

El ajuste integral por inflación y el impuesto extraordinario

Luis Hernández Berenguel

Profesor de Derecho Tributario de la Facultad de Derecho de la PUC

1. Inflación y tributación

Desde hace ya varios años, la incidencia del fenómeno inflacionario en la tributación es un tema que viene preocupando en el Perú a los estudiosos del Derecho Fiscal, sin que hasta fines del año pasado se hubiera podido obtener de las autoridades la cabal comprensión de su magnitud.

Es sabido que la inflación produce tremendos efectos distorsionadores en la tributación, los que fundamentalmente se muestran en la determinación de la base imponible, la estructura de las tasas impositivas y la época de pago de las deudas tributarias, como expresamente se ha reconocido en el inciso d) del tercer considerando de la Resolución aprobada en las Segundas Jornadas Nacionales de Tributación que se llevaron a cabo en la sede del Colegio de Abogados de Lima, entre el 16 y el 20 de octubre de 1989¹.

Pero tal como se ha recogido en el mismo considerando de la citada resolución, estos efectos distorsionantes se dan también en otras áreas del derecho y, en especial, respecto de las acreencias y deudas que se contratan en moneda nacional, del monto de las utilidades de las empresas susceptibles de distribución y del régimen de participación en las utilidades a que tienen

derechos los trabajadores.

En el caso de las empresas, no resultan confiables los estados financieros que no son ajustados de manera integral para neutralizar los efectos de la inflación.

Es evidente que un objetivo fundamental de todo gobierno tendría que ser el de eliminar la inflación. Sin embargo, en tanto la inflación persista, es también deber del gobierno de turno aprobar las normas legales que permitan neutralizar de manera integral sus efectos, y no solamente de manera parcial y en áreas específicas, como desgraciadamente ha venido ocurriendo en el Perú. La misma Resolución anteriormente citada contiene en su undécimo considerando un detalle de las medidas parciales que han sido aprobadas en nuestro derecho positivo con el objeto de neutralizar los efectos de la inflación en determinadas áreas de la tributación.

La medida parcial probablemente más antigua, y que aún subsiste, consistió en permitir la revaluación anual de bienes del activo fijo. Claro está que esta medida sólo favorece a las empresas que tienen muchos de estos bienes, y no a las que carecen de ellos pero que igualmente sufren los efectos de la distorsión inflacionaria. Además, los efectos benéficos de esta medida parcial fueron disminuidos

durante mucho tiempo por la presencia de un impuesto que gravaba el excedente resultante de cada revaluación² y por un segundo impuesto que gravaba la capitalización del citado excedente.

Por lo demás, las normas vigentes sobre la materia no permiten la revaluación de los bienes adquiridos o construidos en el mismo ejercicio, sino sólo de los adquiridos o construidos al 31 de diciembre del año anterior al de la revaluación. Actualmente se permite revaluaciones trimestrales pero a cuenta de la revaluación anual.

Con posterioridad a la introducción de la revaluación anual de bienes del activo fijo -que con regularidad se viene aplicando desde el año 1975 con el Decreto Ley No. 21383 y luego con el Decreto Ley No. 21694, todavía vigente- se ha expedido multiplicidad de normas que han permitido toda una gama de medidas parciales.

Así, en el Impuesto a la Renta existen varias medidas parciales, como la aplicación de índices de corrección monetaria para determinar el costo computable de los inmuebles que son enajenados por personas naturales que califican como habituales, o por empresas generadoras de rentas de tercera categoría -si en este último caso dichos inmuebles son activos realizables- a fin de establecer el monto

- (1) *Cuadernos Tributarios*. Publicación efectuada por la Asociación Fiscal Internacional (IFA), Grupo Peruano, dedicada a las Segundas Jornadas Nacionales de Tributación. Lima, diagramación y edición de Alejandro Salazar R., diciembre 1989, vol. 8, pp. 305 a 310.
- (2) HERNANDEZ BERENGUEL, Luis. «La revaluación de bienes del activo fijo», ponencia peruana para las X Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, publicada en las *Memorias del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario*, Quito, 1981.

de la ganancia que hubiera podido obtenerse en la enajenación y que resulta gravada con el mencionado tributo; el ajuste de bienes del activo fijo o de inventarios relacionados con pasivos en moneda extranjera, de forma tal que el incremento del pasivo por la devaluación de la moneda nacional se traduce en un aumento por igual monto del costo de adquisición de todos esos bienes; y, las regulaciones para determinar el monto de los pagos a cuenta del citado impuesto y para suspender tales pagos.

Las medidas parciales se extienden a otros tributos. En el Impuesto al Patrimonio Empresarial, se ha establecido la obligación de efectuar pagos a cuenta mensuales, con el fin de proteger al acreedor tributario de los efectos de la inflación, sobre la base de dozavos ajustados de teniendo en cuenta el aumento de la inflación. En el Impuesto al Patrimonio Neto Personal se ha extendido a seis cuotas bimestrales, ajustadas de acuerdo a la inflación, los pagos a cuenta. Se ha creado la obligación de realizar pagos a cuenta del Impuesto General a las Ventas y del Impuesto Selectivo al Consumo. En el Impuesto de Alcabala se reajusta el autoavalúo de acuerdo a la inflación, para compararlo con el precio de adquisición de los bienes inmuebles, determinando la base imponible en el monto que resulte mayor.

De otro lado, se ha establecido una unidad de medida, que varía de acuerdo con la inflación, denominada "unidad impositiva tributaria" (UIT), que sirva para multiplicidad de propósitos, inclusive muchos que no tienen que ver con materia tributaria. Entre los objetivos tributarios que dicha unidad de medida persigue, puedo consignar, sólo a manera de ejemplo, la

regulación de los tramos de la escala progresiva de tributos tales como el Impuesto a la Renta, el Impuesto al Patrimonio Empresarial, el Impuesto al Patrimonio Neto Personal y el Impuesto al Valor del Patrimonio Predial; la cuantificación de las deducciones para determinar la base imponible del Impuesto a la Renta; la determinación de la base imponible de la Contribución al Fondo Nacional de Vivienda; la determinación de la cuantía de las tasas, licencias y derechos; y, la regulación de las escalas de multas por infracciones formales.

Asimismo, en el Código Tributario se ha previsto -como otra medida parcial- lo que podría denominarse una bonificación por pronto pago o pago anticipado de tributos, con el claro objeto de incentivar a los deudores tributarios para que, a pesar de la inflación, no esperen hasta el último día del plazo de ley para cumplir con la obligación tributaria principal. Sin embargo, esta medida sólo podrá ser aplicada previo Decreto Supremo que la regule respecto de cada tributo.

También hay que considerar, como caso especial, una regla que actualmente contiene el Código Tributario, en cuanto permite que las empresas que realicen una inversión extranjera directa en moneda extranjera y contraten con el Estado Peruano o con empresas o entidades del Estado, puedan optar por llevar su contabilidad en moneda extranjera. Si se ejercita tal opción, la base imponible de todos los tributos de cargo de la respectiva empresa, se determinará en moneda extranjera; y todos ellos se pagarán en moneda extranjera. Resulta claro que la empresa que lleve su contabilidad en moneda ex-

tranjera, no está sujeta a la pérdida de poder adquisitivo que tan velozmente sufre la moneda nacional, y habrá superado el problema que la inflación plantea a quienes llevan su contabilidad en moneda peruana.

Ahora bien, la doctrina existente sobre el particular considera indispensable la adopción de medidas integrales para que las distorsiones producidas por la inflación desaparezcan. Por eso mismo, las medidas parciales adoptadas en nuestro derecho positivo resultan insuficientes para lograr este objetivo, además de haber sido elaboradas -como se señala en el duodécimo considerando de la resolución citada- «aisladamente, es decir, sin haber tomado en cuenta el sistema tributario en su conjunto, adoleciendo de vacíos, imprecisiones y defectos que, cuando menos, obligarían a su reformulación».

Un grave defecto de las medidas parciales adoptadas en nuestra legislación consiste en que, fundamentalmente, protegen al acreedor tributario y sólo en menor medida al deudor tributario, con lo cual contribuyen a aumentar las inequidades del conjunto de tributos que recaen sobre los particulares.

Al promulgarse la Ley No. 25160, parecía que las preocupaciones antes expresadas habían dado finalmente sus frutos y que las autoridades eran conscientes de la necesidad de adoptar medidas integrales para neutralizar los efectos de la inflación, cuando menos en lo que se refiere a los estados financieros de las empresas. En efecto, el artículo 21 de dicha ley facultó al Poder Ejecutivo para que, de conformidad con el artículo 188 de la Constitución Política y en un plazo de 90 días calendario, dictara normas de ajuste integral por inflación en los estados financieros de las

mpresas, con efecto tributario.

Se pensó en ese momento que, en ejercicio de la facultad delegada, el Poder Ejecutivo regularía un verdadero ajuste integral y dispondría, como era lógico suponer, su inclusión en los registros contables de las empresas a fin de que en lo sucesivo los estados financieros de éstas mostraran utilidades y patrimonios reales, no distorsionados por la inflación.

Sin embargo, la norma del artículo 21 de la Ley No. 25160 trajo consigo una sorpresa desagradable, puesto que en su segunda parte creaba un impuesto de naturaleza extraordinaria, no mayor del 5 por ciento, que sería aplicado sobre el excedente resultante de la primera valorización, permitiendo el pago del tributo en forma fraccionada, en armadas mensuales, hasta diciembre de 1990.

En esta forma se limitaba los efectos benéficos del ajuste integral, disminuyéndolos -y, en algunos casos, anulándolos- por la aplicación del denominado impuesto extraordinario que no es otra cosa que un impuesto a la inflación.

La inflación es considerada de por sí como un impuesto. Incluso, como el peor de los impuestos. Por eso es que resulta desable lograr que se neutralicen sus efectos dañinos. Pero para obtener tal objetivo no se puede incurrir en la contradicción de afectar con un impuesto las medidas correspondientes.

Aún cuando nuestro sistema tributario ya era inequitativo antes que el país quedara envuelto en el fenómeno inflacionario, la infla-

ción aumentó las inequidades del sistema y le hizo perder los últimos vestigios de organicidad, al punto que hoy en día resulta poco serio afirmar que en el Perú existe un verdadero sistema tributario, si entendemos por éste un conjunto de tributos que armonizan entre sí y que están relacionados de manera coherente.

No hay que olvidar que, como menciona COSCIANI, «el sistema tributario consiste, en efecto, en una serie de parámetros expresados o en términos monetarios de cuantía determinada o en porcentaje de un valor (base imponible) que sirven para calcular la entidad del impuesto frente a cada contribuyente. Un proceso inflacionista modifica tales parámetros y, así, provoca una nueva distorsión de la carga fiscal entre los diversos componentes de la colectividad»³.

A fin de cuentas, el artículo 21 de la Ley No. 25160 parecía anunciar dos noticias, una buena y otra mala. La buena consistía en facultar al Ejecutivo para la adopción de normas de ajuste integral. La mala quedaba expresada en la creación de un impuesto que no estaba gravando verdaderas riquezas -lo que constituye el objeto de todo tributo- sino únicamente la devolución de una cierta medida de equidad al permitir que tributos tales como el Impuesto a la Renta, el Impuesto al Patrimonio Empresarial y el Impuesto al Patrimonio Neto Personal pudieran aplicarse, el primero de ellos sobre rentas reales, y los otros dos sobre patrimonios verdaderos. Claro está que, por encima de ello, se pretendía mostrar esta-

dos financieros confiables para el empresario y para terceros, pues los que se formulaban no mostraban la realidad financiera de las empresas.

En ningún caso, las medidas de ajuste integral de los estados financieros, anunciadas por el artículo 21 de la ley citada, resultarían absolutamente suficientes para obtener la total neutralización de los efectos negativos que sufre la tributación en una economía hiperinflacionaria como la peruana de estos días⁴, por dos razones. Una primera, que radica en que el citado artículo no prevé los ajustes necesarios que deben formular las empresas a nivel de declaración jurada -como la posibilidad de ajustar las pérdidas tributarias de ejercicios anteriores, corroídas al máximo por la inflación, a fin de mostrarlas a valores constantes al momento de compensarlas con utilidades posteriores para determinar la base imponible de un ejercicio- y que nada tienen que ver con los estados financieros. Una segunda razón, basada en el hecho que el ajuste integral sólo está referido a las empresas y no a los demás contribuyentes.

Pero, en todo caso, la primera parte del mencionado artículo parecía revelar, como se dijo líneas arriba, la comprensión del fenómeno por parte de las autoridades y, especialmente, su predisposición para adoptar soluciones serias.

2. Las normas de ajuste integral

Las normas de ajuste integral de los estados financieros de las em-

(3) COSCIANI, Cesare. *Ciencia de la hacienda*, Madrid, Editorial de Derecho Financiero, 1980, pág. 410.

(4) El presente texto fue terminado el 27 de junio de 1990, antes de que la administración del ingeniero Alberto Fujimori tomara el gobierno y pusiese en marcha su programa de ajuste económico. (N. del E.)

presas estuvieron inicialmente contenidas en el Anexo 1 del Decreto Legislativo No. 561. Posteriormente, dicho anexo fue sustituido por el Decreto Supremo No. 116-90-EF de 19 de abril de 1990.

No es necesaria una exhaustiva revisión de las normas que regulan el citado ajuste para verificar que se ha desperdiciado la oportunidad de aprobar un verdadero ajuste integral que permitiera que los estados financieros de las empresas resultaran confiables, y que a su vez lograra que, en el futuro, los tributos que gravan rentas y patrimonios pudieran ser aplicados sobre rentas y patrimonios existentes y verdaderos.

Las normas referidas no contienen un ajuste integral, pues se limitan a establecer el ajuste de determinadas partidas no monetarias del balance. No están comprendidas todas las partidas no monetarias del balance y tampoco son objeto de ajuste las que corresponden al Estado de Ganancias y Pérdidas.

De otro lado, se incurre en el error de no utilizar para el ajuste un solo índice de actualización. Por el contrario, se utilizan el índice de precios al por mayor a nivel nacional y el índice de precios de bienes del activo fijo, de forma tal que algunas partidas del balance se actualizan en función del primero, y otras utilizando el segundo de los índices nombrados, siendo por esta razón imposible considerar que la actualización de las partidas ajustadas resulta uniforme.

Recientemente, Cesáreo ALONSO⁵ formula importantes precisiones en torno al ajuste integral, señalando que «el ajuste integral de los estados financieros y de las declaraciones juradas de renta de las empresas debe ser entendido tal como lo aplica la profesión contable en todos los países que han adoptado las normas de expresión en moneda constante. En el lenguaje común de la profesión contable y de muchos usuarios de información contable, así como en la metodología de ajustes aprobada en el X Congreso Nacional de Contadores Públicos del Perú (1986), se entiende por ajuste integral de los estados financieros, el ajuste sistemático de todos los rubros no monetarios. Entre estos rubros, la doctrina contable incluye a las cuentas de saldos no liquidados de pagos adelantados de impuestos, a las de patrimonio neto (capital, reservas y utilidades no repartidas) y a las de ganancias y pérdidas (ventas, otros ingresos, costos y gastos). Se entiende también que, en el contexto del modelo contable del costo histórico (a diferencia de los modelos de valor de reposición), el ajuste integral global, total, según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, debe hacerse en función de un solo índice, ya que se trata de medir los efectos de las variaciones del poder adquisitivo general de la moneda y no las variaciones en los precios específicos. En otras palabras, se trata de presentar la situación financiera y los

resultados de las operaciones en moneda "constante", sin cambiar los principios de contabilidad, pero incorporando, como parte del ajuste integral, una partida que muestre los resultados por exposición a la inflación. Este objetivo, así como el antes descrito entendimiento del ajuste integral, aunque sin usar esa denominación, han sido reconocidos por la Norma Internacional de Contabilidad No. 29, emitida en julio de 1989 y que entra en vigencia en 1990».

Las afirmaciones de ALONSO contienen críticas al ajuste integral regulado por el Decreto Legislativo No. 561. En realidad, ALONSO expresa que el mencionado ajuste no es integral y que, de otro lado, las normas que lo regulan incurren en el error de utilizar dos índices para medir los efectos de las variaciones del poder adquisitivo general de la moneda. Sobre este último aspecto, se muestra partidario de utilizar únicamente el índice de precios al consumidor, señalando lo siguiente: «El universo, la amplitud de las muestras, las técnicas de muestreo, la actualización periódica de la base, la inclusión de los precios de servicios, las ponderaciones del Índice de Precios al Consumidor hacen que éste sea más representativo de los cambios en el poder adquisitivo general de la moneda. Por contraste, los Índices de Precios al por Mayor y el de Bienes del Activo Fijo, no tienen el mismo rigor metodológico; parten de una base del año 1973, que no ha sido

(5) Cesáreo ALONSO es un reconocido auditor independiente, socio principal de la firma de auditores "Alonso Asociados". Las opiniones transcritas fueron vertidas por Alonso en las recomendaciones que sugirió ante un pedido de la Comisión Especial de la Cámara de Diputados, encargada de estudiar la problemática tributaria en el país y de proponer alternativas. Finalmente, un grupo de representantes del Colegio de Abogados de Lima -entre los que se encontraban los profesores de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, doctor Humberto Medrano Cornejo y quien suscribe este trabajo- del Colegio de Contadores Públicos de Lima, del Colegio de Economistas del Perú y de la Confederación de Instituciones Empresariales Privadas del Perú (CONFIEP), propusieron todo un conjunto de recomendaciones ante la citada Comisión.

actualizada desde entonces; no contienen los precios de servicios (salud, educación, transporte, entre otros); hacen caso omiso de descuentos por volumen y de los márgenes de minoristas; no toman en cuenta los cambios de calidad de los bienes; hacen uso muy limitado de ponderaciones; y, en suma, no son representativos de los cambios generados en los precios pagados por ningún conjunto de consumidores finales»⁶.

Existen otras objeciones que pueden ser formuladas respecto de las normas de ajuste pero que escapan al contenido de este trabajo, y que, de otro lado, no podrían ser tratadas sin exceder la extensión que se me ha concedido.

En concreto, la realidad es que el Poder Ejecutivo no cumplió con dictar "las normas de ajuste integral de los estados financieros", y en tal virtud excedió los alcances de la autorización conferida por el artículo 21 de la Ley No. 25160. La circunstancia de haberse expedido con posterioridad el Decreto Supremo No. 116-90-EF -que cambia el Anexo 1 aprobado por el Decreto Legislativo No. 561, referido al procedimiento del ajuste- no altera la conclusión antes expuesta respecto a la no existencia de normas que regulen un verdadero ajuste integral de los estados financieros; pues no han sido corregidos los errores en que incurrió el citado Decreto Legislativo.

3. El Impuesto Extraordinario

El Decreto Legislativo No. 561 fijó la tasa del Impuesto Extraordinario en 3 por ciento y completó los aspectos del hecho imponible

que forzosamente deben estar regulados con plena observancia del principio de legalidad, tal como éste es recogido por nuestra Constitución Política.

Como se sabe, nuestra Constitución permite que los aspectos sustanciales de un tributo puedan ser regulados por Decretos Legislativos, siempre que exista la correspondiente ley autoritativa promulgada por el Congreso de la República.

El artículo 23 de nuestro Código Tributario establece que la obligación tributaria nace cuando se verifica en la realidad el presupuesto legalmente establecido. El presupuesto comprende diversos aspectos y todos ellos tienen que estar regulados con pleno respeto del principio de legalidad. Tales aspectos son el material, el personal, el temporal, el espacial, el mensurable y el legal.

El análisis de las normas contenidas en el artículo 21 de la Ley No. 25160 permite establecer que estos aspectos no estuvieron suficientemente regulados por dicho artículo. Por lo tanto, su plena regulación -sin la cual no era posible aplicar el tributo creado- quedaba en manos del Poder Ejecutivo y tenía que expresarse en el Decreto Legislativo No. 561.

3.1. El Artículo 21 de la Ley No 25160

(a) Aspecto material

Por medio del *aspecto material* se precisa aquello que se pretende gravar con el tributo. En otras palabras, cuál es el campo o ámbito de aplicación del tributo o el objeto del mismo.

El artículo 21 de la Ley No.

25160 está dirigido a gravar el ajuste integral por inflación, cuando dicho ajuste muestre un excedente. Aún cuando no está expresado de manera directa, es posible sostener que el aspecto material del hecho imponible se encuentra comprendido en las normas del mencionado artículo 21, en cuanto ellas facultan al Poder Ejecutivo para que dicte reglas de ajuste integral por inflación en los estados financieros de las empresas, con efecto tributario, y en la medida que crea el Impuesto Extraordinario para ser aplicado sobre el excedente que resulte de la primera valorización.

(b) Aspecto personal

El *aspecto personal* está fundamentalmente dirigido a precisar en la ley quiénes son los contribuyentes del tributo, y eventualmente si habrá otros sujetos pasivos a título de responsables. Existen quienes opinan que cuando se regula el aspecto personal es preciso señalar también al sujeto activo de la obligación tributaria, más aún si se tiene en cuenta que el artículo 2 del Código Tributario establece cuatro tipos de sujetos activos.

En el presente caso -y a mérito de las normas contenidas en los artículos 51 y 52 del Código Tributario- creemos que las leyes que crean tributos no necesariamente deben indicar quién es el sujeto activo de la obligación tributaria, si se está frente a un tributo interno y lo que se desea es que el gobierno central ejerza esa calidad. En efecto, según el artículo 2 del Código Tributario pueden ser sujetos activos el gobierno central, los gobiernos regionales, los gobiernos locales y, finalmente, las entidades del

(6) Nuevamente recurrimos a expresiones vertidas por Cesáreo ALONSO en las recomendaciones a que se aludió en la cita anterior.

sector público que tengan personería jurídica propia y a las que la ley les asigne la calidad de sujeto activo

De acuerdo al artículo 51 de dicho Código, el Ministerio de Economía y Finanzas es el único órgano facultado para administrar los tributos del gobierno central, y a su turno el artículo 52 señala que la Dirección General de Contribuciones -hoy Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT)- es competente para la administración de los tributos, excepto los aduaneros y las tasas por servicios específicos, de acuerdo con la ley pertinente.

Cabe agregar que el inciso a) del artículo 5 del Decreto Legislativo No. 501 establece, entre las funciones de la SUNAT, las de administrar todos los tributos internos, con excepción de los tributos municipales.

Habida cuenta de que el Impuesto Extraordinario no es un tributo aduanero -pues no grava el comercio exterior- ni un tributo municipal -entre otras cosas, porque para serlo la ley de creación del tributo tendría que haberlo señalado así expresamente, o inferirse de ella que tienen esa naturaleza- ni es tampoco una tasa por servicios específicos según se aprecia de la norma de creación, en forma inevitable se llega a la conclusión de que el sujeto activo de la obligación tributaria es el gobierno central y que el tributo tenía que ser administrado por la SUNAT.

El tributo no puede ser aduanero porque no grava ni la importación ni la exportación de productos, o en términos latos, el comercio exterior. Tampoco es una tasa por servicios específicos porque su nacimiento no depende de la prestación de ningún servicio. A su vez, no existe norma alguna conte-

nida en el artículo 21 de la Ley No. 25160 que pueda llevar a considerarlo como un tributo municipal, lo que hubiera requerido norma expresa.

De otro lado, si bien ningún tributo puede ser aplicado si no hay contribuyentes designados por la ley, doctrinaria y legislativamente es posible la aplicación de tributos respecto de los cuales las normas respectivas no señalen la existencia de sujetos pasivos en calidad de responsables.

En tal virtud, nosotros opinamos que el aspecto personal del hecho imponible, en nuestro sistema tributario, queda en buena cuenta circunscrito a la designación de los contribuyentes puesto que por aplicación de las normas generales contenidas en el Código Tributario -en defecto de la ley que crea el tributo- automáticamente es posible inferir quién es el sujeto activo de la obligación tributaria. De otro lado, se ha visto ya que si una ley no señala a los responsables es porque pretende crear un tributo respecto del cual no existen dichos sujetos pasivos.

Ahora bien, el artículo 21 de la Ley No. 25160 no establece en forma expresa quiénes son los contribuyentes del Impuesto Extraordinario. En principio, sería posible sostener que como dicho impuesto grava «el excedente que resulte de la primera valorización» proveniente del ajuste integral de los estados financieros *de las empresas*, implícitamente se estaría fijando como contribuyente a cada empresa que efectúe el ajuste integral, a condición que del referido ajuste se obtenga un excedente.

Sin embargo, el señalamiento expreso de los contribuyentes resultaba necesario, puesto que en teoría el impuesto podría haber sido de cargo de los socios, accionis-

tas, dueños o titulares de la empresa -en vez de la empresa misma- como ha ocurrido en el pasado con impuestos similares. Tal es el caso del Impuesto a la Capitalización del Excedente de Revaluación creado por la Ley No. 23337.

Podemos entonces concluir en el sentido que el artículo 21 de la Ley No. 25160 resulta incompleto en cuanto que no ha precisado el aspecto personal del hecho imponible, circunscrito a la designación de los contribuyentes del impuesto.

(c) Aspecto temporal

El *aspecto temporal* tiene que estar regulado en la ley y precisa cuándo nace la obligación tributaria.

Los tributos pueden ser de realización inmediata o de carácter periódico, atendiendo a una clasificación que toma como base si el hecho imponible se produce en un solo instante del tiempo o si más bien ocurre en un periodo de tiempo.

Pienso que por su naturaleza el Impuesto Extraordinario tiene que ser forzosamente de carácter periódico, pues lo que pretende gravar es el excedente resultante del ajuste de las partidas del balance -tomando como punto de partida una fecha determinada, que por ejemplo puede ser la de adquisición de los bienes o la del momento en que se contrajeron los pasivos- y como punto de finalización otra fecha posterior -que es aquella en que se completa el hecho imponible y que origina el nacimiento de la obligación tributaria- de forma tal que el ajuste versa sobre todo el periodo comprendido entre ambas fechas.

Por la misma razón expuesta en el párrafo anterior, me parece imposible que el Impuesto Extraordinario pueda tener la condición de un tributo de realización inmediata, pues para que así fuera, el ajus-

e tendría que practicarse en un solo instante y referirse a ese solo instante, lo que es jurídicamente imposible cuando se piensa en un ajuste integral de los estados financieros de las empresas.

El artículo 21 de la Ley No. 25160 no establece en qué momento nace la obligación tributaria. En tal sentido, el tributo no podía ser aplicado de inmediato sino hasta que fuera completado con las medidas que mediante Decreto Legislativo debía dictar el Poder Ejecutivo.

En síntesis, el Impuesto Extraordinario definitivamente tenía que gravar el excedente resultante de un ajuste que presupone considerar un periodo de tiempo -a ser fijado, en este caso, por Decreto Legislativo- cuya fecha de inicio coincide con la de adquisición del bien o de la deuda, en tanto que la fecha de finalización es la que se desea adoptar como fecha tope para la actualización del valor de cada bien o cada deuda; de forma que los estados financieros formulados a esa fecha tope se conviertan en estados financieros ajustados integralmente por inflación, revelando al cierre del periodo el incremento patrimonial y el de la renta neta que ha obtenido la empresa en ese lapso de tiempo. Una parte del incremento, o eventualmente el total del mismo, estará conformado por el excedente que resulta del ajuste.

(d) Aspecto espacial

El presupuesto legalmente establecido tiene que estar referido a un *determinado espacio o territorio* en el cual, de ocurrir, se va a generar la obligación tributaria.

La Norma XII del Título Preliminar del Código Tributario establece que «las normas tributarias rigen en todo el territorio nacional y en sus aguas y aires jurisdiccio-

nales».

En virtud de dicha norma resultaría que las empresas que realicen actividades en el Perú, generadoras de rentas de tercera categoría -y que en principio son contribuyentes del Impuesto a la Renta y del Impuesto al Patrimonio Empresarial- tendrían que practicar el ajuste -si estamos al tenor de lo que dispone el artículo 21 de la Ley No. 25160- de forma tal que el aspecto espacial del hecho imponible está dado justamente por la realización en el país de tales actividades.

Aun cuando esta interpretación fluye del contenido del artículo 21, esta norma debió haber sido más explícita en cuanto al aspecto espacial del hecho imponible. Estrictamente se puede concluir que el referido artículo no ha definido tal aspecto espacial.

(e) Aspecto mensurable

Este aspecto del hecho imponible debe regular *cómo se determina la cantidad de riqueza* sobre la cual se va a aplicar la tasa del impuesto. Ello equivale a decir que la ley tiene que establecer la base imponible.

El artículo 21 de la Ley No. 25160 se limita, al respecto, a establecer que el impuesto se aplicará sobre el «excedente que resulte de la primera valorización». Empero, esta referencia resulta insuficiente porque no se establece en la ley la mecánica del ajuste integral, que es justamente la que va a permitir la determinación del excedente. Según que esa mecánica sea una u otra, la base imponible resultara diferente.

En consecuencia, el impuesto creado por el artículo 21 tampoco hubiera podido ser aplicado de inmediato -en función de lo establecido únicamente por dicho artículo 21- porque al entrar la ley en vi-

gencia no había precisión sobre la forma de determinar la materia imponible.

(f) Aspecto legal

Todos los aspectos del hecho imponible anteriormente enunciados tienen que estar configurados *de manera expresa* en el ley, y ya hemos advertido como esto no ocurre así en el Impuesto Extraordinario que venimos comentando.

3.2. El Decreto Legislativo No. 561

Como se dijo anteriormente, es este Decreto Legislativo el que completó la regulación de los diversos aspectos del hecho imponible.

En cuanto al aspecto material estableció en el artículo 1 que el objeto del tributo era el ajuste integral de los estados financieros de las empresas, al aprobar las normas que posibilitan dicho ajuste, las que se incluyeron en el Anexo 1 que forma parte del citado Decreto Legislativo.

Respecto del aspecto personal, designó como contribuyente a las empresas generadoras de rentas de tercera categoría, siempre que estuvieran obligadas a llevar contabilidad completa. Esto queda precisado en el artículo 2, al comprender dentro del campo de aplicación del impuesto a las empresas señaladas en el artículo 3 del Decreto Ley No. 19654 y normas reglamentarias -relativas al Impuesto al Patrimonio Empresarial- en cuanto lleven contabilidad completa.

En lo que respecta al aspecto temporal, el Decreto Legislativo No. 561 expresa que la obligación nace el primero de enero de 1990, dado que la primera actualización tiene que efectuarse en función del balance inicial del ejercicio 1990.

El aspecto espacial quedaba pre-

cisado por la redacción del artículo 2 del Decreto Legislativo No. 561, en cuanto el tributo resultaba de aplicación para las empresas generadoras de rentas de tercera categoría en tanto realicen dichas actividades en el país.

En cuanto al aspecto mensurable, resultaba fijado en una suma igual al excedente resultante de actualizar al primero de enero de 1990 las partidas no monetarias del balance formulado a esa fecha; resultando a mi juicio innecesario que el artículo 1 del Decreto Supremo No. 116-90-EF definiera la base imponible, con posterioridad, como «la diferencia que resulte del mayor valor imputado al activo, menos el mayor valor imputado al pasivo y ganancias diferidas». Cabe destacar que este aspecto requería -promulgada la Ley No. 25160- de una amplia regulación, pues era necesario conocer qué normas de ajuste había que aplicar, lo que queda plasmado en el Anexo 1 del Decreto Legislativo No. 561, posteriormente sustituido por el Decreto Supremo No. 116-90-EF.

De esta manera, el aspecto legal del hecho imponible quedaba también perfectamente redondeado.

Sin embargo, en mi opinión resulta evidente -además del carácter absolutamente antitécnico del impuesto creado, que no grava una verdadera riqueza sino exclusivamente la "devolución" de la equidad perdida por efecto de la inflación- que el Decreto Legislativo No. 561 incurría en varias inconstitucionalidades. Dichas inconstitucionalidades pueden resumirse de la siguiente manera:

(a) En primer lugar, es absolutamente claro que el Decreto Legislativo No. 561 resulta retroactivo y, en consecuencia, violatorio de la regla de retroactividad que contie-

ne el segundo párrafo del artículo 187 de la Constitución. Recordemos que este segundo párrafo sólo admite la retroactividad, en materia tributaria, cuando es más benigna al contribuyente.

En efecto, el hecho imponible regulado por el Decreto Legislativo en análisis no es uno de realización inmediata, sino más bien de carácter periódico. Esta periodicidad tiene como fecha inicial el primero de enero de 1980 -y no antes- y como fecha final el primero de enero de 1990, pero resulta muy especial porque varía en función de cada uno de los componentes de las partidas no monetarias del balance que deben ser objeto de ajuste. Así por ejemplo, si un bien fue adquirido el 15 de marzo de 1983, su valor deberá ser ajustado en función de la disminución del poder adquisitivo de la moneda producida desde la fecha de adquisición del bien hasta el primero de enero de 1990; de forma tal que el periodo involucrado en el ajuste del valor de ese bien será distinto al periodo referido a bienes o pasivos adquiridos o contraídos en fechas distintas.

En mi opinión, como ya lo dije, no cabe duda de que el hecho imponible es de carácter periódico y que el Decreto Legislativo No. 561, promulgado el 31 de marzo de 1990 y publicado en el diario oficial *El Peruano* el primero de abril del mismo año, resulta gravando en forma retroactiva un hecho que se completó con anterioridad; esto es, el primero de enero de 1990.

Más aún, un impuesto de esta naturaleza no podría ser un tributo de realización inmediata, porque el ajuste sólo puede efectuarse en función de un periodo de tiempo. Pero en el negado caso que tal cosa fuera posible, el hecho se habría producido el primero de enero de

1990; esto es, con anterioridad a la promulgación y publicación del Decreto Legislativo No. 561.

(b) El Poder Ejecutivo se excedió al hacer uso de la facultad que le delegó el Congreso, pues no estableció realmente un ajuste integral de los estados financieros como lo manda el artículo 21 de la Ley No. 26160. Ya se ha señalado que dicho ajuste no comprende a diversas partidas no monetarias del balance ni a las conformantes del Estado de Ganancias y Pérdidas, y que en ningún caso puede ser considerado integral.

Siendo ello así, resulta evidente que las normas del Decreto Legislativo No. 561 carecen de legitimidad y terminan siendo violatorias del principio de legalidad, pues el Poder Ejecutivo no tenía facultad para establecer un ajuste parcial del tipo del que finalmente aprobó.

(c) En ciertos casos, el tributo puede resultar confiscatorio desde un punto de vista *cuantitativo*, pero ello tendrá que ser apreciado respecto de cada empresa. La confiscación se producirá si para una empresa determinada el tributo resulta siendo excesivamente gravoso comparándolo con sus rentas y patrimonio, más aún si se tiene en cuenta que no grava verdaderas riquezas.

(d) El tributo es confiscatorio desde un punto de vista *cualitativo*, en cuanto -como surge de lo expuesto en el acápite (b) precedente- el Decreto Legislativo No. 561 viola el principio de legalidad. Un tributo que ha sido regulado violando este principio carece de legitimidad, por lo que la detracción a cargo del contribuyente termina siendo confiscatoria.

Un aspecto adicional a considerar es el relativo a si el Decreto Legislativo No. 561 ha observado el

plazo dentro del cual el Poder Ejecutivo debió hacer uso de las facultades que le concedió la ley autoritativa. Este plazo era de 90 días calendario, debiendo contarse desde el primero de enero de 1990 conforme a lo dispuesto en el artículo 47 de la ley 25160. Siendo ello así, el plazo venció el 31 de marzo de 1990, y es en esa fecha en que se promulgó el Decreto Legislativo No. 561 que, sin embargo, fue publicado el primero de abril del año en curso. Es posible interpretar que dentro del plazo de las facultades no solamente se debe promulgar el Decreto Legislativo sino también publicarlo en el diario oficial *El Peruano*, para evitar que termine publicándose fuera del plazo un Decreto Legislativo promulgado también fuera de dicho plazo pero al que se le consigna una fecha de promulgación anterior a tal vencimiento con el propósito de burlarlo.

3.3. El Decreto Supremo No. 116-90-EF

Este Decreto Supremo fue dictado en uso de las facultades conferidas por el inciso 20 del artículo 211 de la Constitución, que faculta al Presidente de la República a dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera cuando lo exija el interés nacional, con cargo a dar cuenta al Congreso.

Ahora bien, dicho Decreto Supremo básicamente señala tres cosas:

(a) Define como excedente imponible «la diferencia que reuslte del mayor valor imputado al activo, menos el mayor valor imputado al pasivo y ganancias diferidas», agregándose esta definición como segundo párrafo del artículo 4 del Decreto Legislativo No. 561.

Entiendo que, con las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo No. 561, había quedado

perfectamente regulado el aspecto mensurable del hecho imponible. Sin embargo, el artículo 1 del Decreto Supremo No. 116-90-EF no lo estima así, y más bien consideró necesario incluir esta definición como un agregado a las normas que se encontraban en ese momento vigentes;

(b) Que las exoneraciones y beneficios tributarios ya otorgados o que se otorguen, en forma genérica, no incluyen al Impuesto Extraordinario; y,

(c) Que queda sustituido el texto del Anexo 1 del Decreto Legislativo No. 561. Esta sustitución revela, a mi juicio, que ante la imposibilidad de hacer uso de la autorización que el Congreso le concedió al Poder Ejecutivo mediante el artículo 21 de la Ley No. 25160 -por vencimiento del plazo para el ejercicio de la facultad delegada- con el aparente objetivo de redondear los alcances del Decreto Legislativo No. 561, se hace uso de una fórmula alternativa cual es la contemplada en el inciso 20 del artículo 211 de la Constitución.

En mi opinión, este Decreto Supremo -dictado al amparo del inciso 20 del artículo 211 de la Constitución- es inconstitucional, porque no es posible aceptar que la Constitución le otorgue al Presidente de la República, en forma paralela al Congreso, la facultad de legislar. Estando el Congreso en pleno funcionamiento, como ocurrió cuando fue promulgado el referido Decreto Supremo, el Presidente no podía -en mi concepto, y a pesar de las reiteradas oportunidades en que tal cosa ha ocurrido- hacer uso de las facultades que le concede el citado inciso 20; menos aún para el caso de materias como las que regula el Decreto Supremo No. 116-90-EF, que no pueden justificar De-

cretos de Urgencia.

4. Otros comentarios

En definitiva, el Impuesto Extraordinario debe aplicarse con la tasa del 3 por ciento sobre el excedente que resulte de la primera valorización, por haberlo así establecido el primer párrafo del artículo 4 del Decreto Legislativo No. 561. El tercer párrafo de dicho artículo -segundo párrafo originalmente- en cuanto permite que el Poder Ejecutivo, mediante Decreto Supremo, incremente el porcentaje del impuesto hasta el límite del 5 por ciento que fija el artículo 21 de la Ley No. 25160, debe ser ignorado.

En efecto, tal como está redactado, dicho párrafo tendría que ser interpretado -en contradicción con la Constitución- bajo la idea de la permanencia en el tiempo de la facultad delegada por el Congreso al Poder Ejecutivo. Como quiera que el plazo de dicha delegación venció el 31 de marzo de 1990 -fecha en que justamente se promulga el Decreto Legislativo No. 561- resulta claro que el Poder Ejecutivo carecía, a partir de esa fecha, de autorización por el Congreso y no estaba legalmente en aptitud de aumentar la tasa del impuesto. En la práctica, el aumento de la tasa no se ha producido.

De otro lado, el Decreto Legislativo No. 561 establece las siguientes otras normas:

(a) En el artículo 5 condiciona la obligación de presentar declaración jurada a que exista la obligación de pago del impuesto, contrariamente a lo que el Banco de la Nación ha interpretado mediante un aviso publicado en el diario oficial *El Peruano* con fecha 25 de mayo de 1990.

Dicho artículo precisaba que la declaración debía ser presentada de acuerdo al formato que publica-

ría al SUNAT. Este formato fue publicado en el diario oficial con fecha 22 de abril de 1990.

El plazo para la presentación de la declaración jurada, según el artículo 5, originalmente vencía el 15 de mayo de 1990, habiendo sido prorrogado dicho plazo, sucesivamente, al 8 de junio de 1990, por Decreto Supremo No. 139-90-EF del 14 de mayo de 1990, y al 22 de junio de 1990, por Decreto Supremo No. 172-90-EF de 9 de junio de 1990. La declaración jurada debe ser refrendada por contador público colegiado;

(b) En el artículo 6 se establece que el impuesto deberá ser pagado ante el Banco de la Nación en forma fraccionada, mediante una cuota inicial del 20 por ciento del impuesto resultante -que inicialmente tenía que ser abonada a más tardar el 15 de mayo de 1990 y cuyo plazo ha sido prorrogado, respectivamente, al 8 de junio de 1990 y al 22 de junio de 1990 por los decretos supremos 139-90-EF y 172-90-EF- cancelándose el saldo en siete cuotas mensuales, iguales y consecutivas, dentro de los primeros 15 días hábiles de los meses de junio a diciembre de 1990.

Estas cuotas no originan intereses ni reajustes, pero en el caso que no sean canceladas en su oportunidad dan lugar a la aplicación de las sanciones y reajustes establecidos por el Código Tributario;

(c) En el artículo 7 se señala que el monto del impuesto pagado será considerado como gasto para efectos del Impuesto a la Renta correspondiente al ejercicio gravable 1990;

(d) En el artículo se indica que el

rendimiento del impuesto constituye ingreso del Tesoro Público;

(e) En el artículo 9 se ratifica la interpretación expuesta en este trabajo, en cuanto a que la SUNAT administra el impuesto;

(f) En el artículo 10 se faculta a la SUNAT a adoptar las medidas necesarias para la mejor aplicación del impuesto. Cabe señalar que, al respecto, la SUNAT ha publicado en el diario oficial *El Peruano*, con fecha 6 de junio de 1990, las Resoluciones de Superintendencia 269-90-EF/SUNAT y 270-90-EF/SUNAT, respectivamente, sobre la utilización del índice de precios al por mayor a nivel nacional y del índice de precios de bienes del activo fijo, y sobre los factores de ajuste determinados sobre la base de dichos índices;

(g) En la primera disposición final se expresa que los ajustes aplicables a la primera actualización no deben ser contabilizados, debiendo los contribuyentes mantener los papeles de trabajo respectivos durante el periodo de prescripción del impuesto para efectos de la fiscalización por el órgano administrador. Aquí se expresa de manera clara que el ajuste sólo ha tenido como finalidad pagar el Impuesto Extraordinario;

(h) En la segunda disposición final se encarga al sector Economía y Finanzas para que, en un plazo de 60 días, presente un estudio que posibilite la aplicación de los ajustes de estados financieros por efectos de la inflación, con incidencia contable y tributaria. Hasta la fecha no se tiene conocimiento del referido estudio; y,

(i) En la tercera disposición final -contrariamente a la interpretación unánime sobre la entrada en vigencia de las leyes- se dispone que el Decreto Legislativo No. 561 entre en vigencia el mismo día de su publicación en el diario oficial.

El impuesto del 3 por ciento -es necesario reiterarlo- resulta antitécnico porque no grava una verdadera riqueza sino los ajustes que buscan neutralizar los efectos de la inflación en los estados financieros de las empresas. Si el ajuste se hubiera regulado conforme a la noción de "ajuste integral", y con la consecuencia lógica de tener que ser incorporado en los registros contables de las empresas, habrían resultado aplicables -por el ajuste correspondiente a 1990- dos tributos ya existentes como son el Impuesto a la Renta y el Impuesto al Patrimonio Empresarial.

El Impuesto a la Renta en la medida en que por el ejercicio gravable 1990, el Estado de Ganancias y Pérdidas tendría que haber mostrado, en su caso, una utilidad ajustada. El Impuesto al Patrimonio Empresarial en cuanto, por el ejercicio gravable 1990, el patrimonio de las empresas, en su caso, habría quedado incrementado por efectos del ajuste integral. Decimos "en su caso" porque podría ocurrir que el ajuste integral genere una pérdida y un decrecimiento patrimonial. Además, ello habría tenido consecuencias respecto del Impuesto al Patrimonio Neto Personal en la valorización de las acciones y participaciones en el capital de las empresas.