aplicar, sobre ese concepto de “renta”, el eventual gravamen del impuesto.

La visión progresiva, por no decir global, del concepto de “renta” – ante la difusión de teorías y alcances del término – la resume Roque García Mullin. Esta teorización del concepto de renta, para efectos de la aplicación de un impuesto o gravamen, debe manifestarse a través de un precepto legal que así lo considere. Es entonces que encontramos lo que García Belsunce, referenciado por Alberto Tarsitano (1983, pág. 731) denomina la *teoría legalista* de la renta: dicha teoría propone subordinar el concepto de renta a lo dispuesto por las normas del derecho, las cuales establecerán – manifestando la voluntad del legislador – lo que deba considerarse como renta (1967, pág. 122). Ello no presupone, desde luego, que la voluntad legislativa sea ajena a las aproximaciones económicas que existen para determinar qué es “renta”, pero sí implica que, resguardando la autonomía del derecho tributario, solamente se considerará “renta” aquello que la ley explícitamente señale como tal.

¿Qué teorías, sin embargo, podríamos decir que son las teorías de renta que prevalecen en la doctrina actual? Para ello nos podemos referir a la clasificación que hace García Mullin. Al respecto, el autor reconoce tres principales teorías de renta en los sistemas tributarios modernos:

3.2.1.1 La teoría de la renta-producto

Según lo señalado por García Mullin, “*este criterio, en el cual subyace una concepción de la renta de tipo económico y objetivo, entiende que es tal el producto periódico que proviene de una fuente durable en estado de explotación*”. Para cumplir con dichos requisitos, la renta deberá:

- a) Ser un producto. Es decir, la renta debe ser una “*riqueza nueva, distinta y separable de la fuente que la produce*”. Ello debe entenderse como una riqueza nueva material: “*este carácter material pone de manifiesto que, para este concepto, la renta es el medio material para obtener satisfacciones, pero no la satisfacción esí, lo cual deja fuera del concepto de renta a las denominadas rentas imputadas*”.
- b) Debe provenir de una fuente productora durable. Sobre ello, la durabilidad se entiende “*en el sentido de que sobreviva a la producción de la renta, manteniendo su capacidad para repetir en el futuro ese acto*”.

- c) La renta debe ser periódica. Esto no quiere decir que la periodicidad se concrete en hechos (i.e. que la generación de renta verdaderamente se repita), sino que exista la posibilidad de que la fuente genere una periódica.
- d) La fuente debe ser puesta en explotación. En este caso, la fuente debe haber sido habilitada racionalmente para la generación o producción de renta (no cumplirá con este criterio, por ejemplo, el clásico ejemplo del enriquecimiento proveniente de un aluvión).
- e) La renta debe realizarse y separarse de la fuente. Este concepto supone que *“lo producido se extrae de la fuente adquiriendo individualidad económica propia”*¹⁶.
- f) La renta debe ser neta. Ello debe ser entendido en el sentido que solamente será renta aquello que exceda los costos y gastos para producirla¹⁷ (1978, págs. 13-16).

3.2.1.2 La teoría del flujo de riqueza

Siguiendo la distinción que hace García Mullin en cuanto a las teorías de renta prevalentes en la modernidad, reconocemos un criterio más amplio que la teoría de la renta-producto. Lo resume el autor en el siguiente sentido (1978, pág. 17):

“[Este criterio] considera renta la totalidad de *esos* enriquecimientos provenientes de terceros, o sea, al total del flujo de riqueza que desde los terceros fluye hacia el contribuyente, en un periodo dado.

Este criterio engloba todas las rentas categorizables como renta producto. Pero al no exigir que provenga de una fuente productora durable, ni importar su periodicidad, abarca una serie más de ingresos.”

En efecto, la teoría del flujo de riqueza abarcará más ingresos que la teoría renta producto en tanto basta, según lo explicado por García Mullin, que exista un enriquecimiento que provenga de un tercero en un periodo dado, sin que sea necesaria la posibilidad de que dicha renta sea generada periódicamente, ni que la fuente se encuentre en estado de explotación.

Dentro de esta teoría encontraremos los ingresos por actividades accidentales o eventuales, e inclusive las transmisiones a título gratuito como lo son los regalos, las donaciones, los legados o las herencias.

3.2.1.3 La teoría del incremento patrimonial más consumo

Finalmente, la teoría que engloba la mayor cantidad de rentas dentro de dicho concepto es la denominada teoría del incremento patrimonial más consumo. En efecto, dicha teoría busca englobar, dentro del concepto de “renta”, todos los enriquecimientos posibles de un individuo a lo largo de un periodo.

¹⁶ El concepto de realización y separación no es pacífico en la doctrina tributaria. Al respecto, algunas visiones – como las de Vanini – sugieren que no es necesaria la permutación del bien por un valor monetario, ni tampoco la separación de la fuente, pues lo único relevante es que se consoliden los incrementos de valor no realizados. Ello contrasta con la visión de Seligman, quien entiende que la separación implica la independencia o autonomía física con la fuente, y la realización es el intercambio por un valor monetario.

¹⁷ Es indispensable matizar esta característica de la renta con el hecho de que, en estricto, se puede hablar de un requisito de “renta neta” para todos los criterios. En efecto, la generación de un ingreso que se vea superado por el gasto involucrado en su generación no representará, finalmente, riqueza nueva para su perceptor.

A diferencia de la teoría de la renta producto, que se enfoca en el fenómeno de la producción [*Produktionsphänomen*], o la teoría del flujo de riqueza, que se enfoca en el tránsito de riquezas desde terceros hacia el individuo, la teoría del incremento patrimonial tiene como protagonista al individuo: García Mullin explica que dicha teoría considera “renta” a “*las satisfacciones de que dispone [el individuo] a lo largo de un periodo, [las cuales] son el test último de su capacidad contributiva fiscal*” (1978, pág. 18).

Las satisfacciones del individuo se pueden manifestar, según explica la doctrina, de dos formas:

- a) Se transforman en consumo, o;
- b) Incrementan el patrimonio al fin de un periodo.

De ahí a que la suma algebraica de lo que es “renta”, según esta teoría, equivalga a todo lo que el individuo consumió más el incremento patrimonial, en un periodo dado. En este caso, por ejemplo, el concepto de renta abarcará el incremento de valor que sufren los bienes, a pesar de que los mismos no sean enajenados.

Define con claridad el concepto García Mullin (1978, pág. 19):

“Como se ve en este enfoque, para nada interesa saber si la renta fue producto de fuente o no; ni siquiera interesa saber si provino de un flujo de riquezas desde terceros. Además de esos rubros la renta, como corriente de satisfacciones, puede haber consistido en el consumo de bienes o servicios producidos por el mismo individuo o en el consumo de bienes durables adquiridos con anterioridad o en simples variaciones de valor que ha experimentado el patrimonio, por cualquier causa que sea, entre el comienzo y el fin del periodo y aunque no se haya “realizado” mediante una operación de mercado con terceros.

La renta, se dice, interesa como índice de capacidad contributiva del individuo, de su aptitud real o potencial para satisfacer necesidades, de su poder económico discrecional si ello es así, para medirla no hay que recurrir a su origen (fuente o flujo), sino a su constatación a nivel personal a lo largo de un periodo. Analizada bajo ese ángulo, ella se plasma en dos grandes rubros: las variaciones patrimoniales y los consumos.”

Para efectos de la aplicación de esta teoría, toda variación que represente un incremento patrimonial para el individuo será considerada como “renta”, con independencia de las causas generadoras del incremento, o su efectiva realización. Por otra parte, el consumo debe ser entendido en los términos de su relación con el patrimonio: el razonamiento teórico nos obliga a concluir que el consumo que realiza una persona respecto de algún bien de su patrimonio equivale al valor de dicho bien (el cual, a pesar de no ser permutado por un valor monetario, representa una satisfacción a la persona equivalente a dicho valor).

Ahora bien, si racionalizamos lo expuesto en cuanto a las teorías de renta que preponderan en la doctrina actual con lo señalado por García Belsunce en cuanto a una teoría *legalista* de renta (i.e. será renta todo aquello que el legislador determine como tal), nos enfrentamos al complejo dilema de cómo se manifiestan las teorías de renta, si alguna, en un ordenamiento jurídico.

3.2.2 Las teorías de renta en la LIR y las rentas imputadas

Ante ello, proponemos analizar el alcance del gravamen que existía a los servicios de financiamiento gratuitos al ejercicio 2005, conforme a lo discutido en la Resolución del Tribunal Fiscal 02112-5-2019, en el marco del Estado Constitucional de Derecho y su relación con el derecho tributario.

En cuanto al principio de reserva de ley relativa en materia tributaria, nuestra LIR establece qué se entiende por “renta” para la aplicación del Impuesto. El artículo 1 de la norma establecía, al ejercicio 2005:

Artículo 1.- El Impuesto a la Renta grava:

- a) Las rentas que provengan del capital, del trabajo y de la aplicación conjunta de ambos factores, entendiéndose como tales aquellas que provengan de una fuente durable y susceptible de generar ingresos periódicos.
 - b) Las ganancias de capital
 - c) Otros ingresos que provengan de terceros, establecidos por esta Ley.
 - d) Las rentas imputadas, incluyendo las de goce o disfrute, establecidas por esta Ley.
- [...]

[Énfasis agregado]

Nótese en este extremo que la LIR recoge el concepto de “rentas imputadas”, incluyendo las de goce o disfrute, dentro de la materia imponible del Impuesto a la Renta. Las sujeta, sin embargo, a una condición indispensable para el cumplimiento del principio de reserva de ley relativa: son gravables por el Impuesto las rentas imputadas establecidas por esta Ley.

¿Qué son, sin embargo, las rentas imputadas? La discusión sobre el concepto no es reciente. En 1943, Donald B. Marsh publicó en la revista de la Academia Americana de Ciencias Políticas un artículo denominado “La Imposición de las Rentas Imputadas” [*The Taxation of Imputed Income*] en el cual discutía la rentabilidad que le debiera generar un bien de capital a su propietario. Para dicho año, en Estados Unidos no existía provisión alguna que permita la imposición de rentas imputadas. Ante ello, Marsh ofrecía la siguiente reflexión (1943, págs. 514-521):

“La renta imputada es un género de la renta en especie, en tanto no es una renta en dinero, y su característica idiosincrática es que proviene desde fuera de los procesos ordinarios del mercado.

Ejemplos de rentas imputadas pueden ofrecerse en tanto corresponden a varios tipos de rentas pagadas por las partes distributivas (los clásicos “factores de producción”). Por ende, tenemos un *alquiler imputado*, el cual consistiría en el valor neto de los servicios que recibe un propietario (y poseedor) de su inmueble, por los cuales – de otra forma – se pagaría renta en calidad de dinero a un arrendador. La categoría puede ser ampliada para incluir el valor del alquiler de otros bienes durables como lo son los automóviles, aviones, refrigeradores, entre otros. Pero en situaciones donde alquileres sobre la base de dinero no existen, puede ser más adecuado pensar en las rentas imputadas como la forma de un interés imputado sobre una inversión en bienes durables. Las *remuneraciones y ganancias imputadas* provienen de servicios prestados por uno mismo o su familia, tales como trabajo doméstico o mantenimiento de los terrenos, y el manejo ganadero.

[...]

La renta imputada no es tan distinta, sin embargo, del resto tipo de rentas en cuanto al individuo. Su poder de consumo y acumulación se incrementa por su existencia. Un contribuyente que recibe la suma de US\$ 20,000 (luego de haber pagado impuestos) tiene la posibilidad (entre otras alternativas similares) de: i) invertir la suma, en, digamos, bonos del 5%, recibiendo US\$ 1,000 e invirtiendo el interés que reciba – después de haber pagado impuestos – en el alquiler de una casa, o ii) invertir los US\$ 20,000 en una casa, en cuyo caso recibe los servicios de alquiler directamente. Si es que el impuesto es de una tasa fija del 20% sin excepciones, la primera alternativa lo dejara con \$800 para el alquiler. La segunda alternativa le generaría un valor de alquiler de \$1000, pues al ser propietario, bajo nuestra legislación, no pagaría ningún impuesto sobre sus rentas imputadas.

[...]

En cuanto a la elegibilidad de las rentas imputadas para introducirlas dentro del concepto de renta, podemos concluir, entonces, que toda renta imputada debe ser contemplada desde un concepto ideal, conjuntamente con la renta por el goce: pero que la necesaria exclusión de esta última de cualquier concepto práctico de renta gravable hace que la exclusión de ciertos tipos de renta (como por ejemplo, el disfrute del individuo que, a diferencia de aquél que mantiene su terreno, disfruta de su terreno sin mantenimiento) sean menos

objetables desde una perspectiva de equidad. Esto nos deja, con la finalidad de gravamen, a la renta imputada por inmuebles rurales y urbanos en ocupación, y por la utilización de automóviles, aviones, radios, aplicaciones eléctricas y muebles. La más importante de estas rentas imputadas es la renta residencial, y le debemos prestar especial atención a aquella.”

El autor concluye, en su texto, que el gravamen sobre rentas imputadas – con una tasa del 3% sobre el costo de adquisición de los bienes referenciados, disminuyéndole a este último el valor de la tasa de interés aplicable a inversiones a largo plazo – implicaría un aumento a la recaudación equivalente a USD 362,495,000.00. Agrega, sin embargo, que en realidad toda renta imputada puede ser equiparable a un interés imputado, pues estaría representando el valor del capital – manifestado, desde luego, en el bien adquirido – y su variación en el tiempo (Marsh, 1943, pág. 523).

La definición que ofrece Marsh en cuanto a la renta imputada es recogida por Haskell y Kauffman, quienes aceptan que aquella es “*el flujo de satisfacciones de bienes o capital que son propiedad y son utilizados por el contribuyente, que provengan de los esfuerzos del contribuyente*” (1964, pág. 232). La justificación que brindan los autores para la tributación de las rentas imputadas en este extremo es fundamental (1964, pág. 233):

“El argumento de que la renta imputada debe ser tratada de manera idéntica con la renta monetaria se basa en la noción de que la renta en su sentido más fundamental se refiere a satisfacciones o utilidades “psicológicas intangibles” disfrutada por los consumidores. El dinero únicamente representa el poder para dirigir estas satisfacciones. Como un tema de simpleza administrativa, los gobiernos gravan a los individuos sobre sus comprobantes de renta monetaria, y no en el momento en que se están disfrutando estas satisfacciones generadas por bienes y servicios que fueron adquiridos con rentas monetarias. En el caso de las rentas imputadas, las satisfacciones se reciben directamente: la transacción monetaria es filtrada. Pero la satisfacción no deja de ser tan real por ello. No es posible argumentar que la equidad no exige el gravamen de rentas imputadas; el problema real es ¿cómo, sin las transacciones monetarias como una guía, podemos medir la renta recibida con el fin de ofrecer un tratamiento equitativo para todos los contribuyentes, sin importar de qué forma han recibido el crecimiento a su poder económico?”

Aquí, los autores concluyen que existen casos en los que la renta no monetaria se genera con un valor tan evidente, que resulta contrario al principio de equidad no gravarla en cuanto a su valor monetario. Citando a Simons, aceptan que las dos formas de rentas no monetarias que son susceptibles de ser gravadas de manera adecuada son las rentas imputadas por el valor del alquiler y las rentas que se generarían por la cesión de capital (i.e. intereses) (1964, pág. 233).

En efecto, las rentas imputadas previstas en la LIR contemplan las de “goce o disfrute”, entendiéndose ello como justamente el beneficio psicológico intangible generado por el individuo en el caso de una operación gratuita. Esta última reflexión merece dos comentarios adicionales: en primer lugar, no es una mera coincidencia que en nuestra LIR dos ejemplos concisos de “rentas imputadas” sean justamente las cesiones de bienes inmuebles y los préstamos sin intereses pactados y, en segundo lugar, que en 1964 en Estados Unidos se empezaron a gravar los intereses imputados en los pagos diferidos, con la Sección 483 del Acta de Ganancias.

Y es que, en la doctrina fiscal, se ha reiterado y enfatizado que el uso de las rentas imputadas como instrumentos legislativos son un mecanismo imprescindible para cumplir con el principio de la capacidad contributiva de los sujetos obligados al pago del Impuesto, siendo que autores como Antonio Deni (citado por Caliendo, 2018, pág. 302) consideran que la imputación de rentas es imprescindible para un sistema tributario “justo” (1961, pág. 136).

Ahora bien, ello no debe distraernos del hecho que la utilización de fórmulas de imputación de rentas, de manera absoluta, se pueden encontrar a su vez en tensión con el principio de capacidad contributiva.

En efecto, las presunciones en el derecho tributario no aparecen únicamente como elementos ligados a los ingresos o aumentos en la capacidad económica de los sujetos, sino que – por el contrario – aparecen en el extremo total de la determinación de una “renta”: esto es, tanto los ingresos como los gastos. Las presunciones vinculadas a estos últimos, por ejemplo, deben ser tratados con delicadeza, pues presumir una tasa fija reducida en relación con los gastos por parte de un contribuyente (p. ej., presumir sin prueba en contrario que los gastos vinculados a ingresos por arrendamiento equivalen al 20% de dichos ingresos) terminarían por afectar la capacidad contributiva en el caso concreto.

Ante ello, consideramos que un enfoque que busque maximizar a cabalidad los principios de equidad y de capacidad contributiva tomará en cuenta la imputación de rentas en aquellos casos en que resulte relativamente sencillo – a grandes rasgos – determinar su valor monetario, siendo que en otros casos donde el ejercicio de valorización de dichas “rentas” sea más complejo, se deberá analizar caso por caso si es que resulta práctico determinar tal regla.

En el caso de nuestra LIR, por su parte, es importante notar que nuestra primera Ley de Impuestos sobre la Renta (la Ley No. 7904, del 26 de julio de 1934) ya incluía una provisión importante en cuanto a las denominadas “rentas imputadas”. En efecto, siendo que el artículo 3 incluía dentro del concepto de “renta” a los intereses provenientes de capitales dados a mutuo [sic], el artículo 5 establecía:

Artículo 5.- Para efectos de la percepción del impuesto se considerará que el capital gana el interés legal en los siguientes casos:

- a) Cuando no se haya fijado el tipo de interés:
- b) Cuando se haya estipulado que el préstamo no devengará intereses: y
- c) Cuando se haya convenido un interés menor que el legal.

Exceptúese de esta disposición a los Bancos, industriales y comerciantes que lleven libros de contabilidad con arreglo a ley, en cuyo caso se estará a lo que aparezca en ellos respecto del monto de los intereses.

Resulta sorprendente que el legislador, hace casi un siglo, haya contemplado lo que comentaban los autores americanos citados precedentemente: existe una renta imputada a ser atribuida al capital, y la misma debe gravarse de acuerdo a su valor monetario. En ese caso, desde luego, el valor monetario fijado por la Ley fue el interés legal, siendo posible desvirtuarlo, sin embargo, con los libros contables de Bancos, industriales y comerciantes.

Ello, consideramos, está vinculado al comentario de Haskell y Kauffman, en cuanto a que el capital en inversión – sea a través de un contrato de mutuo o la adquisición de instrumentos de deuda (p. ej., bonos) – representa la posibilidad más adecuada de gravar monetariamente una “renta imputada”, máxime cuando existe una tasa de referencia de interés sobre la cual calcular dichos rendimientos (en el caso de la primera LIR, el interés legal).

No obstante, debemos precisar que en este caso no nos encontrábamos ante una definición propia de lo que es “renta”, pues para ese entonces el sistema tributario peruano optaba por un gravamen cedular, sin definir una “renta global” sobre la cual aplicar el impuesto.

Posteriormente, se derogó el Decreto Supremo No. 287-68-HC (norma tributaria promulgada meses antes de la irrupción del Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas, el cual se complejizó de tal manera que resultaba necesario reformar la norma tributaria peruana), para dar lugar al Decreto Legislativo No. 774, publicado el 31 de diciembre de 1993 y aplicable a partir del 1 de enero de 1994, el que sería la primera manifestación de la LIR en su sentido actual.

En ese contexto, el Decreto Legislativo No. 774 precisaba que el Impuesto a la Renta gravaría:

- a) Las rentas que provengan del capital, del trabajo y de la aplicación conjunta de ambos factores entendiéndose como tales aquellas que provengan de una fuente durable y susceptible de generar ingresos periódicos.
- b) Las ganancias y beneficios considerados en los artículos siguientes de este Capítulo.
 - a. Los resultados de la enajenación de ciertos bienes.
 - b. Ciertas indemnizaciones a favor de empresas.
 - c. Las rentas imputadas, incluyendo las de goce o disfrute, establecidas por la Ley.

La norma representa un avance significativo, pues incluye en su artículo 26 la regla correspondiente a la imputación de rentas en el caso de intereses por préstamos otorgados, la cual se mantiene de forma virtualmente idéntica en la norma hasta el día de hoy.

Conforme lo exigía en ese momento el artículo 2 de la Ley – exigencia que, el día de hoy, está recogida en el artículo 1 – estamos ante una renta imputada cuando la misma sea establecida por la Ley. La renta imputada, por supuesto, implica que se presume que, en el caso de préstamos otorgados, el capital prestado generará un interés – es decir, se presume el valor monetario de una renta que no haya sido pactada.

La razón por la que el legislador tomó la decisión de imputar una renta por los intereses generados por el préstamo de un capital es la explicada por Medrano (1994, pág. 32):

“Entre las rentas imputadas pueden distinguirse los intereses presuntos que la ley atribuye en ciertos casos al acreedor cuando no se han pactado intereses, se ha convenido expresamente que no habrán intereses o se ha pactado un interés inferior al contemplado en la ley. Si bien en la realidad no existe rédito, la solución legislativa tiene su origen en que las operaciones de crédito – en principio – deben dar lugar a intereses ya que éstos constituyen el rendimiento potencial del dinero, de tal forma que la presunción puede operar como un estímulo para que los recursos sean colocados de manera conveniente. De ello se sigue que el interés presunto no puede exceder del que razonablemente se obtendría en la plaza al efectuarse una colocación conveniente.”

La regla prevista en el artículo 26 de la LIR se mantuvo en el Texto Único Ordenado de la LIR – esto es, en un primer momento en el Decreto Supremo No. 059-99-EF, y posteriormente, con vigencia hasta la actualidad, en el Decreto Supremo No. 179-2004-EF.

Véase, sin embargo, que Medrano comenta la existencia de “rentas imputadas” en dos casos: no se han pactado intereses (o se ha establecido que no habrá interés en el préstamo), o se ha pactado un interés inferior al contemplado en la ley. Esto nos obliga a preguntarnos si es que en ambos casos estamos ante una “renta imputada” o si, por el contrario, ello únicamente se refiere a los préstamos gratuitos donde se imputa el hecho imponible, siendo que los préstamos onerosos más bien sufren un ajuste de valor.

Sobre el particular, consideramos que la “imputación de una renta” únicamente está referida al escenario prejurídico donde no se realiza el hecho material impositivo, el cual es imputado de manera ficticia en el campo jurídico. Nos explicamos: la LIR señala en su artículo 1 que el Impuesto a la Renta grava las rentas imputadas, incluyendo las de goce o disfrute. No obstante, en el mismo artículo señala que grava, también, las rentas que provengan del capital [...] entendiéndose como tales aquellas que provengan de una fuente durable y susceptible de generar ingresos periódicos.

Véase, entonces, que la propia ley hace una distinción entre las rentas imputadas y las rentas de capital que provengan de una fuente durable y susceptible de generar ingresos periódicos (concepto que se asemeja a la teoría de la renta-producto, conforme lo explicado por García Mullin). ¿Un préstamo oneroso, cuyo valor es ajustado a una tasa referencial de mercado, deja de ser una renta de capital

proveniente de una fuente durable y susceptible de generar ingresos periódicos, para convertirse en una “renta imputada”? La respuesta es negativa. En el caso de un préstamo oneroso por debajo de la TAMN, nos encontramos ante una renta producto proveniente del capital. Mientras que su valor se ajusta a un estándar de mercado establecido por el legislador, no existe la necesidad de imputar hecho imponible alguno.

En efecto, consideramos en este extremo que la LIR recoge la posibilidad de que el gravamen se aplique sobre las denominadas rentas imputadas, y que ello cumple con el principio de reserva de ley relativa en los términos que hemos explicado previamente. Por otra parte, en el caso de préstamos a título gratuito, el artículo 26 de la LIR recoge un gravamen sobre el “goce o disfrute” del acreedor, lo cual guarda coherencia con los principios de equidad y capacidad contributiva. En efecto, el mismo artículo 1 de la norma reconoce que el Impuesto aplica sobre las rentas imputadas recogidas en la norma, y – consideramos – el artículo 26 de la LIR al ejercicio 2005 (inclusive en su formulación actual al 2023) contenía una regla de imputación explícita.

3.3 Las reglas imputación contenidas en el artículo 26 de la LIR

El artículo 26 de la LIR establece lo siguiente en cuanto a la imputación de una renta por intereses en el caso de préstamos otorgados:

“**Artículo 26.-** Para los efectos del impuesto se presume, salvo prueba en contrario constituida por los libros de contabilidad del deudor, que todo préstamo en dinero, cualquiera que sea su denominación, naturaleza o forma o razón, devenga un interés no inferior a la tasa activa de mercado promedio mensual en moneda nacional (TAMN) que publique la Superintendencia de Banca y Seguros. Regirá dicha presunción aún cuando no se hubiera fijado el tipo de interés, se hubiera estipulado que el préstamo no devengará intereses, o se hubiera convenido en el pago de un interés menor. Tratándose de préstamos en moneda extranjera se presume que devengan un interés no menor a la tasa promedio de depósitos a seis (6) meses del mercado interbancario de Londres del último semestre calendario del año anterior.

[...]

Las disposiciones señaladas en los párrafos precedentes serán de aplicación en aquellos casos en los que no exista vinculación entre las partes intervinientes en la operación de préstamo. De verificarse tal vinculación, será de aplicación lo dispuesto por el numeral 4) del Artículo 32 de esta Ley.”

La presunción contenida en este artículo es una presunción del tipo *iuris tantum* [presunción relativa] – esto es, que admite una prueba en contrario (contenida en los libros contables del deudor) – y no una del tipo *iure et de iure* [presunción absoluta] (la cual no admitiría prueba en contrario).

Al respecto, debemos señalar que el artículo 26 de la LIR contiene (y contenía, al ejercicio 2005) una lectura que nos presenta dos escenarios distintos en cuanto a una renta imputada:

- a) El caso en que se pacta un préstamo y, sin embargo, no se pacta interés alguno, o;
- b) El caso en que se pacta un préstamo y se pacta un interés, pero este último está por debajo del umbral fijado por el artículo 26 (la TAMN).

La diferencia no es menor: en el supuesto a), esto es, el otorgamiento de un préstamo sin pactar un interés (i.e. un préstamo gratuito) estamos ante un escenario en el que no se ha realizado, por lo menos en la realidad, el aspecto material de la hipótesis de incidencia, pues no se está generando renta alguna. En este caso, nos encontramos ante una imputación de un “goce o disfrute” del acreedor mediante una ficción jurídica: la satisfacción no monetaria generada por el préstamo gratuito equivaldrá, cuando menos, al valor monetario de los intereses que se están “sacrificando” en la gratuidad de la

operación¹⁸. En este caso no hay renta alguna en términos de su realización, pero nuestra LIR la imputa al acreedor para efectos de la imposición.

Por otra parte, en el caso de un préstamo por el que se pacta un interés menor a la TAMN, la realización del aspecto material de la hipótesis de incidencia, esto es, la generación de una renta, está dada, siendo que su valorización está por debajo del umbral permitido por la norma. Aquí, por el contrario, nos encontramos ante una renta real (es decir, existente en la realidad y captada en el ámbito jurídico), que, sin embargo, se encuentra por debajo del valor mínimo que presume la norma (la TAMN). La imputación aquí no se da en términos materiales de la hipótesis de incidencia, pues la imputación del hecho gravado es innecesaria, sino que se da en términos valorativos: el interés se presumirá no menor a la TAMN.

La distinción aquí expuesta debe ser entendida en los siguientes términos: una renta ficta comprende la imputación de una ficción legal en cuanto a la realización del hecho imponible. Es decir, a través de la ficción jurídica, se imputa una realización no real. Por otra parte, la renta presunta, valga la redundancia, presume un elemento vinculado a la hipótesis de incidencia, partiendo siempre desde algún elemento originario.

Sobre ello, el apunte de Venegas Álvarez en cuanto a las rentas presuntas es clave (2007, pág. 91):

“En el caso de las presunciones, el enlace entre hecho base y hecho consecuencia debe radicar en la conexión congruente entre ambos hechos, de tal forma que el conocimiento de uno lleve al conocimiento del otro en una relación de congruencia; si es la propia ley que explícitamente parte del razonamiento que establece la conexión entre los dos hechos se trata de la presunción legal, y si es el juzgador quien establece dicho razonamiento se está frente a una presunción judicial. [...]

Estas presunciones absuelven una función antielusiva, reflejando las exigencias de clausura del sistema.”

Por el contrario, la autora señala lo siguiente en cuanto a las rentas fictas (2007, pág. 92):

“Las ficciones, por otra parte, crean verdades jurídicas distintas a las ya establecidas previamente, abriendo la posibilidad de imputar efectos jurídicos a hechos o a realidad que de otra forma sería imposible atribuir. En la ficción se violenta la naturaleza prejurídica de la realidad que se recoge en una norma. Es preciso que exista un concepto o una realidad prejurídica y que se genere una discrepancia esencial entre ésta y la recogida por la norma.

La ficción se establece a partir de un hecho conocido e impone la certeza de otro hecho no conocido, cuya existencia es improbable o falsa.”

Finalmente, Venegas Álvarez comenta lo siguiente en cuanto a la coincidencia que debe existir entre la presunción y la imputación ficta de rentas en el derecho tributario (2007, pág. 92):

“Para que sea eficaz el uso de ficciones en materia tributaria, la doctrina solicita que la ficción esté precedida y combinada con una presunción legal sobre cuál es el comportamiento ocultado en el fraude; de igual manera, se pide que tanto la presunción como la ficción estén coordinadas y que la conducta que se presume como ocultada y la que se finge por la ficción legal, coincidan.”

¹⁸ Tómese, por ejemplo, al sujeto A que le otorga un préstamo al sujeto B. Si suponemos que la transacción se celebra en un contexto de libre competencia ante las fuerzas del mercado, el sujeto A le cobraría al sujeto B unos intereses ascendentes al monto x [valor de mercado de los intereses]. Según lo explicado por la doctrina en materia de rentas imputadas, debemos entender que en caso el sujeto A le otorgue al sujeto B un préstamo sin intereses, el sujeto A está recibiendo una satisfacción cuyo valor monetario, cuando menos, equivaldría a x , pues – de otra forma – no estaría dispuesto a pactar un préstamo gratuito.

Esta última reflexión resulta clave para el análisis que realizamos en la presente investigación: la difusión o incoherencia entre una renta presunta o una renta ficta puede tener como consecuencia que, mediante el evitamiento por parte del contribuyente de gatillar dicha presunción o ficción, la finalidad de la norma se vea contaminada. En efecto, la existencia de una renta presunta¹⁹ donde la misma no sea acompañada por una renta ficta nos llevaría al sinsentido jurídico de que, ante la no realización del hecho imponible (i.e. el pacto de una transacción a título gratuito) no exista renta que gravar, mientras que ante la realización del hecho imponible con un importe simbólico (i.e. el pacto de una transacción a título oneroso, pero por un monto exageradamente menor) se presume una renta gravable.

No obstante ello, es imprescindible notar que el artículo 26 de la LIR no contiene, por lo menos de manera explícita, los términos “renta presunta” o “renta ficta”. La redacción por la que optó el legislador en dicho extremo, más bien, menciona que “se presume” que todo préstamo en dinero generará algún tipo de interés.

¿Es necesario que la LIR disponga, de manera explícita, que estamos ante una “renta presunta” y una “renta ficta”? ¿O es que acaso, en tanto la norma habla de una “presunción”, debemos considerar que estamos únicamente ante una renta presunta, no aplicable para los casos de préstamos gratuitos?

Para dilucidar esta cuestión, consideramos indispensable reconocer lo siguiente: la norma tributaria, en el Estado Constitucional de Derecho, debe ser interpretada a la luz de los principios constitucionales, y las limitaciones del lenguaje o, en todo caso, una técnica legislativa deficiente, debe llevarnos a interpretar una disposición normativa de manera contraria a su finalidad (constitucional).

Nos referimos aquí a lo explicado por Aguiló Regla en cuanto al Estado Constitucional de Derecho (2019, pág. 88):

“Los derechos son, pues, aquello que dota de sentido y valor a la rigidez (la *lex superior* destinada a inhibir la *lex posterior*) y a la normatividad (los vínculos materiales) de la constitución. Sin el valor de los derechos, esas propiedades (esas garantías) simplemente no se entienden y resultan insoportables.

Ahora bien, esas mismas propiedades plantean al constitucionalismo un dilema aparentemente irresoluble. Si el constitucionalismo no se hace rígido y normativo, entonces no garantiza los derechos; pero si se hace rígido y normativo, entonces «somete a los vivos a la tiranía de los muertos».

Se ha escrito muchísimo sobre este dilema. En mi opinión, solo hay una salida: atribuir a los derechos un papel de fundamentación y atribuir a la práctica constitucional un rol esencialmente interpretativo de dichos derechos. La forma, pues, de evitar los términos indeseables de «ausencia de garantía de los derechos» y de «sometimiento de las generaciones vivas al pasado» consiste en analizar la continuidad de la práctica constitucional en términos interpretativos de los derechos. Ello se traduce necesariamente en un equilibrio razonable entre rigidez (impedimento del cambio) y apertura regulativa (adaptabilidad interpretativa); continuidad del valor y adaptabilidad interpretativa de las normas que lo garantizan.”

[Énfasis agregado]

En efecto, conforme hemos explicado, existen razones constitucionales válidas para que, a través de la imputación de rentas, el cumplimiento pleno del principio de capacidad contributiva sea logrado a través de rentas presuntas o fictas. Ello siempre tomando en cuenta la constitucionalización del derecho tributario, que exige el cumplimiento pleno del principio de la capacidad contributiva.

¹⁹ Nos referimos, en este extremo, exclusivamente a las presunciones en cuanto al valor de las rentas, pues el derecho tributario (por no decir el derecho en general) contienen presunciones no vinculadas al valor de las rentas, como lo son presunciones vinculadas a los criterios de vinculación de las rentas.

Este concepto – el de “capacidad contributiva” – se encuentra desarrollado ampliamente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Cuando el artículo 74 de nuestra Constitución dispone que la potestad tributaria debe ejercerse con el respeto a los principios de reserva de la ley y de igualdad, y que ningún tributo puede tener efecto confiscatorio, conforme hemos explicado en el acápite anterior.

Es posible tomar como referencia lo que comentan autores como Escribano en cuanto a este fenómeno, quien realiza una reflexión crucial en materia constitucional tributaria, pues se refiere al cumplimiento del deber de contribuir (2015, pág. 11). Este deber ha sido, de manera alarmante sin que ello signifique una coincidencia, altamente ignorado por el Tribunal Constitucional en el Perú. Y es que, si atendemos al principio de capacidad contributiva como un límite a la potestad tributaria (conforme señala nuestro Tribunal, no es posible que la aplicación del impuesto sea tan gravosa que devenga en irrazonable), también debemos reconocerlo como una fuente de deber constitucional del colectivo sobre el cual rige la norma suprema. Nos explicamos: si en el Estado Constitucional de Derecho hemos reconocido la proscripción a un gravamen razonable, también debemos reconocer la exigencia de un gravamen razonable – esto es, el deber de contribuir que existe sobre la base de las aptitudes patrimoniales o económicas del individuo.

Aquí resaltamos, además, lo comentado por Durán en cuanto a la constitucionalización del derecho (2004, pág. 14):

“[...] El Deber de Contribuir, en el momento actual del diseño del Estado (en sus variantes de Estado Social y Democrático de Derecho o Estado Constitucional) acaba siendo un pilar fundamental y necesario, especialmente por su situación de bien constitucional destinado al cumplimiento de los fines constitucionales.

De ahí a que se distingan sus dos dimensiones, por un lado de facultad de imposición del Estado atendiendo a los fines comunes constitucionalmente establecidos, que de hecho funciona también como la legitimación del fenómeno tributario. La segunda dimensión es la del límite y garantía jurídica para los ciudadanos de que la creación, aplicación o discusión sobre tributos se haga en el marco del Estado Constitucional.”

En ese sentido, más allá de que el legislador no haya optado por utilizar la terminología exacta en su normativa, consideramos que debe preponderar en este caso la interpretación teleológica de la norma – esto es, no mirar únicamente el tenor literal de la disposición, sino interpretarla de acuerdo a su finalidad constitucional.

Ante ello, resulta oportuno analizar el precepto normativo del artículo 26 de la LIR, reconociendo que las rentas presuntas o fictas existen bajo el sustento económico de la “rentabilidad” de los capitales, conforme hemos citado a autores como Marsh o Medrano, pero también reconociendo que cumplen una función esencial en la optimización del principio de la capacidad contributiva, siendo que permiten que se grave de manera mucho más equitativa a los contribuyentes.

Por ende, siendo que consideramos que no resulta indispensable, en el marco de un Estado Constitucional de Derecho, que el legislador sea exhaustivamente explícito cuando quiera imputar rentas a través de “presunciones” y “ficciones”, concluimos que **no existe razón fundamental por la cual se le otorgaría un trato diferenciado a los préstamos con importes simbólicos (i.e. rentas presuntas por préstamos con intereses por debajo de la TAMN) de los préstamos gratuitos (i.e. rentas fictas por préstamos sin intereses).**

Por el contrario, si la voluntad de la norma – esto es, si la finalidad constitucional prevista en el artículo 26 de la LIR – es representar a través de un ajuste el valor de la rentabilidad del capital en el tiempo,

entonces consideramos que es indispensable que el tratamiento para los préstamos con intereses por debajo de la TAMN sea idéntico al tratamiento para los préstamos gratuitos.

Una interpretación distinta, que sugiera que en tanto el artículo 26 de la LIR dispone que los intereses en cuanto a los préstamos “se presumen” no es posible imputar una ficción de generación de rentas a los préstamos gratuitos, generaría que la finalidad de la norma se vea absolutamente trastocada, pues – como hemos señalado previamente – un préstamo con un interés mensual de 0.00001% se vería ajustado (en aplicación de la presunción) a la TAMN, mientras que un préstamo sin interés pactado no se vería ajustado en lo absoluto.

En consecuencia, consideramos que el artículo 26 de la LIR contiene dos reglas distintivas respecto de los préstamos: una renta presunta que, ante la realización de un préstamo a título oneroso [hecho primario], ajusta el interés pactado a la TAMN [hecho presunto que deriva como consecuencia del hecho primario], y una renta ficta que, ante la realización de un préstamo a título gratuito, mediante una ficción legal [hecho ficto] imputa la generación de intereses, que equivaldrán al valor de la TAMN.

Dicha renta ficta, por otra parte, se encuentra en concordancia con los principios constitucionales aplicables a la tributación, pues el gravamen se realiza sobre la base de una satisfacción intangible del individuo que otorga el capital, cuyo valor monetario es relativamente sencillo de determinar (en este caso, a través de una tasa referencial en el mercado), por lo que nos encontramos ante un gravamen

Por ende, creemos que es necesario interpretar el artículo 26 de la LIR como manifestación de una regla de imputación de renta ficta, la cual es aplicable a los servicios de financiamiento gratuitos. No obstante, en el caso particular de los préstamos entre partes vinculadas, debemos notar que el artículo 26, en su último párrafo, precisaba – al ejercicio 2005 – que “*Las disposiciones señaladas en los párrafos precedentes serán de aplicación en aquellos casos en los que no exista vinculación entre las partes intervinientes en la operación de préstamo. De verificarse tal vinculación, será de aplicación lo dispuesto por el numeral 4) del Artículo 32 de esta Ley*”. Este extremo es analizado en el siguiente acápite.

3.4 Los préstamos entre partes vinculadas y la relación entre los artículos 26 y 32 de la LIR

El artículo 26 de la LIR, al ejercicio 2005, contenía una remisión al numeral 4 del artículo 32 de la LIR. Para tales efectos, es necesario – a su vez – hacer una capitulación respecto del desarrollo histórico de las normas de valor de mercado previstas en el artículo 32 en la LIR.

3.4.1 Las reglas de valor de mercado en la LIR

Al respecto, la primera LIR en su concepción moderna – esto es, con el Decreto Legislativo No. 774 – establecía en su artículo 31 una regla de valor de mercado para las operaciones realizadas entre los socios o propietarios de empresas y estas últimas. En efecto, la norma original de la regla del valor de mercado establecía que el retiro de bienes o mercaderías por parte de los socios o propietarios para su uso personal o el de su familia (entre otros) considerará la transferencia al valor de mercado de estos bienes.

Las reglas contenidas en dicho artículo eran las siguientes:

1. En el caso de las existencias, el valor de mercado es el que se obtiene en las operaciones onerosas que la empresa realiza con terceros.
2. En el caso de valores, cuando se coticen en el mercado bursátil, será el precio de dicho mercado, en caso contrario sobre la base del balance de la empresa emisora formulado a la fecha de la

transferencia o, en su defecto, del inmediato anterior a esa fecha siempre que el balance no tenga una antigüedad mayor a seis (6) meses.

3. En el caso de bienes del activo fijo, cuando se trate de bienes respecto de los cuales se realicen transacciones frecuentes, será el que corresponda a dichas transacciones; cuando se trate de bienes respecto de los cuales no se realicen transacciones frecuentes será el valor de tasación.

¿Qué significa, sin embargo, el concepto de valor de mercado? Goldberg ofrece la siguiente perspectiva (1982, pág. 834):

“Las transacciones que ocurren fuera de un ámbito de libre competencia involucran potenciales diferencias de precio que no se pueden determinar sin primero establecer el mercado en el que dicha transacción, en un ámbito de libre competencia, se llevaría a cabo.

[...]

El problema del valor de mercado surge en un contexto de valorizar un bien o una transacción en manos de un contribuyente que no realiza dicha operación ante las fuerzas del libre mercado. La determinación del valor de mercado, entonces, puede ser dividida en dos preguntas diferentes. La primera, si el valor de la transacción equivale a lo que le hubiese costado al contribuyente adquirir ese bien – el denominado “valor de reemplazo” – o, en contraste, el valor que el contribuyente hubiese percibido por su venta – el denominado “valor de liquidación”. En segundo lugar, ¿qué valor debe elegirse dentro del rango de precios disponibles para el estándar apropiado, sea el valor de reemplazo o el de liquidación?”

El valor de mercado, entonces, debe ser entendido como el valor que pactarían dos entidades en una situación de libre competencia, busca mitigar – para efectos tributarios – la sobre o subvaluación que llevarían a cabo dos entidades fuera de tal ámbito. Ya en 1907 Isaacs, en un caso ante la Corte Suprema de Australia, exponía la necesidad imperiosa que existía desde una perspectiva de derecho tributario de fijar un valor de mercado en el caso de terrenos y propiedad inmueble²⁰:

“Para llegar al valor de mercado de un terreno en una fecha, tenemos que suponer que se vende, no bajo el contexto de una venta forzada, sino por la negociación voluntaria entre vendedor y comprador, dispuestos a negociar, pero ninguno de ellos con tal ansiedad o vinculación que obviaría cualquier consideración ordinaria de negocios. Debemos entender que ambos tienen los mismos motivos para entrar en la transacción y que son conscientes de los elementos que afectan el valor del terreno, sea para bien o para mal, incluyendo su situación, carácter, calidad, proximidad a ciertos lugares, circunstancias a su alrededor, la demanda que existe por los terrenos, y la posibilidad entonces de aumentar o disminuir el precio, es decir, todas aquellas razones sin las cuales uno, de otra forma, estaría dispuesto a fijar el valor de una propiedad fuera de su valor de mercado.”

En consecuencia, tenemos que la determinación de un valor de mercado en situaciones que escapan un contexto de libre competencia es clave para la correcta determinación del gravamen sobre el hecho material imponible: ello en tanto, en una situación fuera de dicho contexto, el gravamen podría verse reducido significativamente pues las partes no se ven obligadas a pactar un precio ante las presiones ordinarias del mercado.

El valor de mercado, desde luego, puede provenir de distintas fuentes: sea, por ejemplo, de declaraciones tributarias vinculadas al bien (por ejemplo, en el caso de cesión de bienes inmuebles por personas naturales domiciliadas en el Perú, se toma el valor de autovalúo del predio), o la misma ley fijando un valor de mercado específico para los bienes (por ejemplo, en el caso del valor de las embarcaciones de recreo para aplicar el impuesto correspondiente).

En el caso del artículo 31 de la LIR, el mismo ofrecía una solución a lo comentado por Goldberg: el contexto específico de cada operación de la empresa debe ser entendido sobre la base del mercado en

²⁰ *Spencer v. The Commonwealth of Australia* (Oct. 1907).

el que opera, y difícilmente podría el legislador establecer un valor de mercado absoluto para un bien o servicio.

Ante ello, el legislador optó por una mirada endógena a las operaciones del contribuyente: el valor de mercado se realizará sobre la base de los valores asignados por el contribuyente a la venta de sus bienes o, en el caso de los valores mobiliarios, sobre la base de su balance. ¿En qué situación aplicaría esta determinación del valor de mercado? Pues en los casos en los que los socios, propietarios o familiares de estos retiren bienes de la empresa para su propia utilización. Dicha transacción, desde luego, no se encontraría ante las presiones del libre mercado.

No obstante, la LIR – en ese entonces – extendía la aplicación de las reglas de valor de mercado a cualquier tipo de transferencia realizada por empresas o personas jurídicas. En efecto, el artículo 32 – en su acepción original – establecía:

“**Artículo 32°.-** En los casos de ventas, aporte de bienes y demás transferencias a cualquier título, a personas jurídicas y empresas que se constituyan o ya constituidas, el valor asignado a los bienes para los efectos del Impuesto, será el de mercado, determinado de acuerdo con las reglas del artículo anterior. Si el valor asignado fuera superior, la SUNAT procederá a ajustarlo tanto para el adquirente como para el trasferente.”

Nótese que, según las disposiciones de la LIR aprobada por el Decreto Legislativo No. 774, las operaciones sujetas a un ajuste al valor de mercado eran las establecidas en el artículo 31: esto es, el retiro de bienes por parte de los socios, propietarios o familiares de estos, en el caso de mercancías o existencias, valores mobiliarios y bienes del activo fijo.

El artículo 32 de la LIR, sin embargo, excluía de manera llamativa el caso de los servicios. En estricto, vemos que la norma únicamente hace referencia a “ventas, aporte de bienes y demás transferencias a cualquier título”. El ajuste del valor de mercado a los servicios no estaba previsto en ese entonces por el legislador – sea por una deficiencia legislativa, o porque en tal entonces no se había identificado como una necesidad imperiosa. Y es llamativo, a su vez, que la norma de valoración únicamente incluya las ventas, aportes o transferencias a personas jurídicas y empresas (esto, sin embargo, fue modificado por el Decreto Legislativo No. 799, del 31 de diciembre de 1995).

3.4.2 Las normas de precios de transferencia y el Decreto Legislativo No. 810

Ahora bien, en 1995 nos encontramos ante un hito fundacional en materia de la determinación del valor de mercado para efectos tributarios: la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) publicó sus primeras Directrices para la aplicación las Normas de Precios de Transferencia para Entidades Multinacionales y Administraciones Tributarias.

En dichas Directrices, se estableció lo imprescindible que resulta introducir en las legislaciones tributarias mecanismos para determinar el “valor de mercado” para las transacciones entre partes vinculadas (OCDE, 1995, pág. 6):

“El rol de empresas multinacionales (MNE) en el mercado global se ha incrementado dramáticamente durante los últimos 20 años. Ello en parte refleja la integración incrementada de economías nacionales y progreso tecnológico, particularmente en el área de las comunicaciones. El crecimiento de las MNE presenta problemas de tributación crecientemente complejos para tanto las administraciones tributarias como las MNE mismas pues las distintas reglas aplicables en cada país para el gravamen de las MNE no pueden ser miradas individualmente sino en un contexto internacional amplio.

[...]

Para poder aplicar un gravamen a cada entidad separada en transacciones intragrupo, los miembros individuales de cada grupo económico deben ser gravados sobre la base de que actúan en cumplimiento de un principio de plena competencia en sus transacciones con cada otro. Sin embargo, la relación entre miembros de un grupo multinacional permite que el grupo establezca condiciones especiales en sus relaciones intragrupo que difieren de aquellas que hubiesen sido establecidas si es que los miembros del grupo hubiesen actuado como entidades independientes en un libre mercado. Para asegurar la aplicación correcta del gravamen sobre cada entidad, los miembros de la OCDE han adoptado el principio de plena competencia, bajo el cual los efectos de condiciones especiales sobre los niveles de ganancia deben ser eliminados.”

Así, en el ámbito internacional se reconoció la problemática que representaban las transacciones entre partes vinculadas, desarrollándose una metodología uniforme para poder establecer el “valor de mercado” de este tipo de operaciones.

Nuestra legislación se ajustó de manera coherente con lo señalado por la OCDE. En efecto, el 20 de abril del 1996 se publicó el Decreto Legislativo No. 810, que incorporó al artículo 31 de la LIR un cuarto párrafo en cuanto a la determinación del valor de mercado:

“4) Para las transacciones entre empresas vinculadas económicamente, [el valor de mercado será] el que normalmente se obtiene en las operaciones que la empresa realiza con terceros no vinculados, en condiciones iguales o similares; debiendo tenerse en cuenta todos los elementos que sean pertinentes. De no poder determinarse este valor, será el que establezca el mercado.”

Si revisamos la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo No. 810, sin embargo, vemos que no se hace referencia alguna a las Directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia. El legislador, más bien, se limita a comentar lo siguiente:

“El proyecto de Decreto Legislativo sobre el Impuesto a la Renta incluye un artículo referido al tema de empresas vinculadas económicamente. El objetivo del artículo es evitar que las empresas que se encuentran vinculadas económicamente eludan el Impuesto a la Renta. Es frecuente que empresas que pagan su Impuesto a la Renta en base al Impuesto Mínimo sobrefacturen a otras empresas vinculadas para incrementar artificialmente sus gastos deducibles y disminuir así sus gastos deducibles y disminuir así la base imponible para efectos del Impuesto. El proyecto que se presenta establece que en las transacciones entre empresas vinculadas el valor de la operación será el que la empresa realice con terceros con los que no guarda relación de vinculación. De no poder determinarse dicho valor se aplicará el valor de mercado.”

La modificación introducida aquí por el Decreto Legislativo No. 810 es ilustrativa. Tenemos, por un lado, el reconocimiento de que las empresas vinculadas económicamente tienen la posibilidad de asignar recursos fuera de un ámbito de libre competencia, reduciendo así su carga tributaria. Por otro lado, sin embargo, es sorprendente que la norma hace la precisión de distinguir entre “el valor que normalmente se obtiene en las operaciones que la empresa realiza con terceros no vinculados” y “el valor de mercado”, pues señala que, en caso no se pueda determinar el primero, será de aplicación el segundo (utilizando los métodos establecidos en los numerales 1 a 3 del artículo 31 de la LIR).

3.4.3 El valor de mercado de los servicios – la Ley No. 27356

No es sino con la publicación de la Ley No. 27356 que la LIR – para ese entonces, ordenada bajo el Decreto Supremo No. 054-99-EF – establece la posibilidad de realizar el ajuste al valor de mercado de los servicios, e incorpora métodos de precios de transferencia reconocidos por la OCDE para la determinación del “valor de mercado” para efectos tributarios, como el método del precio de costo incrementado o el método del precio de reventa (en el numeral 4 del artículo 32).

Así, a partir del 1 de enero del 2001, el artículo 32 de la LIR precisaba lo siguiente:

“**Artículo 32.-** En los casos de ventas, aportes de bienes y demás transferencias de propiedad a cualquier título, así como prestación de servicios y cualquier otro tipo de transacción, el valor asignado a los bienes, servicios y demás prestaciones, para efectos del Impuesto, será el de mercado. Si el valor asignado difiere del de mercado, sea por sobrevaluación o subvaluación, la SUNAT procederá a ajustarlo tanto para el adquirente como para el transferente.”

[Énfasis agregado]

La razón que brinda el legislador para la inclusión de los servicios en el ámbito de aplicación de una norma que permita ajustar el valor de mercado a la SUNAT para efectos tributarios está en el Diario de los Debates de la Primera Legislatura Ordinaria del año 2000. Al respecto, el congresista Joy Way se limita a comentar lo siguiente:

“También se ha legislado sobre cómo establecer los valores de mercado para evitar sobrevalorizaciones y subvaluaciones, que son formas de reducir la base imponible [...]. Aquí está incluido el tema de los servicios, porque hay muchos estudios de abogados o consultorías que ponen como costo por servicios 100 nuevos soles la hora cuando en realidad están cobrando 200 dólares la hora. Entonces, eso también se está limitando.”

La explicación, consideramos, es manifiestamente insuficiente, y no brinda un sustento técnico – siquiera uno jurídico – para incluir a los servicios dentro del ámbito de aplicación del artículo 32 de la LIR. Una cuestión que no resuelve la modificación introducida por el legislador, desde luego, es la forma en que se determinará el valor de mercado de los servicios entre partes no vinculadas (la cual se determinaría mediante Decreto Supremo), toda vez que los numerales 1 al 3 del artículo 32 solamente estaban referidos a supuestos de enajenación de bienes (existencias, valores mobiliarios y bienes del activo fijo, respectivamente),

Ello resulta inclusive más llamativo cuando notamos que en las Directrices de la OCDE de 1995, en su capítulo II, incluyen comentarios en cuanto a la problemática vinculada a los servicios entre partes vinculadas, habiendo reconocido – ya desde el año 1979 en sus reportes de transacciones intragrupo – la problemática que dichas situaciones representaban para la tributación internacional.

En este punto, podemos ver que el legislador había reconocido la importancia de la determinación del valor de mercado para efectos tributarios – sea desde una perspectiva de recaudación o una optimización de los de la capacidad contributiva y equidad en materia tributaria – pero no había incorporado a total cabalidad las normas de precios de transferencia en los términos que la OCDE sugería, sin siquiera referenciar a dicho Organismo en las explicaciones que daba el legislador para este tipo de normas. Un ejemplo de ello es el Memorándum No. 937-2003 de la SUNAT, en el cual precisó que, a pesar de que el método del margen neto transaccional se encontraba aceptado para efectos de los precios de transferencia por parte de la OCDE para determinar el “valor de mercado” de una transacción, la aplicación de dicho método “*no contaría con amparo legal, por lo que se estaría incurriendo en una causal de nulidad*”.

3.4.4 La introducción del artículo 32-A de la LIR y su relación con el artículo 26

Con fecha 23 de diciembre del 2003, se publicó en el diario oficial El Peruano el Decreto Legislativo No. 945, que introdujo sustanciales modificaciones a la LIR – vigentes a partir del 1 de enero del 2004 – entre las cuales se encontraba el artículo 32-A. Dicho artículo 32-A incluía, finalmente, las normas de precios de transferencia, aplicando métodos previstos de manera explícita por la OCDE en sus Directrices, como lo eran el precio comparable no controlado, el precio de reventa, el costo no incrementado, la partición de utilidades, entre otros.

¿Qué explicación brindó el legislador para esta incorporación? En la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo No. 945 se referenció, entre otros, que las normas de transferencia únicamente hacían referencia al concepto de “vinculación económica”, ignorando otros tipos de vinculación. Ahora bien, dicha norma también modificó el artículo 26 de la LIR, el cual – conforme hemos señalado – contenía una regla de imputación de rentas en el caso de préstamos.

La precisión establecida en el último párrafo del artículo 26 de la LIR en cuanto a que “*Las disposiciones señaladas en los párrafos precedentes serán de aplicación en aquellos casos en los que no exista vinculación entre las partes intervinientes en la operación de préstamo*” y que “*De verificarse tal vinculación, será de aplicación lo dispuesto por el numeral 4) del Artículo 32 de esta Ley*” es explicada por el legislador en los siguientes términos:

“El último párrafo del artículo 26° [tiene] la finalidad de señalar que la presunción en él establecida sólo es aplicable a las operaciones de préstamo entre partes independientes.”

La remisión del artículo 26 de la LIR al artículo 32 es de por sí problemática. En efecto, mientras que el artículo 32, numeral 4 de la LIR contemplaba la aplicación de las normas de precios de transferencia para determinar el valor de mercado para todas las transacciones entre partes vinculadas y aquellas que se realicen desde, hacia o a través de territorios de baja o nula imposición, el artículo 26 de la LIR únicamente realizaba una remisión respecto del primer supuesto. La norma, entonces, no brindaba claridad alguna sobre qué artículo primaría para los préstamos que se realicen desde, hacia o a través de territorios de baja o nula imposición²¹

Por otra parte, de la explicación brindada por el legislador respecto del último párrafo del artículo 26 de la LIR (en su Exposición de Motivos), pareciera ser que la regla de imputación contenida en dicha norma respecto de los préstamos gratuitos no es aplicable a las transacciones entre partes vinculadas.

3.4.5 El problema con los servicios “gratuitos” en el artículo 32

Sin embargo, existía otro problema con el artículo 32 de la LIR que no sería advertido por el legislador sino hasta la publicación de la Ley No. 28655 (publicada el 29 de diciembre del 2005 y vigente desde el 1 de enero del 2006). En efecto, el artículo 32 de la LIR, con su redacción vigente hasta el 31 de diciembre del 2005, establecía que la SUNAT estaba facultada a ajustar el valor de mercado de las siguientes transacciones:

1. Las ventas, aportes bienes y demás transferencias de propiedad a cualquier título, y;
2. La prestación de servicios y cualquier otro tipo de transacción.

La problemática la identifica – aunque, consideramos, de manera controvertida – Muñoz Salgado, quien considera que, mientras que la LIR habría reconocido que las enajenaciones y transferencias de bienes son susceptibles de generar una renta “ficta” que posteriormente se puede valorizar, ello no ocurre con los “servicios gratuitos” (2016, pág. 165):

“La regla de valor de mercado, de ningún modo, puede *ampliar* los supuestos de renta previstos en la LIR, pues su propósito no es ése. En ese sentido, el valor de mercado no implica la creación de una renta presunta, *renta ficta* ni una *renta imputada*.”

²¹ En este caso, defendemos la prevalencia del artículo 32-A de la LIR sobre el artículo 26, en tanto el primero se refiere a una operación específica que no ha sido distinguida como tal en el artículo 26.

Por supuesto, que utiliza una ficción, pero como instrumento para la mensuración. Ella asigna, allí donde las partes consideran que no existe renta alguna, un rendimiento que debe engrosar la base imponible del IR.

No obstante, ello solo ocurre, en tanto y en cuanto, previamente exista una renta que valorizar.

[...]

Actualmente, existen diversos pronunciamientos de la SUNAT sobre la aplicación de las normas de valor de mercado (incluyendo la de precios de transferencia) a operaciones gratuitas. Consideramos que esos informes contienen conclusiones debatibles que son las siguientes:

1. Han producido opiniones contradictorias y dualidad de criterio.
2. Pueden generar problemas de doble imposición.
3. Conllevan una interpretación extensiva de la LIR lo que no es aceptable en el derecho tributario peruano.”

La tesis central de Muñoz Salgado se sustenta en que la LIR, en su artículo 1, literal c), ha precisado que el Impuesto grava “*otros ingresos que provengan de terceros, establecidos por la Ley*” y que el Reglamento de la LIR incluye dentro de tales ingresos, en su inciso g), a las ganancias provenientes de transferencias a título gratuito que realice un particular a favor de las personas jurídicas. Ello estaría circunscrito para el caso de las empresas, pues la adopción de la teoría de renta que incluye como objeto de gravamen a todos los ingresos provenientes de terceros está limitada a las empresas, según el artículo 3 de la LIR.

De esta forma, sostiene Muñoz Salgado, mientras que es posible argumentar que las transferencias a título gratuito generan una “renta” según lo previsto en el artículo 1 de la LIR, no es posible argumentar lo propio para los servicios a título gratuito, pues no están incluidos dentro del concepto de “renta” en los artículos 1 a 3 de la LIR.

En síntesis, la autora sugiere que, en tanto los servicios a título gratuito no generan una “renta” según lo previsto en la LIR, no es posible aplicar una regla de valoración a los mismos. Según su tesis, no existiría norma en el ordenamiento tributario que impute una renta ficta por los servicios gratuitos, por lo que pretender valorizarlo sin que antes se impute, de manera explícita, la renta contraviene, entre otros, el principio de reserva de ley en materia tributaria.

Nótese que en este caso Muñoz Salgado mantiene dicha postura no solamente hacia el ejercicio 2005, el cual el presente trabajo busca analizar, sino inclusive a partir del ejercicio 2006. En estricto, mientras que al ejercicio 2005 el artículo 32 permitía a la SUNAT valorizar las transferencias a cualquier título y los servicios (lo que podía llevar a interpretar que únicamente eran valorizables los servicios onerosos), a partir de la Ley No. 28655 ello fue modificado, y el artículo 32 estableció que la SUNAT podía valorizar las transferencias y servicios a cualquier título (intentando, de alguna forma, cerrar la discusión que subsistía al ejercicio 2005). No obstante, Muñoz Salgado concluye que, a pesar del cambio en el artículo 32 de la LIR a partir del ejercicio 2005, en tanto los servicios a título gratuito no están contemplados como un supuesto de “renta” en el capítulo I de la LIR (“Ámbito de aplicación”), no es coherente que se permita a la SUNAT imputar una renta ficta en el artículo 32²².

²² El artículo de Muñoz Salgado es ilustrativo para explicar la problemática suscitada por el artículo 32 de la LIR. No obstante, consideramos que concluir que la SUNAT se encontraba imposibilitada de valorizar los servicios a título gratuito porque los artículos 1 a 3 no los incluían dentro del concepto de “renta” resulta, cuando menos, problemático. En efecto, ello nos llevaría a concluir que el artículo 26 de la LIR no puede prever una renta ficta para los préstamos gratuitos ya que los servicios de financiamiento gratuito no se incluyeron en los artículos 1-3 dentro del concepto de “renta”, o que no son aplicables las rentas netas para la aplicación de las retenciones a las

Ahora bien, mientras que la discusión en lo relativo a los servicios a título gratuito guarda relación con el análisis que hemos pretendido realizar en este trabajo, nos queremos enfocar en el caso particular de los servicios de financiamiento a título gratuito entre partes vinculadas. En efecto, siendo que el artículo 26 dispone que su aplicación es a todos los préstamos, es relevante analizar el alcance de dicha imputación para efectos de los servicios de financiamiento gratuitos, especialmente si tomamos en cuenta que: i) es posible interpretar que el artículo 26 de la LIR no es aplicable en su totalidad para los préstamos entre partes vinculadas (ello, posiblemente, se desprende del último párrafo de dicho artículo), y ii) según la interpretación de parte de la doctrina, como Muñoz Salgado, así como el Tribunal Fiscal en su Resolución 02112-5-2019, los servicios gratuitos entre partes vinculadas no estarían sujetos a un ajuste de valor de mercado de la SUNAT pues no generarían “renta ficta” alguna.

Es relevante, en este extremo, analizar ciertas opiniones vertidas por la Administración Tributaria sobre esta materia.

3.4.6 Las opiniones de la Administración Tributaria en cuanto a la controversia

a) Informe No. 055-2003-SUNAT

En este caso, se le consultó a la Administración Tributaria si es que, en virtud al artículo 32 de la LIR, los servicios prestados a título gratuito se encontraban afectos al Impuesto a la Renta.

En efecto, sobre la base de la norma materia de consulta a la SUNAT, el artículo 32 de la LIR precisaba que la SUNAT podía ajustar el valor de mercado de “*ventas, aportes de bienes y demás transferencias de propiedad a cualquier título, así como prestación de servicios y cualquier otro tipo de transacción*”.

La SUNAT, en aquel entonces, reflexionó que cuando la LIR ha querido considerar una renta como gravada, inclusive en el caso de rentas imputadas, “*la misma ha sido incluida expresamente en la norma*”. Ante ello, señala que, si el legislador hubiese querido establecer que los servicios a título gratuito generan renta gravada, lo hubiese hecho de forma expresa, tal como lo hizo respecto de los retiros de bienes previstos en el artículo 31 en ese entonces.

En consecuencia, la conclusión de la SUNAT en su Informe No. 055-2003-SUNAT es la siguiente:

“El prestador de los servicios a título gratuito no se encuentra gravado con el Impuesto a la Renta, por los mismos.”

b) Informe No. 143-2005-SUNAT

personas naturales no domiciliadas por sus rentas de fuente peruana, toda vez que están fijadas en el artículo 76 de la norma, y no así en el capítulo de “rentas netas”. La pregunta que, finalmente, Muñoz Salgado no responde, es qué sustento técnico-constitucional podría haber existido para que la SUNAT esté facultada para valorar los servicios a título oneroso (por más simbólica que sea la onerosidad) y no así los servicios a título gratuito, máxime cuando el artículo 32 refiere a “servicios” y no necesariamente a “servicios a título oneroso”. Consideramos, en este caso, que mientras que el artículo de Muñoz Salgado resulta valioso en cuanto a la síntesis que ofrece de la controversia y los apuntes interpretativos de la autora, la conclusión debe establecerse tomando en cuenta no solamente los preceptos legales tributarios, sino también, y con mayor razón, los preceptos constitucionales.

Mediante la consulta interpuesta a la SUNAT en el Informe No. 143-2005-SUNAT, la duda institucional versó sobre el supuesto del servicio de mantenimiento gratuito prestado por una Empresa Administradoras de Fondos Colectivos a favor de sus asociados y su tratamiento respecto del Impuesto a la Renta y el Impuesto General a las Ventas.

En esta opinión, la SUNAT se limita a insistir las conclusiones vertidas en su Informe No. 055-2003, señalando que, de acuerdo con tal criterio, *“el prestador de los servicios a título gratuito no se encuentra gravado al Impuesto a la Renta por los mismos”*.

c) Informe No. 090-2006-SUNAT

Posteriormente, habiéndose modificado ya la LIR, mediante la Ley No. 28655, para que la redacción del artículo 32 de la norma estableciese una determinación de valor de mercado para los servicios y cualquier otro tipo de prestación *“a cualquier título”*, evitando la posible interpretación de que los servicios a título gratuito estaban excluidos de la norma, se le consultó a la SUNAT por este tema.

En efecto, la consulta estuvo directamente fijada en cuanto a si el artículo 32 de la LIR era aplicable para ajustar el valor de mercado de los servicios a título oneroso y gratuito, o si únicamente era aplicable para los servicios a título oneroso.

La SUNAT se basó en la literalidad de la norma (el enunciado *“a cualquier título”* es aplicable a todas las prestaciones señaladas en la norma, incluyendo los servicios) y en la Exposición de Motivos de la Ley No. 28655²³ para concluir, en este caso, que los servicios a título gratuito están sujetos a los ajustes de valor de mercado previstos en el artículo 32 por lo menos a partir del ejercicio 2006.

En ese sentido, la conclusión de la SUNAT en su Informe No. 090-2006-SUNAT es la siguiente:

“Los servicios a los que se refiere el primer párrafo del artículo 32° del TUO de la Ley del Impuesto a la Renta comprenden tanto a aquellos realizados a título oneroso, como a aquellos realizados a título gratuito por empresas, los cuales deberán ser ajustados al valor de mercado para efecto del Impuesto a la Renta.”

De esto último es posible inferir que, en tanto la SUNAT sustenta su posición en la literalidad del artículo 32 de la LIR y la Exposición de Motivos No. 28655, recién incorporadas en nuestro ordenamiento jurídico a partir del ejercicio 2006, la Administración consideró que al ejercicio 2005 no era posible aplicar las normas de valor de mercado previstas en el artículo 32 a los servicios a título gratuito.

Ante ello, procedemos, en el siguiente acápite, a ofrecer nuestros comentarios sobre la materia controvertida.

3.5 Nuestra posición: ¿era posible aplicar las normas valorativas del artículo 32 de la LIR a los préstamos entre partes vinculadas al ejercicio 2005, antes de que dicha norma extendiese su aplicación a los “servicios [...] a cualquier título”?

²³ Al respecto, en dicha Exposición de Motivos el legislador señaló como fundamento de la modificación del artículo 32 que bajo la redacción previa era posible interpretar que los ajustes de valor de mercado no alcanzaban a los servicios gratuitos.

A efectos de poder ofrecer un análisis coherente y organizado respecto de la controversia, nos enfocamos dos posibles interpretaciones particulares respecto del problema jurídico principal aquí expuesto. Dichas interpretaciones, respecto de la normativa aplicable al ejercicio 2005, son las siguientes:

1. No era posible aplicar las reglas de valoración del artículo 32 de la LIR a los préstamos gratuitos entre partes vinculadas, toda vez que el artículo 32 no contenía una regla de imputación ficta para los servicios a título gratuito (posición de Muñoz Salgado y el Tribunal Fiscal en su Resolución No. 02112-5-2019).
2. Era posible aplicar las reglas de valoración del artículo 32 de la LIR a los préstamos gratuitos entre partes vinculadas, toda vez que el artículo 26 de la LIR contenía una imputación de renta ficta para todos los préstamos, y no era necesario que el artículo 32 prevea dicha imputación (posición del voto singular de la vocal Márquez Pacheco en la RTF No. 02112-5-2019).

Nuestros comentarios sobre dichas interpretaciones se encuentran a continuación:

3.5.1 Primera interpretación posible: no era posible aplicar las reglas de valoración del artículo 32 a los préstamos gratuitos entre partes vinculadas, pues no contenía una imputación de renta ficta para servicios a título gratuito

Esta primera interpretación encuentra su resumen nítido de la siguiente manera: en tanto al ejercicio 2005 el artículo 32 no era aplicable a los servicios a título gratuito, pues no imputaba una “renta ficta” por aquellos, no era aplicable – en consecuencia – a los servicios de financiamiento gratuito entre partes vinculadas.

Esta es la postura del Tribunal Fiscal en su Resolución No. 02112-5-2019, la cual da origen a este trabajo. En ella, el Tribunal hace la siguiente precisión:

“Que en ese sentido, por los ejercicios 2004 y 2005 el artículo 32° de la Ley del Impuesto a la Renta, con la modificación efectuada a través del Decreto Legislativo No. 945, establecía una regla del valor de mercado aplicable a los casos de transferencia de bienes a cualquier título, es decir, sin importar que ésta se realizara a título oneroso o a título gratuito, siendo que para el caso de la prestación de servicios, incluidos los servicios de financiamiento y cualquier otro tipo de transacción, al no indicarse la expresión “a cualquier título” solo podía entenderse aplicable a operaciones a título oneroso.

[...]

Que de acuerdo a lo expuesto, en el presente caso no correspondía que la Administración en el ejercicio 2005 aplicara la regla de valor de mercado prevista en los artículos 32 y 32-A de la Ley del Impuesto a la Renta, para el caso de la operación de financiamiento realizada por la recurrente con su empresa vinculada no domiciliada en la cual no se había pactado el pago de intereses, toda vez que en dicho ejercicio no se contemplaba en el ámbito de aplicación de dicha regla el supuesto de la prestación de servicios a título gratuito.”

El Tribunal Fiscal arriba a dicha conclusión atendiendo a la literalidad de la norma en manera similar al citado Informe No. 055-2003-SUNAT. Mientras que para el caso de transferencias el legislador sí había previsto que las normas de valor de mercado aplicaban para las transacciones de ese tipo “a cualquier título” (es decir, a título oneroso y a título gratuito), únicamente se había limitado a precisar su aplicación a “servicios”, sin precisar que estos incluían los servicios a título gratuito.

Adicionalmente, el Tribunal se refiere a la Exposición de Motivos de la Ley No. 28655. Conforme hemos explicado en este trabajo, la Ley No. 28655 modificó el artículo 32 de la LIR para que el enunciado “a cualquier título” no esté limitado en su calificación a las transferencias de bienes, sino a todas las transacciones. La modificación se hizo en el siguiente sentido:

Artículo 32 de la LIR antes de su modificación por la Ley No. 28655	Artículo 32 de la LIR después de su modificación por la Ley No. 28655
<p>En los casos de ventas, aportes de bienes y demás transferencias de propiedad a cualquier título, así como prestación de servicios y cualquier otro tipo de transacción, el valor asignado a los bienes, servicios y demás prestaciones, para efectos del Impuesto, será el de mercado. Si el valor asignado difiere del de mercado, sea por sobrevaluación o subvaluación, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT procederá a ajustarlo tanto para el adquirente como para el transferente.</p>	<p>En los casos de ventas, aportes de bienes y demás transferencias de propiedad, de prestación de servicios y cualquier otro tipo de transacción a cualquier título, el valor asignado a los bienes, servicios y demás prestaciones, para efectos del Impuesto, será el de mercado. Si el valor asignado difiere al de mercado, sea por sobrevaluación o subvaluación, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT procederá a ajustarlo tanto para el adquirente como para el transferente.</p>

Sobre el particular, el legislador explicó dicha modificación en su Exposición de Motivos en los siguientes términos:

“De la redacción del primer párrafo del artículo 32 de la LIR fluye que actualmente se ajusten a valor de mercado las transacciones de bienes a cualquier título (oneroso o gratuito) así como las prestaciones de servicios. Sin embargo, en este último caso teniendo en cuenta que la norma no ha indicado que el ajuste se efectúa cuando el servicio se hubiese prestado a cualquier título, se puede llegar a concluir que sólo se ajusta cuando ha sido prestado a título oneroso.”

Tal conclusión conlleva a los siguientes problemas: (i) No existe una diferencia sustancial entre un servicio prestado a título gratuito y otro por el que se cobra un importe simbólico; no obstante, de acuerdo con la normatividad vigente, sólo podría ajustarse el último; y, (ii) No existe razón técnica que sustente el tratamiento diferenciado entre la transferencia de un bien y la prestación de un servicio, ambos realizados a título gratuito.

[...]

Por las razones expuestas, se propone:

(i) Establecer la obligación de ajustar a valor de mercado la prestación de servicios aun cuando se hubiese efectuado a título gratuito [...].”

De esta forma, el Tribunal Fiscal parece entender que en tanto el artículo 32 – sea por la literalidad de la norma o la explicación que ofreció el legislador para un cambio posterior – no incluía a los “servicios a título gratuito”, no era posible aplicarla a un préstamo gratuito entre partes vinculadas como pretendió la SUNAT en el caso controvertido en la RTF No. 02112-5-2019.

Quien adopta una posición similar a la del Tribunal Fiscal en la jurisprudencia citada es la autora Muñoz Salgado. En un primer artículo publicado sobre la materia en el 2016 [*Impacto de las normas de precios de transferencia a las operaciones gratuitas entre empresas del mismo grupo económico*], la autora analiza la posibilidad de aplicar las reglas de valoración del artículo 32 a los servicios a título gratuito en general (i.e. no específicamente a los préstamos gratuitos) entre partes vinculadas.

Haciendo hincapié en que el análisis realizado por Muñoz Salgado se refiere al artículo 32 de la LIR en sus términos modificados (es decir, donde el término “a cualquier título” aplicaría también para los servicios), consideramos que sus reflexiones son valiosas. Véase, por ejemplo, que la autora precisa que si el legislador no ha incluido en los artículos 1 al 5 de la LIR, que están en el capítulo denominado “Del ámbito de aplicación”, a los servicios a título gratuito como supuestos generadores de una renta imputada, no es coherente que así lo haga en su artículo 32 (2016, págs. 164-165):

“Los artículos que desarrollan la regla de valor de mercado aplicable en el Perú se encuentran contenidos en el “Capítulo V – De la Renta Bruta” de la LIR y están dirigidos a valorizar aquellos elementos que son útiles para hallar tal renta bruta.

Siendo consecuentes con este entendimiento, no tendría sentido alguno que el legislador desarrolle en el capítulo I de la LIR, con específico detalle, las rentas que se gravarán con el impuesto para que luego, en un capítulo V completamente ajeno, agregue un supuesto adicional, como pretende sostener los informes de SUNAT.

[...]

La regla de valor de mercado, de ningún modo, puede *ampliar* los supuestos de renta previstos en la LIR, pues su propósito no es ése. En ese sentido, el valor de mercado no implica la creación de una renta presunta, renta ficta ni renta imputada.”

Para Muñoz Salgado, en aquella primera posición, el artículo 32 – incluso cuando señalaba que era aplicable para los “servicios [...] a cualquier título” – no podía imputar renta ficta alguna, por lo que – naturalmente – no era aplicable a aquello que no era “renta”. Para poder valorizar una renta, la misma debe ser reconocida como tal por la LIR, y los servicios a título gratuito, según la autora, no estarían considerados como “renta” para la norma.

La conclusión de Muñoz Salgado es, desde luego, aplicable también para el ejercicio 2005. Si es que la autora considera que no era posible aplicar las normas del artículo 32 a los servicios a título gratuito a pesar de que la norma es explícita en cuanto a ello, con mayor razón considerará que no era posible aplicarlas cuando la norma no era explícita sobre la materia (i.e. el artículo 32 antes de ser modificado de la Ley No. 28655 que aplicaba a los “servicios”).

Posteriormente, Muñoz Salgado publicó en el 2020 un artículo sobre el caso particular de los préstamos gratuitos entre partes vinculadas. En dicha ocasión, la autora concluyó – en virtud de la modificación introducida por la Ley No. 28655 al artículo 32 – que al ejercicio 2005 no eran aplicables las normas de precios de transferencia a los préstamos gratuitos entre partes vinculadas, pues los servicios gratuitos, bajo ningún concepto, generaban “renta” para efectos del Impuesto (Muñoz Salgado, 2020, pág. 353).

Por su parte, en cuanto a la relación del artículo 26 de la LIR con el artículo 32, Muñoz Salgado precisa que “*el artículo 32 de la LIR se mantenía inaplicable a servicios gratuitos, por lo que la norma de valor de mercado, así como la de precios de transferencia carecían de efecto para valorizar estas operaciones*”. Ante ello, al ofrecer el artículo 26 de la LIR una prueba en contrario a la presunción contenida en él (los libros contables del deudor), la norma no permitiría aplicar plenamente la valoración a los préstamos gratuitos entre partes vinculadas (Muñoz Salgado, 2020, págs. 351-352).

Las reflexiones ofrecidas por el Tribunal Fiscal en su RTF No. 02112-5-2019 y Muñoz Salgado son, en sus propios términos, valiosas. Es llamativo que la autora haya ofrecido mayor sustento para arribar a su conclusión que el órgano resolutor en materia tributaria, el cual se limitó a reiterar la literalidad de la norma y citar la Exposición de Motivos de la Ley No. 28655.

Tanto el Tribunal Fiscal como Muñoz Salgado consideran, en este caso, que al ejercicio 2005 no era posible aplicar una regla de valoración prevista en el artículo 32 de la LIR a los préstamos gratuitos entre partes vinculadas. Esta conclusión, sin embargo, no resulta satisfactoria por las razones que explicamos a continuación.

En primer lugar, tanto en el análisis de Muñoz Salgado como el del Tribunal Fiscal, la Exposición de Motivos No. 28655 juega un rol crucial. En efecto, al hacer referencia a la Exposición de Motivos de la norma que modificó el artículo 32 de la LIR a partir del ejercicio 2006, tanto la autora como el órgano

resolutor interpretan que ello significa que los servicios a título gratuito estaban excluidos del ámbito de aplicación de las normas valorativas del artículo 32.

Nótese, sin embargo, que en ningún caso el legislador ha sido concluyente en cuanto a la posibilidad de ajustar a valor de mercado los servicios a título gratuito según el artículo 32 de la LIR. En el citado Dictamen se propone establecer expresamente dicha posibilidad, lo que no conlleva, necesariamente, que dicha posibilidad no haya podido ser inferida de la norma previamente según una lectura teleológica.

Por otra parte, en la citada Exposición de Motivos el legislador reconoció que de la lectura del artículo 32 de la LIR se puede llegar a concluir que no es posible ajustar a valor de mercado los servicios a título gratuito, sin que ello implique que se debe llegar a dicha conclusión. Desde luego, una lectura restrictiva y literal de la norma nos llevaría a entender que, mientras que para el caso de transferencia de bienes es posible ajustar el valor de mercado de las operaciones a “cualquier título”, la ausencia de tal frase para el caso de servicios implica que únicamente están dentro del ámbito de aplicación los servicios a título oneroso.

No obstante, mientras que aquella es una de las posibles lecturas del artículo 32 en su redacción previa al ejercicio 2006, no es la única, ni mucho menos la que mejor compatibiliza el significado de la norma con los preceptos constitucionales. Efectivamente, si reconocemos que la imputación de rentas fictas guarda una estrecha relación con los principios de capacidad contributiva y equidad, la optimización de dichos principios en la lectura de la disposición normativa nos debe llevar a concluir que los servicios a título gratuito también son susceptibles de generar rentas fictas, pues la distinción entre las transferencias de bienes y servicios sería arbitraria e inconstitucional.

Ahora bien, el caso particular que nos enfrenta es el de los servicios de financiamiento a título gratuito (i.e. los préstamos) entre partes vinculadas. En efecto, mientras que es altamente discutible que el artículo 32 de la LIR, al ejercicio 2005, no permitía el ajuste de valor de mercado de los servicios a título gratuito (conforme lo señaló Muñoz Salgado en su artículo en el 2016), sostenemos que en el caso de préstamos a título gratuito esta posibilidad estaba fijada justamente por el artículo 26 de la LIR.

Y es que, en efecto, conforme hemos citado previamente, el artículo 26 de la LIR, al ejercicio 2005, contenía dos reglas tributarias:

1. Una regla de renta presunta, valorizando los préstamos otorgados con un interés menor a la TAMN; y
2. Una regla de renta ficta, imputando una renta no existente en el ámbito prejurídico, y valorizando los préstamos otorgados a título gratuito – esto es, sin interés alguno.

Siendo que el artículo 26 de la LIR contiene una regla de imputación de renta ficta, en el caso de los servicios entre partes vinculadas, notamos que el último párrafo de dicho artículo se remite al numeral 4 del artículo 32 para las transacciones entre partes vinculadas:

“Las disposiciones señaladas en los párrafos precedentes serán de aplicación en aquellos casos en los que no exista vinculación entre las partes intervinientes en la operación de préstamo. De verificarse tal vinculación, será de aplicación lo dispuesto por el numeral 4) del Artículo 32 de esta Ley.”

¿Esto quiere decir que la imputación de las rentas fictas en el caso de préstamos gratuitos prevista en el artículo 26 no era aplicable a las transacciones entre partes vinculadas, sino que para tal caso únicamente podemos referirnos a lo admitido por el artículo 32 de la LIR? Muñoz Salgado ofreció comentarios a esta pregunta en un artículo en el año 2020. En efecto, la autora señala que en ese entonces los servicios

de financiamiento gratuito entre partes vinculadas no podrían ser valorizados por alguna de las normas previstas en el artículo 32, toda vez que dentro de su alcance no se encontraban los “servicios a cualquier título” (2020, pág. 351).

A mayor abundamiento, incluso en el caso en que el legislador mismo hubiese sido contundente en cuanto a que la norma tributaria no permitía el ajuste a valor de mercado de los servicios a título gratuito antes del ejercicio 2006 (mantenemos que no lo fue), dicha interpretación hubiese sido una interpretación auténtica²⁴, que en lo absoluto agota el debate interpretativo en un Estado Constitucional de Derecho. Sobre ello, por ejemplo, Durán y Mejía Acosta (2017, pág. 4):

“[...] Se cae en error interpretativo cuando citamos tales “Exposiciones de Motivos” para sustentar opiniones definitivas, mucho más en resoluciones o sentencias de instituciones que resuelven controversias en materia tributaria.

En segundo lugar, si estuviéramos ante una verdadera Exposición de Motivos (cuando menos publicada oficialmente y que se refiera expresamente a la ley promulgada), habría el riesgo de dar por “verdad dicha” y última palabra lo indicado en estos documentos que reflejan la voluntad del legislador. Ese es otro error. En efecto, la interpretación de la norma tributaria no se agota, bajo ningún concepto, con lo dicho por el legislador, ya que los demás métodos de interpretación pueden darle mejor sentido (hasta correctivo) y/o reconocimiento de validación constitucional a efectos de cumplir y fiscalizar lo normado.”

Por el contrario, reconociendo que en el Estado Constitucional de Derecho la interpretación de las normas de asimilar su significado a aquél que guarde mejor relación con los principios constitucionales, consideramos que el principio de reserva de ley en materia tributaria puede ser relativizado, ante dichos preceptos constitucionales, de tal forma que a pesar de que la ley no establezca de manera explícita la imputación de una renta ficta a los “servicios a título gratuito”, ello se desprenda de la referencia que hace la norma al concepto de “servicios”.

Mientras que consideramos que esta lectura resulta aceptable en el marco del Estado Constitucional de Derecho y los fundamentos técnicos del gravamen sobre las rentas imputadas, consideramos que para sustentar la posición de que el artículo 32 de la LIR no era aplicable a los préstamos entre partes vinculadas debería existir una razón constitucional que justifique el tratamiento diferenciado para los préstamos gratuitos entre no vinculadas.

En efecto, ni el Tribunal Fiscal ni Muñoz Salgado niegan que los préstamos entre partes no vinculadas están sujetas a una imputación de renta ficta en virtud del artículo 26. Y el mismo artículo 26 se refiere a que para efectos de valorizar los préstamos entre partes vinculadas debemos referirnos al artículo 32. ¿Por qué razón constitucional sería posible prever una regla de valoración para préstamos entre partes no vinculadas que cumplen un principio de plena competencia, guiadas por las fuerzas del mercado, pero no así para préstamos gratuitos entre partes vinculadas que no están guiadas por tales fuerzas?

Sobre ello, consideramos que – por el contrario – la posibilidad de imputar una renta ficta está dada por el artículo 26 de la LIR cuando señala que para los efectos del Impuesto se presume “que todo préstamo en dinero, cualquiera sea su denominación, naturaleza o forma o razón, devenga un interés [...]”. Desde luego que la prueba en contrario en ese caso no estará prevista para las transacciones entre partes vinculadas, cuyo valor pactado debe ser enfrentado contra el valor de mercado, pero la ventana que tiene la Administración Tributaria para imputar una ficción jurídica de generación de renta está en el artículo 26 y no en el artículo 32, como sugirieran el Tribunal Fiscal o Muñoz Salgado.

²⁴ Sobre ello, Marcial Rubio: La interpretación auténtica es aquella en que la autoridad que tiene la competencia de dictarla o derogarla realiza sobre la misma norma. (2012, pág. 256)

Ahora bien, en el caso de Muñoz Salgado, el argumento de que no es posible aplicar las normas de valor de mercado a los servicios a título gratuito en general pues no está previsto que dichos servicios generen “renta” también contempla que en los artículos 1-5 (en el capítulo “Del ámbito de aplicación” del Impuesto) no están incluidos los servicios a título gratuito. Dicha lectura de la norma resulta problemática por dos razones que explicamos a continuación.

En primer lugar, asumir que “no tendría sentido alguno que el legislador desarrolle en el capítulo I de la LIR, con específico detalle, las rentas que se gravarán con el impuesto para que luego, en un capítulo V completamente ajeno, agregue un supuesto adicional” ignora que el sentido que se le deben dar a las normas tributarias es un sentido constitucional. De tal manera, si podemos reconocer que el cumplimiento del principio de equidad y capacidad contributiva exigiría que los préstamos gratuitos entre partes no vinculadas conlleven una imputación de renta y una valoración de la misma, entonces la única lectura coherente con dicha conclusión es que ello también es exigible para los préstamos gratuitos entre partes vinculadas, consideración que – bajo nuestro punto de vista – no puede ser soslayada por la técnica legislativa de la ubicación de las normas

En segundo lugar, y en relación con lo señalado en el párrafo previo, pretender que la técnica legislativa introduzca preceptos tributarios en los lugares “correspondientes” según la denominación de los capítulos de la norma nos llevaría a desconocer elementos de nuestra LIR que son pacíficos en la jurisprudencia del Tribunal Fiscal y en la doctrina. Por ejemplo, siguiendo la lógica de Muñoz Salgado en cuanto a que la imputación de rentas no está prevista de manera explícita en el primer capítulo de la LIR, lo cierto es que la misma tampoco está prevista para la cesión gratuita de bienes inmuebles (artículo 23 de la LIR, en el capítulo “De la renta bruta”) o los préstamos gratuitos entre partes no vinculadas (artículo 26 de la LIR, en el capítulo “De la renta bruta”). Otro ejemplo de ello son las rentas netas atribuibles a los no domiciliados por sus rentas de fuente peruana, previstas en el artículo 76 de la LIR (en el capítulo “De los responsables y de las retenciones del Impuesto”) y no así en el capítulo “De la renta neta”.

En consecuencia, consideramos que no resulta atendible señalar que no era posible, al ejercicio 2005, realizar una imputación de renta ficta a los préstamos gratuitos entre partes vinculadas. Por el contrario, dicha posibilidad está explicada a continuación.

3.5.2 Segunda interpretación posible: era posible aplicar las reglas de valoración del artículo 32 de la LIR a los préstamos gratuitos entre partes vinculadas, toda vez que el artículo 26 de la LIR contenía una imputación de renta ficta para todos los préstamos, y no era necesario que el artículo 32 prevea dicha imputación

El artículo 26 de la LIR se remitía al numeral 4 del artículo 32 únicamente en cuanto a su función valorativa, siendo que el artículo 26 contiene una regla de imputación de renta ficta aplicable a los préstamos gratuitos entre partes vinculadas, cuyo “valor de mercado” (y no así su imputación) se determina sobre la base de las normas de los precios de transferencia.

Consideramos que la lectura correcta de la disposición normativa del artículo 26 de la LIR – esto es, la lectura que mejor se adecúe a los principios constitucionales y a la finalidad de la norma – es entender que la misma está imputando una renta ficta en todos los casos de préstamos gratuitos, y se remite al artículo 32 de la LIR para efectos de la valoración. De ahí a que, de manera universal, el texto de la norma refiera que todos los préstamos, salvo prueba en contrario, generarán un interés. Esta lectura, además, es compartida por la vocal Márquez Pacheco en la Resolución No. 02112-5-2019:

“Que de las normas antes expuestas se aprecia que para efectos del Impuesto a la Renta se presume salvo prueba en contrario, que todo préstamo en dinero, sea en moneda nacional o extranjera, cualquiera sea su

denominación, naturaleza o forma o razón devenga un interés independientemente si se hubiera o no fijado tasa de interés o ésta sea menor a la estipulada en el referido artículo 26 o no se haya pactado interés alguno, independientemente si éstos han sido otorgados o no a empresas o partes vinculadas y a cualquier a título al consignarse expresamente en el citado artículo 26 que “todo préstamo en dinero” devenga intereses, puesto que la remisión al numeral 4 del artículo 32 de la ley por el precitado artículo 26, tratándose de vinculadas, únicamente tiene por finalidad regular el valor asignado a tales operaciones a efecto de determinar si hay o no subvaluación o sobrevaluación.”

Si nuestro ordenamiento tributario ha reconocido que la totalidad de préstamos conllevarán la imputación de una rentabilidad en la forma de una renta ficta, salvo prueba en contrario, entonces no existe razón que justifique que tal calificación no sea aplicable para los préstamos entre partes vinculadas.

Los préstamos entre partes vinculadas y partes no vinculadas únicamente tienen un elemento distintivo: los sujetos intervinientes. En razón de la vinculación económica que existe entre las partes, el préstamo exige un mecanismo de valorización específico – las normas de precios de transferencia. ¿Ello cambia la naturaleza del capital prestado, o la presunción de una rentabilidad asociada a ese capital? En lo absoluto. Por el contrario, mientras que es posible argumentar que los mecanismos de valoración para los préstamos entre partes no vinculadas deben ser distintos a aquellos para los préstamos entre partes vinculadas, no es posible argumentar que, si presumimos que los primeros generan una renta ficta sobre el capital, existe una razón técnica para no presumir aquello sobre los segundos.

Esta imputación de rentas asociadas a los préstamos admite una prueba en contrario, pues permite que, a través de los libros de contabilidad del deudor, se determine el valor de los intereses pactados entre las partes. Sin embargo, conforme hemos señalado previamente, en el caso particular de las transacciones entre partes vinculadas, el valor pactado entre las partes debe ser contrastado contra un “valor de mercado” determinado en un contexto de libre competencia.

Así, y en línea con el voto singular de la vocal Márquez Pacheco en la Resolución del Tribunal Fiscal No. 02112-5-2019, consideramos que el artículo 26 de la LIR imputa una renta ficta a los casos de préstamos gratuitos y, para el caso específico de préstamos entre partes vinculadas, se remite al numeral 4 del artículo 32, con la finalidad de aplicar dichos mecanismos de valoración.

En efecto, el artículo 26 es una norma de imputación legal que permite la creación de una ficción tributaria para gravar una renta ficta. La norma, en su último párrafo, exige que en el caso de partes vinculadas no se tomen en cuenta sus propias disposiciones, sino que, por el contrario, se apliquen las disposiciones previstas en el numeral 4 del artículo 32. No obstante, y conforme hemos explicado previamente, el numeral 4 del artículo 32 contiene unas reglas meramente valorativas, en cuanto contiene las reglas de precios de transferencia. El artículo 26 de la LIR no referencia el artículo 32, el cual puede (y, consideramos, debe) ser interpretado como una norma de imputación de renta ficta, sino que referencia a uno de los métodos de valoración de dicho artículo.

Dicha lectura nos llevaría a concluir que el artículo 26 contiene una regla de imputación de renta ficta para los préstamos entre partes no vinculadas, pero que al mismo tiempo la norma niega la posibilidad de imputar renta ficta para los préstamos entre partes vinculadas, lo que no guarda ningún sustento técnico y, por el contrario, permitiría la determinación de préstamos gratuitos entre partes vinculadas que – con mayor razón – no tienen motivación para determinar onerosidad en dichos endeudamientos.

Si es que concordamos con Medrano, en cuanto a que la imputación de rentas en el caso de intereses proviene del reconocimiento del rédito que generan los capitales a lo largo del tiempo, y que las normas de precios de transferencia existen justamente porque – conforme señala la OCDE – las transacciones

entre partes vinculadas deben ser ajustadas a “valor de mercado” pues se celebran en un ámbito fuera del principio de plena competencia, entonces consideramos que la lectura necesaria de los artículos 26 y 32 de la LIR es que es posible ajustar a valor de mercado los préstamos gratuitos entre partes vinculadas, inclusive antes de la entrada en vigencia de la Ley No. 28655.

¿Qué sucede, sin embargo, con las objeciones planteadas por Muñoz Salgado y la RTF No. 02112-5-2019? En primer lugar, conforme hemos señalado en el acápite anterior, objetar que no era posible aplicar las normas de valoración previstas en el artículo 32 a los servicios a título gratuito pues ello habría sido reconocido por el legislador en su Exposición de Motivos de la Ley No. 28655, ignora que las normas deben ser interpretadas a la luz de los principios constitucionales, más allá de la voluntad que pueda plasmar el legislador en sus documentos explicativos.

Por otra parte, el artículo 26 es lo suficientemente explícito como para entender que se ha cumplido con el principio de reserva de ley relativo en materia tributaria, al señalar que todos los préstamos devengan intereses, lo que permite asimilar que existe una imputación de renta ficta respecto de la rentabilidad que, se presume, generaría el capital prestado.

Si es que atendemos a que el concepto de tributo y la determinación de la obligación tributaria deben ser interpretados a la luz de los preceptos constitucionales, la interpretación coherente de los artículos 26 y 32, según nuestro entendimiento, es unívoca; en tanto no existe razón técnica constitucional para ofrecer un tratamiento distinto a los préstamos gratuitos entre terceros y partes vinculadas, la imputación de una renta ficta (a través del primer párrafo del artículo 26) y su posterior valoración (a través del artículo 32 y 32-A de la LIR) se encontraba habilitada durante el ejercicio 2005.

Nuestra postura, la cual difiere de la adoptada por el Tribunal Fiscal en su Resolución No. 02112-5-2019 y la autora Muñoz Salgado, no se enmarca únicamente en la literalidad de las normas aquí revisadas (que, creemos, ofrecen una interpretación que permita ajustar a valor de mercado los servicios de financiamiento gratuito entre partes vinculadas en el ejercicio 2005), sino que consideramos que ante dicha posible interpretación, el Estado Constitucional de Derecho nos obliga a adoptarla en tanto sea la que mejor maximice los preceptos constitucionales, como el principio de capacidad contributiva y el deber de contribuir en materia tributaria. Disputamos, finalmente, que la norma tributaria en dicho Estado Constitucional deba ser explícita a un nivel exhaustivo, lectura que pertenece a un momento previo en la historia de los ordenamientos jurídicos (un Estado de Derecho), y sostenemos que esta evolución constitucional del concepto del tributo debe ser reconocida tanto a nivel jurisprudencial como doctrinario.

4. Conclusiones

Conforme a lo desarrollado en el presente informe, nuestras conclusiones en cuanto a la materia controvertida son las siguientes:

1. El ordenamiento tributario constitucional peruano reconoce una reserva de ley relativa, exigiendo que los elementos esenciales del tributo estén fijados por una norma de rango legal. En ese sentido, nuestra Ley del Impuesto a la Renta dispone la posibilidad de imputar rentas a los contribuyentes, siempre que sea la misma Ley la que fije dichos supuestos de imputación. Interpretar que la delimitación de imputaciones de renta únicamente puede realizarse en los artículos 1 a 3 de la LIR implicaría desconocer la constitucionalización del derecho tributario, en cuanto a que las normas deben ser interpretadas según la optimización de los principios constitucionales, entre los cuales se encuentran el principio de capacidad contributiva y el deber de contribuir.

2. Las reglas de imputación de renta guardan estrecha relación con los principios de capacidad contributiva y el deber de contribuir, toda vez que en ciertos casos (por ejemplo, la cesión de bienes inmuebles o el préstamo de un capital) el rendimiento de tales transacciones es tan evidente que resulta indispensable gravarlos según el valor monetario atribuido a aquellos. Por ende, una visión de un sistema tributario justo y equitativo debe contemplar la imputación de rentas en tales casos.
3. Las formas de imputación de renta pueden variar en cuanto a la aplicación de presunciones respecto de su valor, o la aplicación de ficciones en respecto de su generación. La diferencia entre ambas está en que una renta presunta ajusta la renta preexistente a un valor determinado, mientras que la renta ficta imputa una renta que no preexiste y determinar su valor sobre el cual se aplicará el gravamen. Ambas formas de imputación de rentas deben guardar coherencia en el sistema tributario.
4. El artículo 26 de la LIR contiene tanto una regla de valoración de rentas como una regla de imputación, vinculadas al otorgamiento de préstamos, las cuales se sustentan en el rendimiento asociado a los capitales por su colocación o entrega en calidad de préstamo. La regla de valoración se manifiesta cuando se pacta un préstamo con intereses por debajo de la TAMN, mientras que la regla de imputación se manifiesta cuando se pacta un préstamo sin intereses.
5. El artículo 32 de la LIR, al ejercicio 2005 (esto es, previa su modificación por la Ley No. 28655, contemplaba el ajuste de valor de mercado aplicable a las ventas, enajenaciones y transferencias de propiedad a cualquier título, y a los servicios. Ello conllevó a que el Tribunal Fiscal y parte de la doctrina interpretasen que previo a dicha modificación no era posible ajustar al valor de mercado los servicios a título gratuito. Dicha interpretación debe ser reconciliada con la constitucionalización del derecho tributario, siendo que no existían – ni existen – razones técnicas ni constitucionales para aseverar tal conclusión.
6. En el caso particular de los servicios de financiamiento a título gratuito – esto es, los préstamos sin intereses – celebrados entre partes vinculadas, es indispensable notar que el artículo 26 de la LIR ya contiene la imputación de una renta ficta para los préstamos gratuitos. En ese contexto, la lectura correcta en términos constitucionales del último párrafo de dicho artículo debe entenderse en cuanto a que el artículo 26 imputa una renta ficta a los préstamos gratuitos, y para la valorización de esta última se remite al numeral 4 del artículo 32 de la LIR, que contiene la remisión a las normas de precios de transferencia.
7. Una interpretación contraria implicaría concluir, sin sustento técnico y desafiando los principios de capacidad contributiva y el deber de contribuir, así como el concepto de valor de mercado para transacciones entre partes vinculadas, que los préstamos gratuitos entre partes no vinculadas eran susceptibles de imputación de una renta ficta y una valorización equivalente a la TAMN en el ejercicio 2005, y que los préstamos gratuitos entre partes vinculadas no eran susceptibles de tal imputación.

5. Bibliografía

- Acemoglu, D., & Robinson, J. (2012). *Economic Origins of Dictatorship and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Aguiló Regla, J. (2019). En defensa del Estado Constitucional de Derecho. *Cuadernos de Filosofía del Derecho No. 42*, 85-100.
- Ataliba, G. (2011). *Hipótesis de Incidencia Tributaria*. Lima: Ara Editores.
- Barbosa, W. (1996). *Impuesto a la Renta - Conceptos, principios y comentarios*. Sao Paulo: Atlas.
- Caliendo, P. (2018). *Derecho Tributario y Análisis Económico del Derecho*. Lima: Griljev.
- Chodorov, F. (1954). *The Income Tax: Root of all Evil*. Nueva York: The Devin-Adair Company.
- De la Casa, F. d. (2012). Los principios de capacidad económica y no confiscatoriedad como límite a la concurrencia de tributos. *Crónica Tributaria, Num. 144*, 149-175.
- Deni, A. (1961). *Studi in onore di A.D. Giannini*. Milán: Giufré.
- Díaz Revorio, F. J. (2003). La interpretación constitucional y la jurisprudencia constitucional. *Quid juris*, 7-38.
- Due, J. (1970). *Análisis Económico de los Impuestos en el cuadro general de las finanzas públicas*. Buenos Aires: El Ateneo Editorial.
- Durán Rojo, L. (2004). La noción del deber constitucional del deber de contribuir. *AELE*, 1-18.
- Durán Rojo, L., & Mejía Acosta, M. (2017). Alcances y límites de la interpretación tributaria: A cuenta de las llamadas Exposiciones de Motivos. *Análisis Tributario No. 348*, 4.
- Escribano, F. (2015). La configuración constitucional del tributo y el Derecho Financiero constitucional. *Enfoque Constitucional de Análisis Tributario*, 8-14.
- Fuisting, B. (1902). *Los impuestos directos en Prusia*. Berlin: Grundzugge der Steuerlehre.
- Gamba Valega, C. (2012). *Principio de reserva de ley de la ley tributaria*. Lima: Griljev.
- García Añoveros, J. J. (2000). *Manual del sistema tributario español*. Madrid: Civitas.
- García Belsunce, H. (1967). *El concepto de Rédito*. Buenos Aires: De Palma.
- García Mullin, R. (1978). *Impuesto sobre la Renta: Teoría y Técnica del Impuesto*. Buenos Aires: CIET: Centro Interamericano de Estudios Tributarios.
- García Toma, V. (2010). *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Lima: Editorial Adrus.
- Goldberg, D. S. (1982). Fair Market Value in the Tax Law: Replacement Value or Liquidation Value. *Faculty Scholarship, No. 1074*, 833-873.
- Haskell, M. A., & Kauffman, J. (1964). Taxation of Imputed Income. *National Tax Journal, Vol. 17, No. 3*, 232-240.
- Hernández Berenguel, J., & Sotelo Castañeda, E. (2009). La informalidad y la tributación: ¿problema del Estado o de los contribuyentes? *Themis - Revista de Derecho No. 57*, 45-67.

- Imedio Olmedo, L. J., Parrado Gallardo, E. M., & Sarrión Gavilán, M. (2005). Equidad horizontal e igual progresión: un enfoque utilitarista. *Revista de Economía Pública No. 174*, 87-115.
- Landa, C. (2013). La constitucionalización del derecho peruano. *Derecho PUCP No. 73*, 13-36.
- Leslie B., S. (1980). Federal Income Tax Consequences of Back-to-Back Loans and Currency Exchanges. *The Tax Lawyer*, 847-880.
- Marsh, D. B. (1943). The Taxation of Imputed Income. *Political Science Quarterly, No. 4*, 514-536.
- Medrano Cornejo, H. (1994). Impuesto Mínimo a la Renta. *Ius et Veritas*, 31-39.
- Muñoz Salgado, S. M. (2016). Impacto de las Normas de Precios de Transferencia a las Operaciones Gratuitas entre Empresas del mismo Grupo Económico. *Ius et Veritas - Temas de Derecho Tributario*, 145-169.
- Muñoz Salgado, S. M. (2020). Aplicación de las normas de precios de transferencia a las operaciones de préstamos gratuitos. *IFA*, 339-359.
- OCDE. (1995). *Directrices para la aplicación de Precios de Transferencia para Empresas Multinacionales y Administraciones Tributarias*. Paris: OECD Publishing.
- Perry Fleischer, M. (2017). Not So Fast: The Hidden Difficulties of Taxing Wealth. *Nomos, Vol. 58, Wealth*, 261-308.
- Pollack, S. (2013). Origins of the Modern Income Tax, 1894-1913. *The Tax Lawyer*, 295-330.
- Rubio Correa, M. (2012). *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Schön, W. (2018). Taxation and Democracy. *Tax Law Review, Volume 72*.
- Sevillano, S. (2016). *Lecciones de Derecho Tributario: Principios Generales y Código Tributario*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Tarsitano, A. (1983). Evolución legal del concepto de rédito. *Derecho Fiscal: Revista quincenal de doctrina, legislación y jurisprudencia sobre las materias tributaria, societaria, laboral y previsional*, 730-740.
- Tipke, K., & Lang, J. (2002). *Steuerrecht (Derecho tributario)*. Koln: O. Schmidt.
- Venegas Álvarez, S. (2007). *Presunciones y ficciones en el impuesto sobre la renta de las personas físicas en México*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

6. Anexos

Para la facilidad de referencia de los miembros del jurado, y en cumplimiento del artículo 90 del Reglamento de la Facultad de Derecho, se adjuntan como anexos las partes más relevantes del expediente:

Anexo A: Primer Contrato de Mutuo entre IMI y Offshore Express, de fecha 29 de enero del 2003

Anexo B: Segundo Contrato de Mutuo entre IMI y Offshore Express, de fecha 1 de marzo del 2004

Anexo C: Resolución del Tribunal Fiscal No. 02112-5-2019



UX IN TENEBRIS LU

ANEXO A

Primer Contrato de Mutuo entre IMI y Offshore Express Inc. – 23 de enero del 2003



FOLIO

MUTUAL CONTRACT FOR MONEY GRANT

Hereby, the **MUTUAL CONTRACT FOR MONEY GRANT** that subscribe **IMI DEL PERU SAC.** with R.U.C. 20441766883, addressed in Edificio PetroPerú S/N in front of parks 33 and 34, Playa Tortuga – Talara, with electronic record number 11020380 of the Mercantile Registry of the Regional Registration Office - Región Grau – Piura, duly represented by its Finance Manager, Daniel Hugo Valdizán Montenegro, identified with DNI N° 03894795, according to Power of Attorney recorded in the certificate N° 00111600 book 0135 of the Legal Entities Registry of Piura, **THE GRANTOR**, and; **OFFSHORE EXPRESS INC.**, duly represented by its General Manager, Harlan Belanger, identified with passport N° 086113404, that further on will be **THE GRANTEE**; under the following terms and conditions:

ANTECEDENTS:

- 1.1. **THE GRANTOR** is a legal person of private right, constituted under the regime of the Closed Joint-Stock company, whose main social object is to render services of marine transport, operation of boats and other activities related to the petroleum industry, and in attention to the commercial relations held with **THE GRANTEE**, is interested in granting an amount of money that **THE GRANTEE** will return in a determined term.
- 1.2. **THE GRANTEE** is a foreign company, ship owner of the vessels **THE GRANTOR** charters. **THE GRANTEE** requires a determined amount of money for a project development that **THE GRANTOR** is willing to give as mutuum.

CONTRACT'S OBJECT:

- 2.1 Hereby, **THE GRANTOR**, is committed to give in quality of mutuum, to **THE GRANTEE**, the amount of money of U [REDACTED] 0 (nine hundred one hundred seventy five thousand American Dollars). **THE GRANTEE** is committed to give back to **THE GRANTOR** the amount, with no interests charge, in the agreed form and terms as stated in the following clauses.



PARTIES' OBLIGATIONS:

- 3.1. **THE GRANTOR** is committed to give the total referred amount of money until the date of December 31st, 2003 being able to give in previous form, amounts of money under the charge of the mutuum, not exceeding the delivery limit date.
- 3.2. **THE GRANTEE** is committed to give back the complete amount of money, object of the mutuum, with no interests charge.

3.3. Parties decide that **THE GRANTEE** will give back the amount of money, object of the mutuum, in the same hard currency as received, in cash.

TERM:

- 4.1. Parties agree in determinable term to the present contract, in such sense, **THE GRANTEE's** obligation of returning the money granted, will be obligatory not before six years considered since the date of this document's subscription, but no later than 10 years considered since the date of this document's subscription.
- 4.2. Determination of the term for returning the money granted considered in the precedent condition, is **THE GRANTOR's** faculty, the one which will expressly communicate **THE GRANTEE** via notary letter submitted with 30 days before the due date.

LEGISLATION APPLICABLE AND CONTROVERSIES SOLUTION:

- 5.1. The present contract is subject exclusively to Peruvian State Legislation and Dispositions.
- 5.2. In case discrepancies arise between the subscribing parties, they will be solved cordially and directly by means of conciliation meetings in which all resources available will be used to solve the differences or discrepancies.
- 5.3. All disputes, controversy o reclamation that may arise from the present contract and which has not been solved directly, will be resolved upon any of the parties' request for Arbitration that will be carried out in the city of Lima, in Spanish language and following the rules of the Lima Commerce Chamber.
- 5.4. The party which requested the arbitration must communicate the other party via notary letter, indicating the points in discussion and the referee designated. The other party, within a ten-days term following the receipt of the notary setter, must also designate a referee. If this does not comply with this condition, the referee will be designated by the Arbitration Center of the Lima Commerce Chamber by request of the demanding party. Two designated referees must designate a third one who will lead the tribunal. If there is no agree in this regard, Lima Commerce Chamber will be requested to designate the third one.
- 5.5. The sentence the arbitration tribunal issued will be definitive and inappealable, except for those cases specifically foreseen by Law.



- 5.6. Any sentence issued by the arbitration tribunal will be final and mandatory and could be executed by any Peruvian Tribunal Court.
- 5.7. Expenses incurred in for arbitration concepts will be equally shared by both parties with exception of Attorney's professional fees of each party same that will be charge of each one.

The present contract is subscribed in two copies, in the City of Lima in January 29th, 2003.


IMI DEL PERU SAC


OFFSHORE EXPRESS INC.





ANEXO B

Segundo Contrato de Mutuo entre IMI y Offshore Express Inc. – 1 de marzo del 2004

FOLIO

MUTUAL CONTRACT FOR MONEY GRANT

Hereby, the **MUTUAL CONTRACT FOR MONEY GRANT** that subscribe **IMI DEL PERU SAC.** with R.U.C. 20441766883, addressed in Edificio PetroPerú S/N in front of parks 33 and 34, Playa Tortuga – Talara, with electronic record number 11020380 of the Mercantile Registry of the Regional Registration Office - Región Grau – Piura, duly represented by its Finance Manager, Daniel Hugo Valdizán Montenegro, identified with DNI N° 03894795, according to Power of Attorney recorded in the certificate N° 00111600 book 0135 of the Legal Entities Registry of Piura, **THE GRANTOR**, and; **OFFSHORE EXPRESS INC.**, duly represented by its General Manager, Harlan Belanger, identified with passport N° 086113404, that further on will be **THE GRANTEE**; under the following terms and conditions:

ANTECEDENTS:

- 1.1. **THE GRANTOR** is a legal person of private right, constituted under the regime of the Closed Joint-Stock company, whose main social object is to render services of marine transport, operation of boats and other activities related to the petroleum industry, and in attention to the commercial relations held with **THE GRANTEE**, is interested in granting an amount of money that **THE GRANTEE** will return in a determined term.
- 1.2. **THE GRANTEE** is a foreign company, ship owner of the vessels **THE GRANTOR** charters. **THE GRANTEE** requires a determined amount of money for a project development that **THE GRANTOR** is willing to give as mutuum.

CONTRACT'S OBJECT:

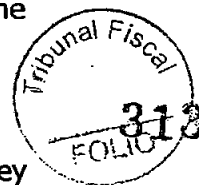
- 2.1 Hereby, **THE GRANTOR**, is committed to give in quality of mutuum, to **THE GRANTEE**, the amount of money of U.S. \$ 11,371,642.96 (eleven million three hundred seventy one thousand six hundred and forty two American Dollars with ninety six cents). **THE GRANTEE** is committed to give back to **THE GRANTOR** the amount in the agreed form and terms as stated in the following clauses.

PARTIES' OBLIGATIONS:

- 3.1. **THE GRANTOR** is committed to give the total referred amount of money until the date of December 31st, 2004 being able to give in previous form, amounts of money under the charge of the mutuum, not exceeding the delivery limit date.
- 3.2. **THE GRANTEE** is committed to give back the complete amount of money, object of the mutuum as per established in the clause 5.1 of the present contract.
- 3.3. Parties decide that **THE GRANTEE** will give back the amount of money, object of the mutuum, in the same hard currency as received, in cash.

INTERESTS CHARGE:

- 4.1. Both parties agree that the present contract has a profit purpose, consequently, **THE GRANTEE** must pay compensatory interests for **THE GRANTOR'S** benefit as per the rate and payment form referred in the following clauses



4.2. By means of the present contract it is agreed that the compensatory interests rate applicable for meeting the above clause's requirements is the Foreign Currency Rate (Tasa Activa en Moneda Extranjera - TAMEX), valid in the payment dates agreed in the condition 4.3 plus an additional percentage of 0.10% over the referential rate.

4.3. Parties agree to set two possible opportunity scenarios for payment compensatory interests that **THE GRANTEE** must meet:

- **Monthly.**- This will be done the last calendar day of each month and it could be deducted from the monthly invoice issued by **THE GRANTEE** to **THE GRANTOR**, by virtue of the commercial relations held between them. The referential rate indicated in the condition 4.2 will be the Foreign Currency Rate (Tasa Activa en Moneda Extranjera - TAMEX) annually applicable to the granted amount.
- **Annually.**- This modality will be done only once a year and will be carried out in December 31st, 2005. The Foreign Currency Rate (Tasa Activa en Moneda Extranjera - TAMEX) valid by such date will be applicable to the total amount granted.

4.4. Parties agree that compensatory interests assumed by **THE GRANTEE** will be charged starting since January 1st, 2005.

TERM:

5.1. Parties agree in determinable term to the present contract, in such sense, **THE GRANTEE's** obligation of returning the money granted, will be obligatory not before six years considered since the date of this document's subscription, but no later than 10 years considered since the date of this document's subscription.

5.2. Determination of the term for returning the money granted considered in the precedent condition, is **THE GRANTOR's** faculty, the one which will expressly communicate **THE GRANTEE** via notary letter submitted with 30 days before the due date.



LEGISLATION APPLICABLE AND CONTROVERSIES SOLUTION:

6.1. The present contract is subject exclusively to Peruvian State Legislation and Dispositions.

6.2. In case discrepancies arise between the subscribing parties, they will be solved cordially and directly by means of conciliation meetings in which all resources available will be used to solve the differences or discrepancies.

6.3. All disputes, controversy o reclamation that may arise from the present contract and which has not been solved directly, will be resolved upon any of the parties' request for Arbitration that will be carried out in the city of Lima, in Spanish language and following the rules of the Lima Commerce Chamber.

6.4. The party which requested the arbitration must communicate the other party via notary letter, indicating the points in discussion and the referee designated. The other party, within a ten-days term following the receipt of the notary setter, must also designate a referee. If this does not comply with this condition, the referee will be designated by the Arbitration Center of the Lima Commerce Chamber by request of the demanding party. Two

designated referees must designate a third one who will lead the tribunal. If there is no agree in this regard, Lima Commerce Chamber will be requested to designate the third one.

- 6.5. The sentence the arbitration tribunal issued will be definitive and inappealable, except for those cases specifically foreseen by Law.
- 6.6. Any sentence issued by the arbitration tribunal will be final and mandatory and could be executed by any Peruvian Tribunal Court.
- 6.7. Expenses incurred in for arbitration concepts will be equally shared by both parties with exception of Attorney's professional fees of each party same that will be charge of each one.

The present contract is subscribed in two copies, in the City of Lima in the 1st day of March 2004.


IMI DEL PERU SAC


OFFSHORE EXPRESS INC.





ANEXO C

Resolución del Tribunal Fiscal No. 02112-5-2019



Tribunal Fiscal

Nº 02112-5-2019

EXPEDIENTE N° : 7587-2010
 INTERESADO : IMI DEL PERÚ S.A.C.
 ASUNTO : Impuesto a la Renta y Multa
 PROCEDENCIA : Piura
 FECHA : Lima, 5 de marzo de 2019

VISTA la apelación interpuesta por IMI DEL PERÚ S.A.C. (R.U.C. N° 20441766883), contra la Resolución de Intendencia N° 085-014-0001380 de 28 de abril de 2010, emitida por la Intendencia Regional Piura de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria - SUNAT, que declaró infundada la reclamación formulada contra la Resolución de Determinación N° 082-003-0002399 y la Resolución de Multa N° 082-002-0002585, giradas por el Impuesto a la Renta de Tercera Categoría del ejercicio gravable 2005 y la infracción tipificada en el numeral 1 del artículo 178° del Código Tributario.

CONSIDERANDO:

Que la recurrente sostiene respecto al reparo por exceso de gasto por concepto de póliza de seguro de embarcaciones que en virtud del Contrato Integral de Servicios Marítimos en el ejercicio 2005 prestó a título oneroso diversos servicios marítimos a la empresa Petro-Tech Peruana S.A. (en adelante Petro-Tech), entre ellos, la operación, mantenimiento y reparación de 22 embarcaciones proporcionadas por dicha empresa que eran utilizadas en actividades de exploración y explotación de hidrocarburos en el Lote Z-2B a cargo de Petro-Tech, por lo que el uso de las embarcaciones operadas se encuentra directamente vinculado con la generación de renta gravada cumpliendo así como con el principio de causalidad.

Que añade que ninguna de las embarcaciones formaba parte de sus activos sino que eran utilizadas en las actividades desarrolladas por Petro-Tech en función al citado contrato, por lo que se desvirtúa el cuestionamiento efectuado por la Administración relacionado con la propiedad de los activos. Agrega que si bien no tenía el título de propietario o arrendador de las embarcaciones, tenía el título de operador de las embarcaciones lo que genera mayores responsabilidades por su uso y potenciales daños que se cause a la propiedad de Petro-Tech o de terceros, teniendo un mayor deber de responder en caso de pérdidas o daños causados, por lo que resulta razonable que cubra dichos riesgos mediante la contratación de seguros, cuyos pagos le originaron un gasto que cumplen con el principio de causalidad al estar destinados a mantener la fuente productora.

Que indica que los gastos incurridos en los seguros contratados a fin de coberturar a las embarcaciones fueron tomados en cuenta como costos operativos para efectos de la fijación de los precios de los servicios marítimos prestados a Petro-Tech durante el ejercicio 2005, habiéndose acreditado mediante la presentación del Estudio Técnico de Precios de Transferencia elaborado por la firma Deloitte & Touche S.R.L. que obtuvo un margen de rentabilidad de 34,57%, que es superior al del mercado, lo que evidencia que pudo trasladar todos los costos y gastos incurridos en sus operaciones a Petro-Tech, lo que acredita que no incurrió en liberalidad alguna.

Que señala que de acuerdo con la Cláusula 5.5 del Contrato Integral de Servicios Marítimos se encontraba obligada a indemnizar a Petro-Tech por cualquier pérdida o daño originado por actos u omisiones que le fueran imputables como operador de las embarcaciones, incluyendo la innavegabilidad total o parcial de éstas, por lo que en caso ocurriese alguna pérdida o daño sobre las mismas o sobre terceros o Petro-Tech, se encontraba obligada a responder por ellas, obligaciones que debían ser aseguradas a satisfacción de Petro-Tech, lo que ocurrió mediante la contratación de las pólizas, por lo que tales desembolsos no califican como una liberalidad, más aun si la cobertura de las pólizas de seguro contratadas incluye no solo la cobertura al casco y maquinaria contenida en las embarcaciones sino que incluye todos los riesgos civiles que ocasionen productos y operaciones comerciales, por lo que considera que tenía la obligación contractual de obtener los seguros por concepto P&I, Hull and Machinery, War Risk, Accident, Robbery y Environment Pollution respecto de la totalidad de las embarcaciones y cita las

[Handwritten signatures and initials]



Tribunal Fiscal

Nº 02112-5-2019

Resoluciones Nº 19437-1-2012 y 20001-1-2012. Alega que interpretar que esta cláusula no contiene la obligación de responder por los bienes de Petro-Tech por el sólo hecho que no se consignó expresamente la obligación de asegurar las embarcaciones constituye una errónea interpretación que restringe el alcance que las partes le quisieron conferir a dicho contrato.

Que afirma que comparte junto con Petro-Tech la interpretación de considerar que la cláusula citada obliga a coberturar todos los riesgos que pudieran ocasionar las embarcaciones operadas, ya sea en terceros o en sí mismas (pérdida o deterioro de las embarcaciones o de los bienes contenidos en éstas), no requiriéndose una cláusula contractual por escrito que literalmente lo precise, ya que no existe norma legal que ordene formalidad alguna sobre dicho tipo de contratos, lo que se corrobora con la cláusula sexta en la que se aprecia que Petro-Tech no tiene la obligación de asegurar las embarcaciones y lo que evidencia que tiene la obligación de restituir la nave en el estado en que la recibió, según se verifica en las actas de entrega de las embarcaciones.

Que indica que tanto en el supuesto que Petro-Tech hubiese contratado o no la póliza, en caso de producirse un siniestro tendría que pagar los daños causados a la Cía. de Seguros o a Petro-Tech, al ser responsable del manejo y mantenimiento de las naves, lo que representaría una gran pérdida económica, por lo que considera que responder por los daños causados producto de la actividad generadora de renta está íntimamente relacionado con el mantenimiento de su fuente productora, por lo que considera que se encontraba obligada contractualmente a asumir el riesgo por el pago de la totalidad de los gastos por seguro.

Que asimismo, señala que según la cláusula 8 de citado contrato se obligó expresamente a asumir el pago del seguro que cubra la responsabilidad por contaminación y por accident, Robbery así como la responsabilidad de manera general por la pérdida, daños y deterioro de las embarcaciones que ocurrieran durante la ejecución del contrato.

Que agrega que de acuerdo a lo señalado en las cláusulas 5.1, 5.10 y 13.1 del referido contrato, al encargarse de la administración y operación de las embarcaciones asumió la posesión de las mismas durante el ejercicio 2005 puesto que asumió el control de la designación del capitán y tripulación, por lo que es responsable de la seguridad y del mantenimiento del buque, esto es la gestión náutica de las embarcaciones y que este Tribunal en las Resoluciones Nº 19437-1-2012 y 20001-1-2012, emitidas en un caso similar, señaló que la deducción del seguro de las embarcaciones correspondía a la empresa que tenga la gestión náutica de la embarcación, lo que ha sucedido en el presente caso.

Que refiere que aun sin previsión contractual y por el simple derecho de las obligaciones previsto en el Código Civil, tendría que responder por los daños ocasionados en el devenir de sus operaciones, al amparo de la responsabilidad extracontractual prevista en los artículos 1969º y 1970º del Código Civil, por lo que resulta razonable que contrate un seguro para reducir el impacto de tales eventualidades generadas en el curso de su actividad productora de renta, lo que evidencia la causalidad del gasto.

Que en cuanto a lo alegado por la Administración respecto que al no ser propietario de las embarcaciones no debía asumir responsabilidades como si se tratara del propietario, señala que el Tribunal en las Resoluciones Nº 05203-4-2008, 11792-2-2008, 01566-5-2006, 00657-1-2007 y 19437-1-2012 se ha pronunciado sobre la posibilidad de deducir gastos vinculados a embarcaciones sobre los que no se ostenta un título de propiedad, admitiendo su deducción cuando se cuente con algún título que permita su explotación, como ocurre en el presente caso.

Que en el supuesto negado que el Tribunal Fiscal estime que no estaba obligada contractualmente a asumir los gastos de póliza de seguro, sí se encontraba obligada legalmente a cumplir con las normas relativas a la protección y conservación del medio ambiente por ser de orden público, las que no sólo la hacen responsable de las acciones de prevención y cuidado del medio ambiente sino de los eventuales daños que pudiera ocasionar con ocasión de la ejecución del contrato, por lo que se encontraba obligada a asumir el pago del seguro denominado Environment Pollution; asimismo, según lo dispuesto por el



Tribunal Fiscal

N° 02112-5-2019

Código de Medio Ambiente y los recursos naturales y la Ley General del Ambiente, tenía la obligación de cumplir con el deber de prevención y asumir los costos vinculados a dicho deber, por lo que era su obligación legal contratar la póliza que permitiera cubrir los potenciales daños al medio ambiente en el transporte de hidrocarburos y que según lo dispuesto en el Reglamento para la Protección Ambiental en las actividades de hidrocarburos y el Reglamento de la Ley de Control y Vigilancia de las actividades Marítimas, Fluviales y Lacustres, en su calidad de operador de embarcaciones y como condición para zarpar, tenía la obligación de contar con un seguro para responder por los daños por contaminación que pudiera causar. A ello debe agregarse que dicha obligación legal se encuentra recogida en la Cláusula 12 del referido contrato cuando señala que se encontraba obligada a contar con un seguro para responder por los daños de contaminación que pudiera causar.

Que en relación con el reparo por omisión de ingresos por intereses no efectuados en préstamos concedidos, indica que en la medida que el artículo 32°-A de la Ley del Impuesto a la Renta, relacionado al establecimiento del valor de mercado para la operaciones entre partes vinculadas, recién se dio mediante el Decreto Legislativo N° 945, disposición que entró en vigencia a partir del 1 de enero de 2004, no debe aplicarse intereses para una operación financiera efectuada con anterioridad a la entrada en vigencia de dicho artículo, puesto que la ley no tiene efecto ni fuerza retroactiva.

Que añade que las normas reglamentarias del artículo 32°-A de la Ley del Impuesto a la Renta recién fueron aprobadas mediante el Decreto Supremo N° 190-2005-EF vigente a partir del ejercicio 2006, por lo que en el ejercicio 2005 no existía norma legal alguna que precisara la forma de cuantificación de la renta ficta proveniente de ajustes de valor generados por la aplicación de las reglas de precios de transferencia, por lo que las normas para medir los ajustes de precios de transferencia no aplican para determinar la renta ficta proveniente de préstamos gratuitos.

Que agrega que los valores impugnados son parcialmente nulos en el extremo referido al reparo por aplicación de las normas de precios de transferencia al encontrarse sustentados en un requerimiento que ha vulnerado el procedimiento de fiscalización legalmente establecido en el Código Tributario. Afirma que la Administración no le ha notificado el requerimiento a que se refiere el numeral 18° del artículo 62° del Código Tributario lo que conlleva a la nulidad parcial del citado procedimiento de fiscalización y, por tanto, la nulidad parcial de los valores impugnados; y agrega que en el supuesto negado que se considere que el Requerimiento N° 0822080000225 cumple con la finalidad prevista en el artículo citado, es preciso anotar que en dicho documento no se le exigió que designara a los representantes que tendrían acceso a los comparables de terceros, así como tampoco se le habría otorgado el plazo de 45 días hábiles para analizar los comparables opuestos por la Administración, ya que para efectuar el descargo se le otorgó un único plazo de 10 días hábiles, además de no haber señalado los motivos por los que la operación de financiamiento utilizada como comparable reunía las condiciones necesarias para ser considerada como tal, lo cual limita el derecho de defensa.

Que considera que la Ley del Impuesto a la Renta no contempla expresamente la existencia de "rentas imputadas" ni de "ajustes de valor" para el caso de colocaciones efectuadas en el exterior que generan rentas de fuente extranjera, en tanto las únicas rentas de fuente extranjera gravadas en dicha ley son "rentas reales", no siendo de aplicación las normas de precios de transferencia las cuales están previstas única y exclusivamente para el caso de rentas de fuente peruana obtenidas por la colocación de capitales en el país por sujetos domiciliados y cita las Resoluciones N° 05578-5-2014 y 05991-5-2014.

Que manifiesta que la Administración ha utilizado como comparable una operación de financiamiento con la empresa Offshore Express Inc. sin tomar en consideración que esta última era a su vez su empresa vinculada, por lo que no resulta un comparable válido, según lo dispuesto en el inciso d) del artículo 32° de la mencionada ley. Además, indica que la Administración no ha tenido en cuenta las características de la operación ni los términos contractuales, conforme lo exige el artículo 32° de la Ley del Impuesto a la Renta.



Tribunal Fiscal

Nº 02112-5-2019

Que en efecto, alega que se ha utilizado como referente "comparable" la tasa de interés de 9,38% correspondiente a una operación con un periodo de financiamiento de 2 años sin verificar que el plazo de devolución de la operación reparada era mayor, por lo que correspondía aplicar una tasa de interés menor; y agrega que dicha tasa ha sido utilizada por la Administración para todo el ejercicio 2005 lo cual tampoco es arreglado a ley, toda vez que en el supuesto negado que el Tribunal Fiscal acepte como válido el Estudio de Precios de Transferencia exhibido durante la fiscalización, correspondía la aplicación de la tasa de interés según el rango intercuartil resultante para cada mes del ejercicio 2005, que en todos los meses fue menor a la tasa de interés de un 9,38%.


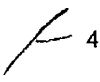

Que indica que la Administración no realizó análisis de comparabilidad válido puesto que procedió a utilizar la tasa de interés de 9,38% como comparable y como valor de mercado con base en las tasas de interés publicadas por la SBS para bancos locales, no obstante, dichas tasas no reflejan una operación en particular, sino que como lo ha manifestado la SBS, en su Oficio N° 40860-2015-SBS, son una media de lo que declaran 8 bancos en el país, refiere que el hecho que sus asesores hayan utilizado erróneamente la tasas promedio publicadas por la SBS en sus estudios de precios de transferencia no convalida ni autoriza la utilización de índices o tasas promedio en la SUNAT, agrega que de acuerdo con diversa jurisprudencia emitida por el Tribunal Fiscal contenida en las Resoluciones N° 14610-8-2013, 19639-8-2011, 07975-4-2014, 11054-2-2014, 06711-8-2014, 05578-5-2014 y 5608-1-2017, para determinar el valor de mercado en aplicación de las normas de precios de transferencia, no basta utilizar "promedios" o "información estadística" sino que la Administración se encuentra obligada a efectuar un análisis de comparabilidad con relación a empresas independientes, utilizando como comparables operaciones concretas que se desarrollen bajo las mismas condiciones y circunstancias.

Que manifiesta que la resolución de multa impugnada ha sido emitida sobre la base de los citados reparos, y teniendo en cuenta que éstos no se encuentran arreglados a ley, procede dejarla sin efecto, y en el supuesto negado que los reparos se confirmen tampoco resultaría de aplicación la sanción de multa puesto que su declaración no puede ser calificada como falsa, ya que el numeral 1 del artículo 178° del Código Tributario no comprende aquellos casos en que los contribuyentes tuvieron una interpretación de la norma distinta a la de la SUNAT, posición que es compartida por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República en el Expediente N° 115-97, al señalar que debe analizarse y evaluarse la intención del contribuyente.

Que indica que este Tribunal al momento de resolver debe tener en cuenta el criterio establecido por el Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 04532-2013-PA/TC, que precisa los alcances de la Sentencia N° 04082-2012-PA/TC en el extremo vinculado al cálculo de los intereses moratorios.

Que la Administración señala en relación con el reparo por exceso de gasto por concepto de póliza de seguro de embarcaciones, que el Contrato Integral de Servicios Marítimos suscrito entre la recurrente y la empresa Petro-Tech no contempla la obligación de la recurrente de contratar y asumir los gastos de un seguro de las embarcaciones que recibe para operación, contemplando solo la obligación de contratar un seguro de sus obligaciones en virtud de la Cláusula 5.5, esto es, un seguro que cubra los riesgos de responsabilidad en razón de actos u omisiones de la recurrente en relación con la ejecución de los servicios a ser prestados en virtud del contrato, por lo que al no existir obligación legal o contractual relacionada a sus actividades, procedió a mantener el reparo.

Que respecto al reparo por omisión de ingresos por intereses no efectuados en préstamos concedidos, refiere que de conformidad con el principio de aplicación inmediata de las normas, el procedimiento de determinación del valor de mercado a que se refiere el artículo 32°A de la Ley del Impuesto a la Renta sobre el préstamo otorgado por la recurrente a su empresa vinculada por el contrato de préstamo sin cobro de intereses, suscrito el 29 de enero de 2003, resulta de aplicación a partir de la modificación de la Ley del Impuesto a la Renta, dispuesta mediante Decreto Legislativo N° 945, vigente a partir del 1 de enero de 2004; en ese sentido, considera que la recurrente debió haber calculado intereses por el citado



Tribunal Fiscal

Nº 02112-5-2019

préstamo respecto del saldo de la deuda existente al 1 de enero de 2004 y que se mantuvo hasta el 31 de diciembre de 2005.

Que mediante Carta de Presentación Nº 070081137400-01 SUNAT¹ (foja 1288) y Requerimientos Nº 0821070000172 (fojas 1226 y 1227), 0822070000322 (fojas 496 a 500), 0822070000745 (fojas 953 a 958) y 0822080000225² (fojas 1219 a 1221) la Administración inició a la recurrente un procedimiento de fiscalización al Impuesto a la Renta de la tercera categoría por los periodos enero a diciembre de 2005.

Que como resultado del citado procedimiento, la Administración reparó, entre otros, el Impuesto a la Renta del ejercicio 2005 por: i) Omisión de ingresos por intereses no efectuados en préstamos concedidos y ii) Exceso de gasto por concepto de póliza de seguro de embarcaciones³.

Que como consecuencia de dichos reparos, la Administración emitió la Resolución de Determinación Nº 082-003-0002399 girada por el Impuesto a la Renta del ejercicio 2005 (fojas 1598 a 1612) y la Resolución de Multa Nº 082-002-0002585 (fojas 1596 y 1597), emitida por la infracción tipificada en el numeral 1 del artículo 178º del Código Tributario, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 135-99-EF.

Que en tal sentido, corresponde evaluar si los mencionados reparos han sido emitidos conforme a ley.

Resolución de Determinación Nº 082-003-0002399

Omisión de ingresos por intereses no efectuados en préstamos concedidos

Que de los Anexos Nº 2 y 4 a la Resolución de Determinación Nº 082-003-0002399 (fojas 1607 a 1609 y 1611), se aprecia que la Administración reparó el Impuesto a la Renta del ejercicio 2005 por omisión de ingresos por intereses no efectuados en préstamos concedidos por el importe de S/ 775 139,00, sustentándose en los Requerimientos Nº 0822070000322 y 0822080000225 y sus resultados y señalando como base legal los artículos 32º y 32ºA del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta aprobado por el Decreto Supremo Nº 179-2004-EF.

Que mediante el punto 7 del Requerimiento Nº 0822070000322, la Administración señaló a la recurrente que había observado movimiento en las cuentas por cobrar diversas relacionadas con préstamos concedidos, por lo que le solicitó que exhibiera los contratos originales de los préstamos otorgados, tanto durante el ejercicio como el correspondiente al saldo inicial, asimismo, debía sustentar documentariamente y con la base legal respectiva, la procedencia u origen del dinero cedido en préstamo, los documentos bancarios de las operaciones efectuadas para la realización de los préstamos (recepción, amortización y cancelación), y la contabilización del préstamo y sus intereses.

Que la recurrente en respuesta a lo solicitado en el mencionado requerimiento, señaló mediante escritos de fechas 22 de junio y 16 de julio de 2007 (fojas 469 a 488) que realizó dos préstamos a la empresa Offshore Express Inc. y que mantenía un saldo al 31 de diciembre de 2005 de cuentas por cobrar diversas de US\$ 13 780 195,87, conformado por: (i) US\$ 2 408 552,91 (equivalente a S/ 8 263 745,03), que representaba el saldo de un préstamo otorgado en el año 2003 a dicha empresa, pactado sin intereses, por la suma de US\$ 9 175 000,00, y (ii) US\$ 11 371 642,96 (equivalente a S/ 39 016 107,04), correspondiente a un préstamo otorgado en el año 2004, pactado con intereses, a la referida entidad.

¹ Notificada mediante acuse de recibo en el domicilio fiscal de la recurrente, habiéndose dejado constancia de los datos de identificación y firma de la persona con quien se entendió la diligencia, de conformidad con lo dispuesto en el inciso a) del artículo 104º del Código Tributario (foja 1288).

² Notificados mediante acuse de recibo en el domicilio fiscal de la recurrente, habiéndose dejado constancia de los datos de identificación y firma de las personas que intervinieron en las diligencias, de conformidad con lo dispuesto en el inciso a) del artículo 104º del Código Tributario (fojas 1226, 500, 959 y 1222).

³ De autos se aprecia que la recurrente no ha cuestionado los reparos por depreciación no aceptada tributariamente y gastos no aceptados tributariamente.

5



Tribunal Fiscal

Nº 02112-5-2019

Que en el punto 7 del resultado del referido requerimiento (foja 496/reverso), la Administración dejó constancia que la recurrente detalló los préstamos otorgados y los saldos pendientes; sin embargo, detectó observaciones que serían comunicadas mediante requerimiento complementario.

Que mediante el punto 1 y el Anexo Nº 1 al Requerimiento Nº 0822080000225⁴ (fojas 1220 y 1221), la Administración señaló a la recurrente que del préstamo otorgado a la empresa Offshore Express Inc. en el año 2003 por el importe de US\$ 9 175 000,00, según contrato de mutuo de 29 de enero de 2003, mantenía un saldo de US\$ 2 408 552,91 (equivalente a S/ 8 263 745,00), con el cual inició y finalizó el ejercicio 2005, el cual no generó algún tipo de interés, por lo que le solicitó que sustentara el no haber cobrado y/o provisionado intereses que debieron ser calculados aplicando la tasa del 9,38% anual, la cual fue utilizada en el cálculo de intereses de otro préstamo otorgado a la empresa Offshore Express Inc. según contrato de mutuo firmado el 1 de marzo de 2004, tasa que incluso se verificaba del Estudio de Precios de Transferencia del ejercicio 2005 presentado por la recurrente.

Que la recurrente en respuesta a lo solicitado en el mencionado requerimiento, presentó el escrito de fecha 27 de marzo de 2008 (fojas 1204 a 1211), señalando que no cobró intereses por el préstamo de US\$ 9 175 000,00 otorgado a la empresa Offshore Express Inc. en cumplimiento a lo estipulado en el contrato de mutuo firmado el 29 de enero de 2003, el cual fue suscrito antes de la entrada en vigencia del artículo 32°-A de la Ley del Impuesto a la Renta, modificado mediante Decreto Legislativo Nº 945, por lo que no resulta aplicable dicha normatividad.

Que según se aprecia del punto 1 y el Anexo Nº 1 al cierre del referido requerimiento (fojas 1217 y 1218), la Administración indicó que si bien el contrato de mutuo fue firmado en fecha anterior a la disposición normativa que especificó el cálculo de intereses para los casos generados entre entidades vinculadas⁵, su aplicación era de observancia obligatoria a partir de su entrada en vigencia, no pudiendo ser desautorizada por un convenio privado entre las partes, toda vez que las leyes únicamente pueden no aplicarse o dejarse de aplicar por mandato de otra ley, por lo tanto, determinó que la recurrente debió haber calculado intereses en el préstamo otorgado el 29 de enero de 2003 a la empresa Offshore Express Inc. respecto del saldo que mantenía al 1 de enero de 2005, monto sobre el cual se calculó intereses según se detalló en el Anexo Nº 2 (foja 1216) donde se aprecia que al saldo del préstamo al 31 de diciembre de 2005 ascendente a S/ 8 263 745,00, se le aplicó la tasa de 9,38%, lo que originó intereses omitidos de S/ 775 139,00.

Que de la revisión del Contrato Mutuo para la Concesión de Dinero (*mutual contract for money grant*) suscrito entre la recurrente y la empresa Offshore Express Inc. el 29 de enero de 2003 (fojas 314 a 316), se aprecia en la Cláusula 1.2 que la recurrente otorgó a la citada empresa un préstamo para el desarrollo de proyectos y de acuerdo con la Cláusula 2.1 el monto otorgado por la recurrente fue de US\$ 9 175 000,00, suma que la empresa Offshore Express Inc. se comprometió a devolver al otorgante sin cargo de intereses.

Que en el caso materia de análisis de manera previa se analizará si correspondía la determinación de intereses por el saldo del préstamo que mantenía la recurrente al 1 de enero de 2005 por aplicación del artículo 32° de la Ley del Impuesto a la Renta aun cuando según contrato de mutuo dicho préstamo fue pactado sin intereses.

Que el artículo 26° del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado por Decreto Supremo Nº 054-99-EF, modificado por el Decreto legislativo Nº 945, disponía que para los efectos del impuesto se presume, salvo prueba en contrario constituida por los libros de contabilidad del deudor, que todo préstamo en dinero, cualquiera que sea su denominación, naturaleza o forma o razón, devenga un interés no inferior a la tasa activa de mercado promedio mensual en moneda nacional (TAMN) que

⁴ Notificado mediante acuse de recibo, de conformidad con lo dispuesto en el inciso a) del artículo 104° del Código Tributario (foja 1222).

⁵ Hecho que ha sido reconocido por la recurrente, y se aprecia del Estudio de Precios de Transferencia (fojas 1040 a 1046).



Tribunal Fiscal

Nº 02112-5-2019

publique la Superintendencia de Banca y Seguros y que regirá dicha presunción aun cuando no se hubiera fijado el tipo de interés, se hubiera estipulado que el préstamo no devengará intereses, o se hubiera convenido en el pago de un interés menor, y tratándose de préstamos en moneda extranjera se presume que devengan un interés no menor a la tasa promedio de depósitos a 6 meses del mercado interbancario de Londres del último semestre calendario del año anterior.

Que agregaba en su último párrafo que las disposiciones señaladas en los párrafos precedentes de dicho artículo serán de aplicación en aquellos casos en los que no exista vinculación entre las partes intervinientes en la operación de préstamo, de lo contrario será de aplicación lo dispuesto por el numeral 4 del artículo 32º de dicha Ley.

Que al respecto, de acuerdo con el artículo 32º de la referida ley, modificado por Decreto Legislativo Nº 945º, en los casos de ventas, aporte de bienes y demás transferencias de propiedad a cualquier título, así como prestación de servicios y cualquier otro tipo de transacción, el valor asignado a los bienes, servicios y demás prestaciones para efecto del impuesto sería el de mercado, añadiendo que si el valor asignado difiere del de mercado, sea por sobrevaluación o subvaluación, la SUNAT procederá a ajustarlo tanto para el adquirente como para el transferente.

Que el artículo 103º de la Constitución Política del Perú, establece que la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo.

Que el artículo 109º de la mencionada constitución, señala que la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo en parte.

Que de acuerdo a los citados artículos, la legislación peruana ha optado por el principio de aplicación inmediata de las normas, según el cual, las normas son aplicables a los hechos, relaciones y situaciones que ocurren mientras tienen vigencia.

Que en ese sentido, la modificación del artículo 32º introducida por el Decreto Legislativo Nº 945, vigente desde el 1 de enero de 2004, resulta aplicable a la determinación del valor de mercado por las transacciones realizadas entre empresas o partes vinculadas.

Que cabe indicar que el primer párrafo del artículo 32º del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado por Decreto Supremo Nº 179-2004-EF, fue modificado por la Ley Nº 28655, con vigencia a partir del ejercicio 2006, en donde se establece que en los casos de ventas, aportes de bienes y demás transferencias de propiedad, de prestación de servicios y cualquier otro tipo de transacción a cualquier título, el valor asignado a los bienes, servicios y demás prestaciones, para efectos del impuesto, será el de mercado. Si el valor asignado difiere al de mercado, sea por sobrevaluación o subvaluación, la SUNAT procederá a ajustarlo tanto para el adquirente como para el transferente.

Que a efecto de determinar si la citada modificación dispuesta por la Ley Nº 28655 constituye una modificación o una norma interpretativa, es preciso anotar que el Tribunal Constitucional ha señalado los requisitos que deben ser cumplidos para que una norma sea considerada interpretativa⁷. Sobre el particular, se indicó que la norma interpretativa debe referirse expresamente a una norma legal anterior. Asimismo, debe fijar el sentido de dicha norma anterior enunciando uno de los múltiples significados

⁶ Publicado el 23 de diciembre de 2003.

⁷ Sobre el propósito y vigencia de las normas interpretativas, en la sentencia recaída en el Expediente Nº 00002-2006-P1/TC se señaló que las normas interpretativas son aquellas que declaran o fijan el sentido de una norma dictada con anterioridad y que se reconocen porque, al promulgarlas el legislador, generalmente, utiliza palabras como "interpretese", "aclárese" o "precísese". A ello se agrega que el objetivo de ésta es eliminar la ambigüedad que produce una determinada norma en el ordenamiento jurídico. Así, ambas normas –la interpretada y la interpretativa– están referidas a la misma regulación. Por consiguiente, la interpretativa regirá desde la entrada en vigencia de la norma interpretada.

7



Tribunal Fiscal

Nº 02112-5-2019

plausibles de la norma interpretada, el cual pasa, por decisión del propio legislador, a ser el significado auténtico que excluye las demás interpretaciones de la norma anterior. Finalmente, la norma interpretativa no debe agregar a la norma interpretada un contenido que no estuviera comprendido dentro de su ámbito material.

Que de acuerdo al criterio del Tribunal Constitucional, se observa que la Ley N° 28655, más que tener carácter de aclaración, añade una regla del valor de mercado en los casos de prestación de servicios y cualquier tipo de transacción a título gratuito, por lo que dicha norma no ostenta la calidad de norma interpretativa sino de modificación.

Que en ese sentido, por los ejercicios 2004 y 2005 el artículo 32° de la Ley del Impuesto a la Renta, con la modificación efectuada a través del Decreto Legislativo N° 945, establecía una regla del valor de mercado aplicable a los casos de transferencia de bienes a cualquier título, es decir, sin importar que ésta se realizara a título oneroso o a título gratuito, siendo que para el caso de la prestación de servicios, incluidos los servicios de financiamiento y cualquier otro tipo de transacción, al no indicarse la expresión "a cualquier título" solo podía entenderse aplicable a operaciones a título oneroso.

Que no obstante, con la modificación introducida por la Ley N° 28655 a partir del ejercicio 2006 la aplicación de la regla del valor de mercado contenida en el artículo 32° se extiende para el caso de la prestación de servicios y cualquier otro tipo de transacción, al haberse agregado la expresión de "a cualquier título" también a dichas operaciones, con lo cual se aprecia que recién a partir de la vigencia de dicha ley resultaba de aplicación el ajuste cuando la prestación del servicio se hubiese realizado a título oneroso o gratuito.

Que lo expuesto se ve ratificado por la Exposición de Motivos de Ley N° 28655, que modificó los alcances del artículo 32° de la Ley del Impuesto a la Renta⁸, cuando sustenta la inclusión expresa de la obligación de ajustar a valor de mercado la prestación de servicios aun cuando se hubiese efectuado a título gratuito, según lo siguiente:

"De la redacción del primer párrafo del artículo 32° de la LIR fluye que actualmente se ajustan a valor de mercado las transacciones de bienes a cualquier título (oneroso o gratuito) así como las prestaciones de servicios. Sin embargo, en este último caso teniendo en cuenta que la norma no ha indicado que el ajuste se efectúa cuando el servicio se hubiese prestado a cualquier título, se puede llegar a concluir que sólo se ajusta cuando ha sido prestado a título oneroso.

Tal conclusión conlleva los siguientes problemas: (i) No existe una diferencia sustancial entre un servicio prestado a título gratuito y otro por el que se cobra un importe simbólico; no obstante, de acuerdo con la normatividad vigente, sólo podría ajustarse el último; y, (ii) No existe razón técnica que sustente el tratamiento diferenciado entre la transferencia de un bien y la prestación de un servicio, ambos realizados a título gratuito.

(...)

Por las razones expuestas, se propone:

(i) Establecer la obligación de ajustar a valor de mercado la prestación de servicios aun cuando se hubiese efectuado a título gratuito." (...)

Que de acuerdo a lo expuesto, en el presente caso no correspondía que la Administración en el ejercicio 2005 aplicara la regla del valor de mercado prevista en los artículos 32° y 32°-A de la Ley del Impuesto a la Renta, para el caso de la operación de financiamiento realizada por la recurrente con su empresa vinculada no domiciliada en la cual no se había pactado el pago de intereses, toda vez que en dicho ejercicio no se contemplaba en el ámbito de aplicación de dicha regla el supuesto de la prestación de

⁸ Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N° 14221/2005-PE.



Tribunal Fiscal

Nº 02112-5-2019

servicios a título gratuito; por lo que procede levantar el reparo y revocar la resolución apelada en este extremo.

Que dado el sentido del fallo resulta irrelevante emitir pronunciamiento sobre los argumentos planteados por la recurrente respecto al citado reparo.

Exceso de gasto por concepto de póliza de seguro de embarcaciones

Que de los Anexos N° 2 y 4 a la Resolución de Determinación N° 082-003-0002399 (fojas 1604 a 1606 y 1611), se aprecia que la Administración reparó el exceso de gasto por concepto de pólizas de seguro de embarcaciones por el importe de S/ 3 567 784,00, sustentándose en el Requerimiento N° 0822070000322 y su resultado.


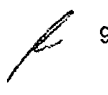

Que mediante el punto 3 del Requerimiento N° 0822070000322 (foja 500), la Administración solicitó a la recurrente que sustentara el uso y la causalidad con la generación de rentas de la Factura 1662 - 001107070 por concepto de seguro de embarcaciones considerado como gasto en el ejercicio 2005 emitida por el proveedor Offshore Express Inc., según se detallaba en el Anexo N° 1 (foja 497).

Que la recurrente en respuesta a lo solicitado en el mencionado requerimiento, señaló mediante escrito de 22 de junio de 2007 (fojas 474 a 489), que las embarcaciones (naves y barcasas), que operaba no eran de su propiedad sino de Perú Petro y de Offshore Express Inc. Añadió que el servicio de seguro de embarcaciones era prestado por la empresa Price Forbes & Partners Limited (anteriormente Prentis Donegan & Partners Limited) a la totalidad de la flota administrada por el grupo empresarial de las embarcaciones que operaban en el Perú y en el exterior, haciendo el cobro directo a la empresa Offshore Express Inc. quien asumía inicialmente este gasto y que ésta a su vez lo cobraba a través de reembolso a la recurrente incluyendo la comisión correspondiente por el gasto de seguro de las naves que operaba en el Perú y que era responsable por el periodo de enero a diciembre de 2005, por lo que era ella quien asumía el gasto de seguro de las embarcaciones que operaba en virtud del Contrato Integral de Servicios Marítimos suscrito con Petro-Tech y, por lo tanto era un gasto relacionado con la actividad del negocio y necesario para producir la renta y mantener su fuente.

Que asimismo, indicó sobre las embarcaciones de propiedad de Perú Petro, que éste mantenía contrato con Petro-Tech, y que ésta última a su vez había suscrito con la recurrente el Contrato Integral de Servicios Marítimos, siendo que en la Cláusula 5.5 del referido contrato se indicó que la recurrente estaba obligada a asumir el seguro de las embarcaciones; y sobre las embarcaciones de propiedad de Offshore Express Inc., con quien la recurrente suscribió el Contrato de Fletamento a Plazo Determinado, que la Cláusula 8 del citado documento indicaba la responsabilidad de la recurrente de asumir el seguro.

Que en el Anexo N° 1 al resultado del referido requerimiento (fojas 495 y 496), la Administración señaló que la recurrente no sustentó el haber aplicado como gasto la totalidad de la Factura N° 05-05-103 emitida por Offshore Express Inc. por cuanto ésta correspondía a los seguros de 40 embarcaciones; no obstante, que la única obligación era por 7 embarcaciones que la recurrente dio en arrendamiento a Petro-Tech (Hippo, Lobitos Express, Olimpic Express, Buckley Express, Zuluf Express, Neptune Express y Forties Express) según establecía el Contrato de Fletamento a Plazo Determinado en las Cláusulas 2.1, 8.4 y 8.5.

Que añadió que el Contrato Integral de Servicios Marítimos firmado entre la recurrente y Petro-Tech era de servicios y no de cesión de bienes, por cuanto la recurrente brindaba servicios de operación, mantenimiento y reparación de barcos y barcasas, administración y operación de puerto y muelles, por lo que en virtud de dicho contrato la recurrente operaba y administraba las 29 embarcaciones que Petro-Tech tenía entre sus equipos de trabajo, de acuerdo con lo señalado en las Cláusulas 2.1.1, 2.1.2, 2.1.3, 2.1.4, 2.1.5 y 2.1.6 del citado contrato; sin embargo, no implicaba que dichas embarcaciones hubieran pasado a ser de propiedad de la recurrente y que debía asumir responsabilidades como si se tratara del

  9 



Tribunal Fiscal

Nº 02112-5-2019

propietario. Agregó que la Cláusula 5.5 del referido contrato establecía las responsabilidades de la recurrente respecto a las consecuencias de sus actos o las de sus empleados, agentes, afiliados, subcontratistas, entre otros, tales como: lesiones, muerte, daños, destrucción, etc. Añadiendo que se dejaba a salvo a Petro- Tech Peruana S.A. de reclamos, demandas, daños, perjuicios, responsabilidad, etc., surgidos de la negligencia de la recurrente o por innavegabilidad de las embarcaciones, para lo cual la recurrente debía asegurar sus obligaciones, es decir, que lo que se buscaba era la protección de quien recibía el servicio (Petro- Tech Peruana S.A.) contra una posible mala práctica por parte de la recurrente que le debía prestar dichos servicios que pudieran conllevar a consecuencias materiales negativas en su contra, no haciendo referencia alguna a asegurar embarcaciones, lo que se indicó claramente en el Contrato de Fletamento a Plazo Determinado firmado entre las mencionadas empresas, pues según las Cláusulas 8.4 y 8.5 de dicho contrato se estipuló que la recurrente debía tomar y mantener un seguro que cubriera su responsabilidad y la de las embarcaciones respecto a cualquier demanda por contaminación. En ese sentido, la Administración procedió a calcular el impuesto aceptado como gasto por seguros correspondientes a las 7 embarcaciones antes citadas, según el detalle del Anexo Nº 3 al citado resultado de requerimiento, y reparó la diferencia.

Que en el Anexo Nº 3 del aludido resultado de requerimiento (foja 492), la Administración dejó constancia que el gasto por seguro que debía asumir la recurrente correspondía a las citadas 7 embarcaciones: Hippo, Lobitos Express, Olympic Express, Buckley Express, Zuluf Express, Neptune Express y Forties Express, que por el ejercicio 2005 originó un gasto deducible de S/ 767 661,68 y al haber considerado la recurrente según sus Libros Diario y Mayor un gasto en dicho periodo por la suma de S/ 4 335 445,40; mantuvo el reparo por el exceso de gasto de S/ 3 567 783,72.

Que de acuerdo con lo establecido en el artículo 37º del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado por Decreto Supremo Nº 179-2004-EF, a fin de establecer la renta neta de tercera categoría se deducirá de la renta bruta los gastos necesarios para producirla y mantener su fuente, en tanto la deducción no esté expresamente prohibida por dicha ley, disponiéndose en el inciso c) que son deducibles las primas de seguro que cubran riesgos sobre operaciones, servicios y bienes productores de rentas gravadas, así como las de accidentes de trabajo de su personal y lucro cesante.

Que conforme a lo prescrito en el último párrafo del citado artículo, para efecto de determinar que los gastos sean necesarios para producir y mantener la fuente, éstos deberán ser normales para la actividad que genera la renta gravada, así como cumplir con criterios tales como razonabilidad en relación con los ingresos del contribuyente, entre otros.

Que el inciso d) del artículo 44º de la citada ley, establece que no son deducibles para la determinación de la renta imponible de tercera categoría las donaciones y cualquier otro acto de liberalidad en dinero o en especie, salvo lo dispuesto en el inciso x) del artículo 37º de la Ley.

Que este Tribunal a través de las Resoluciones Nº 15208-1-2011, 15516-2-2011 y 16643-10-2011, ha señalado que las normas antes citadas recogen el denominado "principio de causalidad", que es la relación existente entre el egreso y la generación de renta gravada o el mantenimiento de la fuente productora, es decir, que todo gasto debe ser necesario y vinculado a la actividad que se desarrolla, noción que debe analizarse considerando los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, atendiendo a la naturaleza de las operaciones realizadas por cada contribuyente.

Que en diversas resoluciones del Tribunal Fiscal, tales como las Resoluciones Nº 08318-3-2004 y 00692-5-2005, se ha establecido que para que el gasto se considere necesario se requiere que exista una relación de causalidad entre los gastos producidos y la renta generada, correspondiendo evaluar la necesidad del gasto en cada caso, considerando criterios de razonabilidad y proporcionalidad, como por ejemplo, que los gastos sean normales de acuerdo con el giro del negocio o que éstos mantengan cierta proporción con el volumen de las operaciones, entre otros.

10



Tribunal Fiscal

Nº 02112-5-2019

Que según el criterio vertido por este Tribunal en la Resolución N° 08280-4-2014 corresponde al contribuyente acreditar la causalidad de los gastos en relación a la generación de renta gravada o mantenimiento de la fuente productora de renta, de lo contrario, dichos gastos serán considerados como liberalidades a tenor de lo dispuesto en el inciso d) del artículo 44° de la Ley del Impuesto a la Renta.

Que en el presente caso, obra (fojas 401 y 402) el documento Invoice N° 05-05-103 de fecha 31 de mayo de 2005, emitido por la Offshore Express Inc. a la recurrente, bajo el concepto de seguro de los buques operados por IMI del Perú S.A.C. en el Perú por el periodo de enero a diciembre 2005 (*insurance on vessels*) donde hace mención al seguro por protección e indemnización, casco y maquinaria, riesgo de guerra, accidente y robo y contaminación ambiental, por un importe de US\$ 1 331 525,00, el cual según la recurrente era asumido en virtud del Contrato Integral de Servicios Marítimos.

Que en la Cláusula 1 del Contrato Integral de Servicios Marítimos de 1 de julio de 2001, suscrito entre Petro-Tech y la recurrente el 1 de julio de 2001 (fojas 208 a 232), se señaló que Petro-Tech era una empresa que desarrollaba actividades de exploración y explotación de hidrocarburos en el Lote Z-2B y que requería contar con los servicios de una empresa para que pudiera operar y administrar los barcos, barcazas y muelles que había recibido en arrendamiento a fin de satisfacer sus múltiples necesidades vinculadas con su actividad central para lo cual había decidido contratar los servicios de la recurrente.

Que de acuerdo a la Cláusula 2 del citado contrato, fueron materia del contrato los siguientes servicios: 2.1.1 Administración y Operación de Puerto: estiba y desestiba de equipos, herramientas y materiales en los Muelles Mc Donald y Tortuga, Actividades de Coordinación y Despacho de Embarcaciones en el Lote Z-2B, actividades de mantenimiento de muelles desde donde operaban las embarcaciones fletadas por Petro-Tech; 2.1.2 la operación, mantenimiento y reparación de barcos incluyendo los equipos propios de dichos barcos; 2.1.3 operación, mantenimiento y reparación de barcazas, incluyendo los equipos instalados en dichas barcazas; 2.1.4 servicios complementarios de gasfitería industrial y pintura en las plataformas instaladas en el Lote Z-2B; 2.1.5 los servicios referidos eran integrales y por tanto la recurrente tendía la plena responsabilidad que demandara su ejecución y 2.1.6 De mutuo acuerdo la recurrente podía brindar otros servicios no establecidos en el presente contrato que serían insertados como un anexo nuevo vía addendum.

Que en la Cláusula 3 del mencionado contrato, se estableció que los alcances de las actividades propias de cada servicio se indicaban en los siguientes Anexos: Anexo 1: Administración y Operación de Puerto, Anexo 2: Operación de Barcos, Anexo 3: Operación de Barcazas y Anexo 4 Gasfitería Industrial.

Que asimismo, en la Cláusula 5 del mismo contrato, relacionada con las obligaciones de la recurrente, se estipuló: 5.1 que la recurrente proporcionaría todo el personal necesario para cumplir con sus obligaciones en virtud del contrato, siendo que la recurrente era un contratista independiente y que sus empleados, capitanes, o tripulación no podían ser considerados trabajadores, agentes o subordinados de Petro-Tech ni podían incorporarse a sus planillas; 5.2 que la recurrente y su personal cumplirían en todo momento con todas las disposiciones de la ley peruana así como con todos los reglamentos, ordenanzas y normas de cualquier autoridad gubernamental que fueran aplicables a sus actividades en virtud del contrato; 5.5 que la recurrente asumía todos los riesgos de responsabilidad con relación a lesiones o muerte de cualquier persona, o daños que fueran directos o consecuentes, o la destrucción de propiedad (incluyendo sin limitación las plataformas, pozos, estructuras, tuberías, equipos de procesamiento, manipuleo y producción) o daños ecológicos sufridos de cualquier manera, en razón de actos u omisiones de la recurrente, sus empleados o agentes o aquellos de sus subcontratistas, agentes afiliados en relación con la ejecución de los servicios a ser prestados de y ante cualquier y todos los reclamos, demandas, pérdidas, daños, y perjuicios, responsabilidades, proceso y gastos, incluyendo honorarios de abogados que surgiesen a raíz de y en relación de cualquier negligencia o falta de la recurrente y/o innavegabilidad total o parcial de una o cualquiera de las embarcaciones y que la recurrente aseguraría a satisfacción de



Tribunal Fiscal

Nº 02112-5-2019

Petro-Tech sus obligaciones en virtud de esta cláusula, debiendo remitir a Petro-Tech copia de la póliza correspondiente; y que Petro-Tech proporcionaría a la recurrente para su distribución en cada barco/barcaza un plano actualizado de las tuberías en el área de operación del barco/barcaza, y agregó que no obstante las disposiciones de la cláusula 5.5 anterior, la recurrente no sería responsable por cualquier daño, a menos que fuera causado directamente por su negligencia.

Que de otro lado, la Cláusula 12, referida al Medio Ambiente, señaló en el Cláusula 12.1 que la recurrente se obligó a dar cumplimiento a lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 613 – Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, reglamento para protección ambiental en las actividades de hidrocarburos, niveles máximos permisible para afluentes, planes de emergencia de abordaje para casos de contaminación por hidrocarburos y las directrices para su elaboración, prevención de descargas de residuos y mezclas oleosas a las aguas, normas para la prevención y control de la contaminación de aguas sucias procedentes de buques, normas para prevenir y controlar la contaminación por basuras procedentes de buques, programa de adecuación y manejo ambiental de Petro-Tech y reglamento de capitánías y guardacostas. Asimismo, en las Cláusulas 12.2 y 12.3 se indicó que el incumplimiento u omisión de las normas antes indicadas y de las disposiciones que al efecto pueda dictar Petro-Tech, así como las demás leyes, reglamentos o normas emitidas por las autoridades competentes serían de entera responsabilidad de la recurrente tanto en lo administrativo como en lo civil y penal, y que el incumplimiento de esta cláusula constituía causal automática del contrato. Añadió que la recurrente sería responsable por el pago de cualquier multa y/o sanción que por cualquier hecho imputable a ella, le fuera impuesta a Petro-Tech como consecuencia del incumplimiento de las normas ambientales antes mencionadas.

Que en el Anexo N° 1 al referido contrato referido al Servicio de Administración y Operación de Puerto (fojas 216 a 219) se estableció que el citado servicio comprendía las actividades de estiba y desestiba de equipos, herramientas y materiales en los muelles Mc Donald y Tortuga; actividades de coordinación y despacho de embarcaciones en todo el lote Z-2B y actividades de muelles y playa desde donde operaban las embarcaciones fletadas por PETRO –TECH. Asimismo, se indicó que en cuanto al alcance del servicio que la recurrente sería responsable por el despacho de los barcos y la programación de su uso, de acuerdo a las coordinaciones y requerimientos de las unidades operativas de Petro-Tech, y que los barcos cumplirían los servicios de traslado, movimiento y transporte de equipos, materiales en general para trabajos directos de producción, perforación, servicios de pozos, mantenimiento y reparación de instalaciones, estructuras, maniobras de carga de material, transporte de personal y apoyo a barcazas. Asimismo, se indicó que la recurrente tendría la responsabilidad de todos los gastos que demandara la operación de los barcos, como la tripulación, materiales de maniobra, mantenimiento, repuestos, inspección de sus equipos y de cubierta y gastos de dique seco y a su vez mantendrá en estado de navegabilidad y en condición tal que puedan ser usadas con eficiencia y seguridad en las operaciones de Petro-Tech; y que la navegación, administración, barcos, capitanes y tripulación estarán bajo el control exclusivo de la recurrente.

Que los contratos de servicios tienen como contenido de la obligación la realización de un servicio que involucra el esfuerzo del hombre respecto de un bien, debiendo precisarse que este tipo de contratos, no incluye la cesión del uso del bien respecto del cual deba prestarse el servicio, en cuyo caso se estaría ante un contrato de arrendamiento o comodato. En ese sentido, las obligaciones del prestador del servicio están relacionadas a brindar un servicio de calidad y eficiente, pudiéndose exigir la contratación de seguros a efectos de cubrir las posibles consecuencias que se pudieran generar como resultado de una mala praxis del servicio contratado.

Que en el presente caso, de acuerdo a lo señalado en el contrato antes citado, la recurrente como contratista independiente asumió la obligación de prestar a Petro-Tech servicios de administración y operación de puerto, operación, mantenimiento y reparación de barcos y barcazas, y servicios complementarios de gasfitería industrial y pintura en las plataformas instaladas en Lote Z-2B, así como

[Handwritten signatures]



Tribunal Fiscal

Nº 02112-5-2019

los riesgos de responsabilidad derivados de sus propios actos u omisiones que le fueran imputables, y que se encontraban detalladas en la Cláusula 5.5.

Que en efecto en virtud de la mencionada cláusula, la recurrente se encontraba obligada a indemnizar a Petro-Tech por todos los reclamos, demandas, pérdidas, daños y perjuicios, responsabilidades, procesos y gastos, que surgiesen a raíz de cualquier negligencia o falta de la recurrente, incluyendo la innavegabilidad, total o parcial de las embarcaciones, como consecuencia de los servicios contratados (servicios de administración y operación de puerto, operación, mantenimiento y reparación de barcos y barcasas y servicios complementarios), para lo cual debía contratar un seguro para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales asumidas (consistente en los servicios antes detallados).

Que como se aprecia en dicho contrato no se contempló que la recurrente a efecto de llevar a cabo los servicios de administración y operación de puerto, operación, mantenimiento y reparación de barcos y barcasas y servicios complementarios, esto es, poner en óptimas condiciones los barcos y barcasas para que pudieran salir a navegar, se encontrara obligada a contratar un seguro sobre las embarcaciones respecto de las cuáles debían prestar los servicios contratados, al no habersele cedido las embarcaciones, por lo que el gasto por concepto de seguro asumido por la recurrente, no resulta deducible al no tener ésta obligación contractual alguna frente a Petro-Tech según el Contrato Integral de Servicios Marítimos, no habiendo la recurrente acreditado lo contrario, lo que convierte al gasto en una liberalidad no deducible, debiendo resaltarse que en el presente caso la renta gravada está asociada a la prestación de los servicios marítimos contratados, por lo que el reparo efectuado por la Administración se encuentra arreglado a ley, correspondiendo mantenerlo y confirmar la resolución en dicho extremo.

Que en cuanto a lo alegado por la recurrente en el sentido que debe asumir el gasto por concepto de seguro de embarcaciones debido a que en virtud del Contrato Integral de Servicios Marítimos tiene el título de operador de las embarcaciones, lo que genera mayores responsabilidades por su uso y potenciales daños que se cause a Petro-Tech o a tercero, cabe señalar que de acuerdo a lo indicado en los considerandos precedentes no se encuentra estipulado en el citado contrato que la recurrente debía asumir dicho gasto bajo el título de operador de las embarcaciones, puesto que según el mencionado contrato la recurrente se encontraba encargada de reparar y dar mantenimiento a los barcos y barcasas para que estuvieran en óptimas condiciones para salir a navegar, por lo que queda desvirtuado lo afirmado en el sentido que el contrato la facultaba a la contratación del citado seguro, y que por tanto, el gasto por concepto de seguro a su cargo haya resultado inherente a la naturaleza de dicha modalidad.

Que con relación al argumento de la recurrente respecto a que los gastos incurridos en los seguros contratados a fin de coberturar a las embarcaciones han sido tomados en cuenta como costos operativos para efectos de la fijación de los precios de los servicios marítimos prestados a Petro-Tech durante el ejercicio 2005, habiéndose acreditado mediante la presentación del estudio de precios de transferencia que obtuvo un margen de rentabilidad mayor a la del mercado, debe precisarse que la deducibilidad del gasto se determina en función al cumplimiento del principio de causalidad, independientemente que dicho gasto haya sido considerado para la fijación de los precios de los servicios que la recurrente presta a su cliente.

Que respecto a que de acuerdo con la Cláusula 5.5 del Contrato Integral de Servicios Marítimos se encontraba obligada a indemnizar a Petro-Tech por cualquier pérdida o daño originado por actos u omisiones que le sean imputables como operador de las embarcaciones, incluyendo la innavegabilidad total o parcial de éstas, no requiriéndose una cláusula contractual por escrito que literalmente lo precise al no existir norma legal que ordene dicha formalidad, lo que se corrobora con la cláusula sexta en la que se aprecia que Petro-Tech no tiene la obligación de asegurar las embarcaciones, lo que evidencia que tiene la obligación de restituir la nave en el estado que la recibió y que aún sin previsión contractual tendría que responder por los daños causados por responsabilidad extracontractual aun cuando Petro-Tech hubiese contratado o no la póliza, lo que representaría una gran pérdida económica; es preciso anotar

13



Tribunal Fiscal

Nº 02112-5-2019

que de la citada Cláusula 5.5 se aprecia que la recurrente se obligó a asumir todos los riesgos de responsabilidad derivados de sus propios actos u omisiones (esto es, los servicios marítimos contratados), de lo cual no se desprende que para efecto de ejecutar dichas labores se requería de la contratación de una póliza de seguro sobre las embarcaciones, y dada la naturaleza del servicio contratado, que es la de operación, mantenimiento y reparación de barcos y barcasas, no resultaba necesario que la recurrente asumiera el gasto de seguro sobre las embarcaciones, más aun cuando dicha obligación no se estableció contractualmente, por lo que califica como una liberalidad, debiendo resaltarse que el hecho que Petro-Tech no tenga la obligación de asegurar las embarcaciones no implica que dicha obligación se traslade a la recurrente, por lo que lo alegado por ésta carece de sustento.

Que en cuanto a lo indicado por la recurrente en el sentido que en virtud de la Cláusula 8 del citado contrato se obligó expresamente a asumir el pago del seguro que cubra la responsabilidad por contaminación y por accident, robbery, así como la responsabilidad de manera general por la pérdida, daños y deterioro de las embarcaciones que ocurrieran durante la ejecución del contrato, cabe indicar que la Cláusula 8 del citado contrato se refiere a que la recurrente declara estar inscrita en el Registro Único de Hidrocarburos y que cuenta con todos los requisitos y permisos de navegación y realización de actividades marítimas exigidas para la ejecución del contrato, no obstante ello debe indicarse que lo estipulado en la Cláusula 8 del contrato de fletamento suscrito entre ambas empresas, referido a las obligaciones antes citadas, no puede hacerse extensivo al contrato materia de análisis, por lo que lo alegado por la recurrente carece de sustento.

Que respecto a lo señalado por la recurrente según el cual en virtud del contrato materia de análisis al encargarse de la administración y operación de las embarcaciones asumió la posesión de las mismas durante el ejercicio 2005 debido a que asumió el control de la designación del capitán y tripulación, por lo que es responsable de la seguridad y del mantenimiento del buque, esto es, de la gestión náutica de las embarcaciones y que este Tribunal en las Resoluciones Nº 19437-1-2012 y 20001-1-2012, emitidas en un caso similar, señaló que la deducción del seguro de las embarcaciones correspondía a la empresa que tuviera la gestión náutica de la embarcación, lo que ha sucedido en el presente caso, cabe indicar que las resoluciones citadas por la recurrente versaron sobre un contrato de fletamento que fue calificado por el Tribunal Fiscal como un contrato de arrendamiento, en las que se analizó la naturaleza jurídica del contrato de fletamento, señalando que éste último no tiene por objeto únicamente la cesión del uso del buque sino la prestación del servicio de transporte de mercaderías, para lo cual el fletante ejecutará todas las acciones necesarias, concluyendo que el contrato observado tenía la naturaleza de un contrato civil y que en virtud del citado contrato y lo previsto en el artículo 1683º del Código Civil, la arrendataria tenía la obligación de asumir el gasto de seguro de la embarcación materia del arrendamiento, sin embargo, en el caso de autos nos encontramos ante un contrato distinto referido a servicios de operación, mantenimiento y reparación de embarcaciones en el que igualmente hay ausencia de dicha obligación contractual por parte de la recurrente, por lo que lo alegado por la recurrente carece de sustento.

Que con relación a las Resoluciones Nº 01566-5-2006 y 00657-1-2007 citadas por la recurrente, según las cuales el Tribunal Fiscal se ha pronunciado sobre la posibilidad de deducir gastos vinculados a embarcaciones, sobre las que no se ostenta un título de propiedad, admitiendo su deducción cuando se cuente con algún título que permita su explotación, no resultan aplicables puesto que en el presente caso, se ha determinado que dada la naturaleza del servicio de administración y operación de puerto, operación, mantenimiento y reparación de embarcaciones prestado por la recurrente, ésta no se encuentra obligada a asumir el gasto de seguro de las embarcaciones, debiendo precisarse que en el presente caso la renta gravada está asociada a los servicios marítimos contratados y no a la cesión de las embarcaciones, como sucede en el contrato de arrendamiento.

Que es preciso anotar que en las Resoluciones Nº 05203-4-2008 y 11792-2-2008 se determinó el incumplimiento del principio de causalidad debido a que no se acreditó que las embarcaciones pesqueras vinculadas a los gastos reparados sean utilizados en la actividad generadora de renta, lo que ha sucedido



Tribunal Fiscal

Nº 02112-5-2019

en el presente caso, toda vez que no se ha acreditado que el gasto por seguro de embarcaciones se encuentre vinculado a la actividad generadora de renta de la recurrente.

Que respecto a lo alegado en el sentido que estaba legalmente obligada a cumplir con las normas de protección y conservación del medio ambiente y sus recursos por ser de orden público, señalando diversas leyes y que la obligación legal se encuentra recogida en la Cláusula 12ª del contrato bajo comentario cuando señala que se encuentra obligada a contar con un seguro para responder por los daños de contaminación que pudiera causar, cabe indicar que no se ha acreditado en autos la existencia de una obligación legal aplicable a la recurrente en virtud de la cual deba asumir un seguro sobre embarcaciones en el marco de la prestación de servicios de operación, mantenimiento y reparación de embarcaciones, debiendo indicarse que la citada cláusula se encuentra referida a que la recurrente se encontraba obligada a dar cumplimiento a diversas normas ambientales y que su incumplimiento u omisión era de su entera responsabilidad y que su incumplimiento constituía causal de resolución automática del contrato, esto es, se encontraba referida a que si en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales de servicios de operación, mantenimiento y reparación de embarcaciones no se observaba las citadas normas serían objeto de resolución del contrato, por lo que lo alegado por la recurrente carece de sustento.

Resolución de Multa Nº 082-002-0002585

Que de la Resolución de Multa Nº 082-002-0002585 (fojas 1596 y 1597), se aprecia que ha sido girada por la infracción tipificada por el numeral 1 del artículo 178º del Código Tributario, con relación al Impuesto a la Renta del ejercicio 2005.

Que el numeral 1 del artículo 178º del Código Tributario, aplicable al caso de autos, señalaba que constituye infracción el no incluir en las declaraciones ingresos y/o remuneraciones y/o retribuciones y/o rentas y/o patrimonio y/o actos gravados y/o tributos retenidos o percibidos y/o aplicar tasas o porcentajes o coeficientes distintos a los que les corresponde en la determinación de los pagos a cuenta o anticipos, o declarar cifras o datos falsos u omitir circunstancias en las declaraciones, que influyan en la determinación de la obligación tributaria; y/o que generen aumentos indebidos de saldos o pérdidas tributarias o créditos a favor del deudor tributario y/o que generen la obtención indebida de notas de crédito negociables u otros valores similares.

Que según la Tabla I de Infracciones y Sanciones del mencionado código, aplicable a las personas y entidades generadoras de rentas de tercera categoría, la sanción aplicable a la referida infracción era una multa equivalente al 50% del tributo omitido o 50% del saldo determinado indebidamente, entre otras.

Que la Nota 21 de dicha tabla precisaba que tratándose de tributos administrados y/o recaudados por la Administración, el tributo omitido o el saldo, crédito u otro concepto similar determinado indebidamente o pérdida indebidamente declarada, sería la diferencia entre el tributo resultante o el saldo, crédito u otro concepto similar o pérdida del período o ejercicio gravable, obtenido por autoliquidación o, en su caso, como producto de la fiscalización, y el declarado como tributo resultante o el declarado como saldo, crédito u otro concepto similar o pérdida de dicho período o ejercicio; y que para estos efectos no se

⁹ La citada cláusula señala que la recurrente se obliga a dar cumplimiento a lo dispuesto en los siguientes dispositivos legales de interés: Decreto Legislativo Nº 613 "Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales"; Decreto Supremo Nº 046-93-EM, "Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades de Hidrocarburos" y D.S. Nº 09-95-EM; D.S. Nº 030-96-EM/DGAA, Niveles máximos permisibles para afluentes; R.D. Nº 160-96/DCG, Planes de emergencia de abordaje para casos de contaminación por hidrocarburos y las directrices para su elaboración; R.D. Nº 058-96/DCG, Prevención de descargas de residuos y mezclas oleosa a las aguas; R.D. Nº 069-98-DCG, Normas para la prevención y control de la contaminación de aguas sucias procedentes de buques; R.D. Nº 510-99/DCG, normas para prevenir y controlar la contaminación por basuras procedentes de buques; R.D. Nº 048-96-EM-DGH, Programa de Adecuación y Manejo Ambiental de PETRO-TECH; y D.S. Nº 002-87-MA, Reglamento de Capitanías y Guardacostas en lo que respecta al capítulo XII secciones I, a V y VII.



Tribunal Fiscal

Nº 02112-5-2019

tomaría en cuenta los saldos a favor de los periodos anteriores, ni las pérdidas netas compensables de ejercicios anteriores, ni los pagos anticipados y compensaciones efectuadas.

Que la deuda contenida en la Resolución de Multa Nº 082-002-0002585 ha sido calculada sobre la base de los reparos contenidos en la Resolución de Determinación Nº 082-003-0002399, los cuales en esta instancia han sido en parte revocados y en parte confirmados, por lo cual corresponde revocar la resolución apelada en dicho extremo a efectos que la Administración reliquide la deuda de conformidad con lo establecido en la presente resolución.

Que en cuanto a lo alegado por la recurrente en el sentido que no se ha configurado la infracción del numeral 1 del artículo 178º del Código Tributario que se le atribuye, a través de la aludida resolución de multa, por cuanto para ello se requiere la intencionalidad o dolo del contribuyente y, en ese sentido, se trata de un caso excepcional en el que la objetividad no es suficiente para acreditar la comisión de dicha infracción y aplicar la sanción respectiva, debe indicarse que el artículo 165º del Código Tributario establece que las infracciones se determinan en forma objetiva, y en el caso de la mencionada infracción se sanciona el incumplimiento de una obligación formal, la cual se configura en forma independiente al cumplimiento de la obligación tributaria sustantiva, por lo que de acuerdo con el criterio recogido en las Resoluciones Nº 12434-4-2007 y 11209-4-2012, entre otras, la ausencia de dolo (tratándose de contribuyentes que hubiesen tenido una interpretación de la norma distinta a la SUNAT), no exime al infractor de la aplicación de la sanción.

Que en relación con la sentencia recaída en el Expediente Nº 115-97 de la Sala Civil de la Corte Suprema citada por la recurrente, la cual refiere debe tomarse en consideración la conducta del contribuyente, cabe señalar que de acuerdo con lo indicado precedentemente el artículo 165º del Código Tributario establece que las infracciones se determinan de forma objetiva, siendo que además conforme se ha señalado en reiterada jurisprudencia de este Tribunal dicha sentencia es aplicable al caso dilucidado en ella.

Que respecto a lo señalado por la recurrente que este Tribunal al momento de resolver debe tener en cuenta el criterio establecido por el Tribunal Constitucional en la Sentencia Nº 04532-2013-PA/TC, que precisa los alcances de la Sentencia Nº 04082-2012-PA/TC en el extremo vinculado al cálculo de los intereses moratorios, cabe anotar que si bien en la sentencia recaída en el Expediente Nº 04532-2013-PA/TC el Tribunal Constitucional dispuso que la entidad emplazada (SUNAT) y las demás entidades competentes en el conocimiento de casos similares tomen en cuenta los criterios establecidos en los fundamentos 51 a 53 de dicha sentencia^[2], tal como se señala en el fundamento 33 de la aludida sentencia, para determinar si en el ámbito de un procedimiento administrativo se ha producido o no la violación del derecho al plazo razonable, se debe evaluar, entre otros criterios, la complejidad del asunto^[3], siendo que en el caso de autos referido a la Resolución de Determinación Nº 082-003-0002399 y

^[2] Estos fundamentos señalan lo siguiente:

"51. Finalmente, advertida la existencia de controversias similares a la dilucidada en el Expediente 04082-2012-PA/TC, este Tribunal considera necesario, en aplicación del principio de previsión de consecuencias, precisar los alcances de la aplicación de esta decisión a casos sustancialmente iguales. Con el criterio allí establecido no se ha pretendido revivir procedimientos fenecidos ni mucho menos premiar a los contribuyentes que mantienen obligaciones antiguas con la Sunat. Ello en mérito a dos razones fundamentales: i) al tratarse de un proceso de control concreto, los efectos de lo resuelto sólo vinculan a las partes del mismo, y ii) el razonamiento allí desarrollado no puede ser aplicado retroactivamente, sino sólo a partir de la publicación de la aludida sentencia.

52. En ese sentido, dicho criterio no resulta aplicable a aquellos procedimientos contencioso-tributarios que se encuentren concluidos (...).

53. Si corresponderá, en cambio, la aplicación de estos criterios en aquellos casos en los que, luego de publicada la sentencia, ya sea que se trate de procedimientos contencioso-tributarios o procesos judiciales, aún se encuentren en trámite o pendientes de resolución firme, incluyendo para tal efecto la fase de ejecución del procedimiento o proceso en la que se suele proceder a la liquidación de los intereses moratorios".

^[3] Añade la citada sentencia en el fundamento 33 que en la complejidad del asunto "se consideran factores tales como la naturaleza de la situación fáctica que es materia de evaluación o fiscalización por la administración (procedimiento administrativo ordinario o sancionador), los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los hechos, la

16



Tribunal Fiscal

Nº 02112-5-2019

la Resolución de Multa N° 082-002-0002585, del análisis del procedimiento de fiscalización que dio lugar a la emisión de los citados valores y a los demás actuados en el procedimiento contencioso tributario, se tiene que no se trata de un caso complejo dado que la materia controvertida está referida a los reparos a la renta neta del Impuesto a la Renta del ejercicio 2005 por exceso de gastos por concepto de póliza de seguros de embarcaciones tratándose de un contrato de servicios marítimos y por omisión de ingresos por intereses no efectuados en préstamos concedidos a empresas vinculadas lo que involucra a su vez la evaluación de medios probatorios y aspectos normativos, su vinculación e incidencia en la configuración de la infracción tipificada en el artículo 178° del Código Tributario, situación distinta al caso analizado en la citada sentencia, que concluyó que el caso no era complejo¹⁴⁾, por lo que no corresponde la aplicación de dicha sentencia al caso de autos al no tratarse de un caso sustancialmente igual o similar".

Que el informe oral solicitado se realizó con la asistencia de los representantes de ambas partes, conforme se verifica en autos.

Con los vocales Márquez Pacheco con su voto singular en parte y Ríos Diestro, e interviniendo como ponente la vocal Amico de las Casas.


RESUELVE:

REVOCAR la Resolución de Intendencia N° 085-014-0001380 de 28 de abril de 2010, en el extremo referido al reparo por omisión de ingresos por intereses no efectuados en préstamos concedidos y la multa, y CONFIRMARLA en los demás que contiene, debiendo la Administración proceder conforme con lo señalado en la presente resolución.

Regístrese, comuníquese y remítase a la SUNAT, para sus efectos.


AMICO DE LAS CASAS
VOCAL


RÍOS DIESTRO
VOCAL


Quintana Aquénua
Secretaría Relatora
AC/QA/jcs.

pluralidad de administrados involucrados procedimiento, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de un determinado asunto resulta particularmente complicada y difícil".

¹⁴⁾ Así, el fundamento 40 de la referida sentencia señala lo siguiente: "Del expediente se advierte, que la materia a dilucidar era el tributo omitido por la demandante con la presentación de las declaraciones rectificatorias en las que la empresa determinó el tributo a pagar por concepto del pago a cuenta del Impuesto a la Renta. Asimismo, se advierte que, mediante Resolución de Intendencia (...) la Intendencia Regional de Ica rechazó el pedido de la empresa demandante de acumulación con otro reclamo signado con número de expediente (...). Por lo tanto, todos estos elementos evidencian que el asunto materia de análisis en el procedimiento contencioso tributario no resultó ser complejo" (énfasis agregado).



Tribunal Fiscal

Nº 02112-5-2019

VOTO SINGULAR EN PARTE DE LA VOCAL MARQUEZ PACHECO:

Omisión de ingresos por intereses no efectuados en préstamos concedidos

Que de los Anexos N° 2 y 4 a la Resolución de Determinación N° 082-003-0002399 (fojas 1607 a 1609 y 1611), se aprecia que la Administración reparó el Impuesto a la Renta del ejercicio 2005 por omisión de ingresos por intereses no efectuados en préstamos concedidos por el importe de S/ 775 139,00, sustentándose en los Requerimientos N° 0822070000322 y 0822080000225 y sus resultados, y señalando como base legal los artículos 32° y 32°A del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta aprobado por Decreto Supremo N° 179-2004-EF.

Que mediante el punto 7 del Requerimiento N° 0822070000322, la Administración señaló a la recurrente que había observado movimiento en las cuentas por cobrar diversas relacionadas con préstamos concedidos, por lo que le solicitó que exhibiera los contratos originales de los préstamos otorgados, tanto durante el ejercicio como el correspondiente al saldo inicial, asimismo, debía sustentar documentariamente y con la base legal respectiva, la procedencia u origen del dinero cedido en préstamo, los documentos bancarios de las operaciones efectuadas para la realización de los préstamos (recepción, amortización y cancelación), y la contabilización del préstamo y sus intereses.

Que la recurrente en respuesta a lo solicitado en el mencionado requerimiento, señaló mediante escritos de fechas 22 de junio y 16 de julio de 2007 (fojas 469 a 488) que realizó dos préstamos a la empresa Offshore Express Inc. y que mantenía un saldo al 31 de diciembre de 2005 de cuentas por cobrar diversas de US\$13'780,195.87, conformado por: (i) US\$ 2 408 552,91 (equivalente a S/ 8 263 745,03), que representaba el saldo de un préstamo otorgado en el año 2003 a dicha empresa, pactado sin intereses, por la suma de US\$ 9 175 000,00, y (ii) US\$ 11 371 642,96 (equivalente a S/ 39 016 107,04), correspondiente a un préstamo otorgado en el año 2004, pactado con intereses, a la referida entidad.

Que en el punto 7 del resultado del referido requerimiento (foja 496/reverso), la Administración dejó constancia que la recurrente detalló los préstamos otorgados y los saldos pendientes; sin embargo, detecta observaciones que serían comunicadas mediante requerimiento complementario.

Que mediante el punto 1 y el Anexo N° 1 al Requerimiento N° 0822080000225 (fojas 1220 y 1221), la Administración señaló a la recurrente que del préstamo otorgado a la empresa Offshore Express Inc. en el año 2003 por el importe de US\$9 175,000.00, según contrato de mutuo de 29 de enero de 2003, mantenía un saldo de US\$2 408,552,91 (equivalente a S/ 8 263,745,00), con el cual inició y finalizó el ejercicio 2005, el cual no generó algún tipo de interés, por lo que le solicitó que sustentara el no haber cobrado y/o provisionado intereses que debieron ser calculados aplicando la tasa del 9,38% anual, la cual fue utilizada en el cálculo de intereses de otro préstamo otorgado a la empresa Offshore Express Inc. según contrato de mutuo firmado el 1 de marzo de 2004, tasa que incluso se verificaba del Estudio de Precios de Transferencia del ejercicio 2005 presentado por la recurrente.

Que la recurrente en respuesta a lo solicitado en el mencionado requerimiento, presentó el escrito de fecha 27 de marzo de 2008 (fojas 1204 a 1211), señalando que no cobró intereses por el préstamo de US\$9 175,000,00 otorgado a la empresa Offshore Express Inc. en cumplimiento a lo estipulado en el contrato de mutuo firmado el 29 de enero de 2003, el cual había sido suscrito antes de la entrada en vigencia del artículo 32°-A de la Ley del Impuesto a la Renta mediante Decreto Legislativo N° 945, por lo que no resulta aplicable dicha normatividad.

Que según se aprecia del punto 1 y el Anexo N° 1 al cierre del referido requerimiento (fojas 1217 y 1218), la Administración indicó que si bien el contrato de mutuo fue firmado en fecha anterior a la disposición normativa que especificó el cálculo de intereses para los casos generados entre entidades vinculadas, su aplicación era de observancia obligatoria a partir de su entrada en vigencia, no pudiendo ser desautorizada por un convenio privado entre las partes, toda vez que las leyes únicamente pueden no



Tribunal Fiscal

Nº 02112-5-2019

aplicarse o dejarse de aplicar por mandato de otra ley, por lo tanto, determinó que la recurrente debió haber calculado intereses en el préstamo otorgado el 29 de enero de 2003 a la empresa Offshore Express Inc. respecto del saldo que mantenía al 1 de enero de 2005, monto sobre el cual se calculó intereses según detalló en el Anexo N° 2 (foja 1216) donde se aprecia que al saldo del préstamo al 31 de diciembre de 2005 ascendente a S/ 8 263,745,00, se le aplicó la tasa de 9,38%, lo que originó intereses omitidos de S/ 775 139,00.

Que de la revisión del Contrato Mutuo para la Concesión de Dinero (*mutual contract for money grant*) suscrito entre la recurrente y la empresa Offshore Express Inc. el 29 de enero de 2003 (fojas 314 a 316), se aprecia en la Cláusula 1.2 que la recurrente otorgó a la citada empresa un préstamo para el desarrollo de proyectos y de acuerdo con la Cláusula 2.1 el monto otorgado por la recurrente fue de US\$ 9 175 000,00, suma que la empresa Offshore Express Inc. se comprometió a devolver al otorgante dicho préstamo sin cargo de intereses.

Que el artículo 26° del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado por Decreto Supremo N° 054-99-EF, modificado por el Decreto legislativo N° 945, dispone que para los efectos del impuesto se presume, salvo prueba en contrario constituida por los libros de contabilidad del deudor, que todo préstamo en dinero, cualquiera que sea su denominación, naturaleza o forma o razón, devenga un interés no inferior a la tasa activa de mercado promedio mensual en moneda nacional (TAMN) que publique la Superintendencia de Banca y Seguros y que regirá dicha presunción aun cuando no se hubiera fijado el tipo de interés, se hubiera estipulado que el préstamo no devengará intereses, o se hubiera convenido en el pago de un interés menor, y tratándose de préstamos en moneda extranjera se presume que devengan un interés no menor a la tasa promedio de depósitos a 6 meses del mercado interbancario de Londres del último semestre calendario del año anterior.

Que agrega en su último párrafo que las disposiciones señaladas en los párrafos precedentes de dicho artículo serán de aplicación en aquellos casos en los que no exista vinculación entre las partes intervinientes en la operación de préstamo, de lo contrario será de aplicación lo dispuesto por el numeral 4 del artículo 32° de dicha Ley.

Que al respecto, de acuerdo con el artículo 32° de la referida ley, modificado por Decreto Legislativo N° 945¹⁰, en los casos de ventas, aporte de bienes y demás transferencias de propiedad a cualquier título, así como prestación de servicios y cualquier otro tipo de transacción, el valor asignado a los bienes, servicios y demás prestaciones para efecto del impuesto sería el de mercado, añadiendo que si el valor asignado difiere del de mercado, sea por sobrevaluación o subvaluación, la SUNAT procederá a ajustarlo tanto para el adquirente como para el transferente.

Que el numeral 4 del citado artículo 32° señala que se considera valor de mercado para las transacciones entre partes vinculadas o que se realicen desde, hacia o a través de países o territorios de baja o nula imposición, los precios y monto de las contraprestaciones que hubieran sido acordados con o entre partes independientes en transacciones comparables, en condiciones iguales o similares, de acuerdo a lo establecido en el artículo 32°-A.

Que el artículo 32°-A de la mencionada ley, dispone que en la determinación del valor de mercado de las transacciones a que se refiere el numeral 4 del artículo 32°, deberá tenerse en cuenta las siguientes disposiciones: a) ámbito de aplicación, b) partes vinculadas, c) ajustes, d) análisis de comparabilidad, e) métodos utilizados, f) acuerdos anticipados de precios, g) declaración jurada y otras obligaciones formales y h) fuentes de interpretación.

Que el inciso d) del aludido artículo, establece que las transacciones a que se refiere el numeral 4 del artículo 32° son comparables con una realizada entre partes independientes, en condiciones iguales o similares, cuando se cumple al menos una de las dos condiciones siguientes : 1) Que ninguna de las

¹⁰ Publicado el 23 de diciembre de 2003.



Tribunal Fiscal

Nº 02112-5-2019

diferencias que existan entre las transacciones objeto de comparación o entre las características de las partes que las realizan pueda afectar materialmente el precio, monto de contraprestaciones o margen de utilidad o 2) Que aún cuando existan diferencias entre las transacciones objeto de comparación o entre las características de las partes que las realizan, que puedan afectar materialmente el precio, monto de contraprestaciones o margen de utilidad, dichas diferencias pueden ser eliminadas a través de ajustes razonables. Para determinar si las transacciones son comparables se tomarán en cuenta aquellos elementos o circunstancias que reflejen en mayor medida la realidad económica de las transacciones, dependiendo del método seleccionado, considerando, entre otros, los siguientes elementos: i) Las características de las operaciones, ii) Las funciones o actividades económicas, incluyendo los activos utilizados y riesgos asumidos en las operaciones, de cada una de las partes involucradas en la operación, iii) Los términos contractuales y iv) Las circunstancias económicas o de mercado. v) Las estrategias de negocios, incluyendo las relacionadas con la penetración, permanencia y ampliación del mercado. Cuando para efectos de determinar transacciones comparables, no se cuente con información local disponible, los contribuyentes pueden utilizar información de empresas extranjeras, debiendo hacer los ajustes necesarios para reflejar las diferencias en los mercados.

Que de las normas antes expuestas se aprecia que para los efectos del Impuesto a la Renta se presume salvo prueba en contrario, que todo préstamo en dinero, sea en moneda nacional o extranjera, cualquiera sea su denominación, naturaleza o forma o razón devenga un interés independientemente si se hubiera o no fijado tasa de interés o ésta sea menor a la estipulada en el referido artículo 26° o no se haya pactado interés alguno, independientemente si éstos han sido otorgado o no a empresas o partes vinculadas y a cualquier título al consignarse expresamente en el citado artículo 26° que "todo préstamo en dinero" devenga intereses, puesto que la remisión al numeral 4 del artículo 32° de la ley por el precitado artículo 26°, tratándose de vinculadas, únicamente tiene por finalidad regular el valor asignado a tales operaciones a efecto de determinar si hay o no subvaluación o sobrevaluación¹¹.

Que el artículo 103° de la Constitución Política del Perú, la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo.

Que el artículo 109° de la mencionada constitución, la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo en parte.

Que de acuerdo a los citados artículos, la legislación peruana ha optado por el principio de aplicación inmediata de las normas, de acuerdo con el cual las normas son aplicables a los hechos, relaciones y situaciones que ocurren mientras tienen vigencia.

Que en ese sentido, la modificación introducida por el Decreto Legislativo N° 945, vigente desde el 1 de enero de 2004, resulta aplicable a la determinación del valor de mercado por las transacciones realizadas entre la recurrente y su empresa vinculada Offshore Express Inc., incluidas el préstamo de suma de dinero, por lo que procede aplicar intereses al saldo del préstamo dinero derivado del contrato de mutuo de 29 de enero de 2003, existente durante el ejercicio 2005 (ejercicio acotado).

¹¹ Sin perjuicio de lo mencionado, cabe anotar que del texto del primer párrafo del artículo 32° de la Ley del Impuesto a la Renta modificado por el Decreto Legislativo N° 945 y del texto de la Ley N° 28655, que modificó dicho artículo, se concluye que esta última constituye una norma interpretativa, por lo que desde la vigencia de la primera se encontraban incluidas las operaciones de préstamos a título gratuito, ya que como se ha indicado en la Exposición de Motivos de la citada ley "No existe razón técnica que sustente el tratamiento diferenciado entre la transferencia de un bien y la prestación de un servicio, ambos realizados a título gratuito".



Tribunal Fiscal

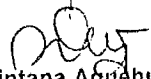
Nº 02112-5-2019

Que en cuanto a la determinación del valor de mercado, la Administración en el Anexo N° 2 al cierre del Requerimiento N° 082208000225), señala que utilizó como comparable la tasa utilizada para el ejercicio 2005 con otro préstamo otorgado por la recurrente a su misma empresa vinculada Offshore Express Inc., aplicando la tasa pactada de 9,38%, según el Estudio de Precios de Transferencia de la recurrente del ejercicio 2005.

Que de la revisión del citado Estudio de Precios de Transferencia (fojas 1040 a 1046), se aprecia que el 31 de diciembre de 2004 la recurrente otorgó a Offshore Express Inc., otro préstamo y que la tasa de interés anual pactada fue de 9,38%.

Que sin embargo, el inciso d) del artículo 32°A de la mencionada ley, establece que las transacciones son comparables con una realizada entre partes independientes, en condiciones iguales o similares, cuando se cumplen una de las condiciones señaladas en dicho inciso, lo que no ha sucedido en el presente caso, al haberse utilizado como comparable la tasa de interés cobrada a una empresa vinculada, lo que no resulta arreglado a ley, por lo que mi voto es que se levante el reparo y revocar la resolución apelada en este extremo y en lo demás que se atienda a lo señalado en la presente resolución.


MARQUEZ PACHECO
VOCAL PRESIDENTE


Quintana Aquéhua
Secretaría Relatora
MP/QA/jcs.