

Universidad de Lima
Escuela de Posgrado
Maestría en Tributación y Política Fiscal



**APLICACIÓN FACULTATIVA POR PARTE DE LA
ADMINISTRACIÓN DE LAS NORMAS DE VALOR DE MERCADO DE LA
LEY DEL IMPUESTO A LA RENTA**

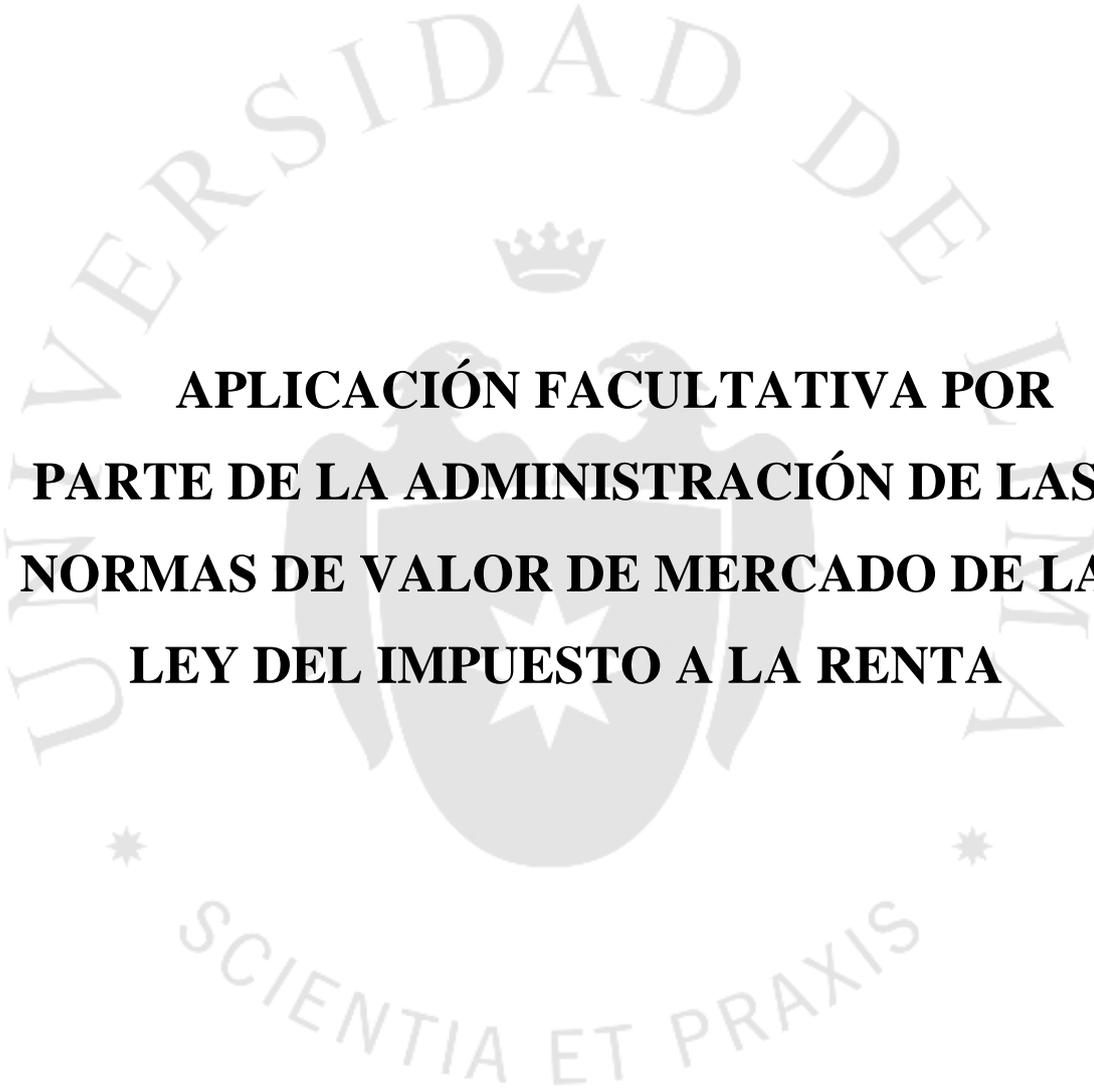
Trabajo de investigación para optar el Grado Académico de Maestro en
Tributación y Política Fiscal

Harold Francis Aguirre Dávila

20112515

Lima – Perú
marzo de 2016





**APLICACIÓN FACULTATIVA POR
PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN DE LAS
NORMAS DE VALOR DE MERCADO DE LA
LEY DEL IMPUESTO A LA RENTA**

A mis padres, Graciela y Francisco



TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: MARCO CONCEPTUAL DE LA NORMA DE VALORACIÓN ...	3
1.1. Orígenes del impuesto a la renta	3
1.2. Base imponible	5
1.3. Formas de determinación del impuesto	7
1.4. Presunciones y ficciones	8
1.5. Legislación comparada.....	9
1.5.1. España	9
1.5.2. Chile	11
CAPÍTULO II: APLICACIÓN DE LA NORMA DE VALOR DE MERCADO EN EL IMPUESTO A LA RENTA PERUANO	54
2.1. Antecedentes de la norma de valor de mercado en la legislación peruana	54
2.1.1. Ley N° 7904 (1935-1968)	54
2.1.2. Decreto Legislativo N° 200 (1982-1993).....	56
2.2. Actual norma de valor de mercado (1994 – actualidad)	59
2.2.1. Decreto Legislativo N° 774	59
2.2.2. Decreto Legislativo N° 810	59
2.2.3. Decreto Legislativo N° 799	59
2.2.4. Ley N° 27034 y Decreto Supremo N° 054-99-EF	60
2.2.5. Ley N° 27356 y Decreto Supremo N° 045-2001-EF	61
2.2.6. Decreto Legislativo N° 945	61
2.3. Norma de valor de mercado	63
2.4. Norma de valoración o renta imputada	66
2.5. Norma de valor de mercado como presunción o norma imperativa.....	70
2.6. Intervención de las partes en la formación del valor de mercado	78
2.7. Valor de mercado en acciones cotizadas en Bolsa	81
2.8. Inconsistencia entre costo computable y valor de mercado de acciones.....	83
2.9. Vulneración al principio de reserva de ley	84
2.10. Capacidad contributiva y norma de valor de mercado	86
2.11. Análisis costo beneficio.....	92

CONCLUSIONES	94
REFERENCIAS	59
BIBLIOGRAFÍA	62



INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación trata sobre la facultad otorgada a la Administración para aplicar la norma de valor de mercado establecida en la Ley del Impuesto a la Renta en operaciones realizada entre partes no vinculadas.

El problema de la investigación que se resolverá es establecer la naturaleza de dicha norma, si constituye un supuesto de renta imputada o es solamente una norma de valoración, y si es una presunción que admite prueba en contrario o es una ficción en la base imponible.

La investigación se justifica en la necesidad de determinar la forma en la cual se cuantifica la base imponible del Impuesto a la Renta, si atiende a la capacidad contributiva de los ciudadanos, y si constituye una facultad de la Administración que debe ejercer discrecionalmente o es de imperativo cumplimiento, lo que permitirá a los contribuyentes a no incurrir en omisiones al cuantificar sus ingresos.

El objetivo general es determinar la naturaleza de la norma de valor de mercado y con ello la participación de los contribuyentes y la Administración en la determinación de la cuantía del Impuesto a la Renta.

El trabajo de investigación parte de los supuestos que durante la vigencia del Impuesto a la Renta ha tenido diversas naturalezas, desde una presunción que admite prueba en contrario hasta una ficción de obligatorio cumplimiento, lo que de uno u otro modo afecta en distinta medida la capacidad contributiva, por lo que el análisis no se sustenta en la literalidad de la norma, sino en su utilización como una medida que combate el fraude.

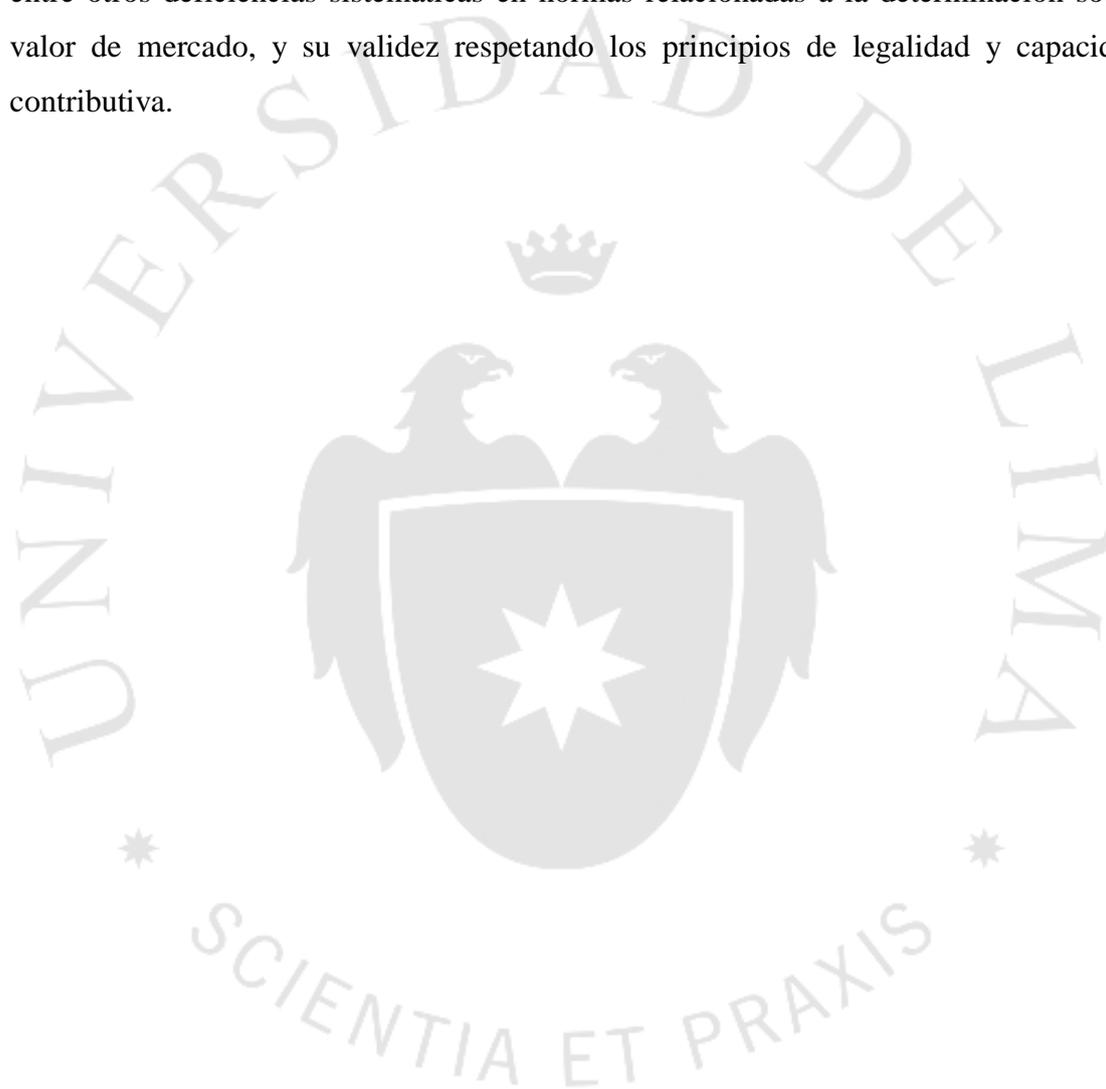
El diseño metodológico de la investigación utiliza fuentes bibliográficas.

El trabajo se dividirá en dos capítulos, los que tendrán como objetivo y contenido:

Capítulo I: El que representa el marco conceptual que nos permita determinar la utilización de las normas de valor de mercado en la determinación del impuesto en el caso de operaciones entre partes no vinculadas.

Para ello se expondrá brevemente los orígenes del Impuesto a la Renta, los conceptos de base imponible, las formas de determinación, métodos de valoración y la referencia a la legislación comparada.

Capítulo II: Análisis de la naturaleza de la norma de valor de mercado, si representa una norma de valoración o renta imputada; si a su vez es de imperativa aplicación para las partes o solo representa una facultad de la Administración; analizando entre otros deficiencias sistemáticas en normas relacionadas a la determinación sobre valor de mercado, y su validez respetando los principios de legalidad y capacidad contributiva.



CAPÍTULO I: MARCO CONCEPTUAL DE LA NORMA DE VALORACIÓN

1.1. Orígenes del impuesto a la renta

En 1799 en Gran Bretaña se oficializa la aprobación del Impuesto a la Renta y tuvo como finalidad en su implementación sufragar los gastos de guerra del imperio británico frente a las tropas francesas de Napoleón Bonaparte, toda vez que a partir de dicho período el reino británico se vio involucrado en una confrontación continental, la que se dio inicio a través de las denominadas guerras revolucionarias francesas y prosiguió con las guerras napoleónicas que concluyeron en el año 1815, con la derrota del ejército francés, y coincidentemente con la derogación un año después del impuesto.

Y la génesis de dicho impuesto se gesta no solo por la tradición legalista del Reino Unido, que se dio inicio con la suscripción del contrato social, denominado Carta Magna en el año 1215, y con ello la obligación de sus ciudadanos de soportar cargas públicas, sino también con el advenimiento de la revolución industrial (1780), que permitió la formación de la actividad empresarial, la que terminará sujeta a gravamen del Impuesto a la Renta.

Así Barreix, Bes y Roca (2010) sostienen que:

El caldo de cultivo socioeconómico del impuesto a la renta fue un Reino Unido con un crecimiento económico pujante y sostenido desde 1780 a 1830, basado en un incremento poblacional acompañado de una fuerte urbanización, un proceso de industrialización dinámico sostenido por un cambio tecnológico y científico, y un mercado donde florecía el comercio respaldado por un sistema financiero pionero del crédito moderno. (p. 7)

Inicialmente dicho impuesto solo lo pagaban los ricos, por lo que era percibido como proporcional, asimismo, buscaba sostener la guerra, a cuya victoria finalmente colaboró provisionando de recursos al reino.

Si bien posteriormente fue reimplantado por el Reino Unido en 1842, en aquella oportunidad se efectuó toda vez que la tributación se realizaba con figuras indirectas

como las tarifas arancelarias, lo que generaba un descontento popular debido a su afectación sobre los precios de los bienes materia de comercio; por lo que la finalidad del impuesto al ser directo fue obtener los recursos de las personas que posean mayores ingresos, lo que conseguía el impuesto.

Su extensión posteriormente se dio en el gobierno de Prusia, quien al tener una política redistributiva y de desarrollo social, como el otorgamiento de jubilaciones, se requería de ingresos que lo solventaran por ello se implantó también en aquella zona.

La expansión del impuesto a más países se dio durante el siglo XX, así en Estados Unidos reaparece el impuesto en el año 1894, sin embargo, fue declarado inconstitucional por la Corte Suprema debido a que no se estableció un reparto proporcional de las cargas; pero fue enmendado para el año 1913.

García Mullin (1978) señala:

En Francia, es en vísperas de la primera Guerra Mundial que el Ministro Caillaux, tras ardua polémica parlamentaria, obtiene la aprobación de la ley de 1914, a partir de la cual el impuesto sobre la renta se incorpora al sistema, sufriendo posteriormente diversas alternativas.

En América Latina la repercusión de este movimiento científico y legislativo se produce con algún retraso, pudiendo indicarse que entre los años 1920 y 1935, se asiste a la difusión de este impuesto, quedando incorporado desde entonces a los sistemas tributarios en los cuales tiene un peso que varía de país en país, pero en general puede considerarse de gran trascendencia.

Finalmente, es con la Ley N° 7904, Ley de Impuestos sobre la renta, vigente a partir de 1935 que en nuestro país cobra vigencia el mencionado impuesto.

De lo expuesto, a lo largo de la historia del impuesto, se advierte su aplicación como medio de financiamiento de guerra y redistribuidor de riqueza al repercutir directamente al contribuyente, y cuya vigencia no está exenta de cuestionamientos, dentro de los cuales se encuentra la determinación de su base imponible; sin embargo, dichas observaciones han ido corrigiéndose con la finalidad de que el impuesto obtenga legitimidad ante la ciudadanía.

Por ello no cabe duda que la utilización de mecanismos para determinar la base imponible del impuesto en base a un valor de mercado, en el caso de operaciones entre

sujetos no vinculados, y que es materia de investigación en el presente trabajo, concitará debate, más aún si su uso se realiza sobre un impuesto directo.

Así en el Capítulo II se analizará el desarrollo legislativo en nuestro país de la norma de valor de mercado aplicada en el Impuesto a la Renta.

1.2. Base imponible

El problema de la determinación sobre valor de mercado, no es otro, sino que el de un mecanismo para determinar la base imponible del impuesto, toda vez que dicho ingreso cuantificado por la norma de valor de mercado luego de ciertos ajustes y deducciones se constituirá en el monto sobre el cual se aplicará la alícuota correspondiente para determinar el importe del impuesto.

De acuerdo a la definición de base imponible señalada por Jiménez Ibáñez (2009) que sostiene que es:

Aquella magnitud, de carácter dinerario o no dinerario, susceptible de expresarse de una forma cuantitativa, que ha sido definida mediante la correspondiente norma tributaria del impuesto a que se refiere, y que, en su consecuencia, ha de aplicarse al caso concreto definido, a fin de obtener una correcta liquidación del impuesto que nos ocupa. (p. 279)

Su carácter de elemento esencial del impuesto es puesto de manifiesto por Ferreiro Lapatza (2006) cuando sostiene:

La base es siempre la dimensión o magnitud de un elemento integrante del hecho imponible, pues, en pura lógica, si el tributo se paga en relación con la base imponible, si no hay base imponible no hay cuota, no nace la obligación tributaria. Para que nazca la obligación tributaria es necesario que se dé el hecho imponible en todas sus partes completamente, y una de sus partes o elementos necesarios para que nazca la obligación tributaria es aquél cuya magnitud se toma como base.

La base imponible no coincide conceptualmente con el objeto del tributo: es precisamente una dimensión o magnitud del objeto del tributo. La dimensión o magnitud del objeto del tributo que sirve para determinar la capacidad contributiva relativa. (p. 415)

Así para que dicho parámetro cuantifique la manifestación de riqueza sujeta a impuesto, no siempre tendrá en cuenta una manifestación de riqueza, sino que esta variará de acuerdo al hecho imponible, en dicha medida Jiménez Ibáñez (2009) señala que:

Dicha base imponible se obtendrá, unas veces, mediante la diferencia entre los ingresos computables por la actividad empresarial o profesional del sujeto pasivo y los gastos necesario para la obtención de aquellos –es decir, por el importe de la renta disponible caso del IRPF-; otras, por el valor real del bien adquirido – como es el caso del ITPAJD y de ISD-; por los resultados económicos obtenidos por las personas jurídicas-caso del IS-; o por el importe del servicio prestado – caso del IVA-...

De lo anterior es fácil colegir que la relación hecho imponible–base imponible ha de ser real y ajustada. Como hemos indicado, el hecho imponible del tributo debe incorporar siempre un índice de capacidad económica, una aptitud para contribuir, y aquél que ponga de manifiesto esas circunstancias señaladas por la Ley como indicativas de capacidad económica será, pues, el sujeto pasivo sobre el que recaerá la carga tributaria. De esta forma, tal y como el hecho imponible mide la capacidad económica del sujeto pasivo utilizando una serie de índices y parámetros (renta, patrimonio, consumo... etc.), la base imponible va a medir el hecho imponible, es decir, determinará su cuantificación y en su consecuencia la capacidad de contribuir persiguiendo el principio de justicia tributaria. (pp. 279-280)

Así de acuerdo a lo señalado anteriormente, concretamente la base imponible del Impuesto a la Renta generada por actividades económicas de las empresas deberá sustentarse en un resultado contable.

Más concretamente, García Mullin (1978) indica sobre la formación de la base imponible del Impuesto a la Renta que:

Este proceso supone una progresiva depuración de elementos y atraviesa por una serie de etapas. Las legislaciones no son concordes, ni en la forma de denominar esas etapas, ni en cuanto al orden en que se van escalonando, aunque si existe bastante coincidencia en los lineamientos generales del proceso, y en su

orientación hacia la concreción de una base numérica depurada, sobre la cual se aplique la alícuota. (p.71)

En el caso del Impuesto a la Renta en el Perú debe tenerse en cuenta que este se sustenta en la determinación del ingreso, sobre el cual se determinará la renta bruta, deduciendo el respectivo costo computable, y sobre dicho monto los gastos deducibles correspondientes para obtener la renta neta sometida a la alícuota.

El mencionado ingreso y en especial su cuantificación es la materia de investigación del presente trabajo.

1.3. Formas de determinación del impuesto

Como se mencionaba para efectos de la determinación de la base imponible del impuesto deberá considerarse la forma en la que se determinará el ingreso. Así se expresaba que en el caso de ciertos impuestos su base será una relacionada a la real obtención de un ingreso, en otros casos supondrá el resultado contable y en otros casos se apelará a una estimación objetiva que sustituya el ingreso verdaderamente obtenido.

En tal sentido García Mullin (1978) señala que, en forma general, puede decirse que normalmente, la determinación del impuesto se realiza sobre la base de la renta “real” o “efectiva”, es decir, aquella que efectivamente existió en la realidad.

La renta real o efectiva parte de la “renta bruta” del período, la cual en principio equivale al ingreso bruto obtenido efectivamente de un bien o actividad. En un importante caso, que es el de ingresos por permutación de bienes, no se produce esa equivalencia entre renta bruta e ingreso bruto. En efecto, en tanto los bienes enajenados debieron ser adquiridos, es decir, tuvieron un costo, la renta bruta equivale a la diferencia entre el ingreso bruto por la enajenación, y el costo tributario del bien vendido. Si a la renta bruta se le restan los gastos necesarios para obtenerla y para mantener la fuente, se tendrá la renta neta real.

Sin embargo puede decirse que casi no existe ningún sistema que se atenga pura y exclusivamente a la renta real, sino que, en mayor o menor grado, el legislador recurre muchas veces al auxilio de presunciones.

Estas presunciones pueden decirse que son hijas de la necesidad, porque en buena medida responden a las dificultades para el cálculo (y fundamentalmente para el control de veracidad) de la renta real en algunas situaciones.

Claro está que la proliferación y extensión de estas presunciones puede acabar por alterar el tributo, cambiándolo de personal a objetivo, e incluso desnaturalizándolo como impuesto a la renta, para convertirlo en algunos casos, en un impuesto de capital. (pp. 73-74).

Por ello usualmente en la formación de la determinación del ingreso sujeto al impuesto, se recurrirá a presunciones o ficciones, dado que usualmente no se podrá recurrir directamente a la renta real o efectiva para tenerla como sujeta a gravamen.

1.4. Presunciones y ficciones

De acuerdo con Venegas Álvarez (2008): “En la ley tributaria, las presunciones y las ficciones sustanciales tienden a facilitar fundamentalmente la gestión de la recaudación tributaria y la aplicación de la norma fiscal. Ellas han sido establecidas por necesidades técnico-jurídicas” (p. 1).

Para Navarrine y Asorey (como se citó en Muñoz Delgado, 2008) la presunción es el resultado de un proceso lógico mediante el cual, de un hecho conocido cuya existencia es cierta, se infiere un hecho desconocido cuya existencia es probable, mientras que la ficción constituiría una valoración jurídica en virtud de la cual se atribuye a determinados supuestos de hecho, efectos jurídicos que violentan e ignoran su naturaleza real, creando una verdad jurídica distinta a la fáctica (p. 342).

Por su parte, Bravo (2010) refiere que “en el Derecho Tributario las presunciones son mayormente utilizadas como técnicas de reconstrucción de la materia imponible” (p. 111); agregando que:

La reconstrucción de la materia imponible, ante la ausencia de elementos probatorios que permitan determinar fehacientemente la existencia o magnitud del hecho imponible, es posible empleando presunciones legales, y es una herramienta de la que dispone quien detenta la potestad tributaria, que sólo puede emplearse residualmente a la determinación tributaria sobre base cierta, ante determinados supuestos de hecho. En efecto, para la aplicación de presunciones,

se requiere, necesariamente de la existencia de hechos indiciarios (supuestos) que permitan inferir la existencia del hecho imponible.

Como podrá notarse, el método sobre base presunta (o método estimativo o indirecto como se le conoce en otros ordenamientos jurídicos) tiene como objetivo resolver situaciones inciertas, en función a pautas predeterminadas que permiten dar por ocurrido el hecho imponible, aun cuando no sea factible concluir en su certeza. El Código Tributario vigente en el Perú contempla expresamente los supuestos que posibilitan la aplicación de presunciones y los mecanismos presuncionales, señalando que sólo se puede probar en contrario contra tales supuestos y no contra las presunciones propiamente dichas, recogiéndose de tal manera presunciones legales absolutas (*iuris et de iure*). (pp. 111-112)

En cambio, en el caso de la ficción para Pérez Ayala se circunscribe a tres funciones: a) Reducir los elementos sustanciales del Derecho, b) Concretizar el principio de eficacia, a los efectos de simplificar o acelerar la gestión, liquidación o recaudación tributaria y c) La lucha contra el fraude tributario (como se citó en Bravo, 2010, p. 112).

En tal sentido en el Capítulo II del presente trabajo de investigación se determinará si la norma de valor de mercado constituye una presunción favorable a la Administración, por lo que de ser el caso podría probar en contra el contribuyente, o por el contrario se trata de una ficción y por tanto constituiría una norma imperativa para la determinación por ambas partes, sustituyendo el valor real o resultado contable de la operación. Asimismo, en dicho Capítulo se analizará la conveniencia de modificar la naturaleza de dicha norma de valoración.

1.5. Legislación comparada

1.5.1. España

La legislación sobre el Impuesto a la Renta en el reino de España se encuentra compuesta por las siguientes leyes:

1. Impuesto Sobre la Renta de No Residentes - Texto Refundido de la Ley del Impuesto Sobre la Renta de no Residentes, Real Decreto Legislativo 5/2004 de 5 de marzo, y Reglamento Real Decreto 1776/2004 de 30 de julio.

2. Impuesto sobre la Renta de las personas físicas - IRPF en la Ley Española Ley 35/2006 de 28 de noviembre de 2006. Reglamento Real Decreto 439/2007 de 30 de marzo de 2007.
3. Ley 27/2014 de 27 de noviembre de 2014 Impuesto de Sociedades. Real Decreto N° 1777/2004 de 30 de julio, Reglamento del Impuesto sobre Sociedades.

De acuerdo con la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas se sujetan a renta: a) los rendimientos del trabajo, b) los rendimientos del capital, c) rendimiento de actividades económicas y d) Ganancias y pérdidas patrimoniales.

En dicha norma existe la denominada presunción de onerosidad por la cual en caso de operaciones a título gratuito por rendimientos del trabajo o del capital se entiende que dichas operaciones se pactaron a valor normal de mercado, sin embargo, esta se constituye en una presunción que admite prueba en contrario por parte del contribuyente a efecto de acreditar la gratuidad de la operación o el menor valor por debajo del mercado. Caso distinto ocurre con los rendimientos de actividades económicas en cuyo caso no admite prueba en contrario, constituyéndose esta en una renta imputada, toda vez que se grava una operación gratuita.

En el caso de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, se indica expresamente en su artículo 10° que la base imponible es el resultado contable.

En ese sentido dicha cuantificación se realiza sobre la base de un método de determinación directa; sin embargo, también se regula para casos en los cuales los ingresos representen montos menores que el contribuyente pueda acogerse a la determinación objetiva, mediante la cual se sustituye el monto de los ingresos del contribuyente por unas cuotas fijas a las que accederá a través no de los ingresos sino de variables como el número de trabajadores, o el área que ocupa el negocio.

La norma también prevé la utilización del método de determinación indirecta, que constituyen presunciones a efectos de determinar la base imponible, dado que el contribuyente no cuenta con la documentación suficiente para determinar el resultado contable.

Se advierte que la Ley del Impuesto sobre Sociedades regula la norma de valor de mercado para las operaciones entre partes vinculadas y en aquellos casos de

reorganización empresarial cuando el contribuyente no se haya acogido a la neutralidad impositiva en caso de reorganización.

No obstante, conforme se ha indicado las partes no vinculadas determinarán sus operaciones con sustento en el Código de Comercio y las normas de contabilidad que se relacionan a las normas de valor razonable que a su vez parten de una norma de mercado.

Como se desarrollará en el Capítulo II una parte de la doctrina nacional, sostiene que el artículo 32° de la Ley del Impuesto a la Renta del Perú genera una renta imputada, dicha conclusión tiene cierta influencia de la presunción de onerosidad establecida en la Ley del Impuesto sobre Personas Físicas en cuanto a la regulación de actividades económicas.

1.5.2. Chile

En Chile la tributación del impuesto a la Renta se encuentra regulada en el Decreto Legislativo N° 824 de 1974, denominada Ley sobre Impuesto a la Renta.

En dicha ley la cuantificación del impuesto, aunque no se dice expresamente parte del resultado contable, siendo que la Administración podrá oponer una tasación de la base imponible según lo previsto por los artículos 16 y 17 de la Ley y de acuerdo con lo previsto en el procedimiento que regula la tasación en el artículo 64° del Código Tributario.

Aunque también se ha regulado los procedimientos para determinar la tasación de precio o valor asignado al objeto de la enajenación de bienes muebles, corporales o incorporales; tasación del precio o valor asignado a los servicios prestados; y la tasación del precio o valor de bienes raíces, todas reguladas por el artículo 64° del Código Tributario.

En la legislación no se señala propiamente el término valor de mercado, pero sí hace referencia a valores corrientes en plaza, los que se cobran en convenciones de similar naturaleza o a valores comerciales, sin definir tales criterios de valoración; sin embargo, debe advertirse que se tratan de valores de mercado.

De acuerdo con el artículo 64° del Código Tributario la Administración deberá probar que los valores asignados a los bienes son notoriamente superiores o inferiores a los de mercado, acreditando el valor de referencia, según los criterios o parámetros previstos en la Ley.

Como se puede advertir en este caso si bien la Administración puede considerar que los valores son notoriamente distintos a los de mercado, deberá acreditar ello al contribuyente; es decir en este supuesto se advierte notoriamente que la Administración tiene una facultad discrecional al señalar que solo comunicará la diferencia entre valores si esta resulta notoria, y que esta será la que debe acreditar el valor de referencia que ha tomado para determinar la diferencia con el valor consignado por los contribuyentes.



CAPÍTULO II: APLICACIÓN DE LA NORMA DE VALOR DE MERCADO EN EL IMPUESTO A LA RENTA PERUANO

2.1. Antecedentes de la norma de valor de mercado en la legislación peruana

En la problemática presentada a efectos de establecer la base imponible del Impuesto a la Renta, y más concretamente la cuantía que es materia gravable en las operaciones sujetas al impuesto, debemos advertir cómo fue prevista legislativamente en los antecedentes de la norma vigente.

El Impuesto a la Renta ha sido regulado en nuestro país, a través de las siguientes normas:

- a) Ley N° 7904, Ley de Impuestos sobre la renta, publicada el 26 de julio de 1934 y vigente desde el 1 de enero de 1935.
- b) Decreto Supremo N° 287-68-HC, vigente a partir del 1 de enero de 1969.
- c) Decreto Legislativo N° 200, publicado el 15 de junio de 1981, vigente desde el 1 de enero de 1982.
- d) Decreto Legislativo N° 774, Ley del Impuesto a la Renta, publicado el 12 de diciembre de 1993 y vigente desde el 1 de enero de 1994. La que actualmente se encuentra recogida con sus modificatorias en el Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta aprobado por Decreto Supremo N° 179-2004-EF.

2.1.1. Ley N° 7904 (1935-1968)

El esquema seguido en la ley gravaba las rentas de capital movibles (ganancias de capital), utilidades (renta empresarial), predios rústicos y urbanos (arrendamiento de inmuebles), sueldos (rentas de trabajo); incluyendo el gravamen por el impuesto progresivo sobre la renta.

En cuanto al impuesto que gravaba las utilidades, se advertía que esta se determinaba sobre la renta neta, a la que denominaba utilidad sujeta a impuesto, la que provenía de la diferencia entre la entrada bruta total y el importe de gastos, castigos y desmedros. Si bien la norma no definía el concepto de entrada bruta total, que

representaba la base para la determinación de la cuantía sujeta al impuesto, en el artículo 22° preveía que “el impuesto se fijaba anualmente sobre las utilidades obtenidas en el precedente período de doce meses que comprendía el balance del negocio”. (Ley N° 7904, 1934).

En efecto se puede advertir que el impuesto se sustentaba en el resultado contable, al que se les aplicaban gastos, castigos y desmedros a efectos de determinar la cuantía; por lo que su determinación era directa, no existiendo presunciones o ficciones a efectos de encontrar la base gravable sino la utilización del resultado contable.

Esta forma de imposición también tenía un soporte sistemático, dado que el artículo 33° del Código de Comercio de 1930 disponía que la empresa en marcha debía llevar contabilidad, la que debía comprender necesariamente entre otros un balance general. De tal manera que a través de dicha contabilidad los administrados y la Administración contaban con la información de la utilidad sujeta a gravamen.

No obstante, la norma tributaria también preveía aquellos supuestos en los que no se contaba con dichos registros contables, sea por la pequeñez del negocio, por la deficiencia de la declaración o la dificultad para comprobar su exactitud, siendo que en dichos casos de acuerdo con el artículo 26° esta se calculaba por “analogía con negocios similares, por el precio del alquiler del local o locales ocupados, por su ubicación, por el número de obreros empleados, por el valor del capital invertido en el negocio o por el monto bruto de sus ingresos” (Ley N° 7904, 1934), a los que se agrupaba con el fin de aplicarles un coeficiente de utilidad líquida. En estos supuestos, se puede advertir la utilización de criterios objetivos que permitían llegar a establecer de forma indirecta la base imponible, recurriendo para ello a una ficción, la que no admitía prueba en contrario.

Por ello como regla general en la Ley N° 7904, la determinación se efectuaba de manera directa con sustento en el resultado contable, y solo de manera excepcional, la Administración recurría a una ficción a fin de determinar la cuantía al no contar con dichos registros contables.

2.1.2. Decreto Legislativo N° 200 (1982-1993)

Bajo la estructura según la cual se gravan con el impuesto a las rentas netas, en el caso del impuesto empresarial se observa que la renta bruta está determinada por el costo computable menos ingreso neto total.

Ahora bien, el Decreto Legislativo N° 200 no ha señalado cuál es ese ingreso base en el cual se debe determinar el impuesto.

Sin embargo, la norma analizada tuvo su reglamentación con la publicación del 30 de diciembre de 1985 del Decreto Supremo N° 529-85-EF, en cuyo artículo 127° dispuso:

La contabilización de operaciones bajo principios de contabilidad generalmente aceptados, puede determinar, por la aplicación de las normas contenidas en el Decreto, diferencias temporales y permanentes en la determinación de la renta neta. En consecuencia, salvo que el Decreto o el Reglamento condicionen la deducción al registro contable, la forma de contabilización de las operaciones no originará la pérdida de una deducción. Las diferencias temporales y permanentes, obligarán al ajuste del resultado según los registros contables, en la declaración jurada. (Decreto Supremo N° 529-85-EF, 1985)

Previamente en nuestro sistema legal a través de la Ley de Sociedades vigente en aquella oportunidad, también se exigía que las empresas contaran con un balance, así según Beaumont (2002):

El art. 251 de la norma anterior [Decreto Legislativo N° 311, antigua Ley de Sociedades] se refería, solamente, al balance de las sociedades anónimas cuando, en primer lugar, debe entenderse que el balance general anual en tanto documento que en cifras y de acuerdo a pautas científicas, expresa el resultado económico-financiero de una actividad empresarial, es para todo tipo de formas societarias. (p.497)

En tal sentido para la determinación también se partía del resultado contable, no obstante, el legislador también previó en ciertos supuestos tomar valores distintos a los obtenidos en la contabilidad para determinar el impuesto.

De tal manera que en el artículo 31° del Decreto Legislativo N° 200 estableció una norma antielusiva al disponer que en caso de retiro de bienes (mercadería) para “uso

personal o con destino a actividades que no generen resultados alcanzados por el Impuesto, se consideraban transferidos a valor de mercado” (Decreto Legislativo N° 200, 1981), valuando las existencias, valores y bienes del activo fijo según normas de valor de mercado, la que representaban los ingresos obtenidos normalmente en operaciones onerosas realizados por la empresa con terceros, el precio en el mercado bursátil (cotización), el ingreso obtenido en transacciones frecuentes o tasación, respectivamente.

Del mismo modo, también previó que, en caso de transferencias de bienes del activo fijo, el valor no debía ser menor al de mercado.

No obstante, que establecía que dichas operaciones debían valorarse a un valor de mercado, a partir del año 1984 se dispuso que estas constituirían presunciones que admitían prueba en contrario (Decreto Legislativo N° 298, 1984).

Más aún el artículo 32° de la norma, con la modificatoria aprobada a través de la Ley N° 23337, publicada el 15 de diciembre de 1981, en relación a las operaciones de la actividad empresarial gravadas con el impuesto dispuso que:

En los casos de venta, aporte de bienes y demás transferencias a cualquier título a personas jurídicas 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 [artículo 31°]. Si el valor asignado fuera superior al de mercado, la Dirección General de Contribuciones procederá a ajustarlo. (Ley N° 23337, 1981).

De una primera lectura dicha norma constituía una antifraude a efectos de evitar que el adquirente obtenga un mayor gasto deducible, toda vez que señala que si este fuera superior al de mercado autoriza a la Administración a ajustarlo; sin embargo, por su ubicación en el capítulo de renta bruta, y no en el de renta neta, debe considerarse que esta es para efectos de determinar el ingreso relacionado a la base para determinar la renta bruta, más aun si en dicho capítulo ha sido incorporada.

Asimismo, también podría suponerse que se trata solo de una norma que va a ajustar el valor en caso de sobrevaluación y operaría solo para el adquirente; sin embargo, esta norma de valoración resulta aplicable también para supuestos de subvaluación y opera para ambas partes de la operación. Al respecto Valle Billingham (1994) ha señalado:

Con anterioridad, a la vigencia del Reglamento de la Ley, aprobado por Decreto Supremo N° 122-94-EF, se discutía si la regla anteriormente descrita únicamente resultaba de aplicación para aquellos casos en que las partes sobrevalorasen el valor asignado a los bienes transferidos, o si por el contrario la Administración Tributaria se encontraba legalmente facultada a ajustar para propósitos tributarios el valor de los bienes cuya transferencia se efectuase por debajo del valor de mercado.

Nuestra opinión sobre el particular fue y sigue siendo que desde el punto de vista conceptual no cabía duda alguna que, para una apropiada aplicación del impuesto, la SUNAT debería tener la facultad de aplicar la regla de valor de mercado tanto para los casos de transferencia con sobrevaloración de bienes como para aquéllos en que se subvalorase los mismo. Esta opinión si bien no derivaba literalmente del texto legal, surgía de un análisis de la concepción del impuesto y, de hecho, no se oponía al derecho positivo. (p.34)

Según Hernández Berenguel (1985) en lo que respecta a la aplicación de dicha norma se debe tener en cuenta que esta también constituye una presunción que admite prueba en contrario (p.38). Así, para Ossio Gargurevich (1987) “es una disposición que simplemente está destinada a dispensar al Fisco de la prueba del valor real de la transferencia, presumiendo que es el de mercado” (p.13). Dicha presunción no solo debe circunscribirse a cuestiones objetivas relativas al bien materia de transferencia, sino a circunstancias que rodean a la operación, por lo que la prueba contra la presunción no solo se constituiría por los registros contables, facturas, contratos o facturas (p.13-14).

Así se puede apreciar que durante la vigencia del Decreto Legislativo N° 200 las operaciones eran valuadas por normas de valor de mercado, establecidas en los artículos 31° y 32° de la norma, las que constituían una presunción que admitía prueba en contrario por parte del contribuyente, quien debía probar que los precios fijados en su operación son los reales, concluyendo por ello que se trata de una norma antifraude, la que respetaría el principio de capacidad contributiva por cuanto si bien establecía una presunción, el contribuyente podía demostrar que el valor de sus operaciones sobre las cuales determinaba el tributo eran las reales.

2.2. Actual norma de valor de mercado (1994 – actualidad)

2.2.1. Decreto Legislativo N° 774

Con la aprobación del Decreto Legislativo N° 774, Ley del Impuesto a la Renta, vigente a partir de 1994, se incorporaron los mencionados artículos 31° y 32° de la Ley del Impuesto a la Renta anterior (Decreto Legislativo N° 200) y con ello resultaba aplicable el mismo juego de reglas para determinar el valor de mercado, esto es, se establecía una norma antielusiva para el caso de disposición de bienes a actividades que no generaran resultados alcanzados por el impuesto (retiro de bienes), estableciendo valores de mercado para dichas operaciones en el caso de existencias, bienes del activo fijo y valores; las que se hacían extensivas a las demás operaciones aunque no se trataran de retiros, de acuerdo con el artículo 32° de la ley, indicando nuevamente que se procedía a efectuar el ajuste en caso de sobrevaluación para ambas partes de la operación. Observándose que no se indicaba que se admitía prueba en contra sobre estos valores de mercados, por lo que debe advertirse que la norma recibe una reconfiguración dado que deja de ser una presunción iuris tantum, para convertirse en una ficción.

2.2.2. Decreto Legislativo N° 810

La norma posteriormente recibe modificaciones al incluir con el Decreto Legislativo N° 810 de 1996 las transacciones entre empresas vinculadas económicamente, indicando que se valorarían de acuerdo a las que normalmente se obtiene en operaciones que realiza la empresa con terceros no vinculados en condiciones iguales o similares, en caso contrario aplicaría la norma que estableciera el mercado. Como se puede advertir a partir de dicho año se empieza a regular las operaciones que hoy llamamos entre partes vinculadas, no obstante, conforme se indicó anteriormente estas no serán materia de estudio en el presente trabajo.

2.2.3. Decreto Legislativo N° 799

En el año 1995 opera una modificación importante al indicar en el Decreto Legislativo N° 799, que modifica el artículo 32 de la Ley del Impuesto a la Renta que:

En los casos de ventas, aporte de bienes y demás transferencias de propiedad a cualquier título, el valor asignado a los bienes para efectos del Impuesto, será el de mercado, determinado de acuerdo con las reglas del artículo anterior. 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. (Decreto Legislativo N° 799, 1995).

Esta norma tiene un alcance mayor dado que señala que las operaciones para efectos del Impuesto serán a valor de mercado y se remite al artículo 31° que regula sobre el retiro de bienes para indicar cuál es el valor de mercado para las operaciones que realiza el contribuyente, siguiendo la misma consideración de que se trata de una ficción, por lo que no admite prueba en contrario. Esto es se ha establecido una norma de valoración objetiva, a través de la estimación del ingreso que obtiene para fines del tributo el contribuyente. Asimismo, se indica expresamente que los ajustes operarán en caso de sobrevaluación o subvaluación y para ambas partes de la operación, lo que no hace sino reafirmar que para efectos del impuesto, el legislador ha establecido que el ingreso será un valor estimado, aun cuando en la realidad se hubiera obtenido un mayor o menor monto por la operación. Asimismo, extiende los efectos para ambas partes de la operación, ello para darle consistencia a la determinación efectuada en una parte, por lo que la otra se vería afectada en la determinación de sus costos, gastos o ingresos. Sin embargo, conforme analizaremos más adelante, a nivel de técnica legislativa dicho ajuste establecido en este artículo no tiene correlato normativo con la determinación del costo computable, por ejemplo.

2.2.4. Ley N° 27034 y Decreto Supremo N° 054-99-EF

A su vez la Ley N° 27034 publicada el 30 de diciembre de 1998, reconfigura la norma de valor de mercado, modificando en el articulado de la Ley del Impuesto a la Renta la indicación de valor de mercado en las operaciones, retirándolas del artículo 31° que se relacionaba al retiro de bienes para incluirlas en el artículo 32° que regulaba la generalidad de las operaciones sujetas a imposición. Por lo demás la norma continuaba estableciendo una ficción que permitía efectuar ajustes para ambas partes de la operación, encargando ello a la Administración en caso de subvaluación o sobrevaluación. Esta estructura fue recogida por el Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta aprobada por Decreto Supremo N° 054-99-EF, que recogió oportunamente las modificatorias vigentes a 1999 del Decreto Legislativo N° 774.

2.2.5. Ley N° 27356 y Decreto Supremo N° 045-2001-EF

Como resultaba evidente, no todas las operaciones se indicaban que se regulaban a valor de mercado hasta dicho momento, apreciándose que no se encontraban incorporadas las prestaciones de servicios, por lo que mediante la Ley N° 27356 publicada el 18 de octubre de 2000, se incorporó en las operaciones sujetas a dicha valoración a las prestaciones de servicios, a su vez también se dispuso que las existencias no solo se valorarían de acuerdo con las operaciones onerosas que la empresa realiza con terceros, sino que en defecto esta información se obtenía las operaciones entre sujetos no vinculados en condiciones iguales y similares. No obstante, también se efectuaba una remisión reglamentaria a efectos que por decreto supremo se regulara el valor de mercado respecto a los servicios, lo que finalmente se efectuó con la dación del Decreto Supremo N° 045-2001-EF publicado el 20 de marzo de 2001.

Cabe agregar que también el legislador a través de la referida ley, extendía la aplicación de las normas de valor de mercado al Impuesto General a las Ventas, lo que finalmente terminaría siendo derogado a través del Decreto Legislativo N° 1116 del año 2012.

2.2.6. Decreto Legislativo N° 945

Finalmente el Decreto Legislativo N° 945 publicado el 23 de diciembre de 2003, recoge las anteriormente modificatorias, estableciendo el valor de mercado para las (i) existencias, las que se consideraban las que normalmente obtenía en operaciones onerosas realizadas por la empresa con terceros y en su defecto las obtenidas en operaciones entre partes independientes en condiciones iguales y similares, (ii) valores, indicando la cotización bursátil como valor de mercado cuando se cotice en bolsa la acción, y en los demás supuestos efectúa una remisión reglamentaria, (iii) bienes del activo fijo, en caso de operaciones frecuentes en el mercado era el que correspondía a dichas transacciones, caso contrario sería el valor de tasación, (iv) transacciones entre partes vinculadas o las realizadas desde, hacia o a través de paraísos fiscales, remitiendo su valoración al artículo 32-A de la Ley del Impuesto a la Renta.

En este punto, conviene indicar que la norma en comentario en la doctrina nacional también ha recibido diversas interpretaciones contrapuestas entre sí, entre las que se encuentran:

- a) Que constituiría una que genera renta imputada, mientras otro grupo considera que solo es una norma de valoración de las operaciones.
- b) Que constituiría una presunción que admite prueba en contrario de parte del contribuyente o es una ficción que debe ser aplicada imperativamente por el contribuyente y la Administración. Se parte de considerar a la norma de valor de mercado como una norma antifraude respecto a la fijación del monto de las operaciones evitando su manipulación y consiguiente aminoramiento del impuesto a pagar o su diferimiento. Se sostiene que al admitir prueba en contrario se respetaría el principio de capacidad contributiva, mientras que al representar una ficción que sustituiría el valor real de las operaciones se privilegia el principio de eficacia y simplicidad de la actividad recaudadora.
- c)Cuál sería la intervención del contribuyente y la Administración en la formación del valor de mercado, esto es, cuál es la carga de la prueba que asume cada uno.

Como es de advertir también se cuestiona que de tratarse de una ficción se estaría vulnerando la capacidad contributiva de los sujetos del impuesto, al establecer una cuantía sujeta a gravamen la cual puede estar alejada del monto que realmente recibió en las operaciones.

A ello debe agregarse que en la sistemática legislativa no se ha correlacionado la aplicación de las normas de valor de mercado en partes no vinculadas con relación a los demás supuestos de determinación del impuesto, como puede ser el costo computable y gasto.

Por ello, en los siguientes puntos del presente trabajo, se procederá a analizar estos supuestos a fin de determinar la naturaleza de la norma de valor de mercado entre partes no vinculadas en nuestra legislación del Impuesto a la Renta, si esta cumple con los principios que le den validez, así como la intervención de las partes en la formación del valor de mercado, analizando los supuestos que comprende la norma (a excepción como se indicó antes en las operaciones que se regulan por precios de transferencia) y en todo caso de haber deficiencias en la legislación cómo deberían corregirse.

2.3. Norma de valor de mercado

De acuerdo con nuestra norma vigente, el valor de mercado se regula en el artículo 32° de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado por Decreto Supremo N° 179-2004-EF, modificado por las Leyes N° 28634 y 28655, y Decretos Legislativos N° 970 y N°1112, que señalan:

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.

Para los efectos de la presente Ley se considera valor de mercado:

1. Para las existencias, el que normalmente se obtiene en las operaciones onerosas que la empresa realiza con terceros. En su defecto, se considerará el valor que se obtenga en una operación entre partes independientes en condiciones iguales o similares.

En caso no sea posible aplicar los criterios anteriores, será el valor de tasación.

2. Para los valores, será el que resulte mayor entre el valor de transacción y:

a) el valor de cotización, si tales valores u otros que correspondan al mismo emisor y que otorguen iguales derechos cotizan en Bolsa o en algún mecanismo centralizado de negociación; o

b) el valor de participación patrimonial, en caso no exista la cotización a que se refiere el literal anterior; u,

c) otro valor que establezca el Reglamento atendiendo a la naturaleza de los valores.

Tratándose de valores transados en bolsas de productos, el valor de mercado será aquél en el que se concreten las negociaciones realizadas en rueda de bolsa.

3. Para los bienes de activo fijo, cuando se trate de bienes respecto de los cuales se realicen transacciones frecuentes en el mercado, será el que corresponda a

dichas transacciones; cuando se trate de bienes respecto de los cuales no se realicen transacciones frecuentes en el mercado, será el valor de tasación.

4. 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.

5. Para las operaciones con Instrumentos Financieros Derivados celebrados en mercados reconocidos, será el que se determine de acuerdo con los precios, índices o indicadores de dichos mercados, salvo cuando se trate del supuesto previsto en el numeral 4. del presente artículo, en cuyo caso el valor de mercado se determinará conforme lo establece dicho numeral.

Tratándose de Instrumentos Financieros Derivados celebrados fuera de mercados reconocidos, el valor de mercado será el que corresponde al elemento subyacente en la fecha en que ocurra alguno de los hechos a que se refiere el segundo párrafo del literal a) del Artículo 57 de la Ley, el que ocurra primero. El valor de mercado del subyacente se determinará de acuerdo con lo establecido en los numerales 1. al 4. del presente artículo.

Mediante decreto supremo se podrá establecer el valor de mercado para la transferencia de bienes y servicios distintos a los mencionados en el presente artículo.

Asimismo, mediante decreto supremo se determinará el valor de mercado de aquellas transferencias de bienes efectuadas en el país al amparo de contratos cuyo plazo de vigencia sea mayor a quince (15) años, siempre que los bienes objeto de la transacción se destinen a su posterior exportación por el adquirente. El decreto supremo tomará en cuenta los precios con referencia a precios spot de mercados como Henry Hub u otros del exterior distintos a países de baja o nula imposición publicados regularmente en medios especializados de uso común en la actividad correspondiente y en contratos suscritos por entidades del sector público no financiero a que se refiere la Ley N° 27245 y normas modificatorias. El decreto supremo fijará los requisitos y condiciones que deberán cumplir las transacciones antes mencionadas.

Una particularidad que contiene nuestra legislación del Impuesto a la Renta es la aplicación de normas de valor de mercado a las operaciones entre partes no vinculadas. De manera general, las legislaciones aplican dichos supuestos en los casos de partes

vinculadas, ello con una clara finalidad de evitar que dichas partes tomen decisiones sobre el precio de sus operaciones con la finalidad de obtener un beneficio fiscal, esto es un pago menor del impuesto o el diferimiento del mismo, aprovechando del conocimiento que tienen de las condiciones fiscales (escudos fiscales, pérdidas, beneficios tributario) de ambas partes de la operación, por lo que en dicho supuesto se busca sustituir dicho monto por el que hubiesen pactado con operaciones entre terceros.

No obstante, nuestra legislación ha extendido dichas normas y ha señalado los montos que deben entenderse por valor de mercado para operaciones entre partes no vinculadas.

Al respecto, como señalé anteriormente, un caso semejante solo ocurre en la legislación española, pero solo en su Ley del Impuesto a la Renta de Personas Físicas, Ley 35/2006, mas no así en la Ley del Impuesto sobre Sociedades, Ley 27/2014 de 27 de noviembre, dado que en esta las normas de valor normal de mercado resultan aplicables a las operaciones entre partes vinculadas, siendo que para los demás sujetos se parte del resultado contable, tal como lo indica expresamente la norma.

En el caso de la Ley del Impuesto a la Renta de Personas Físicas, sin embargo, existe una presunción de onerosidad la que se extiende a rendimientos del trabajo y del capital cuando se traten de operaciones gratuitas o de valor inferior al normal de mercado, admitiendo contra dicha presunción prueba en contrario por parte del contribuyente; no así ocurre en el caso de actividades económicas donde tal presunción es sustituida por una regla de valoración que se aplica de forma imperativa, de acuerdo con el numeral 28.4 del artículo 28º de dicha Ley, atendiendo a que se valorarán dichas operaciones a valor de mercado en caso que se realicen de forma gratuita, se destine al uso o consumo propio, o cuando se realicen a un valor por debajo del normal de mercado.

Como se puede advertir nuestra Ley del Impuesto a la Renta, habría acogido meridianamente el supuesto establecido en la Ley del Impuesto a la Renta de Personas Físicas de España, y señalo esto, por cuanto si bien considero que ha tomado en cuenta la sustitución de un valor establecido por uno de mercado, en el caso de la legislación española se hace al considerar expresamente que se trata de una renta imputada, en caso de gratuidad, esto a manera de ficción en el caso de actividades económicas y de forma de presunción iuris tantum en el caso de rendimientos del trabajo y del capital, siendo que en nuestra legislación no hace tal distinción y la aplica a todas las operaciones sujetas

al Impuesto, solamente que sin generar una renta imputada sino valorando las operaciones que se encuentren dentro del ámbito de aplicación de la norma, tal como lo explicaré más adelante.

Ahora bien, no debe resultar de mayor asombro encontrar cierta similitud a la norma española, dado que “generalmente desde hace algunos años, [se] viene importando los sistemas y formas impositivas de España” (Trujillo Meza, 2005, p.62), no obstante ello, esto no puede implicar que deba considerar que aquella norma tenga la misma naturaleza que la aprobada en nuestra legislación.

2.4. Norma de valoración o renta imputada

En efecto, la renta imputada o “rentas de goce o disfrute, son atribuidas al individuo por el hecho de haber disfrutado del bien, corresponden a la teoría del incremento patrimonial más consumo, pues son incluidas como parte del concepto de los consumos efectuados” (Delgado Ratto, 2004, p. 8).

No obstante, debemos analizar si la norma de valor de mercado prevista en el artículo 32° de la Ley del Impuesto a la Renta califica como una renta imputada, lo que podría determinar como en el caso de la Ley española a gravar las operaciones gratuitas.

Al respecto, se debe advertir que el legislador en los artículos 1° al 3° de la Ley del Impuesto a la Renta¹, ha regulado dentro del ámbito de aplicación del tributo el aspecto material o situación fáctica del hecho imponible o hipótesis de incidencia del tributo, delimitando los conceptos que se encuentran gravados con el impuesto.

Dicha estructura normativa ha sido analizada por el Tribunal Fiscal señalando que se infiere que nuestra legislación para efectos de delimitar los conceptos que se encuentran gravados con el Impuesto a la Renta acogía las teorías de renta producto, flujo de riqueza y consumo más incremento patrimonial, esto último si ha sido señalado

¹ De acuerdo con el artículo 1° del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta aprobado por Decreto Supremo N° 179-2004-EF, dicho impuesto grava las rentas que provengan del capital, del trabajo y de la aplicación conjunta de ambos factores, entendiéndose como tales aquéllas que provengan de una fuente durable y susceptible de generar ingresos periódicos, así como las ganancias de capital, otros ingresos que provengan de terceros, establecidos por la ley, y las rentas imputadas, incluyendo las de goce o disfrute, establecidas por esta ley.

Conforme con el penúltimo párrafo del artículo 3° de la citada ley constituye renta gravada de las empresas cualquier ganancia o beneficio derivado de operaciones con terceros, así como el resultado por exposición a la inflación determinado conforme a la legislación vigente.

expresamente, lo que evidencia que no podía considerarse como gravado bajo este criterio un ingreso distinto a los contenidos en dichos artículos. (Resoluciones del Tribunal Fiscal N° 00601-5-2003 y 03170-1-2006), precisando que la renta bajo la teoría de renta producto es la utilidad o ganancia susceptible de obtenerse periódicamente de una fuente más o menos durable en estado de explotación, de tal manera que los ingresos eventuales no quedan comprendidos dentro del campo del impuesto y, en cuanto a la teoría del flujo de riqueza renta es toda aquella ganancia, beneficio o enriquecimiento que sean obtenidos en el devenir de la actividad de las empresas en sus relaciones con terceros, incluso cuando ésta sea obtenida sin la entrega de contraprestación alguna (Resolución del Tribunal Fiscal N° 5075-1-2010).

Como se puede advertir la definición del concepto de renta imputada no se encuentra detallada ni en la legislación ni a nivel de jurisprudencia, no obstante al estar vinculadas las rentas imputadas con rentas de goce se las puede relacionar con aquellas variaciones en el patrimonio o bienes, así como el autoconsumo o uso del bien que realice el propietario del mismo.

Resulta evidente que el artículo 31° de la Ley del Impuesto a la Renta al establecer que aquellos retiros de bienes generan una renta a valor de mercado, hace suyo el uso de una renta imputada.

Respecto al artículo 32° de dicha ley, sin embargo, a nivel de doctrina nacional hay una cierta oposición, dado que un grupo manifiesta que dicha norma “contiene una ficción legal por medio de la cual se imputa una renta inclusive en el supuesto que la operación sea gratuita” (Delgado Ratto, 2004, p. 17); agregando a ello que la norma incluiría una regla de valoración adicionalmente, la denominada regla de valor de mercado, cuya metodología de determinación se incluye en la propia norma.

Así Delgado Ratto (2004) llega a afirmar que:

Se desprende que en lo que concierne a la transferencia de propiedad de bienes, aun cuando ésta se realice gratuitamente, el transferente deberá considerar que el valor asignado a dicha operación es el valor de mercado.

De este modo, apreciamos que, si bien no se ha generado una renta real y material, el legislador ha considerado la imputación de una renta ficta (hecho imponible) en cabeza del transferente de los bienes cuyo monto (base imponible) será determinado en función del valor de mercado. (2004, p.18)

Por su parte, Hidalgo Villegas (2008) sostiene que:

Atendiendo a las características del supuesto normativo, nos inclinamos a pensar que dicha regla contiene una ficción para el caso de los servicios prestados a título gratuito, conforme a la cual se atribuye renta al prestador del servicio aun cuando no se hubiese verificado la generación de la tal.

Dicha ficción está, a su vez, acompañada de una regla de valoración, cual es, la referencia al valor de mercado. (p.192)

En esa misma línea la Administración Tributaria emitió el Informe N° 090-2006-SUNAT de 30 de marzo de 2006 en el que indicaba que el artículo 32° incorporó una ficción legal mediante la cual se imputa una renta en el caso de prestación de servicios realizados a título gratuito.

No obstante, de otro parecer Muñoz Delgado (2008) ha señalado que

El citado artículo no crea un supuesto de renta (renta producto, flujo de riqueza, renta imputada, etc.); sino que sólo se reduce a fijar la valoración de la operación –que ha nacido en el contexto del Impuesto a la Renta gracias a su previa inclusión como hecho imponible gravado- cuando ésta no se encuentra conforme con las reglas que la LIR impone. (p.347)

Del mismo parecer resulta el Tribunal Fiscal dado que en las Resoluciones N° 03198-2-2006, 14459-10-2011 y 06462-8-2014 señaló que el procedimiento previsto en el artículo 32° de la Ley del Impuesto a la Renta sobre ajuste de valor debe ser utilizado cuando se presenten dudas respecto al valor asignado a una operación y no para determinar la realización de una operación de venta.

Al respecto, pretender que la norma de valoración de mercado, cree una renta imputada, pareciera que no seguiría la sistemática de la legislación, toda vez que por ejemplo el inciso g) del artículo 1° del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta (Decreto Supremo N° 122-94-EF, 1994) si bien refiere que en el caso de operaciones gratuitas puede considerarse un ingreso pero esto se realiza para efectos del adquirente en dicha transferencia a título gratuito, por lo que no existe efectos respecto a quien ha efectuado la transferencia, añadiendo a ello que este supuesto no podría extenderse a servicios, en tanto estos no se transfieren sino se prestan.

Añadiendo que la propia norma hace referencia a que las operaciones serán ajustadas si difieren del valor de mercado, por lo que no se está señalando que estas generen una renta o estarían refiriendo un hecho imponible, sino que solo se trataría de valorar las operaciones que se han encontrado sujetas al impuesto.

Cabe señalar que en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1116, que sustentó la reforma tributaria del Impuesto General a las Ventas en el año 2012, se concluye que: el Ministerio de Economía y Finanzas (MEFb, 2012) concluye que:

En el Impuesto a la Renta la capacidad contributiva que se pretende gravar es la renta que se genera anualmente. El Impuesto a la Renta no grava cada transacción que se realice sino un resultado económico atribuible a un determinado ejercicio. En ese contexto los sujetos afectos a dicho tributo, pueden buscar alterar el valor de las transacciones a fin que no se grave su real capacidad contributiva, motivo por el cual la LIR establece una valoración objetiva de las transacciones la cual se encuentra contenida en su artículo 32° y que además se aplica sea que exista subvaluación o sobrevaluación.

En tal sentido, también el Ministerio de Economía y Finanzas es de la opinión que la norma de valoración solo tiene como finalidad establecer una valoración objetiva de aquellas operaciones que se encuentren sujetas a renta, debiendo entenderse que no se hace referencia a que dicha norma genere un supuesto de renta imputada.

Asimismo, debemos tener en cuenta si dicha norma se refiere a la cuantificación de las operaciones sujetas al impuesto, el Código Tributario en el artículo 63° prevé que la determinación de la obligación tributaria se efectúa sobre base cierta y base presunta, siendo que el primero se tiene en cuenta los elementos existentes que permiten conocer

de forma directa el hecho generador de la obligación tributaria y la cuantía de la misma, mientras que en la base presunta se establece la existencia y cuantía por la relación normal de hechos y circunstancias que generen la obligación tributaria. Esta última forma de determinar la obligación tributaria se desarrolla en el Código Tributario bajo supuestos para su aplicación y las presunciones establecidas en el artículo 65°. Esto nos sirve en primer lugar para analizarla con lo establecido en la Primera Disposición Final del Decreto Legislativo N° 941 que señaló “Precísase que el ajuste de operaciones a su valor de mercado no constituye un procedimiento de determinación de la obligación tributaria sobre base presunta”(Decreto Legislativo N° 941, 2003).

Así se puede entender que el propio legislador indica que la determinación que sustenta al artículo 32° de la Ley del Impuesto a la Renta debe ser sobre una base cierta, por lo que el hecho imponible debe apreciarse de forma directa, por lo que no puede colegirse que haya una renta imputada.

En conclusión, la norma que regula el artículo 32° de la Ley del Impuesto a la Renta, debe tenerse como una norma de valoración, mas no como una que genere una renta imputada.

2.5. Norma de valor de mercado como presunción o norma imperativa

Como se indicó anteriormente, en la evolución legislativa de la norma de valor de mercado, se advierte que durante la vigencia del Decreto Legislativo N° 298 del año 1984, que modificó al Decreto Legislativo N° 200, que había aprobado la anterior Ley del Impuesto a la Renta, y que tuvo vigencia hasta el año 1993, se indicó expresamente que se le extendía las reglas previstas en el artículo 31° de la ley, dentro de las cuales se encontraba que se admitía prueba en contrario, en caso de haber una diferencia entre el valor de las operaciones sujetas al impuesto y el valor de mercado.

Ahora bien, con la aprobación de la actual Ley del Impuesto a la Renta, aprobada por Decreto Legislativo N° 774, no se señala expresamente tal presunción, sin embargo, parte de la doctrina nacional entiende que la mencionada presunción iuris tantum aun operaría, debiendo entenderse que el valor de mercado siempre lo constituye el pacto del precio convenido por las partes, sosteniendo que “el real sentido de la norma nacional

referida a operaciones no vinculadas, establece el deber de probar su acotación a la Administración Tributaria; es decir que nuestra legislación aplica la teoría subjetiva del valor de mercado” (Botto y Zavaleta, 2007, p.10).

Así, Botto y Zavaleta (2007) concluyen que:

Para las operaciones y/o transacciones comerciales debe aplicarse la teoría subjetiva; ya que el valor pactado es producto exclusivo del acuerdo al que arriben las partes como resultado de un juicio de valor personal, relacionado con la influencia del mercado, de ahí el nombre: Valor de Mercado. Las estimaciones son inherentemente individuales, por lo que los parámetros objetivos no necesariamente tienen influencia alguna en los precios, ya que éstos surgen en el intercambio comercial (mercado), cuando los oferentes de bienes y servicios lo ofertan o establecen en función al precio esperado. (p.11)

Contrario a ello, otro grupo en la doctrina nacional asume que dicha norma es de carácter imperativo. Así Bravo (2010) señala:

La base imponible en el caso del Impuesto a la Renta aplicable a las actividades empresariales, se construye a partir del resultado contable que se extrae del Estado de Ganancias y Pérdidas, el que se somete a las particularidades normativas en lo que respecta al reconocimiento e imputación de ingresos y gastos.

El artículo 32° de la Ley del Impuesto a la Renta establece una serie de reglas de valoración aplicable a las operaciones de ventas, transferencias de propiedad y servicios, indicando que las mismas se considerarán realizadas a valor de mercado... Si dicho valor fuera distinto al realmente pactado por las partes contratantes, pues se trataría de un valor ficticio. (pp. 118-119).

Del mismo modo Llosa (2010) añade que:

La regla de valor de mercado del artículo 32 de la Ley del Impuesto a la Renta constituye una norma imperativa, por tanto, puede ser aplicada tanto por los sujetos del Impuesto como por la Administración Tributaria

En ese sentido, un contribuyente o ambos contribuyentes, que participan en una transacción comercial, podrían apartarse de los valores acordados en la realidad y, para efectos del impuesto, calcular el mismo sobre valores distintos por considerar que el precio acordado no respeta la regla de valor de mercado, según los parámetros del artículo 32 de la Ley. (pp. 128-129).

Añadiendo oportunamente Muñoz Delgado (2008) que:

Las citadas reglas [de valor de mercado] son **normas sustantivas de valoración** que, valiéndose de **una ficción jurídica**, comportan normas de imperativo cumplimiento para la Administración Tributaria como para los administrados y se utilizan para mensurar la cuantía de las obligaciones tributarias ya nacidas en mérito a la configuración de hechos imposables señalados expresamente en otras disposiciones de la LIR. (p.358)

Del mismo parecer García Schreck (2008) señala:

De un primer acercamiento al texto del artículo 32, se desprendería que nos encontramos pues ante una norma imperativa de valoración, conforme a la cual la valoración de toda operación gravada a precios de mercado será siempre obligatoria para efectos fiscales, en razón a que esta tiene incidencia directa en la base imponible, elemento esencial de la obligación tributaria. (p.432)

Anteriormente a los mencionados análisis, Villanueva Gutiérrez (2007) concluyó que:

Más allá de la literalidad de la norma que apoyaría la tesis de la facultad administrativa para corregir la base imponible del IR, la regla de valor de mercado es una norma de valoración de la base imponible del IR y como tal, es una norma de obligatoria aplicación por los contribuyentes en su autoliquidación del IR anual. (p.21)

Esta tesis también tiene apoyo en la mencionada Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1116, toda vez que indicó que la norma de valor de mercado establece una valoración objetiva de las transacciones y se aplica cuando exista subvaluación o sobrevaluación.

En primer término, debe descartarse que la actual norma de valor de mercado constituya una norma que admita una prueba en contrario y que por lo tanto solo tenga como finalidad liberar a la Administración de la prueba a efectos de la cuantificación de la operación, disponiendo de un valor objetivo al que denomina valor de mercado, lo que trasladaría la carga probatoria al contribuyente, quien debería probar que el precio pactado corresponde a la realidad de la operación.

A tal punto debe llegarse primero porque la misma norma no ha señalado que esto constituya una presunción que admita prueba en contrario, tal como lo hace en otros artículos de la misma ley, como por ejemplo en el artículo 26°, no puede sustentarse que debe prevalecer la realidad de las operaciones, y por ello extender facultades a los administrados que la norma no ha previsto para acreditar que los precios pactados obedecen a una operación real, en la que no se ha convenido defraudar a la Administración.

Como se señalaba anteriormente el legislador tiene la facultad de sustituir el valor que normalmente en estas operaciones sustentarían el ingreso, esto es el consignado en la contabilidad, por una estimación objetiva que como en el presente caso busca evitar maniobras fraudulentas de las partes para aminorar el impuesto a pagar, en este supuesto se privilegia la labor recaudadora de la Administración estableciendo un parámetro objetivo sobre el cual las partes deberán tributar, disponiendo de una norma de cumplimiento imperativo no solo para la Administración sino para los contribuyentes, quienes a pesar de obtener un mayor o menor ingreso en comparación al del valor de mercado, deberán ajustar el ingreso a este valor para fines del tributo. En tal sentido, la norma de valor de mercado constituye una ficción sobre la base imponible.

Ahora bien, se sostiene en el presente trabajo que dicha valoración es imperativa tanto para la Administración como para los sujetos que intervinieron en la operación, no obstante esta estimación partiendo que constituiría una norma antifraude cuya finalidad es evitar que las partes manipulen el valor de las operaciones, dado que la Administración

no tiene injerencia en la formación del precio convenido, ¿podría haber que en algunos supuestos donde el precio resulta un monto fehaciente, deba también aplicarse el valor de mercado establecido en la norma o resultaría válido el monto convenido, pactado o establecido en la operación?

En dichos supuestos podría haber las expropiaciones o el valor de subasta en un remate, que como puede apreciarse los valores en los cuales se establece para la transferencia de los bienes resultan fehacientes al intervenir órganos del propio Estado.

Sobre este punto si bien el primer párrafo del artículo 32° de la ley refiere que se someten al régimen las ventas, aportes de bienes y demás transferencias de propiedad, en los numerales que contiene el segundo párrafo solo se establece un valor para la transferencia de existencias, como puede advertirse en el caso de subastas judiciales o expropiaciones no necesariamente deberíamos considerar que estamos frente a este supuesto, dado que se encontraría incluido para determinar el valor de una operación de venta que regularmente efectúa la empresa, supuesto que no se asemeja al de una expropiación o de subasta; sin embargo, el siguiente párrafo de la norma indica que mediante decreto supremo se podrá establecer el valor de mercado para la transferencia de bienes y servicios distintos a los mencionados en el presente artículo

Es en base a esta excepción y que por remisión reglamentaria el legislador permitiría regular el valor en las operaciones antes indicadas, y así lo ha hecho en el caso de la subasta pública en la que mediante el numeral 3 del artículo 19-A° del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, modificado por Decreto Supremo N° 134-2004-EF, estableció la regla del valor de mercado en caso de bienes en remate público, que constituye uno de los mecanismos de ejecución de la medida cautelar de embargo, estableciendo:

En el caso de bienes de cualquier naturaleza que hayan sido objeto de remate o subasta pública se considerará que el precio establecido en dicho acto es el valor de mercado, siempre que se cumpla con el procedimiento establecido en el Artículo 24 de la Ley del Martillero Público - Ley N° 27728. En particular, deben verificarse las siguientes condiciones:

1. El acto de remate sea dirigido por un martillero público.
2. Cualquier persona que desee participar pueda hacerlo.

3. Se haya convocado al remate a través de un aviso publicado en uno de los diarios locales o nacionales de mayor circulación, en el que como mínimo se indique:
 - 3.1. Lugar, fecha y hora del remate;
 - 3.2. Razón Social y número de Registro Único del Contribuyente del propietario del bien o bienes a rematar;
 - 3.3. Precio base;
 - 3.4. Bien o bienes a rematar y, de ser posible, su descripción y características;
 - 3.5. Sistema de remate;
 - 3.6. Condiciones del remate.
4. Se haya emitido el comprobante de pago correspondiente de acuerdo con las normas que rigen la emisión de estos documentos. (Decreto Supremo N° 134-2004-EF, 2004).

Como se puede advertir en este caso se ha considerado que el valor de mercado es el valor por el cual fue adjudicado el bien; lo que resulta válido en tanto la norma de valor de mercado al ser antifraude no tendría mayor repercusión en una operación que se ha formado en acto público.

Sin embargo, en cuanto a una transferencia con motivo de una expropiación, si bien se partiría de que ha operado por una norma imperativa, proceso judicial o vía arbitraje, el precio constituye una indemnización justipreciada, la cual se compone de la tasación comercial actualizada del bien que se expropia y la compensación en caso de daños y perjuicios. En este caso, me referiré al valor del bien que será sujeto a cuantificación, el que de acuerdo con el artículo 13° del Decreto Legislativo N° 1192, publicado el 23 de agosto de 2015, Ley Marco de Adquisición y Expropiación de Inmuebles, transferencia de inmuebles de propiedad del Estado, liberación de interferencias y otras medidas para la ejecución de obras de infraestructura, se fija de la siguiente forma:

La fijación del valor de la Tasación se efectúa considerando lo siguiente:

- 13.1. El valor comercial del inmueble: Incluye los valores de terreno, de edificación, obras complementarias y plantaciones, de ser el caso.

Asimismo, se considera las mejoras o cultivos permanentes existentes, de corresponder. En el caso de los cultivos no permanentes sembrados antes de la fecha de comunicación establecida en el numeral 20.2 del artículo 20, el Sujeto Activo puede acordar un plazo para la entrega del bien inmueble en el que se considere la cosecha de los mismos; de lo contrario, la valorización debe considerar el valor de los cultivos no permanentes.

En ningún caso la Tasación comprende el valor de las mejoras o cultivos realizados en el inmueble con posterioridad a la fecha establecida en el numeral 20.2 del artículo 20. (Decreto Legislativo N° 1192, 2015).

Asimismo, sobre la mencionada tasación el numeral 4.12 del artículo 4° del referido decreto legislativo señala que:

Es la valuación elaborada de conformidad con lo establecido en el Reglamento Nacional de Tasaciones, por la Dirección de Construcción de la Dirección General de Políticas y Regulación en Construcción y Saneamiento del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento o la entidad competente, a solicitud del Sujeto Activo, para determinar: i) el valor comercial del inmueble; y, ii) una indemnización por el eventual perjuicio que incluya, en caso corresponda, el daño emergente y lucro cesante. (Decreto Legislativo N° 1192, 2015).

Conforme puede advertirse de acuerdo con la norma especial, el valor de tasación del bien expropiado es uno comercial que se obtiene de acuerdo con el Reglamento Nacional de Tasaciones, por lo que convendría establecer vía reglamentaria, así como se efectuó con el valor de bienes transferidos por subasta pública, que el valor de mercado de los bienes expropiados sería el valor de tasación aprobado en el proceso de expropiación, ello no afectaría el régimen de valor de mercado sustentado en una estimación, dado que el precio ha sido formado a través de un proceso judicial y en aplicación de normas de orden público.

No obstante, a pesar que no existe tal norma a nivel reglamentario, se deduce que no podrían aplicarse los supuestos regulados en los numerales del segundo párrafo del artículo 32° de la Ley del Impuesto a la Renta, al tratarse de supuestos distintos a una

transferencia procedente de una expropiación, por lo que no podrían serle extensivos dichas reglas, sin embargo, el ingreso a considerar debería ser por el cual se anotó como ingreso en la contabilidad.

Ahora bien de acuerdo a lo expuesto, no puede llegar a concluirse que en toda intervención del Estado el valor para efectos del Impuesto sería el convenido y no la estimación prevista en el artículo 32° de la ley, sino podría llegar a sostenerse que en caso se preste servicios al Estado o se le transfiera bienes, el valor a efectos del impuesto será el que se pacte. En estos casos como se puede advertir el Estado no actúa sobre su ius imperium sino como un tercero, por lo que el vendedor o prestador de servicios tiene la plena libertad de decidir si contrata con el Estado o un tercero, por lo que ante esta situación estas operaciones deberían valorarse de acuerdo con los numerales previstos en el segundo párrafo del artículo 32° de la Ley del Impuesto a la Renta.

En conclusión, se puede colegir que la norma de valoración establecida en el artículo 32° de la Ley del Impuesto a la Renta es imperativa y es de obligatorio cumplimiento no solo para la Administración, a quien se le faculta a efectuar el ajuste a valor de mercado, sino al contribuyente o partes de la operación sujeta al impuesto, caso contrario la Administración procederá a efectuar el ajuste y a aplicar las sanciones por subvaluación.

Es oportuno señalar que el Tribunal Fiscal en la Resolución N° 17593-3-2012 en un caso por sobrevaluación del precio convenido respecto al de valor de mercado, señaló que el valor de mercado debe entenderse como un monto referencial o mínimo que se asigna a los bienes con motivo de su transferencia, por lo que si las partes pactan un precio mayor a este, se considera que la transferencia se ha efectuado bajo las reglas de valor de mercado. Respecto a dicho pronunciamiento, conforme al anterior análisis efectuado en el presente trabajo, se puede concluir que es errado, toda vez que el valor de mercado si bien es una norma antifraude ha considerado como sujeto a imposición un valor estimado u objetivo, al que ha denominado de mercado, por lo que si las partes pactan un monto menor o superior a este, para efectos del impuesto corresponderá que se ajuste al valor previsto en la ley, por lo que no puede admitirse que lo señalado en el

artículo 32° de la Ley solo sea referencial, por cuanto como se ha indicado este sustituye al valor que se haya pactado en la operación.

2.6. Intervención de las partes en la formación del valor de mercado

De una primera lectura de la norma establecida en el artículo 32° de la Ley del Impuesto a la Renta, como se indicó anteriormente, se entendería que solo la Administración es la que se encuentra obligada a determinar la cuantía sujeta a impuesto, dado que se indica que esta efectuará el mencionado ajuste por subvaluación o sobrevaluación.

Así el Tribunal Fiscal en las Resoluciones N° 015068-4-2013, 00103-1-2005 y 10813-3-2010 ha señalado que la Administración tiene la facultad o potestad de comparar el valor al cual los contribuyentes efectúan sus transacciones con el valor de mercado al que se refiere el artículo 32° de la Ley del Impuesto a la Renta, y en caso detecte sobrevaluación o subvaluación en relación con este valor de mercado, procederá a ajustarlo tanto para el adquirente como para el transferente.

Asimismo, dicho Colegiado ha agregado en las Resoluciones N° 03198-2-2006, 14459-10-2011 y 06462-8-2014 que el procedimiento previsto en el artículo 32° de la Ley del Impuesto a la Renta sobre ajuste de valor debe ser utilizado cuando se presenten dudas respecto al valor asignado a una operación y no para determinar la realización de una operación de venta.

No obstante debe tenerse en cuenta que no solo la Administración se encuentra obligada a considerar el valor del mercado al momento de determinar la obligación tributaria, sino el contribuyente, siendo que las mencionadas resoluciones emitidas por el Tribunal Fiscal no hacen sino señalar que la Administración procede al ajuste en caso de dudas respecto al valor asignado, lo que no se relaciona a la fehaciencia del monto acordado y declarado, sino a la comparación que efectúa entre el valor de mercado determinado de acuerdo con los parámetros del artículo 32° de la ley y el convenido en la operación, el cual debe ajustarse al estimado por la ley.

En este punto debemos advertir que la intervención de las partes en la formación del valor de mercado se circunscribe a la carga de la prueba que deben soportar las partes al momento de determinar la obligación tributaria.

Para detallar ello, debemos observar por ejemplo la operación principal que es materia recurrente de reparos por parte de la Administración y es la concerniente al valor de mercado de la venta o transferencia de existencias.

Al respecto el numeral 1 del segundo párrafo del artículo 32° de la Ley del Impuesto a la Renta señala que para los efectos de la presente ley se considera valor de mercado:

1. Para las existencias, el que normalmente se obtiene en las operaciones onerosas que la empresa realiza con terceros. En su defecto, se considerará el valor que se obtenga en una operación entre partes independientes en condiciones iguales o similares.

En caso no sea posible aplicar los criterios anteriores, será el valor de tasación. (Decreto Legislativo N° 1112, 2012).

Así en reiterada jurisprudencia emitida por el Tribunal Fiscal en Resoluciones tales como 725-1-2001, 2312-5-2004 y 8754-3-2007 se ha establecido como criterio que corresponderá al contribuyente alegar y acreditar cuáles son las condiciones en que comercializa sus bienes.

En efecto, de acuerdo con el mencionado numeral 1 del artículo 32° de la Ley, se entiende como valor de mercado, en primer lugar, al que obtiene en operaciones onerosas que la empresa realiza con terceros.

En esa medida la carga probatoria inicial corresponde al propio contribuyente quien debe aportar material probatorio que demuestre cómo ha llegado a determinar que el valor declarado constituye un valor de mercado en sus operaciones.

Así el propio Tribunal en la Resolución N° 5578-5-2014 ha señalado que ese valor de mercado, tal como lo refiere la norma es el que normalmente obtiene en sus operaciones con terceros, definiendo el concepto de normalidad como el de mayor frecuencia, en operaciones realizadas bajo las mismas circunstancias económicas, por lo que no debe considerarse aquellos montos que no resulten frecuentes y que se hayan realizado bajo circunstancias económicas distintas.

En la mencionada resolución se señala que la actuación del contribuyente no es pasiva, dado que en atención al primer requerimiento que se le efectuó sobre el valor de

sus operaciones, y sin que se le señale un valor de mercado, deberá agrupar sus transacciones por cada tipo de bien y según las particulares condiciones y características que tengan en común cada una, y de ser el caso su política de precios y descuentos. Con arreglo a ello, la Administración podrá oponer uno o más valores de mercado, con arreglo a la información que le fue proporcionada por el contribuyente o en su defecto de la información obtenida de operaciones de terceros independientes, en caso no le fuera presentada dicha información, y en este punto, el contribuyente podrá oponerse a dichos valores de mercado propuestos, acreditando como resulta lógico que sus valores de venta fueron otros y aun así se ajustaron al valor de mercado.

Distinto es el caso en el cual el contribuyente no presente la información de las circunstancias especiales que determinaron fijar el valor de mercado, en cuyo caso la Administración se encontrará habilitada para formar dicho valor con la información que cuente, identificando para tal fin únicamente el bien materia de venta y una unidad de medida, sobre lo cual podrá oponerse el contribuyente sustentado ello debidamente.

Cabe resaltar que en caso el contribuyente no aportara las pruebas para formar el valor de mercado o que la Administración en ausencia de estas tampoco pueda determinar el valor de mercado con sustento en la información de operaciones de terceros, no podrá determinar la obligación tributaria en base cierta; sino que deberá recurrir a su determinación sobre base presunta, advirtiendo que se encuentre en las causales correspondientes para hacer uso de las presunciones establecidas en el Código Tributario.

En tal sentido, se puede concluir que al existir una asimetría en la información, la cual se encuentra en poder del contribuyente, corresponderá a este la carga de la prueba para acreditar que el monto de sus operaciones se declararon a valor de mercado, contando para ello con la información de operaciones realizadas en las mismas condiciones comerciales, y de estas las que con mayor frecuencia se realizaron, en caso no poder acreditar ello, corresponderá a la Administración formar el mencionado valor en base a la información obtenida de las operaciones realizadas por terceros, identificando el bien vendido y la unidad de medida, no exigiéndosele más que ello. Así todos los valores de mercado propuestos por la Administración pueden ser materia de oposición de parte del contribuyente lo que debe documentar.

La actuación probatoria para la formación del valor de mercado ha sido reiterada por el Tribunal en la Resolución N° 5991-5-2014, manteniendo sus mismos alcances.

2.7. Valor de mercado en acciones cotizadas en Bolsa

Un aspecto relevante sobre la condición de norma de valoración por estimación objetiva, se advierte en cuanto a la regulación del valor de mercado a las acciones que cotizan en Bolsa.

Al respecto, de acuerdo con el texto original del numeral 2 del segundo párrafo del artículo 32° de la Ley, se consideraba como valor de mercado para los valores, cuando se coticen en el mercado bursátil, el precio de dicho mercado.

Como resultaba evidente la norma apelaba a un valor lógico, dado que la cotización en Bolsa provenía evidentemente de la formación del precio por efecto de la oferta y demanda, por lo que resultaba razonable considerar la cotización como un valor de mercado.

Sin embargo, desde su vigencia con dicha norma no se comprendía un mayor monto que se obtenía en la venta de tales acciones, pero fuera de bolsa, hecho que se realizaba a un precio mayor al de cotización el cual representaba la prima para compensar por el ingreso al capital social. Así durante su vigencia, se presentaron casos emblemáticos como el de la venta de acciones de Backus a la cervecera Bavaria, tal como se citó en la transcripción de la Comisión de Fiscalización y Contraloría (2003):

Podían haber habido movimientos especulativos en el mercado. Esa eventualidad había permitido a personas que contaran con esa información o por los rumores relacionados con esta información privilegiada, comprar las acciones de Backus a los accionistas minoritarios para favorecerse del mayor precio que Bavaria iba a ofrecer en la oferta de compra que necesariamente venía después. (p.16)

En tal sentido se puede advertir que con la normativa vigente en dicha oportunidad el mayor valor obtenido por la venta extrabursátil de dichas acciones que listaban en bolsa no formaban parte de la base imponible y por tanto no podían determinar la renta bruta en la operación de venta, dado que conforme se indicó el valor de mercado es una norma de estimación objetiva por lo que debía ajustarse para efectos del impuesto dicho ingreso por el de cotización.

Si bien dicho caso data de una transferencia realizada en el 2002, transcurrieron 10 años para que el legislador incorporara una modificación a través del Decreto Legislativo N° 1112 en la formación del valor de mercado, disponiendo en dicha norma que:

Para los valores, será el que resulte mayor entre el valor de transacción y:

- a) el valor de cotización, si tales valores u otros que correspondan al mismo emisor y que otorguen iguales derechos cotizan en Bolsa o en algún mecanismo centralizado de negociación; o
- b) el valor de participación patrimonial, en caso no exista la cotización a que se refiere el literal anterior; u,
- c) otro valor que establezca el Reglamento atendiendo a la naturaleza de los valores. (Decreto Legislativo N° 1112, 2012)

Así en la Exposición de Motivos del mencionado decreto legislativo, el MEF (2012a) señaló que:

La normativa vigente establece que el valor de mercado de los valores cotizados en Bolsa o mecanismos centralizados de negociación será su valor de cotización en tales mercados. Sin embargo, la regulación vigente genera ciertas dificultades en la determinación del valor de mercado de aquellos valores que siendo cotizados en Bolsa o en el algún mecanismo centralizado de negociación son transados fuera de estos mercados a un valor mayor al de cotización en la fecha de la transacción.

Nótese que la diferencia entre el valor de la transacción y el valor de cotización se puede deber a diferentes razones de mercado; por ejemplo, la adquisición de una participación significativa en una sociedad implicaría el pago de una prima sobre el valor de cotización.

Siendo ello así, el valor de mercado en la enajenación de valores debería ser el precio pactado. No obstante, a efectos de evitar la manipulación en los precios en perjuicio del fisco, resulta conveniente establecer para efectos fiscales que el valor de mercado no podrá ser inferior al valor de cotización de aquellos valores que coticen en Bolsa o en un mecanismo centralizado de negociación o, en su defecto,

el valor de cotización de otros valores que correspondan al mismo emisor y que otorguen iguales derechos. (p.8)

De acuerdo con lo expuesto, se evidencia que la modificación al numeral 2 del artículo 32° de la Ley del Impuesto a la Renta resulta evidentemente una norma innovativa, que permite ahora incluir dentro de la base imponible el mayor valor al de cotización que se obtenga en la transferencia de acciones que se coticen en Bolsa, supuesto que se han presentado con anterioridad pero que no podían incluirse dentro de la cuantía gravada.

2.8. Inconsistencia entre costo computable y valor de mercado de acciones

Adicionalmente puede advertirse que si bien el artículo 32° de la Ley exige el ajuste bilateral del valor de las operaciones, por ejemplo, de venta de acciones; lo que conllevaría no solo a un ajuste respecto al ingreso proveniente de dicha transferencia en cuanto al transferente, sino también en el costo computable considerado por el adquirente.

Así en el caso de subvaluaciones, el costo computable del adquirente disminuiría por efecto del ajuste, lo que se reflejaría en la forma de la renta neta gravada en caso transfiriera las acciones adquiridas, incrementando el monto a pagar.

Los efectos del ajuste a valor de mercado se encuentran previstos en el referido artículo; sin embargo, se advierte en dicha ley una inconsistencia sobre el costo computable, a pesar que sobre este en el año 2012 se ha efectuado una reforma, a través del Decreto Legislativo.

Al respecto, el inciso a) del numeral 21.2 del artículo 21° de la Ley del Impuesto a la Renta, señala que, tratándose de la enajenación, redención o rescate cuando corresponda, el costo computable se determinará en el caso de las acciones y participaciones si hubieren sido adquiridas a título oneroso, el costo computable será el costo de adquisición. Agregando que el artículo 20° de la mencionada ley indica que el costo de adquisición constituye la contraprestación pagada por el bien adquirido.

Como se puede advertir la norma no hace referencia como costo computable al ajuste que puedan realizar las partes a fin de determinar el valor de mercado, sino a la contraprestación pagada, que como hemos indicado anteriormente, puede distar del valor de mercado.

Sin embargo, ello no nos puede llevar a sostener que en este caso la formación de la renta bruta para el adquirente se hará considerando la contraprestación pagada, sino que debe considerar el valor de mercado en caso haya una diferencia.

Esta misma inconsistencia es detectada en la Ley del Impuesto a la Renta de Personas Físicas de España, tal como lo apunta García Novoa (s. f.):

Parece que el valor de adquisición de una acción objeto de venta, se determinará aplicando la regla general, prevista en el art. 34, 1 de la Ley 35/2006, del IPRF, según el cual el importe del valor de adquisición se fijará por la suma del importe real por el que dicha adquisición se hubiera efectuado, más una serie de gastos inherentes a la adquisición. Respecto al valor de compra de acciones y a diferencia de lo que ocurre con el valor de transmisión, el legislador no hace referencia al valor cotizado en Bolsa, valor al que la Administración, supuestamente, podría acogerse siempre. Así lo ha reconocido, aunque respecto a un caso extremo (compra de acciones por el triple del valor de cotización). (p.11)

La sentencia a la que se hace referencia es la emitida por el Tribunal Supremo Español N° 3331/1988, en la que se sostiene que el costo computable sería el de cotización; sin embargo, dado que nuestra norma ha modificado la determinación de valor de mercado habrá supuestos en los que dicho costo no sea la cotización sino el monto convenido al resultar superior, en cuyo caso el costo computable se afectaría.

Por lo mencionado, resulta válido que en este punto se modifique la forma de determinar el costo computable debiéndose tener en cuenta el valor de mercado, a efecto que exista una consistencia con el ajuste bilateral que propone el artículo 32° de la Ley.

Si bien con la reforma tributaria del año 2012, se ha considerado como parámetro el valor de mercado en el costo computable en caso de adquisiciones a título gratuito, conviene efectuar las modificaciones correspondientes para las operaciones onerosas.

2.9. Vulneración al principio de reserva de ley

Un aspecto importante que debe observarse respecto al artículo 32° de la ley, es lo referente a la remisión reglamentaria que efectúa en el penúltimo párrafo cuando señala

que mediante decreto supremo se podrá establecer el valor de mercado para la transferencia de bienes y servicios distintos a los mencionados en el presente artículo.

En este punto conviene indicar que a nivel constitucional se ha regulado el principio de reserva de ley, por el cual solo por ley se podrán, entre otros, crear tributos.

No obstante, nuestro Tribunal Constitucional ha indicado que en la creación del tributo, excepcionalmente, se admite derivaciones al reglamento, siempre y cuando, los parámetros estén claramente establecidos por la propia Ley o norma con rango de ley; añadiendo que:

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.

De este modo, la regulación del hecho imponible en abstracto –que requiere la máxima observancia del principio de reserva de ley–, debe comprender la alícuota, la descripción del hecho gravado (aspecto material), el sujeto acreedor y deudor del tributo (aspecto personal), el momento del nacimiento de la obligación tributaria (aspecto temporal), y el lugar de su acaecimiento (aspecto espacial). (Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0042-2004-AI/TC, 2004).

En el presente caso, el artículo 32° de la ley, se relaciona con la base imponible del impuesto, puesto permite determinar su renta bruta, siendo aquel aspecto uno esencial en la creación del impuesto, por lo que a tenor de la referida sentencia debería haber una máxima observancia del principio de reserva de ley, por lo que su remisión a una norma reglamentaria debe efectuarse señalando los parámetros y limitaciones sobre las cuales se regulará dicho aspecto, y más aun no se debe admitir la entrega en blanco de tal facultad al Ejecutivo.

No obstante, de la lectura de la norma legal se aprecia que la delegación para regular el valor de mercado en otros supuestos de transferencia de bienes o prestación de servicios a los señalado en el artículo 32° de la ley, se efectúa sin precisar parámetros o

limitaciones que debería tenerse en cuenta para regular este elemento esencial del impuesto; por lo que se vulneraría el principio de reserva de ley.

Al respecto Gamba Valega (2008) señala que “en este caso, el vicio de inconstitucionalidad no se deriva del texto de las normas reglamentarias mismas, sino de que éstas se sustentan en una norma legal inconstitucional” (p.246).

En tal medida al adolecer de un vicio de inconstitucionalidad en el extremo de la remisión reglamentaria, correspondería efectuar una modificación a dicha remisión, debiendo considerarse en primer lugar que el valor de mercado de la prestación de servicios deberá incluirse expresamente en los numerales previstos en el artículo 32º de la Ley, dado que es una operación recurrente al igual que las demás supuestos contenidos en los numerales. En tal sentido la remisión reglamentaria, convendría realizarla a operaciones que no resultan usuales en la operatividad de la empresa, dentro de los cuales se encontrarían las subastas públicas o expropiaciones, por lo que la limitación se encontraría en señalar que el valor de mercado se fijará con arreglo a los precios que se determinen de acuerdo a la aplicación de normas de orden público en los procesos judiciales, procedimientos administrativos y aquellas actuaciones del poder del Estado.

2.10. Capacidad contributiva y norma de valor de mercado

La norma de valor de mercado como se ha dicho anteriormente constituye una norma de valoración de las operaciones sujetas al Impuesto, y tiene la particularidad de sustentar el ingreso bruto sobre el cual se determinará la renta bruta, la renta neta y posteriormente el importe del impuesto. Del mismo modo se ha concluido que representa una estimación objetiva prevista por el legislador que sustituye para efectos de la determinación del impuesto al ingreso obtenido en las operaciones por el contribuyente.

De esta forma podemos concluir que en este impuesto no se grava el ingreso real del contribuyente sino una estimación prevista por el legislador, determinada en algunos casos en el monto con el cual frecuentemente el contribuyente efectúa sus transferencias onerosas.

Ahora a la luz de tales conclusiones, correspondería determinar si la cuantificación del impuesto realizada sobre una estimación objetiva resulta válida sin que se vulnere la capacidad contributiva de los administrados.

Así Novoa Herrera (2006) define el concepto capacidad contributiva como:

La aptitud económica personal para soportar las cargas públicas en mayor o menor grado. Se deben tener en cuenta, pues, las condiciones particulares de cada uno de los individuos. Lo que se busca con este principio es que los ciudadanos de un Estado contribuyan a su sostenimiento en la cantidad más aproximadamente posible a la proporción de sus respectivas capacidades; es decir, en proporción a los ingresos y rentas de que respectivamente disfrutan. (párr. 8).

Es el legislador quien debe atribuir al sujeto particular esta potencialidad de contribuir a los gastos públicos, tomando en cuenta la riqueza en posesión de una persona o un movimiento, y atribuyéndolo a ésta la magnitud de la capacidad contributiva y graduar así la obligación tributaria. La aptitud económica, pues, reposa en el patrimonio o riqueza propia del contribuyente. (párr. 13).

Este concepto ha sido reconocido con un carácter implícito por parte del Tribunal Constitucional sosteniendo que la capacidad contributiva es:

Es entendida como la aptitud de una persona para ser sujeto pasivo de obligaciones tributarias, sustentada en base a determinados hechos reveladores de riqueza. Por su parte, el principio de igualdad tributaria, sea en el plano horizontal o vertical, va de la mano con la capacidad contributiva, determinando, por un lado, que a igual manifestación de riqueza se generalice la obligación de pago; y, por el otro, que dicha obligación sea proporcional a la capacidad contributiva del obligado. (Sentencia del Tribunal Constitucional N° 04014-2005-AA/TC, 2005).

Por tal motivo Bravo (2010) llega a concluir respecto a la creación de un tributo y su correlación con el principio de capacidad contributiva que:

Lo que claramente refleja la capacidad contributiva, es la riqueza que una persona genera, obtiene o acumula. Todo aquello que represente un empobrecimiento o

un desmedro en el patrimonio de la persona, o no tenga relevancia económica, con seguridad no representará una capacidad contributiva.

Así las cosas, a lo que está facultado el legislador, no es a determinar o elegir qué hechos son reveladores de capacidad contributiva, sino a construir el hecho imponible sobre la base de un hecho que, con arreglo al principio de capacidad contributiva, represente una manifestación de riqueza. Si se quiere, puede decirse que el principio de capacidad contributiva limita la posibilidad de elección del legislador, quien tendrá que elegir el hecho gravable dentro de la gama de manifestaciones de riqueza posibles. (p.122).

Estamos pues frente a la utilización de una estimación para determinar la base imponible del impuesto, no obstante, esta no toma en cuenta el ingreso real obtenido sino un valor objetivo, que sustituye a aquel. En tal sentido, ¿ello afectaría la capacidad contributiva?

Para determinar ello, debemos tener en cuenta lo sostenido por Ferreiro Lapatza (2006) quien señala en cuanto a la utilización de estimaciones objetivas o indirectas que hace referencia entre otros la Ley Tributaria española o la Ley del Impuesto a la Renta de Personas Físicas Españas para determinar la base imponible no en forma directa sino en estimaciones que:

La coherencia de este método de determinación [objetiva] de la base con los principios constitucionales se plantea, sin embargo ahora, con una especial importancia y significado, cuando el gravamen sobre rendimientos medios o presuntos se inserta, a través de la estimación objetiva, en tributos de aplicación masiva como el Impuesto sobre la Renta de Personas Físicas o el Impuesto sobre el Valor Añadido; tributos que, en general, se giran sobre bases ciertas o reales como son la renta global neta de las personas físicas o la contraprestación efectiva de la prestación de servicios o la transferencia de bienes por un empresario.

Los costes de recaudación, las posibilidades de la Administración, la excesiva presión fiscal indirecta sobre los ciudadanos, imponen la utilización de métodos de estimación objetiva para determinar las rentas o ventas de profesionales y pequeñas empresas.

A mi juicio, tales métodos transforman los impuestos a los que se aplican en impuestos no sobre rentas o ventas reales, sino sobre rentas o ventas medias potenciales.

La constitucionalidad o inconstitucionalidad de la estimación objetiva debe ser, en consecuencia, juzgada no desde la perspectiva de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un método de cuantificación, sino desde la perspectiva de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un impuesto sobre rentas o ventas medias potenciales y no sobre ventas o rentas reales.

Siempre en mi opinión, el principio de capacidad económica no se puede oponer a la existencia de tal tipo de impuestos. Impuestos sobre magnitudes o valores medios o potenciales que conjugan, por el contrario, las exigencias del principio de capacidad con las de una acción posible, eficaz y económica de la Administración y con la de una mínima intervención en la esfera de los particulares propiciada siempre desde la óptica de la libertad individual. Valores todos ellos, eficacia, economicidad, no injerencia, que se ven reflejados también en el texto constitucional.

Valores que se unen a la certeza y claridad, es decir, a la seguridad jurídica que tales tributos normalmente incorporan y a las virtudes que, ya desde el punto de vista estrictamente económico, se le han reconocido siempre en cuanto tales impuestos sobre magnitudes medias priman al empresario diligente y perjudican al que no lo es. (pp. 419-420)

Así Ferreiro Lapatza (2006) analiza la utilización de estimaciones objetivas e indirectas para rendimientos de capital, rentas de trabajo, pero señala que el rendimiento de actividades económicas debe fijarse sobre la contabilidad, identificándose con el resultado contable, para luego concluir que:

La calificación legal de los métodos de estimación aplicables en cada caso refleja el juicio del legislador sobre el grado de aproximación a la realidad –a la riqueza que se tome y mida como base- que se entiende posible y conveniente alcanzar en cada caso. Siempre teniendo en cuenta las posibilidades abiertas por la Constitución, por “toda” la Constitución. Con arreglo a ella, el legislador, como sabemos, no puede tomar como base la medida de una realidad que no revele, en

absoluto, ningún tipo de capacidad económica. Pero nadie ha dicho nunca que un bien o una actividad económica no puedan considerarse –en sí mismos y con independencia de sus rendimientos- como riqueza susceptible de imposición. Y que como tal riqueza no puedan ser gravados tomando en consideración el valor, real, medio o potencial, del bien o de sus rendimientos.

Respetando así este mínimo de exigencias constitucionales –la base ha de ser la medida de una cierta capacidad- el legislador ha de elegir el método de estimación teniendo en cuenta, repetimos, el grado de aproximación a la riqueza gravada que juzga conveniente y oportuno alcanzar.

Y en esta elección o labor de aproximación ha de tener en cuenta no sólo las exigencias del principio de capacidad sino también otros valores constitucionales: la seguridad, la certeza y la posibilidad de realización proporcionada del Derecho, es decir, la eficacia medida no sólo en posibilidades de recaudación sino en costes de aplicación para la Administración y para el administrado.

Teniendo en cuenta todos estos valores, entiendo, tan contrario a la Constitución sería exigir una minuciosa contabilidad, con la documentación y tareas que ello comporta, a un muy modesto puesto de ventas de periódicos para aplicar el método de estimación directa, como renunciar a la estimación directa del rendimiento neto obtenido por una empresa –un Banco, por ejemplo- de grandes dimensiones.

* La ponderación de estos diferentes valores constitucionales ha de regir la opción del legislador por el método de estimación de la base, que como ya antes hemos apuntado supone, en realidad, elegir la base real de cada tributo.

Pero tal ponderación exige, también, tener en cuenta los principios de generalidad e igualdad que concretan las exigencias de justicia en el campo tributario y que exigen, también, que paguen todos los que han realizado los hechos gravados y que paguen todo lo que la ley dice que han de pagar. Exigen, en fin, que la ley posibilite un control suficiente y proporcionado que evite en lo posible el fraude fiscal. (pp. 422 y 423)

De lo expresado por Ferreiro Lapatza (2006) podemos llegar a la conclusión que resultaría admisible el uso de una estimación objetiva o la utilización de un valor distinto al real en el caso de pequeños negocios que no se encuentren obligados a llevar contabilidad, agregando que en el caso de actividades económicas estas deberían cuantificarse de acuerdo con el resultado contable.

Del estudio realizado de los antecedentes de nuestra legislación tal diseño normativo se encontraba en la primera ley del Impuesto a la Renta en la que se consideraba el resultado contable y en caso de no contar con dicha contabilidad por la pequeñez del negocio, se aplicaban estimaciones para determinar el impuesto.

No obstante, nuestra legislación modificó dicha forma de determinación incluyendo el valor de mercado no solo para operaciones entre partes vinculadas, que es la forma usual en la que se norma internacionalmente, sino también para operaciones entre partes no vinculadas, sustituyendo este valor por uno de mercado, pero admitiendo la presentación de prueba en contrario.

Finalmente, en nuestro actual sistema tal presunción iuris tantum no existe, resultando imperativa la utilización de las normas de valor de mercado en las operaciones realizadas entre partes no vinculadas. Ello no solamente ha conllevado a que el contribuyente deba acreditar la formación del valor de mercado en sus operaciones con los costos que ello implica, siguiendo un procedimiento establecido en la ley, que puede arrojar un monto distinto al valor contabilizado.

Si bien en primer término tal generalización del uso de normas de valor de mercado resulta eficiente al otorgar una simplicidad al sistema, esto también colisiona con el principio de capacidad contributiva dado que podría resultar que se termine sobre un monto que no tiene sustento en la realidad sino en una estimación, alejándose incluso de los resultados en la contabilidad.

También cabe preguntarse ¿al ser la norma de valoración una norma antifraude si deba utilizarse sin admitir prueba en contrario en operaciones entre partes no vinculadas en donde la formación del precio en condiciones normales obedecería a las reglas de la oferta y demanda y por tanto serían valores de mercado?

Como se ha indicado la capacidad económica no debería representar el único principio sobre el cual deba determinarse la base imponible del impuesto, sino que este se matiza con otros principios o reglas que le den certeza, seguridad y claridad al sistema, sin embargo, al establecer una ficción, la que como se ha indicado es de imperativo cumplimiento y por lo tanto no admite prueba en contrario, el principio de capacidad económica es afecto de manera desproporcional, en favor de otros que otorgan simplicidad al sistema.

En tal sentido, convendría que la norma de valor de mercado constituyera una presunción que admita prueba en contrario, esto es que para fines de eficacia y simplicidad se mantengan las normas de valor de mercado, pero se otorgue la posibilidad del contribuyente de determinar su obligación basándose en los valores reales que son aquellos que registre en la contabilidad, por lo que en su oportunidad si bien la Administración usará el valor de mercado para cuantificar el ingreso, el contribuyente podrá oponerse a ello, acreditando que lo declarado se ajusta a un monto establecido sin fines fraudulentos.

2.11. Análisis costo beneficio

La modificación normativa relacionada a considerar la norma de valoración como una presunción que admite prueba en contrario tiene por objeto que se los sujetos del Impuesto a la Renta tributen de acuerdo con su capacidad contributiva, por lo que podrán oponer el ingreso real obtenido sobre los parámetros de valor de mercado que establece el artículo 32° de la Ley del Impuesto a la Renta.

Se puede advertir que resultará beneficioso para los contribuyentes que puedan oponer un valor real en aquellos casos en los cuales este resulta menor al de mercado establecido en la Ley del Impuesto a la Renta, por lo que sus decisiones económicas no serían distorsionadas por aplicación del impuesto, dado que no tendrían que tributar sobre una cuantía que no obtuvieron como ingreso. Asimismo, en dichos casos no tendrán que efectuar gastos para determinar el valor de mercado que corresponderá a su operación conforme lo dispone la Ley del Impuesto a la Renta, dado que de contar con la documentación que acredite el real ingreso obtenido este será opuesto en caso, sea observado por la Administración. Lo cual le da mayor equidad al Impuesto.

En el caso del fisco, no habría un perjuicio en cambiar el sistema de ficción a presunción, dado que aun cuando la naturaleza de la norma de valoración sea una ficción la Administración solo podrá modificarlo a través de un procedimiento de fiscalización en el cual acredite que el monto declarado no se ajusta al valor de mercado, por lo que siempre se efectuarán labores de fiscalización.



CONCLUSIONES

- La norma de valor de mercado establecida para partes no vinculadas, constituye una regulación ajena a la legislación comparada, donde regularmente se utiliza para las operaciones entre partes vinculadas. Usualmente en la legislación comparada la base imponible de operaciones entre partes no vinculadas se obtiene del resultado contable de la empresa.
- A través de la historia de la legislación del Impuesto a la Renta del Perú se ha efectuado modificaciones respecto a la naturaleza de la norma de valor de mercado, constituyéndose desde una presunción que admite prueba en contrario, hasta una ficción de obligatorio cumplimiento al determinar el Impuesto.
- La norma de valor de mercado no genera un supuesto de renta imputada sino constituye meramente una norma de valoración, que determinará la base imponible del impuesto, por lo que solo determinará la cuantía de aquellas operaciones que se encuentren previstas en el aspecto material del impuesto.
- La norma de valor de mercado es una norma antifraude que busca evitar la manipulación de la base imponible del impuesto que podrían realizar las partes no vinculadas a través de la fijación de un precio que normalmente no utilizaría en sus operaciones onerosas.
- La norma de valor de mercado constituye una ficción en la base imponible, por lo que no debe considerarse que la Administración se encuentra facultada para aplicarla discrecionalmente, sino que en tanto ficción es de imperativo cumplimiento tanto para el contribuyente como para la Administración.
- Al constituir el valor de mercado en una norma antifraude, el valor de mercado para aquellas transferencias de bienes que se realicen en acto público y por efecto de normas de orden público (subastas públicas o expropiaciones), será el que se establezca en dicho acto, dado que no existiría una defraudación, por cuanto el valor ha sido formado basado en tasaciones realizadas de acuerdo con el Reglamento Nacional de Tasaciones, las que fijan un valor comercial.
- Si bien el Tribunal Fiscal ha sostenido en la Resolución N° 17593-3-2012 que el valor de mercado es un monto referencial mínimo, ello no resulta válido toda vez que dicha norma es de imperativo cumplimiento, por lo que el ajuste del ingreso

proveniente de la operación sujeta al impuesto siempre se dará bajo el parámetro de la norma de valor de mercado.

- El Tribunal Fiscal ha indicado cuál es la participación tanto del contribuyente como de la Administración durante el procedimiento de fiscalización a efectos de verificar el cumplimiento de la norma de valor de mercado, siendo que la actividad probatoria corresponde tanto al contribuyente y la Administración; resultando aquel quien informe sobre las condiciones y frecuencia de las operaciones que le sirvieron de comparables para fijar el valor de mercado, mientras que la Administración con sustento en ello podrá formar diversos valores de mercado, los que finalmente podrán ser cuestionados documentariamente por el contribuyente. En caso el contribuyente no acredite ello, la Administración podrá oponer un valor de mercado sustentado en la identificación del bien y la unidad de medida respecto a operaciones realizadas por terceros. En caso no se cuente con información, corresponderá determinar la obligación tributaria bajo los supuestos de base presunta.
- La modificación respecto al valor de mercado en caso de venta extrabursátil de acciones listadas en Bolsa, en la que se podrá gravar el mayor valor convenido al precio de cotización, es una norma innovativa, por lo que en las ventas anteriores el mayor valor no se encuentra comprendido en la base imponible del impuesto.
- Existe una inconsistencia respecto a la determinación del costo computable de las acciones por adquisición onerosa el que se considera a la contraprestación pagada, mientras que la norma de valor de mercado se extiende para ambas partes de la operación por lo que dicho costo computable sería el referido valor de mercado, supuesto que solo se encuentra previsto como costo computable en caso de transferencia gratuita de acciones.
- La remisión reglamentaria para establecer el valor de mercado a otras operaciones de venta y prestación de servicios establecidas en la ley, es una remisión en blanco, al no establecer parámetros y limitaciones para la determinación del referido valor de mercado, por lo que en ese extremo se vulnera el principio de reserva de ley.
- La utilización de ficciones para determinar la base imponible resulta admisible al tratarse de pequeños negocios o de sujetos que no se encuentren obligados a llevar contabilidad, por lo que no podría determinarse un resultado contable, por lo que

al obtener pequeños ingresos deben tributar sobre cuotas fijas, más allá del ingreso real, lo que genera simplicidad en la recaudación.

- Si bien resulta válido la utilización de ficciones para determinar la base imponible, como se realiza con el valor de mercado, no necesariamente se grava el ingreso real en la operación sino un valor que lo sustituye, lo cual se hace con la finalidad de evitar el fraude en la determinación del impuesto, así como para primar los principios de eficacia y simplicidad en la determinación; pero ello menoscaba el principio de capacidad contributiva el que debe estar presente en un impuesto directo como es el caso del Impuesto a la Renta, por lo que en muchos casos los contribuyentes tendrán que pagar por ingresos que no obtuvieron y en otros el Estado dejaría de obtener el ingreso total de una operación gravada pero no sujeta a imposición en la totalidad de su cuantía.
- Debe incluirse un numeral para establecer el valor de mercado por la prestación de servicio, dado que constituye una operación habitual de la empresa, por lo que no debe continuarse con su remisión al reglamento.
- La remisión reglamentaria para establecer otros supuestos de valor de mercado no contenidos en el artículo 32° de la Ley del Impuesto a la Renta, debe contener como parámetros o limitaciones que dicho valor se fijará con arreglo a los precios que se determinen de acuerdo a la aplicación de normas de orden público en los procesos judiciales, procedimientos administrativos y aquellas actuaciones del poder del Estado. De tal manera que por vía reglamentaria se establezca válidamente el valor de mercado de los bienes en el caso de subastas públicas o expropiaciones.
- Corresponde modificar el artículo de costo computable de las acciones adquiridas a modo oneroso, debiendo considerarse el valor de mercado y no el de contraprestación pagada, toda vez que el ajuste del precio se efectúa tanto para el transferente como adquirente en la venta de acciones.
- La norma de valor de mercado debería ser una presunción que admita prueba en contrario por parte del contribuyente quien podrá oponerse a aquel documentando que el precio convenido no tiene fines fraudulentos.

REFERENCIAS

- Barreix, A., Bes M. y Roca, J. (2010). *Breve historia del impuesto sobre la renta*. Recuperado de http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/documentos_trabajo/2010_09.pdf
- Beaumont Callirgos, R. (2002). *Ley General de Sociedades: análisis artículo por artículo* (3.ª ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
- Botto, F. y Zavaleta, M. (2007). Normas tributarias de apariencia imperativa que en realidad son presuntivas. *Revista Peruana de Derecho Tributario*, (1), 10-11. Recuperado de http://www.derecho.usmp.edu.pe/cet/doctrina/1/Normas_presuntivas_apariencia_imperativa.pdf
- Comisión de Fiscalización y Contraloría. (lunes 12 de julio del 2003). Transcripción de la Comisión de Fiscalización y Contraloría (matinal). Recuperado de <http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/2004/fiscalizacion/transcripcion/BAVARIA/120704.PUGA-EYZAGUIRRE-OSSIO.MATINAL.pdf>
- Decreto Legislativo N.º 200, Ley de Impuestos a la Renta. (15 de junio de 1981). Recuperado del sitio de internet del Sistema Peruano de Información Jurídica <http://spij.minjus.gob.pe/web/main.asp>
- Decreto Legislativo N.º 298, Modificaciones a la Ley del Impuesto a la Renta. (1 de agosto de 1984). Recuperado del sitio de internet del Sistema Peruano de Información Jurídica <http://spij.minjus.gob.pe/web/main.asp>
- Decreto Legislativo N.º 799, Sustituyen artículos de la Ley del Impuesto a la Renta. (31 de diciembre de 1995). Recuperado del sitio de internet del Sistema Peruano de Información Jurídica <http://spij.minjus.gob.pe/web/main.asp>
- Decreto Legislativo N.º 1112, Decreto Legislativo que modifica la Ley del Impuesto a la Renta. (29 de junio de 2012). Recuperado del sitio de internet del Sistema Peruano de Información Jurídica <http://spij.minjus.gob.pe/web/main.asp>
- Decreto Legislativo N.º 1192, Decreto Legislativo que aprueba la Ley Marco de Adquisición y Expropiación de inmuebles, transferencia de inmuebles de propiedad del Estado, liberación de Interferencias y dicta otras medidas para la ejecución de obras de infraestructura. (23 de agosto de 2015). Recuperado del sitio de internet del Sistema Peruano de Información Jurídica <http://spij.minjus.gob.pe/web/main.asp>

- Decreto Supremo N.º 529-85-EF, Aprueban el Texto Unico Ordenado del Impuesto a la Renta. (30 de diciembre de 1985). Recuperado del sitio de internet del Sistema Peruano de Información Jurídica <http://spij.minjus.gob.pe/web/main.asp>
- Decreto Supremo N.º 134-2004-EF, Modifican el Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta. (5 de octubre de 2004). Recuperado del sitio de internet del Sistema Peruano de Información Jurídica <http://spij.minjus.gob.pe/web/main.asp>
- Delgado Ratto, C. (2004). Aproximaciones al régimen de las rentas imputadas en la ley del Impuesto a la Renta: límites y perspectivas. *VIII Jornadas Nacionales de Derecho Tributario. Tema: Ámbito de aplicación del Impuesto a la Renta en el Perú*. Recuperado de http://www.ipdt.org/editor/docs/06_VIIIJorIPDT_CDR.pdf
- Ferreiro Lapatza, J. (2006). *Curso de derecho financiero español*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Gamba Valega, C. (2008). Algunos aspectos constitucionales sobre el régimen de precios de transferencia. Recuperado de http://www.ifaperu.org/uploads/articles/1640_08_Gamba.pdf
- García Mullin, R. (1978). *Impuesto sobre la Renta: Teoría y Técnica del Impuesto*. Buenos Aires: Centro Interamericano de Estudios Tributarios.
- García Novoa, C. (s. f.). Algunas consideraciones jurídicas sobre la fiscalidad de la retribución al accionista individual. Recuperado de https://www.bolsasymercados.es/esp/publicacion/revista/2013/06/Articulo_2-Garc%C3%ADa_Novoa.pdf
- García Schreck, M. (2008). La regulación de los precios de transferencia en el Perú: se debe seguir avanzando. *Ius et Veritas*, (36), 428-445. Recuperado de <http://www.ius360.com/revistas/ius-et-veritas-36.pdf>
- Hernández Berenguel, L. (1985). Las presunciones legales en el sistema tributario peruano. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, (9), 31-47. Recuperado de <http://www.ipdt.org/publicaciones/detalle/34>
- Hidalgo Villegas, G. (2008). Algunos comentarios en relación con el tratamiento del impuesto a la renta a la prestación de servicios a título gratuito. *Ius et Veritas*. 18(37), 192. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/12224/12790>
- Jiménez Ibáñez, A. (2009). Cuantificación de la deuda tributaria. En M. A. Collado (Dir.), *Derecho financiero y tributario: parte general*. Barcelona: Atelier
- Ley N.º 7904, Ley de Impuesto sobre la Renta. (1934). Recuperado del sitio de internet del Sistema Peruano de Información Jurídica <http://spij.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Leyes/1934/Setiembre/07904.pdf>
- Ley N.º 23337, Establecen las fuentes de financiamiento para el Presupuesto del Sector Público del Gobierno Central. (15 de diciembre de 1981). Recuperado del sitio de internet del Sistema Peruano de Información Jurídica <http://spij.minjus.gob.pe/web/main.asp>

- Ministerio de Economía y Finanzas. (2012a). *Exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1112*. Recuperado de http://www.cidetri.org.pe/administracion/legislacion/M2012_DL_1112.pdf
- Ministerio de Economía y Finanzas. (2012b). *Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1116*. Recuperado de http://www.cidetri.org.pe/administracion/legislacion/M2012_EXP_DL_1116.pdf
- Muñoz Delgado, S. M. (2008). Aplicación de las normas de precios de transferencia a las operaciones de préstamos gratuitos. Recuperado de http://www.ifaperu.org/uploads/articles/307_13_munoz.pdf
- Novoa Herrera, G. (2006). El principio de la capacidad contributiva. Recuperado de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/derysoc/2008/06/20/el-principio-de-la-capacidad-contributiva/>
- Ossio Gargurevich, J. (1987). Aplicación del valor de mercado en la transferencia de bienes a los fines del impuesto a la renta: índole y alcances. Breves alcances en torno al artículo 31 del Texto Único Ordenado del Impuesto a la Renta. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, (13), 13-14. Recuperado de http://www.ipdt.org/editor/docs/02_Rev13_JOG.pdf
- Resolución del Tribunal Fiscal N.º 5075-1-2010. (2010). Tribunal Fiscal. Recuperado del sitio de https://mef.gob.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=612&Itemid=101028&lang=es
- Sentencia N° 0042-2004-AI/TC. (2004). Tribunal Constitucional. Recuperado de: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00042-2004-AI.html>
- Sentencia N° 04014-2005-AA/TC. (2005). Tribunal Constitucional. Recuperado de: <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04014-2005-AA.html>
- Trujillo Meza, J. (2005). La reforma tributaria del impuesto a la renta para las personas naturales. *Quipukamayoc*, 12(23), 59-64. Recuperado de <http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/publicaciones/quipukamayoc/2005/primera/a09.pdf>
- Valle Billingham, A. (1994). La importancia del valor de mercado en el impuesto a la renta. *Forum: Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta (D.S. 122-94-EF). Cuadernos Tributarios*, (18), 34. Recuperado de http://www.ifaperu.org/uploads/articles/106_03_CT18_AVB.pdf
- Venegas Álvarez, S. (2008). *Presunciones y ficciones en el impuesto sobre la renta de las personas físicas en México*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2489>
- Villanueva Gutiérrez, W. (2007) Precios de Transferencia en el IGV (primera parte). *Análisis Tributario*, 20 (239), 21.

BIBLIOGRAFÍA

- Aplicación de las reglas de valor de mercado: para efectos de los artículos 32° de la LIR y 42° de la LIGV (primera parte). (octubre 2008). *Análisis Tributario*, 21(249), 53-56.
- Aplicación de las reglas de valor de mercado: para efectos de los artículos 32° de la LIR y 42° de la LIGV (segunda parte). (noviembre 2008). *Análisis Tributario*, 21(250), 58-59.
- Aplicación de las reglas de valor de mercado: para efectos de los artículos 32° de la LIR y 42° de la LIGV (tercera parte). (diciembre 2008). *Análisis Tributario*, 21(251), 48-50.
- Bravo Cucci, J. (2006). La elusión, el fraude a la ley tributaria y el segundo párrafo de la norma VIII del título preliminar del Código Tributario. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, (44), 143-153. Recuperado de http://www.ipdt.org/editor/docs/04_Rev44_JBC.pdf
- Bravo Cucci, J. (2010). Presunciones y ficciones en el impuesto a la renta. En *Las presunciones y rentas fictas: aspectos constitucionales y tributarios en el impuesto a la renta* (pp. 118-120). Lima: Ara.
- El valor de mercado entre partes vinculadas y la subvaluación de ventas: alcances sobre una controversia referida a diferencias en la estructura de precios de venta de minerales. (septiembre 2011) *Análisis Tributario*, 24(284), 14-16.
- García Schreck, M. (diciembre 2005). Precios de transferencia: apuntes sobre el concepto de vinculación en el Perú. *Análisis Tributario*, 18(215), 17-22.
- Hernández de la Cruz, R. (s. f.). Análisis costo- beneficio en los proyectos de ley: problema estructural. Recuperado de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/65B4B2D8D27B2E3705257ED5007794C4/\\$FILE/58_pdfsam_ccep_10.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/65B4B2D8D27B2E3705257ED5007794C4/$FILE/58_pdfsam_ccep_10.pdf)
- Suárez Mosquera, C. (2007). *La calificación jurídica de las operaciones vinculadas, en la imposición directa, según la modificación realizada por la Ley 36/2006, de prevención del fraude fiscal*. Recuperado de http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/documentos_trabajo/2007_19.pdf
- Villanueva Gutiérrez, W. (2002). La regla de valor de mercado, los precios de transferencia y la subcapitalización. *Análisis Tributario*, 15(168), 28-31.
- Villanueva Gutiérrez, W. (2014). *Tratado del IGV: regímenes general y especiales*. Lima: Pacífico.

Villazana Ochoa, S. (2013) El valor de mercado en el impuesto a la renta. *Contadores y Empresas*, 10(216), 24-25.

Villegas, H. (2002). *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario* (8.^a ed.). Buenos Aires: Astrea.

Wittendorf, J. (2011). The Arm's-Length Principle and Fair Value: Identical Twin or Just Close Relatives? *Tax Notes International*, (18), 223-249. Recuperado de <http://corit-academic.org/wp-content/uploads/2011/12/62TI0223-4.pdf>

