

Hipótesis de Incidencia, Supuesto de la Materia

Humberto Medrano Cornejo

Socio de Rodrigo, Elías & Medrano Abogados

Catedrático de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Introducción.-

Con fecha 4 de mayo de 1999, el Tribunal Fiscal expidió la Resolución N° 532-4-99, estableciendo que los intereses moratorios estaban gravados con el Impuesto General a las Ventas. Si bien no constituía jurisprudencia de observancia obligatoria, ese pronunciamiento del Tribunal Fiscal resultaba inconveniente porque, de un lado, no se ajustaba a determinados principios doctrinarios y, por otra parte, podía significar una indebida exigencia del IGV a contribuyentes que, en realidad, no adeudaban suma alguna por ese concepto.

En esa oportunidad consideramos que se trataba de una apreciación errónea, tal como lo indicamos en un ensayo cuyos aspectos principales reseñaremos a continuación, a fin de destacar que se ha producido un cambio de criterio en la jurisprudencia, cuyos lineamientos compartimos.

1. Apuntes teóricos previos.-

La desaparición del absolutismo significó asentar el estado de derecho lo que, de un modo un tanto alambicado, permitiría afirmar que gobiernan las leyes y no los hombres lo cual, entre otras ventajas, hace posible contar con seguridad jurídica.

Además del campo penal, es en el ámbito tributario donde estos avances del desarrollo jurídico tienen la mayor importancia, pues hacen que la relación tributaria sea de derecho y no de poder, según doctrina que recoge el artículo 1° de nuestro Código Tributario. El gobernante y el legislador no pueden desbordar ciertas pautas, ya que el tributo tiene que crearse mediante norma con el rango previsto en la Constitución, y cumplir con otros requisitos establecidos en la carta y en la ley.

Cuando se analiza la relación jurídico tributaria observamos distintos elementos: los sujetos (el sujeto activo; es decir el acreedor que tiene derecho a exigir la prestación en que el tributo consiste y, de otro lado, como contraparte el sujeto pasivo; esto es, el deudor obligado

a cumplir con la prestación), el objeto (generalmente una suma de dinero) y el hecho imponible; o sea, la situación que en caso de producirse determina el surgimiento de la obligación de tributar. El reconocimiento del hecho imponible es esencial pues, como resulta obvio, la ley no contiene una relación con los nombres de las personas obligadas a pagar un tributo, sino que se limita a señalar supuestos que en caso de producirse, convierten en deudor tributario a la persona que resulta incurso en ellos.

El tributo constituye, pues, una obligación *ex lege* -nace de la ley- y, según lo dicho, el mandato de pago sólo surge si se verifica el hecho contemplado por ella. Sobre este extremo, Gerardo Ataliba enseña que cuando la circunstancia prevista en la ley se mantiene en estado larval; es decir, mientras el enunciado de la norma aún no ha ocurrido en la realidad, nos encontramos frente a una "hipótesis de incidencia" que se convierte en "hecho imponible" en el momento en que el presupuesto legal se produce en la realidad, cuando él se traduce en el mundo fenomenológico.

Como se advierte, el nacimiento de la obligación jurídica de pagar el tributo siempre está vinculado a determinado acto o actos que se consideran reveladores de capacidad contributiva y, al igual que la base para su cálculo, debe establecerse por ley. De lo expuesto se sigue que frente a un caso concreto la primera preocupación del intérprete debe ser establecer si existe o no hecho imponible, porque si la respuesta es negativa carecerá de trascendencia interesarse por los demás elementos de la relación jurídico tributaria, ya que en tal eventualidad ni siquiera habría surgido la obligación de efectuar la prestación.

Así, por ejemplo, si la ley gravara la venta de inmuebles y una persona transfiriera un predio pero por la vía del aporte al capital de una sociedad, es evidente que esta operación no tendría la menor importancia a la luz de esa supuesta ley, porque el acto de aportar bienes no está considerado como hipótesis de incidencia, y por ello, no podrá convertirse nunca en hecho imponible.

Efectuada la constatación de que no existe hecho imponible sería ocioso preguntarse sobre los sujetos o el objeto; es decir sobre acreedor, deudor y la prestación, desde que en ese escenario jamás podría sostenerse que ha nacido la obligación de tributar.

Nuestro Código Tributario puntualiza que sólo por ley se puede "señalar el hecho generador de la obligación tributaria, la base para su cálculo y la alícuota" (Norma IV del Título Preliminar). Obsérvese que se trata de elementos distintos que concurren para formar la relación jurídico tributaria, pero que no pueden confundirse pues -repetimos- si no existe hecho imponible es innecesario aludir a la base para el cálculo del tributo o cualquier otro elemento de la relación, por la obvia razón de que no existiría mandato de pago. Por lo tanto, al interpretar una ley tributaria tenemos que hacer un distingo muy claro entre la hipótesis de incidencia (eventualmente convertida en hecho imponible) y la base para el cálculo del tributo (materia imponible) pues estamos en aptitud de afirmar que no hay materia imponible si no se cumple el presupuesto de hecho. Expresado de manera más amplia, la hipótesis de incidencia es el supuesto esencial de la materia imponible dado que ésta no existe sin aquella.

2. La cuestión controvertida.-

En el caso a que se refiere la resolución del Tribunal Fiscal N° 532-4-99, el contribuyente cobró intereses moratorios a los clientes que habían incumplido con el pago a que estaban obligados, y se discute si el ingreso por este concepto debía o no incluirse en la materia imponible del IGV.

Del texto de dicha resolución, puede inferirse que la empresa interesada sostuvo que los intereses moratorios no deben incluirse en la materia imponible porque tienen carácter indemnizatorio, mientras que SUNAT argumenta que sí forman parte de la base para el cálculo del IGV, puesto que no hay norma que los exonere. El Tribunal coincide con la tesis de la Administración y en los considerandos de la resolución expresa:

"Que las indicadas leyes en el artículo 13° y 14°, respectivamente, señalaban que como retribución se entendía la suma total que quedaba obligado a pagar el usuario del servicio, integrada por el valor total consignado en el comprobante de pago respectivo, incluyendo los cargos que se efectuasen por separado de aquel y aun cuando se originasen en la prestación de servicios complementarios, en intereses devengados por el precio no pagado o en gastos de financiación de la operación".

"Que las normas citadas establecían que los intereses devengados por el precio no pagado integraban la base imponible de dicho tributo, sin distinguir si se trataba de intereses moratorios o compensatorios, siendo claro que estos últimos formaban parte de la base imponible en los periodos acotados, por lo que no existía la duda razonable alegada por la recurrente".

Del texto transcrito se percibe que el Tribunal ha aplicado el principio "ubi lex"; es decir, que no cabe distinguir donde la ley no lo hace ("sin distinguir intereses moratorios o compensatorios") razón por la cual aquéllos no pueden excluirse de la materia imponible. Sin embargo, no se ha caído en cuenta que la distinción ya ha sido efectuada por el propio legislador en el cuerpo de la ley y que existe error al tratar de llegar a conclusiones analizando sólo uno de los artículos de la norma sin apreciar el conjunto. Como ya hemos advertido, el primer deber del intérprete de la ley tributaria es determinar con precisión el hecho imponible y sólo después resulta pertinente (y útil) indagar por la base para el cálculo del impuesto. De no seguirse este razonamiento se corre el peligro -posición inaceptable- de establecer materia imponible allí donde no existe tributo por pagar, por no haberse materializado la hipótesis de incidencia. Tal actitud sería claramente inconstitucional, pues violaría el principio de legalidad que consagra el artículo 74° de la Carta.

Si aplicamos los conceptos teóricos esbozados arriba debemos llegar a la conclusión de que, según detallamos en el punto siguiente, los intereses moratorios no están gravados con IGV, por lo que nos permitimos disentir de la tesis que sostiene la resolución mencionada.

3. La "hipótesis de incidencia" en el caso que se analiza.-

Entre las distintas operaciones que dan lugar al IGV sólo interesa destacar, para los fines de este trabajo, que la Ley grava: "la prestación o utilización de servicios en el país" (artículo 1° inciso b). Consecuentemente, para este caso concreto, sólo cabe discutir respecto de la base imponible si previamente se llega a la conclusión de que tal hipótesis se ha convertido en hecho imponible; es decir, si se han prestado o no servicios en los términos contenidos en la propia ley (artículo 3° inciso a), conforme al cual por ellos debe entenderse:

"1. Toda prestación que una persona realiza para otra y por la cual percibe una retribución o ingreso que se considere renta de tercera categoría ..." (anteriormente la ley incluía el concepto "acción" y no sólo "prestación").

De no existir esa específica prestación (claramente definida por la norma) carecería de sentido referirse a la materia imponible. Este importante extremo no ha sido tomado en cuenta por la resolución que comentamos, ya que resulta insuficiente limitarse a señalar que el artículo 14° de la ley no distingue entre intereses moratorios y compensatorios, sin percatarse que ello no es necesario porque el campo de aplicación del tributo (prestación de servicios) ha quedado claramente delimitado al diseñar la hipótesis de incidencia.

Si nos ciñéramos a la pauta que se desprende de la resolución, el hecho imponible tendría que repetirse en todos los artículos de la Ley, reiterando en cada oportunidad el supuesto gravado, lo cual sería absurdo. Es suficiente que la hipótesis se encuentre adecuadamente descrita en cualquiera de las normas de la ley, para que la actitud del intérprete deba ajustarse siempre a esta descripción. Tal situación es exactamente la que se presenta en el tema que nos ocupa, pues como ya se indicó, el artículo 1° de la ley grava la prestación o utilización de servicios en el Perú y éstos están definidos de tal manera que, sin duda, los intereses sólo integran la base de cálculo cuando constituyen la remuneración para quien presta un servicio.

En consecuencia, si el pago que efectúa el deudor tuviera un origen distinto, la operación sería completamente extraña a la hipótesis descrita por el legislador y, por ello, el importe correspondiente no debería incluirse en la materia imponible pues no tendría su origen en un acto gravado. Lo contrario implicaría que el funcionario pretende sustituir al legislador en clara violación del principio de legalidad.

Por lo tanto, el intérprete sólo debe preguntarse si el pago hecho representa la contraprestación por un servicio, en los términos definidos por la ley. La respuesta es negativa, porque resulta evidente que los intereses moratorios no suponen el pago de servicios y, por ello, su cancelación no obliga a tributar el IGV.

Debe quedar claro que, aun cuando pudiera calificarse de medida antitécnica, no existiría ningún inconveniente jurídico para que el legislador declare que también los intereses moratorios son remuneración de servicios y forman parte de la base imponible, pero para ello la mención tendría que ser expresa, ineludible. Mientras eso no ocurra estamos obligados a considerar en la base de cálculo sólo los intereses compensatorios, puesto que son los únicos que se ajustan a la descripción hipotética que efectúa la ley: constituyen remuneración (contraprestación) por el servicio que presta el acreedor.

La actitud adoptada en la ley de IGV puede considerarse deliberada pues entiende que, después de haber definido claramente el concepto de servicios, resultaba innecesaria cualquier otra regulación para concluir que, no siendo contraprestación por un servicio, los intereses indemnizatorios no dan lugar al tributo.

Como se sabe, según el artículo 1242° del Código Civil "el interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien". Cuando el acreedor otorga un plazo determinado al deudor para satisfacer su obligación y le cobra intereses, estamos en el supuesto de prestación-contraprestación y, por ello, debe aplicarse el IGV. Los intereses compensatorios son la "remuneración" a que alude la ley tributaria.

En cambio, si al vencimiento del plazo pactado para el pago, el deudor no cumple con cancelar su obligación, el acreedor le exige una indemnización (intereses moratorios). En este caso no existe contraprestación alguna, habida cuenta que no se ha producido prestación por parte del acreedor. Los intereses moratorios se originan simplemente en el incumplimiento arbitrario que perjudica al acreedor, al que debe resarcirse mediante los intereses moratorios, los cuales, según el mismo artículo 1242° del Código Civil, son los que tienen por finalidad "indemnizar la mora en el pago".

En los intereses moratorios no existe el pago por un servicio; ellos son la sanción que se aplica por el daño causado; se trata de una penalidad, de tal manera que no pueden calificarse como remuneración y, por lo tanto, su percepción no está gravada. Este principio ya ha sido recogido por SUNAT para un caso similar, al que podemos remitirnos. En efecto, con fecha 15 de noviembre de 1996, la entidad administradora absolvió una consulta de la Cámara de Comercio de Lima señalando que la indemnización pagada por la resolución unilateral de un contrato no da lugar a la aplicación del IGV, porque "en sí misma" no es una retribución por una venta, servicio o contrato de construcción, sino que se origina en el resarcimiento por la resolución del contrato".

Virtualmente la misma argumentación jurídica puede esgrimirse en el caso de los intereses moratorios, que también tienen carácter indemnizatorio, que tampoco representan retribución por la prestación de servicios, de manera que no habría razón para pretender incluirlos en la materia imponible como si se tratara de la remuneración al acreedor por una inexistente prestación a favor del deudor. Si ya tales reflexiones se han hecho al absolver la consulta indicada, resulta inexplicable que

en primera instancia se haya dado una solución diametralmente opuesta cuando se trata de situaciones perfectamente homologables.

4. La accesoriadad.-

Debe anotarse, que los intereses moratorios tampoco podrían incluirse en la materia imponible por "accesoriadad". En efecto, el mismo artículo 14° de la Ley del IGV contiene un mecanismo en cuya virtud si la operación principal está gravada o exonerada, las prestaciones accesorias siguen la misma suerte aun cuando, independientemente consideradas, tuvieran un tratamiento diferente. Dicha norma puntualiza:

"Cuando con motivo de la venta de bienes, la prestación de servicios gravados ... se proporcione bienes muebles o servicios, el valor de éstos formará parte de la base imponible, aun cuando se encuentren exonerados o inafectos ...".

Obsérvese que la accesoriadad no alcanza a todos los ingresos por cualquier concepto recibidos por el acreedor, sino que la regla es absolutamente precisa: sólo si al realizar operaciones gravadas se proporciona servicios, éstos se suman a la base de cálculo del tributo. Ergo, no se autoriza el añadido de cualesquiera ingreso, sino exclusivamente de aquellos que impliquen contraprestación por servicios. En tal virtud, los intereses moratorios no pueden incorporarse a la materia imponible en función de tal accesoriadad, pues para ello se requiere siempre que se trate de servicios -exonerados o inafectos- los que no existen cuando se exige una indemnización, ya que ésta no compensa ninguna prestación del acreedor.

Afortunadamente, la resolución que estableció los criterios que comentamos no fue declarada de observancia obligatoria y señalamos que sería de desear que los argumentos expuestos fueran tomados en cuenta al resolver los casos pendientes que pudieran existir, respecto de la misma materia, bien sea para coincidir o para discrepar con tales fundamentos ya que ellos constituían el núcleo de la cuestión controvertida.

5. El acertado cambio de criterio del Tribunal Fiscal.-

La esperanza expresada en esa oportunidad fue correspondida por otra Resolución del Tribunal Fiscal (N° 214-5-2000) emitida el 28 de marzo de 2000 y publicada como jurisprudencia de observancia obligatoria en el Diario Oficial El Peruano el día 5 de mayo de 2000.

En esta nueva resolución, el Tribunal Fiscal destaca que en la esencia de la venta o servicio gravado con el IGV se encuentra el concepto de contraprestación, infiriéndose que en el caso de los intereses devengados por el precio no pagado, tal concepto implica una relación causal entre la entrega de un bien o la prestación de un servicio y su contraprestación económica en el pago del precio y/o de los intereses o gastos de financiación correspondientes a la operación, "lo que según dicha relación causal, conforme a su naturaleza jurídica de contraprestación, no es pasible de alcanzar a los intereses moratorios, de carácter jurídico indemnizatorio".

Como puede advertirse, este argumento central coincide con la tesis que habíamos señalado y resulta correcto porque tratándose de servicios, el IGV sólo puede aplicarse allí donde el pago constituye una contraprestación por la prestación que efectúa el contribuyente, salvo mandato expreso en sentido contrario. Como quiera que, según lo dicho, la entrega de los intereses moratorios no está causada por la prestación de un servicio, resulta claro que su pago no puede precipitar el nacimiento de la obligación.

Al respecto, es importante destacar que la citada RTF 214-5-2000 precisa que la ley no incluye dentro de la materia imponible al interés moratorio y por tal razón "en resguardo del principio de legalidad en materia tributaria, los intereses moratorios se encuentran inafectos para el IGV, lo que no impide que el legislador considere, dentro de las atribuciones de su potestad legal, incluirlos dentro del valor de venta... lo cual ... no ocurre en la legislación vigente ...".

Nosotros consideramos, obviamente, acertado el razonamiento expuesto en esta jurisprudencia. Es evidente, que cuando la ley alude a "intereses por el saldo del precio" como parte de la materia imponible, sólo puede estar refiriéndose a los intereses compensatorios ya que el tributo sólo puede exigirse si el pago representa la contraprestación por un servicio prestado. Los intereses moratorios son de naturaleza jurídica sustancialmente distinta que no coincide con la hipótesis descrita por el legislador.

Por su naturaleza, el IGV debe gravar los conceptos que pueden identificarse con la contraprestación que efectúa el adquirente del bien o usuario del servicio. En la búsqueda de una imposición justa -que teóricamente es lo que persigue el legislador- la norma trata de abarcar todos los supuestos vinculados con el precio ("suplemento de precio") lo que, de paso, impide o al menos dificulta las maniobras elusivas por parte del contribuyente.

Sin embargo, como habíamos expresado previamente y puede inferirse de la RTF N° 214-5-2000, si bien es cierto que el tributo debe aplicarse sobre todos los conceptos indicados en la norma, también es verdad que tal aplicación tiene que efectuarse única y exclusivamente sobre ellos, de manera que sería ilegal la pretensión de exigir el impuesto sobre otros ingresos que pudieran corresponder al acreedor pero que no están recogidos en la norma.

De acuerdo con lo expuesto, los únicos intereses gravados son los que forman parte del precio (contraprestación) en forma directa o indirecta, ya que sólo ellos están integrados al fenómeno económico que sirve de marco al tributo.

6. La cesión de deuda y el endoso de valores.-

La falta de sustento jurídico para gravar los intereses moratorios puede verse con mayor claridad cuando la acreencia es cedida a un tercero, produciéndose un cambio de acreedor a través del respectivo contrato o mediante la transferencia o endoso de los documentos correspondientes, si ello fuera posible de acuerdo con la naturaleza de los mismos.

Como es evidente, en los casos propuestos el cesionario o endosatario de los documentos no ha realizado venta alguna ni prestado servicio de ningún tipo al deudor. No se ha producido entre ellos el vínculo prestación-contraprestación que pudiera justificar la aplicación del IGV.

Los títulos valores u otros instrumentos representativos del precio insoluto pueden haberse adquirido a través de mecanismos tales como "rueda de bolsa", "mesa de negociación" u otros semejantes más o menos anónimos, que nos ofrece el moderno derecho bursátil. Si en tales circunstancias el deudor (aceptante del documento) no realiza el pago oportuno de la suma debida y resulta forzado a desembolsar intereses moratorios, no habría fundamento alguno para requerir al cesionario o endosatario la cancelación del IGV respecto del monto indemnizatorio percibido.

El caso planteado pone en evidencia que los intereses moratorios no pueden calificar como "suplemento de precio"; su percepción no se explica por la acción o prestación del tenedor del título y, por ello, carecería de justificación la exigencia del IGV. Idéntica situación

jurídica se presenta si la mora se incurre respecto del acreedor original, porque con relación a este extremo no existirían argumentos para distinguir un caso del otro, ya que en ambos el interés es adeudado a causa del incumplimiento del deudor que lo obliga al pago de una indemnización y no como contraprestación por el valor de una cosa transferida o de un servicio prestado.

De acuerdo con lo expuesto, podemos concluir que cuando los intereses se encuentran gravados con el IGV, el tributo sólo debe aplicarse respecto de los intereses compensatorios y no sobre los moratorios. Estos últimos, sólo pueden dar lugar al impuesto si la ley lo establece expresamente -en razón de la voluntad del legislador- sin perjuicio de considerar que se trata de una decisión jurídicamente inconveniente.

7. La elusión y los intereses.-

La legislación específica gravando con IGV los intereses moratorios existe en algunos países. Tratando de encontrar las razones que pudieran haber inducido a esa regulación, podría pensarse que el propósito ha sido

evitar que la eventual exclusión incentive la realización de maniobras elusivas. Tal propósito se conseguiría, dentro de esa tesis, pactando un plazo corto para el pago de la deuda, al que se aplicarían los respectivos intereses compensatorios (sin duda gravados) para, enseguida, incurrir en un aparente incumplimiento

que justifique la aplicación de intereses moratorios los que, según lo señalado, no estarían sujetos al impuesto.

Como puede apreciarse, la objeción sobre esta base nos coloca en un ámbito exclusivamente recaudatorio y prescinde del análisis jurídico de la situación planteada. Es más, esta tesis tiene el manifiesto inconveniente de exigir el pago del tributo aun en aquellos casos en los que claramente los intereses son moratorios; es decir, cuando no existe posibilidad alguna de que se trate de una maniobra elusiva. Por lo tanto, de seguirse este procedimiento resultaría que por evitar el hipotético mecanismo de algunos contribuyentes contra el Fisco, tendría que gravarse a quienes actúan correctamente. Se trata de un razonamiento que no puede servir de base para incrementar la materia imponible y que más bien debería impulsar el empleo de otros medios -siempre al alcance del Estado- para conseguir el propósito disuasorio o para sancionar la conducta antijurídica.

Es evidente, que cuando la ley alude a "Intereses por el saldo del precio" como parte de la materia imponible, sólo puede estar refiriéndose a los intereses compensatorios.

Así, por ejemplo, resultaría sumamente extraño que todos los deudores de determinado acreedor incurrieran siempre en mora lo que, de no mediar una explicación satisfactoria, habilitaría a la Administración para hacer uso de las atribuciones que le otorga el Código Tributario o las leyes de la materia para actuar sobre base presunta.

La pretensión del IGV sobre el monto indemnizatorio reviste mayor gravedad en aquellos países en los cuales la ley civil permite exigir tasas de intereses moratorios más altas que la de los compensatorios, ya que allí la respuesta del legislador para frenar la hipotética elusión, conduce en realidad a una imposición excesiva y, por lo tanto, injusta.

De otro lado, cabe observar que la diferencia de tasas entre una y otra clase de intereses debería servir de freno a cualquier maniobra defraudatoria porque el deu-

dor no se prestaría al juego del acreedor sólo con el exclusivo objeto de dejar de tributar el IGV. En efecto, la circunstancia de verse "forzado" al pago de intereses moratorios pondría en evidencia el incumplimiento de sus obligaciones, lo que frecuentemente es de conocimiento público a través de las Cámaras de Comercio u otras entidades, cuya labor permite analizar la buena o mala reputación y los antecedentes de quienes solicitan créditos recurriendo al sistema financiero. Como es obvio, el propósito de reducir la incidencia del IGV no puede llevar a incurrir en procedimientos que conducirían al desprestigio personal del deudor, a quien se le cerrarían las posibilidades de acceder al crédito.

Las razones expuestas nos permiten concluir que no existen justificaciones jurídicas ni prácticas para que los intereses moratorios resulten gravados con el impuesto. **D&S**