



UNIVERSIDAD
DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

**Tratamiento tributario de los ingresos por intereses
moratorios según su naturaleza jurídica y la ley del
impuesto a la renta**

Tesis para optar el Título de
Abogado

Maily Anntuané García Mío

**Asesor(es):
Mgtr. Percy Orlando Mogollón Pacherre**

Piura, abril de 2025

Aprobación

La tesis titulada “Tratamiento tributario de los ingresos por intereses moratorios según su naturaleza jurídica y la ley del impuesto a la renta”, presentado por la bachiller Maily Anntuané García Mío, en cumplimiento con los requisitos para obtener el Título de Abogado, fue aprobada por el Director de Tesis Mgtr. Percy Orlando Mogollón Pacherre.



Mgtr. Percy Orlando Mogollón Pacherre

Director de Tesis



Declaración Jurada de Originalidad del Trabajo Final

Yo, Maily Anntuané García Mío, egresado del Programa Académico de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, identificado(a) con DNI: 73172067, declaro que:

Soy autor del trabajo final titulado:

“Tratamiento tributario de los ingresos por intereses moratorios según su naturaleza jurídica y la ley del impuesto a la renta”

El mismo que presento bajo la modalidad de Tesis para optar el Título profesional de Abogado. El texto de mi trabajo final es original y no vulnera los derechos de terceros o, de ser el caso, derechos de los coautores, incluidos los derechos de propiedad intelectual, datos personales, entre otros. En tal sentido, el texto de mi trabajo final no ha sido plagiado total ni parcialmente, para lo cual, he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas. Asimismo, el texto del trabajo final que presento no ha sido publicado ni presentado antes en cualquier medio electrónico o físico; y que la investigación, los resultados, datos, conclusiones y demás información presentada que atribuyo a mi autoría son veraces.

En caso de detectarse el incumplimiento de lo declarado asumo frente a terceros, la Universidad de Piura y/o la Administración Pública toda responsabilidad que pueda derivarse por el trabajo final presentado. Lo señalado incluye responsabilidad pecuniaria incluido el pago de multas u otros por los daños y perjuicios que se ocasionen.

La asesoría del trabajo estuvo a cargo de los siguientes docentes de la Universidad de Piura:

- Mgr. Percy Orlando Mogollón Pacherre, identificado con DNI: 02861273

Declaro (declaramos) que:

Luego de haber empleado el software de coincidencia Turnitin, revisado las fuentes de información señaladas por el autor, y en razón de mi (nuestra) experiencia como investigador(es), declaro (declaramos) que las ideas expuestas en el trabajo final alcanzan las condiciones de calidad, integridad y originalidad acorde a los objetivos institucionales y estándares en materia de investigación. Finalmente, no asumo (asumimos) responsabilidad por la posible vulneración de derechos de autor en el trabajo final referido, pues tal responsabilidad es exclusiva del autor.

Fecha: 24/02/2025.



Firma del autor¹



Firma del asesor¹

¹ Firma idéntica al DNI. No se admite digital, salvo certificado

Dedicatoria

A mis padres, Marlon y Eliana, por su esfuerzo, sacrificio constante y apoyo incondicional en contribuir con mi educación.

A mi segunda mamá, Riselda, y a mis hermanos por siempre impulsarme a ser mejor persona.

A la familia que escogí, mis amigos, por ser mi círculo de contención, fortaleza y ánimo.



Agradecimientos

Agradecer, especialmente, al Mgtr. Percy Orlando Mogollón Pacherre, por su confianza y dedicación de gran parte de su tiempo para ayudarme a lograr esta meta.

Agradecer a mis padres por ser mi fuente de inspiración y la prueba constante de que con esfuerzo y dedicación todo es posible.

Finalmente, agradecer a mi familia y amigos por su motivación y acompañamiento.



Resumen

En la actualidad, es común que surjan nuevas dudas respecto del tratamiento tributario de los distintos hechos económicos que forman parte de la esfera patrimonial del contribuyente. Conocer el correcto tratamiento tributario, principalmente de uno de los impuestos más relevantes del ordenamiento peruano, el impuesto a la renta; es crucial para evitar que se incurran en omisiones al pago de impuesto y, por consecuencia, se incurra en sanciones que perjudicarían al contribuyente. En la presente investigación, la problemática gira en torno al tratamiento tributario de los intereses moratorios según el impuesto a la renta. Dentro del ordenamiento jurídico peruano, Ley del Impuesto a la Renta y su reglamento, establece que son ingresos inafectos aquellos que resarcen un daño emergente. No obstante, dicha ley no define al daño emergente ni a los intereses moratorios, por lo que su naturaleza jurídica deberá analizarse según la doctrina civil y el Código Civil. Bajo ese escenario, es que en el presente trabajo de investigación se estudiará el gravamen de los intereses moratorios según lo señalado por ambas ramas del derecho: El Derecho Tributario y el Derecho Civil.

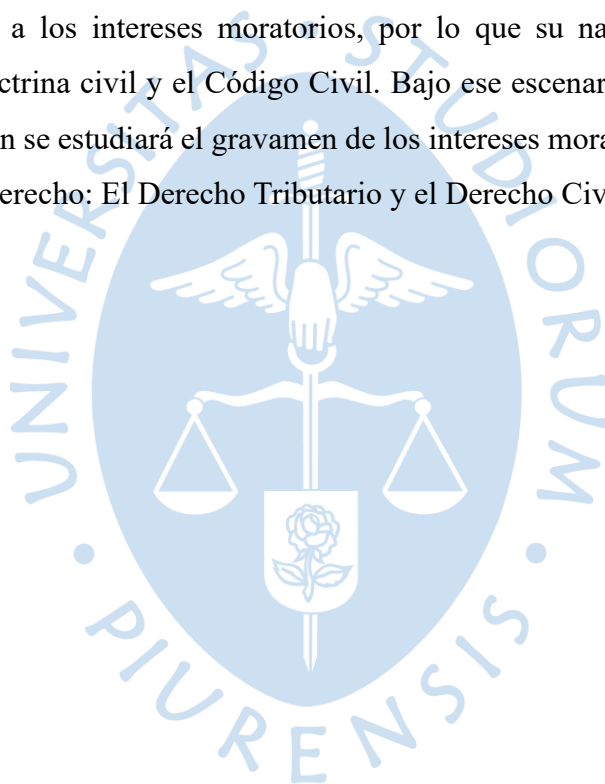


Tabla de contenido

Introducción	9
Capítulo 1 Aspectos relevantes sobre el impuesto a la renta	10
1.1 Orígenes del impuesto a la renta	10
1.2 Definición doctrinal de la renta	13
1.2.1 Definición de renta	13
1.2.2 Definición de Ingreso	19
1.3 El impuesto a la renta.....	22
1.4 Características principales del impuesto	23
1.4.1 No Trasladable.....	24
1.4.2 Equidad.....	24
1.4.3 Estabilizador.....	26
1.4.4 Periódico.....	26
1.5 Hipótesis de incidencia del impuesto a la renta en el Perú.....	26
1.5.1 Rentas del capital y del trabajo.....	28
1.5.2 Ganancias de capital e ingresos que provengan de terceros establecidos por la ley.....	30
1.5.3 Rentas imputadas.....	34
1.6 Ingresos inafectos	36
1.7 Rentas Exoneradas	40
Capítulo 2 Los intereses moratorios y su naturaleza jurídica	45
2.1 Obligaciones pecuniarias	45
2.1.1 Obligación	45
2.1.2 Obligación de dar	48
2.1.3 Obligación de dar suma de dinero	49
2.1.4 Regulación en el Código Civil	52
2.2 Inejecución de obligaciones pecuniarias.....	54
2.2.1 El incumplimiento de las obligaciones.....	54
2.2.2 La mora.....	56
2.2.3 La mora en las obligaciones pecuniarias	62
2.3 Pago de interés	65
2.3.1 Naturaleza jurídica de los intereses	65
2.3.2 Los intereses moratorios y compensatorios.....	68

2.4	El interés moratorio y la indemnización de daños y perjuicios en las obligaciones pecuniarias	69
2.4.1	Pérdida de oportunidad o chance.....	70
2.4.2	Pago de interés por mora en nuestro código civil	72
Capítulo 3 ¿Los intereses moratorios son conceptos gravados con el impuesto a la renta?		
75		
3.1	Ingresos por indemnizaciones.....	75
3.1.1	Interpretación del artículo 3° de la ley del impuesto a la renta	77
3.1.2	Daño emergente y lucro cesante.....	79
3.2	¿Los intereses moratorios resarcan un lucro cesante o un daño emergente?	81
3.2.1	La pérdida de oportunidad resarce un lucro cesante o un daño emergente.....	81
3.2.2	Sobre la necesidad de acreditar el daño sufrido en las obligaciones pecuniarias.....	86
3.3	Interpretación de la Administración Tributaria.....	89
3.4	Interpretación del Tribunal Fiscal.....	90
Conclusiones		93
Referencias		95
Normativa		100
Jurisprudencia.....		101

Introducción

El derecho tributario es la rama del derecho público que regula las relaciones entre el Estado y los particulares en torno al tributo. Los tributos de mayor relevancia en el Perú son el impuesto a la renta y el impuesto general a las ventas; en consecuencia, su correcta aplicación es uno de los tópicos que mayor controversia genera actualmente. Conocer el ámbito de aplicación de dichos impuestos es determinante para garantizar el correcto cumplimiento de las obligaciones fiscales.

En ese contexto, los intereses moratorios que se generan como consecuencia del retraso en el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias, no tributarias, plantean interrogantes sobre su tratamiento tributario, especialmente en relación con el impuesto a la renta. Esta tesis tiene como objetivo analizar si dichos intereses moratorios deben ser considerados como ingresos gravables bajo la ley del impuesto a la renta vigente.

El problema planteado en la presente tesis toma como punto de partida las teorías del concepto de renta que recoge la ley del impuesto a la renta y aquello que el código y doctrina civil define como interés moratorio, para así determinar la naturaleza jurídica de los intereses moratorios y si se tratan de conceptos gravados con dicho impuesto; o en caso no se pueda concluir una regla general, determinar cuándo los intereses moratorios se tendrán como conceptos gravados y cuándo no.

La estructura del trabajo consiste en tres capítulos y culmina con una serie de conclusiones que recogen las principales ideas de lo que se ha abordado en el presente trabajo de investigación. En el primer capítulo se analizarán los aspectos más relevantes del impuesto a la renta, desde las teorías económicas de la renta hasta lo que la ley regula como renta gravada, exonerada e ingresos inafectos. En el segundo capítulo, considerando que los intereses moratorios son propios del derecho civil y la norma tributaria no regula un concepto específico, se recurrirá a lo que el código civil regula sobre las obligaciones, la mora en la ejecución de las obligaciones pecuniarias y los intereses moratorios. Por último, en el tercer capítulo habiendo determinado la naturaleza jurídica de los intereses moratorios se tratará de dar respuesta a la interrogante generada sobre el gravamen de ese tipo de intereses.

La tesis propone principalmente, llegar a una propuesta en cuanto al tratamiento fiscal de los intereses moratorios a través de una interpretación integral y sistemática del ordenamiento jurídico peruano, principalmente, del código civil y la ley del impuesto a la renta. Además, también se tendrá en cuenta la postura adoptada por los órganos administrativos con relación a la materia de investigación.

Capítulo 1

Aspectos relevantes sobre el impuesto a la renta

Los tributos se clasifican en impuestos, contribuciones y tasas. Los impuestos, según el Decreto Supremo N°133-2013-EF (en adelante código tributario), son los tributos cuyo cumplimiento no origina una contraprestación directa por parte del Estado a favor del contribuyente. Jorge Bravo Cucci, le añade a dicha definición, que es la riqueza económica que posee el deudor tributario lo que constituye el aspecto central que identifica al impuesto.¹

Bajo ese contexto, se tiene que la doctrina concuerda que son tres las evidencias de riqueza más notorias del ciudadano: la renta, el patrimonio y el consumo. Teniendo en cuenta dichas evidencias, es que nuestro sistema peruano ha contemplado la creación de varios impuestos², siendo el impuesto a la renta uno de los impuestos más importantes creados en la primera mitad del siglo XX.³

1.1 Orígenes del impuesto a la renta

Los primeros esbozos de la creación de este impuesto no son fácilmente ubicables en un momento específico en la historia. Las primeras figuras impositivas que más se asemejaban a lo que hoy se conoce como impuesto no tenían la característica de generalidad, propia del impuesto a la renta. Por el contrario, captaban aspectos especiales de rentas, específicas de algunos capitales.

Como impuesto que gravaba todas las rentas, es decir con un carácter de generalidad, puede identificarse recién en el Siglo XIX en Gran Bretaña.⁴ El impuesto a la renta fue introducido por el primer ministro de ese entonces, William Pitt, con el único objetivo de servir como financiamiento de la guerra que enfrentarían contra Francia, liderada por Napoleón Bonaparte. Este impuesto tenía la característica de ser transitorio ya que había sido creado como un impuesto de guerra; es decir, se encontraba vigente únicamente en tiempos de guerra. Por lo cual, se derogó en 1816 cuando la guerra tuvo fin.⁵

Al ser un impuesto de guerra, la población británica no tuvo mayor problema en aceptar dicha carga tributaria. La Carta Magna desde su publicación, en el año 1215, ya le había

¹ Jorge Bravo, *Fundamentos del Derecho Tributario*, Edición Digital, (Lima: Crea libros, 2017), 26-27.

² Juan Carlos Benítez y Fernando Velayos, *Impuestos a la Riqueza o al Patrimonio de las Personas Físicas con especial mención a América Latina y El Caribe*, (República de Panamá: Centro Interamericano de Administración Tributaria (CIAT), 2017), 17.

³ La primera ley orgánica sobre el impuesto a la Renta en el Perú fue la Ley 7904 y se promulgó en 1934. Humberto Medrano, *Derecho Tributario, Impuesto a la Renta: Aspectos significativos*, Colección “Lo Esencial del Derecho”, (Lima: Fondo Editorial, 2018), 13-15.

⁴ Roque García Mullin, *Impuesto sobre la Renta: Teoría y Técnica del Impuesto*, (Buenos Aires: Centro Interamericano de Estudios Tributarios, 1978), 2.

⁵ Víctor Ventura, “El Origen del Impuesto a la Renta”, *Ius Fisci Derecho Financiero* (Blog), PUCP, 28 de octubre de 2024, <http://blog.pucp.edu.pe/blog/victorventura/2018/07/13/el-origen-del-impuesto-a-la-renta-2/>

otorgado la facultad a la corona para que determinen qué impuestos se pueden exigir a los ciudadanos. Además, los filósofos de aquella época entendían que este impuesto gravaba proporcionalmente la riqueza de la población y perseguía un fin colectivo, que era financiar la guerra. Siguiendo este razonamiento, al terminar la guerra y haber cumplido su propósito, este tipo de impuesto se volvió innecesario; entonces, se impulsó su eliminación.⁶

No obstante, la Corona al verificar que este tipo de carga impositiva era bastante efectiva y al identificar que el gasto público aumentaba año a año, decidió mantener el impuesto pese a haber concluido la guerra. Así, el impuesto sobre la renta logró permanecer en el tiempo y comenzó a aplicarse en otros países.⁷ Charles Adams, sobre el impuesto sobre las rentas señaló:

El impuesto sobre la renta llegó a Bretaña, de nuevo, como una medida impositiva de guerra para satisfacer las terribles exigencias fiscales de las guerras con Napoleón. Probó ser mucho más productiva de rentas de lo que se imaginaron. Pronto el impuesto se diseminó a todo el mundo – se había encontrado un impuesto que ponía un huevo de oro. La diseminación del impuesto sobre la renta a todo el mundo añadió una prueba más a la observación de Adam Smith, “No hay habilidad que un gobierno aprenda más rápidamente de otro que aquella de drenar el dinero de los bolsillos del pueblo”.⁸

Como se señaló, la diseminación del impuesto sobre la renta se extendió alrededor del mundo. En el resto de los países aparecerá y se consolidará en el siglo XX. Así, en Estados Unidos, se creó un impuesto que gravaba las riquezas de los ciudadanos y al igual que en Gran Bretaña, nació como un impuesto de guerra.

En Estados Unidos, este impuesto fue derogado con el término de la guerra civil; no obstante, reapareció en una ley de 1894, siendo posteriormente declarado inconstitucional por la Suprema Corte debido a que dicha imposición no respetaba la regla constitucional sobre el reparto proporcional de cargas. En 1913 se formalizó esta imposición directa sobre las riquezas a través de la Decimosexta Enmienda Constitucional.⁹ Con esta enmienda, todos los Estados otorgaron facultades al congreso para crear nuevos impuestos, encontrándose dentro de los principales el impuesto a la renta.¹⁰

⁶ Ibid.

⁷ Ibid.

⁸ Charles Adams, *Fight, flight, fraud: The Story of Taxaction*, (Estados Unidos de América, 1982), 133. <https://www.mises.org.es/wp-content/uploads/2015/11/La-Historia-de-los-Impuestos-PARTE-II.pdf>

⁹ “El congreso tendrá facultades para aplicar y recaudar impuestos sobre ingresos, sea cual fuere la fuente de la que éstos provengan, sin prorrateo entre los diversos estados y sin considerar ningún ceos o enumeración”.

¹⁰ García Mullin, *Impuesto*, 2.

En palabras de Pujols:

Dicha enmienda constituye el fundamento constitucional sobre el que se asienta la existencia de un impuesto federal sobre la renta. Otorga al congreso de EEUU amplias competencias en materia fiscal, y así lo ha entendido el Tribunal Supremo de EEUU en la numerosa jurisprudencia que hay sobre la materia. Desde la aprobación de esta enmienda la autoridad del Congreso en materia impositiva no ha sido cuestionada.¹¹

Por último, en América Latina, la repercusión de este movimiento científico y legislativo se produjo con retraso. Desde la segunda mitad del siglo XX, la recesión económica empezó a afectar a América Latina en general y como consecuencia hubo un crecimiento en el déficit fiscal en los países de Latinoamérica, limitando aun más las posibilidades del pago de intereses al igual que la amortización del capital prestado por las grandes potencias (Gran Bretaña y Estados Unidos).¹²

Cabe señalar que, durante el siglo XX, la principal fuente de ingresos de América Latina eran los préstamos que otorgaban Gran Bretaña y Estados Unidos. La falta de créditos por parte de dichas potencias debido a la gran cantidad de deudas acumuladas conllevó a una crisis económica y por consecuencia a los países latinoamericanos a la necesidad de buscar nuevas fuentes de ingresos. Estos hechos originaron una reestructuración de las finanzas públicas. En ese contexto, el tributo pasó a ser el principal recurso de financiamiento de cada Estado latinoamericano.¹³

Entre 1990 y 1993, señala Francisco Ruiz, se produjo un exhaustivo proceso de eliminación de tributos innecesarios. Hasta ese entonces el sistema fiscal era muy desordenado, existían varias decenas de impuestos a la par de contribuciones y tasas, muchas veces superpuestos unos con otros. Además, de modo paralelo se produjo un perfeccionamiento del impuesto a la renta e IGV (impuesto general a las ventas).¹⁴

Por último, en el Perú es mediante el decreto legislativo 771, denominado “ley del sistema tributario nacional”, vigente desde el 1 de enero de 1994, que quedó establecida la plantilla básica de tributos. A lo largo de los años, dicha plantilla ha seguido vigente, no obstante, el legislador ha continuado modificando dichos impuestos en su estructura interna

¹¹ Juan Pujols, “Tributación sobre la renta de las personas físicas en Estados Unidos desde la perspectiva del convenio para evitar la doble imposición”, (tesis doctoral, Universidad Internacional de Catalunya, 2015), 32, https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/322076/Tesi_Juan_Manuel_Pujols_Soler.pdf?sequence=1&isAllowed=y

¹² García Mullin, *Impuesto*, 3.

¹³ Francisco Ruiz de Castilla, *Derecho Tributario: Temas Básicos*, vol. 11, Edición Digital, (Lima: Palestra Editores, 2017), 72.

¹⁴ *Ibid.*

(hipótesis de incidencia, supuestos excluidos, nuevas tasas impositivas, entre otros). Cabe resaltar que, dicha lista de tributos no es una lista cerrada e inmodificable ya que el legislador siempre tendrá la posibilidad de modificarla ampliando o suprimiendo tributos.¹⁵

1.2 Definición doctrinal de la renta

El concepto de renta con el transcurso del tiempo ha experimentado una evolución tanto en la doctrina como en la legislación peruana, ello producto de la larga discusión que la doctrina mantiene respecto a su definición. La causa de dicha discusión es que en la definición de renta pueden coincidir aspectos de tipo económico, financiero y de técnica tributaria, siendo así muchas doctrinas las que confluyen en un solo concepto.¹⁶

En primer lugar, se tiene que el término renta tiene su origen en la economía. En razón a ello es que en su definición se debe tener en cuenta consideraciones de tipo económico, en concreto, dos conceptos: ingreso y renta. Ambos términos se encuentran directamente relacionados, por lo que su estudio resulta importante dentro de este trabajo de investigación.

En segundo lugar, respecto a las consideraciones financieras, son el resultado de que el impuesto a la renta esté visto como uno de los más eficientes instrumentos para financiar los gastos del Estado. Por último, como técnica tributaria, las consideraciones derivan del hecho que los conceptos teóricos que se adopten respecto del impuesto deben concretarse en normas que puedan ser operadas eficientemente por la Administración Tributaria.¹⁷

Actualmente, se critica que el concepto de renta se encamina hacia una autodefinition que responde únicamente a fines impositivos dejando de lado sus características económicas, ciencia de la cual nace. Poco a poco se difumina el concepto de renta que responde a un origen económico y se está instaurando un concepto meramente impositivo en el cual el poder legislativo tiene una amplia libertad para definir lo que se incorporará dentro del concepto de renta. A este tipo de rentas, la doctrina las conoce como rentas presuntas o fictas.

1.2.1 Definición de renta

El concepto de renta fue desarrollado a lo largo de varios años por las ciencias económicas que, como se indicó en párrafos anteriores, sirvió de base y fundamento para el desarrollo de las doctrinas fiscales, mismas que son la fuente de inspiración de los sistemas tributarios existentes, entre ellos el sistema tributario peruano.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Josué Bernal Rojas, *Manual Práctico del Impuesto a la Renta 2019-2020*, (Lima: Instituto Pacífico SAC, 2020), 9.

¹⁷ García Mullin, *Impuesto*, 12.

En términos generales, desde un punto de vista económico, la renta hace referencia a un beneficio o una situación de enriquecimiento que puede tener diversos orígenes. Etimológicamente, renta o rédito (en francés, *revenue*), deriva del latín *reditus* que proviene del verbo *redere* (rendir) o del verbo *redire* (retornar, volver a darse).¹⁸

Como concepto general de renta, García Belsunce señala que:

Es la riqueza nueva, material o inmaterial, que deriva de una fuente productiva, que puede ser periódica y consumible y que se expresa en moneda, en especie o en los bienes o servicios finales que pueden adquirirse con la conversión del metálico o bienes recibidos como renta inmediata.¹⁹

Cabe resaltar que, este doctrinario llega a esa conclusión luego de analizar aproximadamente veinte doctrinas económicas que intentaron conceptualizar a la renta. Dentro de dichas doctrinas se encuentran expositores como Smith, David Ricardo, Thünen, Say, Mill, Biersack, Roscher, Held Guth, Hermann, Wagner, Wiess, Marshall, Neumann, Fisher, entre otros.

Algunas de las diferencias que se pueden encontrar entre cada expositor mencionado en el párrafo anterior son, por ejemplo, si la renta necesariamente debe provenir de una riqueza material o puede ser también inmaterial. Smith y Ricardo concluyen que la renta consiste únicamente en bienes materiales excluyendo la posibilidad de incluir en el concepto económico de renta a las llamadas “rentas de uso” o “rentas presuntas” que derivan de los usos o goces del capital. Say, Marshall y Fisher concluyen que la renta puede estar representada por cosas materiales o inmateriales incluyendo las cosas que la persona ha percibido (rentas de uso o goce). Para estos últimos tres expositores, el concepto renta incluye lo que se denomina “servicios de riqueza” así también se entiende como renta, por ejemplo, al servicio de habitación que procura la casa a su propietario (capital) ya sea la disfrute él mismo o la alquile.²⁰

Este desarrollo económico del concepto de renta sirvió de base a las doctrinas fiscales y financieras que elaboraron su propio concepto de renta. En otras palabras, dichas doctrinas, fueron la base de lo que se consideraría como hecho gravado del impuesto según la norma impositiva. Entre las teorías económicas más importantes que desarrolló la doctrina pueden destacarse tres: teoría de la fuente o renta producto, teoría del flujo patrimonial y teoría del incremento patrimonial. Estas teorías tienen en común que, más allá de los matices de cada una,

¹⁸ Horacio García Belsunce, *El concepto de rédito en la doctrina y el derecho tributario*, (Buenos Aires: Depalma, 1966), 9.

¹⁹ *Ibid.*, 85.

²⁰ *Ibid.*, 66-68.

trataron de buscar la más equitativa apropiación del beneficio económico exteriorizado del contribuyente dentro del fin perseguido de la política fiscal.²¹

1.2.1.1 Teoría de la fuente o de la renta producto. De manera resumida se puede considerar que esta teoría grava todo ingreso periódico siempre que provenga de una fuente permanente. Esta fuente puede ser: capital, trabajo y la combinación de ambos.²²

Esta teoría viene a ser la más restrictiva, pues bajo esta teoría no todos los ingresos serán considerados como renta. Así solo tendrán la condición de renta aquellos ingresos que cumplan con los siguientes caracteres básicos:

a) Una riqueza nueva y expresada en términos monetarios que fluye de una fuente permanente. En otras palabras, para que el ingreso sea calificado como renta deber ser un producto y material; es decir capaz de ser contada y medida exactamente además de poder expresarse en dinero. Así, bajo esta teoría, no serán rentas lo que se conoce como “rentas imputadas”.²³

b) La perdurabilidad de la fuente al acto de creación. Por fuente durable se refiere a un capital, corporal o incorporeal, que teniendo un valor monetario, es capaz de suministrar renta. Bajo esta característica, se entiende como fuente el capital (bienes muebles, inmuebles o capitales monetarios), el trabajo o la actividad personal y la combinación de ambos que es la actividad empresarial.²⁴

Por otro lado, para que se cumpla con la característica de perdurabilidad, la fuente debe poder sobrevivir a la producción de la renta, es decir seguir existiendo para la persona (natural o jurídica) después de haberle generado la nueva riqueza.²⁵

c) Su periodicidad real o potencial. Esta es una característica propia de la durabilidad de la fuente. Así, para poder identificar una fuente durable esta debe ser periódica, característica que no necesita concretarse en hechos, bastando con que esta periodicidad sea posible; es decir, pueda repetirse en el futuro si la fuente nuevamente se habilita para tal efecto.²⁶

d) La separación del capital. Esta es una característica discutida por varios expositores de esta teoría. Algunos sostienen que la efectiva separación y realización del producto resulta una característica necesaria de la renta, ejemplo Seligman. Otros doctrinarios como García Belsunce concluyen que la separación del producto no es indispensable ni la realización del

²¹ Alberto Tarsitano, “Evolución legal del concepto rédito”, *Derecho Fiscal*, Tomo XXXIV (1983): 730-731.

²² Francisco Ruiz de Castilla, *Derecho Tributario: Impuesto a la Renta*, vol. 2, (Lima: Palestra Editores, 2021), Edición Digital, 27.

²³ Tarsitano, “Evolución”, 731.

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid.

²⁶ Ibid.

mismo un requisito, bastando que la riqueza pueda valorizarse en moneda en cuanto esté consolidada en forma cierta y estable.²⁷

e) La deducción de los gastos necesarios para obtener la renta y conservar el capital. Para poder determinar la renta neta deberán deducirse los costos y gastos incurridos para producirla, así como para mantener la fuente en condición productiva. En otras palabras, la renta debe ser entendida como la verdadera ganancia o utilidad.²⁸

Bajo esta teoría, son ejemplos de renta: los ingresos por alquileres, por intereses compensatorios del dinero dado en préstamo, por explotación de intangibles, remuneraciones, entre otros. Por el contrario, no califican como renta: los premios obtenidos del azar, loterías o casinos (al no poder afirmarse que provengan de una fuente durable que, puesta en explotación, sea capaz de generar ganancias periódicas); tampoco resulta renta la revaluación voluntaria de activos que tiene una empresa (estas actualizaciones contables del valor de los bienes no pueden ser atribuidas a la puesta en explotación de una fuente ni resultan ganancias o productos nuevos que ya adquirieron materialización).²⁹

Humberto Medrano, concluye que:

Según esta teoría no existe una identidad entre ganancia y renta, pues un sujeto podría percibir un beneficio muy significativo y, sin embargo, no estar obligado a pagar el tributo. Es el caso de la persona que recibe una herencia o un legado y que así incrementa su patrimonio; pero, como este aumento de su fortuna carece de periodicidad y no proviene de una fuente inmodificable, no califica como renta.³⁰

Por último, entre los expositores más relevantes de esta teoría se tienen a los autores franceses Edgard Alliz y Marcel Lecerclé.

1.2.1.2 Teoría del flujo de riqueza. Bajo esta teoría, el concepto de renta abarca más tipos de ingresos que la teoría renta-producto. A diferencia de la teoría anterior, la teoría del flujo de riqueza no se limita solo a ingresos periódicos que provengan de una fuente permanente.

Bajo la teoría flujo de riqueza, la principal característica para identificar a un ingreso como renta es que se trate de un enriquecimiento que haya proveniendo de terceros e ingresado a la esfera patrimonial del contribuyente en un determinado periodo. Estas operaciones con

²⁷ García Mullin, *Impuesto*, 16.

²⁸ Tarsitano, "Evolución", 731.

²⁹ Humberto Medrano, *Derecho*, 18-19.

³⁰ *Ibid.*, 18.

terceros se conocen como operaciones de mercado y los ingresos que se obtienen son considerados como renta a efectos de esta teoría.³¹

John Fitzgerald precisa que:

El flujo de riqueza requiere la presencia de dos elementos importantes:

a) El impuesto debe recaer sobre el beneficio realizado, pero no sobre la mera realización del capital poseído; de modo que cualquier posible ganancia se grava en el momento de su realización, antes no existe ningún beneficio sino uno probable o eventual, que puede realizarse como también frustrarse.

b) El impuesto debe recaer sobre el flujo de riqueza derivado de una transacción entre terceros y el contribuyente; pues sólo en tal caso existirá flujo de ingresos hacia el mismo.³²

En suma, para establecer si se está ante una renta solo será necesario constatar que se ha producido un desplazamiento de riqueza de un sujeto a otro sujeto, lo que ocurre siempre que detrás de un enriquecimiento se pueda detectar una operación realizada con un tercero. Bajo esta teoría, también se incluyen los ingresos que califican como renta según la teoría renta-producto; pues en todos esos casos también hay una operación con terceros. Por ejemplo, un arrendamiento de un inmueble, que constituye renta según la primera teoría, es una operación dónde el inquilino es el tercero del que proviene la riqueza obtenida por el propietario del bien.³³

Del concepto de renta, bajo esta teoría, se excluyen ingresos que no constituyen operaciones de mercado como el aumento de valor que experimentan los bienes que no se han enajenado (revaluación voluntaria), así como los beneficios que el contribuyente puede obtener sin realizar intercambios tales como el uso de bienes durables o la provisión de bienes y servicios de propia producción.³⁴

Por otro lado, se incorporan dentro de esta teoría ingresos como:

a) Las ganancias de capital, es decir, las originadas en la transferencia de bienes patrimoniales siempre que dicha realización no sea objeto de una actividad lucrativa habitual. Bajo la renta-producto estos ingresos no se considerarían renta pues la fuente productora (el bien) se agota con la enajenación de los mismos.

³¹ García Mullin, *Impuesto*, 17-18.

³² Niceforo Alvarado, "Principales problemas en el tratamiento tributario del crédito por reinversión en la educación y alternativas de solución" (Tesis magistral, Universidad de Lima, 2004), 15-16, https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/12042/Alvarado_Goicochea_Niceforo.pdf?sequence=1&isAllowed=y

³³ Sandra Sevillano, "El concepto de Renta en la Legislación Peruana", *Pontificia Universidad Católica del Perú*, (2004): 3.

³⁴ García Mullin, *Impuesto*, 17-18.

b) Ingresos por actividades eventuales, son ingresos originados por la explotación de una fuente productora transitoria y eventual.

c) Ingresos por actividades accidentales, estos ingresos dependen un factor aleatorio ajeno a la voluntad de quien los obtiene. Por ejemplo: premios de lotería y juegos al azar.³⁵

d) Ingresos a título gratuito, en este tipo de ingresos se incluyen las transferencias gratuitas *inter-vivos* (regalos y donaciones); así como las *post-mortem* (legados y herencias).

En conclusión, constituye renta cualquier ganancia o beneficio derivado de operaciones con terceros. Cabe señalar que, las legislaciones que han optado por esta teoría para determinar los ingresos que se consideran como renta gravada mantienen una gran discusión no solo para establecer lo que se debe entender como beneficio o ganancia, sino que también se cuestiona el alcance que se debe tener para interpretar qué se entiende por operaciones con terceros. Esta situación también se encuentra presente en la legislación peruana.

1.2.1.3 Teoría del balance o del incremento patrimonial más consumo. Para esta teoría la noción de renta es muy amplia ya que comprende ingresos periódicos, extraordinarios y gastos. Bajo esta teoría cualquier variación del patrimonio que experimenta una persona a lo largo de un determinado periodo constituye renta.³⁶

El objeto principal de análisis de la teoría de incremento patrimonial es el individuo, pues pretende calcular cuánto ha aumentado la riqueza del contribuyente en un periodo analizando las variaciones en su patrimonio.³⁷ García Belsunce resume esta teoría en que renta:

Es todo ingreso neto en bienes materiales, inmateriales o servicios valuables en dinero, periódico, transitorio o accidental, de carácter oneroso o gratuito, que importe un incremento neto del patrimonio de un individuo en un periodo determinado de tiempo, esté acumulado o haya sido consumido y que se exprese en términos monetarios.³⁸

Esta teoría, a diferencia de las otras dos, tiene un carácter más subjetivo buscando captar la totalidad del enriquecimiento del contribuyente (capacidad contributiva). En otras palabras, las satisfacciones de las que dispone el individuo, a lo largo de un periodo, son el test último de su capacidad contributiva fiscal. Para los expositores que defienden esta teoría, dichas satisfacciones constituyen renta ya sea que se consuman (el contribuyente dispone de ellas, las disfruta) o terminen incrementando el patrimonio al final del periodo. Así, la renta del periodo

³⁵ Ibid.

³⁶ Ruiz de Castilla, *Derecho Tributario: Impuesto a la Renta*, 36-37.

³⁷ García Mullin, *Impuesto*, 17-18.

³⁸ García Belsunce, *El concepto*, 186.

será la suma algebraica de lo consumido más los cambios en el valor del patrimonio; de ahí el nombre de la teoría.³⁹

George Schanz es considerado el precursor de esta teoría. La teoría de incremento patrimonial más consumo influyó fuertemente en Estados Unidos. Otros precursores de esta teoría fueron Robert Murray, Henry Simons y Haig.⁴⁰

1.2.2 *Definición de Ingreso*

Como se indicó previamente, la renta al tener un origen económico se encuentra directamente relacionada con lo que se conoce como ingreso, lo cual ocasiona que muchas veces se confundan ambos conceptos. No obstante, cómo se podrá evidenciar más adelante, ambos términos no son lo mismo.

Desde un punto de vista económico-contable, Keynes define al ingreso tomando en cuenta la figura del empresario como la suma algebraica de considerar lo obtenido por las ventas más lo que aún conserva al término de un periodo determinado (producción terminada, o terminada pero no vendida), menos lo gastado o consumido. En dicho cálculo además se debe descontar lo que se contaba desde un inicio, es decir lo producido en un periodo anterior pero no vendido en el periodo actual; y considerar los costos de producción y suplementarios adicionales.⁴¹

En otras palabras, la tesis de Keynes tenía como objeto principal la producción. Entonces, el ingreso sería el excedente del valor de la producción terminada y vendida durante un periodo menos su costo y gastos adicionales que cuesta producirla. La definición de ingreso dada por Keynes, desde el punto de vista del empresario, es muy similar a lo que una persona promedio considera como su ingreso cuando decide su consumo. Así, similar posición a la Keynes fue la que adoptó Alfred Marshall, quien refugió su teoría en lo que la experiencia y costumbre designaba como ingreso.⁴²

El ingreso, según estas definiciones, es solo el resultado de una ecuación y de una igualdad. Para medir estos ingresos se consideran los costos (los directamente necesarios para producir, como la materia prima y mano de obra; y los que se dan dentro de un proceso normal

³⁹ García Mullin, *Impuesto*, 18-19.

⁴⁰ García Belsunce, *El concepto*, 186.

⁴¹ John Keynes, *Teoría General del empleo, el interés y el dinero*, (Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1936), 65.

⁴² Ámbar Figueroa, "Análisis del Concepto de Ingreso desde la teoría contable y económica, que se encuentra presente en la regulación contable aplicada en Colombia en el año 2015" (Tesis magistral, Universidad Nacional de Colombia, 2016), 6-7, <https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/57774/1032425815.2016.pdf?sequ>

del negocio). Esta definición abstracta y general encaja con la del productor o empresario y puede también aplicarse a la del consumidor ya sea a nivel individual o social.⁴³

El desarrollo y avance de las economías con sus cambiantes problemas y preocupaciones obligó a la contabilidad a complementar la definición que hasta el momento se conocía por ingreso. Así, con el pasar del tiempo y el contexto social, se agregaron más reglas para determinar un ingreso que no desplazaban a las anteriores, pero sí la complementaban originando la inclusión de nuevos conceptos que antes no ingresaban dentro de esta definición.

Mattessich adopta una tesis general (científico-analítico) respecto a la definición de ingreso, primero definiendo la ciencia que lo estudia. El economista concluye que la contabilidad:

Es una disciplina que se ocupa de la descripción cuantitativa y de la proyección de la circulación de ingresos y de los agregados de riqueza a través de un método basado en el siguiente conjunto de supuestos básicos [...] 1. Valores monetarios 2. Intervalos de tiempo 3. Estructura 4. Dualidad 5. Agregabilidad 6. Objetos Económicos 7. Inequidad de las acreencias monetarias 7. Inequidad de acreencias monetarias 8. Agentes económicas 9. Entes 10. Transacciones económicas 11. Valuación 12. Realización 13. Clasificación 14. Ingreso de datos 15. Duración 16. Extensión 17. Materialidad 18. Asignación.⁴⁴

Bajo esta definición se debe resaltar dos aspectos, el primero es que dicha definición al ser general resulta aplicable tanto para la micro como para la macrocontabilidad. La segunda es que la “descripción cuantitativa” se refiere a la medición del ingreso y la “proyección” se refiere a la actividad de planear estimaciones (considerando datos pasados) sobre el valor de los agregados de la riqueza.⁴⁵

Ahora bien, en cuanto al ingreso, Mattessich lo define como “el flujo de bienes y servicios, durante un periodo determinado, entre el extremo de la producción y el extremo del consumo de un ente”.⁴⁶ En la noción de “flujo de bienes y servicios” se debe considerar que hay una transferencia de objetos económicos de una entidad a otra y que en general ella cuenta con una formación de capital, inversión, entre otros. Además, para determinar su medición, a diferencia de Keynes, Mattessich elige al consumo como punto decisivo para medir el ingreso.⁴⁷

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Richard Mattessich, *Contabilidad y Métodos Analíticos, Medición y Proyección del Ingreso y la Riqueza en la Microeconomía y en la Macroeconomía*, (Buenos Aires: La Ley, 1964), 17.

⁴⁵ Ibid., 17-18.

⁴⁶ Ibid., 19.

⁴⁷ Ibid.

Fisher, al igual que Mattessich toma como punto decisivo para determinar el ingreso el consumo; no obstante, elimina de la definición aquello que sirve para mantener o crear otros bienes de capital; es decir, el ahorro. En la definición de Fisher, el ahorro no es ingreso, el ingreso es sencillamente consumo. Para Fisher los conceptos ingreso y capital son correlativos, es decir uno es producto del primero: “Un acervo de riqueza existente en un momento dado se llama capital; [y] una corriente de beneficios derivados de la riqueza durante cierto periodo, se llamaría ingreso”.⁴⁸

Bajo la teoría expuesta en el párrafo anterior, el ingreso neto es igual al consumo. Así, el ingreso para Fisher depende de las cantidades y productividad de los diversos tipos de recursos en existencia, y de la decisión de los propietarios de consumir los recursos en el presente. Entonces, el concepto de ingreso se ve afectado por “una decisión”; siendo que para otros autores la definición de ingreso actual y su posterior medición, no debería depender de “decisiones”.⁴⁹

Por su parte, John Hicks define al ingreso como el máximo valor a consumir desde el inicio hasta el final de cierto periodo siempre que se mantenga el mismo nivel de prosperidad. En su obra “Valor y Capital”, se refiere a este concepto de ingreso como la función medular de ser guía de una conducta prudente, para evaluar qué se puede consumir sin empobrecerse. Hicks, a diferencia de Fisher, incluye la formación de capital, además, para su medición utiliza el criterio de producción al igual que Keynes. Por último, agrega que, para medir el ingreso es clave la habilidad para determinar y valorar los activos contablemente.⁵⁰

Considerando las teorías económicas expuestas, se tiene que el concepto elaborado por Fisher y Mattessich de ingreso se parece más al ingreso calculable con fines impositivos; mientras que el concepto de Hicks y de Keynes se parece bastante al ingreso contable, que se determina con las Normas Internacionales de Información Financiera vigentes a la fecha actual.

Por último, el Marco Conceptual para la Preparación y Presentación de los Estados Financieros define al elemento *ingresos* como:

Los incrementos en los beneficios económicos, producidos a lo largo del periodo contable, en forma de entradas o incrementos de valor de los activos, o bien como decrementos de las obligaciones, que dan como resultado aumentos del patrimonio neto, y no están relacionados con las aportaciones de los propietarios a este patrimonio.

⁴⁸ Nicolás Kaldor, El concepto de ingreso en la teoría económica, *El Trimestre Económico*, Vol.26, 103: 455-456.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Ibid.

El ingreso contable, bajo un concepto general, se centra únicamente en los incrementos en el patrimonio, que son consecuencia de lo que proviene de las operaciones normales del mercado. En suma, se entiende como ingreso toda cantidad que modifique de manera positiva el haber patrimonial y siempre que no esté relacionada con los aportes de capital, cuando a una empresa se esté refiriendo.

De lo hasta ahora señalado, tanto el término ingreso como renta hacen referencia a un beneficio, una modificación positiva en el patrimonio que a simple vista originaría una confusión entre ambos términos, llegando al punto de identificarlos como uno solo. Uno de los primeros doctrinarios en distinguir el concepto de renta e ingreso fue Roscher, quien señaló que el ingreso incluía a todos los bienes que entran en la economía de un individuo por un periodo de tiempo (entradas, *coming-in*); a diferencia de renta que solamente incluye a aquellos ingresos que se obtienen como consecuencia de una actividad económica de quien los recibe.⁵¹

Ahora bien, habiendo analizado las diferentes teorías de la renta y aquellas que definen al ingreso, se puede concluir que el ingreso es el concepto más amplio que incluye a cualquier beneficio o modificación patrimonial positiva que tiene una persona (ya sea empresa o individuo) a lo largo de un periodo. Por otro lado, el concepto de renta, dependiendo de la teoría que se adopte, incluirá a determinados ingresos.

Por último, resulta necesario indicar que, a efectos del estudio del objeto de la ley del impuesto a la renta tanto el legislador como varios tratadistas confunden ambos términos. No obstante, como se puede concluir de su mismo nombre, el objeto de gravamen para este impuesto es la renta; de lo contrario, su denominación sería ley del impuesto sobre los ingresos.

Las principales críticas hacia los legisladores que confunden ambos términos, es que actualmente, no se puede determinar qué concepto grava verdaderamente este impuesto. Así el concepto renta se amplía cada vez más llegando a gravar incluso “otros ingresos provenientes de terceros” o “rentas imputadas” siempre que la ley lo determine, lo cual más allá de aclarar el objeto del impuesto a la renta genera mayores dudas y controversias al respecto.

1.3 El impuesto a la renta

El impuesto a la renta es un tributo de periodicidad anual, y como se señaló anteriormente, resulta ser uno de los instrumentos más eficientes para lograr una mayor recaudación de recursos económicos que sirven para solventar el gasto público, el cual es el objetivo principal de recaudación del Estado; siendo esta una de las razones por las cuales pese a nacer como un impuesto temporal ha permanecido a lo largo de los años.

⁵¹ Augusto Fernández Sagardi, Reflexiones para una Reforma ISR. *Revista “El mercado de valores”*, Año LIX (1999): 25.

Francisco Ruiz de Castilla afirma que, en los últimos años, este impuesto aproximadamente ha tenido una gran participación con relación a la totalidad de los ingresos que recauda año a año la Administración Tributaria.⁵² En el 2024, la Administración culminó el año recaudando S/. 65, 731 millones por concepto de impuesto a la renta del total de S/. 155, 756.00 de ingresos recaudados. Dicho importe significó un crecimiento de 2.1% y S/. 2, 921 millones por encima del monto recaudado en el 2023, confirmando lo señalado en el párrafo anterior.⁵³

Por su parte, Bravo Cucci, define al impuesto a la renta como aquel que:

Se precipita directamente sobre la renta como manifestación de riqueza. En estricto, dicho impuesto grava el hecho de percibir o generar renta, la cual puede generarse de fuentes pasivas (capital), de fuentes activas (trabajo dependiente o independiente) o de fuentes mixtas (realización de una actividad empresarial = capital + trabajo).⁵⁴

Alva Matteucci también coincide en que la manifestación de riqueza es uno de los elementos primordiales que determina el objeto de gravamen del Impuesto a la Renta. Así, para este tributarista, a través de este tributo se busca afectar al pago de impuestos tanto la posibilidad de percibir ingresos como el hecho de generar renta.⁵⁵

En suma, se puede definir al impuesto a la renta como aquel impuesto de periodicidad anual que grava signos exteriores de riqueza, es decir manifestaciones de riqueza. Estas manifestaciones se pueden generar de fuentes pasivas (capital), de fuentes activas (trabajo dependiente o independiente) o de fuentes mixtas, es decir la combinación de las fuentes antes señaladas, también conocida como actividad empresarial.

1.4 Características principales del impuesto

La doctrina tributaria ha atribuido al impuesto a la renta una serie de caracteres generales. Estos caracteres o características deben conllevar a la identificación de un impuesto que grava la totalidad de rentas obtenidas por las personas (cualquiera sea su procedencia o destino, sin distinción alguna), considerando que la carga de dicho impuesto debe entenderse de manera progresiva atendiendo la situación personal del sujeto.⁵⁶

⁵² Francisco Ruiz de Castilla, *Derecho Tributario: Temas Básicos*, 74.

⁵³ “Plataforma del Estado Peruano”. Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, fecha de revisión: 01 de febrero de 2025. <https://www.gob.pe/institucion/sunat/noticias/1087301-sunat-registro-ingresos-tributarios-por-s-155-756-millones-en-2024>

⁵⁴ Bravo, Fundamentos, 159-160.

⁵⁵ Alva Matteucci, “El Impuesto a la Renta y las teorías que determinan su afectación” en *Revista Actualidad Empresarial*, N°249 (2012): 1-2.

⁵⁶ García Mullin, *Impuesto*, 3.

En ese sentido, es que pueden señalarse las siguientes características que identifican e individualizan al impuesto a la renta de otros impuestos:

1.4.1 *No Trasladable*

El impuesto a la renta afecta de manera directa y definitiva al sujeto que la ley del impuesto a la renta señale. En otras palabras, este impuesto no es susceptible de transferir a otro sujeto distinto al que la ley señale como obligado, siendo este último quien debe soportar la carga económica por sí mismo.⁵⁷

García Mullin engloba esta característica en la siguiente oración, “en él [el impuesto a la renta] las condiciones de contribuyente *de jure* y *de facto*, coinciden plenamente”⁵⁸. El término *de jure* se refiere a una situación de derecho y *de facto* a una situación de hecho, con lo cual se tiene que, bajo dicha afirmación, García Mullin concluye que aquellos que la ley del impuesto a la renta señala como obligados a realizar la contribución tendrán que ser también en la realidad los que realicen el hecho impositivo, sin que quepa la posibilidad de que dicha obligación pueda ser transferida a otro sujeto.⁵⁹

Cabe señalar que, contrario a los impuestos directos (como el impuesto a la renta) se tiene al impuesto general a las ventas. En este impuesto la carga económica se traslada al consumidor o usuario final, lo que origina su inclusión dentro de la categoría de impuestos indirectos.

1.4.2 *Equidad*

En el caso del impuesto a la renta se contempla la aplicación de las dos vertientes del principio de equidad (horizontal y vertical), intrínsecamente relacionadas con el principio de capacidad contributiva. La capacidad contributiva es la capacidad económica para contribuir al gasto público; la doctrina señala respecto de este principio que “aquel que tenga igual situación económica que otro, debe estar en igual situación tributaria”.⁶⁰

García Mullin señala que tres son los índices básicos de capacidad contributiva: la renta que se obtiene, el capital que posee y el gasto o consumo que se realiza, siendo el primero de ellos el principal índice adoptado por la doctrina y el observado por el impuesto a la renta al

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Marisa Tejero y Zoila Monzón, “Impuesto a la renta de las personas naturales extranjeras no domiciliadas en el territorio peruano ¿afectando el principio de capacidad contributiva y el principio de igualdad en materia tributaria?” (Tesis de grado, Universidad de Piura, 2022), 23, <https://pirhua.udep.edu.pe/backend/api/core/bitstreams/14d46909-905f-4546-89c2-3f603825bb34/content>

⁶⁰ Matteucci, “El Impuesto”, 1-2.

momento de determinar su ámbito de aplicación. En ese sentido es que se puede afirmar que este impuesto se ajusta a la capacidad contributiva y en consecuencia a la equidad.⁶¹

Su vertiente horizontal postula que aquellos que estén en igual situación (en términos de capacidad contributiva) soportan la misma carga tributaria. Su vertiente vertical involucra a aquellos que se encuentran en diferente nivel, es así que dicha vertiente trae como consecuencia la propuesta de tasas progresivas en las que la alícuota aumenta según la capacidad contributiva de los contribuyentes. Es decir, aquellos que tienen menor capacidad contributiva asumen menor presión que los poseen mayor riqueza.⁶²

Esta característica de impuesto “equitativo” también se relaciona con la característica de ser un impuesto global, personal y progresivo. Así, el impuesto a la renta es global en tanto abarca la totalidad de las rentas del sujeto sin exclusiones ni discriminaciones. Se dice que el impuesto a la renta debe ser personal pues toma en cuenta el conjunto de la capacidad contributiva atendiendo a su situación personal (soltero, casado, con carga familiar, entre otros). Así pues, es progresivo tanto por la utilización de mínimos no imponibles como por la propia estructura de escala de tasas atendiendo, como se indicó en párrafos anteriores, la capacidad contributiva del sujeto.⁶³

Por último, una de las principales críticas a la “progresividad” del impuesto a la renta es que dicha característica suele verificarse únicamente en el impuesto a la renta personal. El impuesto a la renta empresarial no goza de un mínimo no imponible como, por ejemplo, sí goza la renta personal de trabajo en el Perú.⁶⁴ Tampoco, la renta empresarial tiene tasas progresivas impositivas como suele evidenciarse de la renta personal. En la renta empresarial, independientemente del nivel de ingresos, la tasa de gravamen es una sola; salvo existan regímenes especiales del impuesto a la renta; como es el régimen MYPE tributario en el Perú. Es por ello que, muchos autores concluyen que, “El impuesto a la renta personal se ha concebido tradicionalmente como el gravamen más apto para alinearse con los postulados esenciales de un impuesto progresivo”.⁶⁵

⁶¹ García Mullin, *Impuesto*, 4.

⁶² *Ibid.*, 4-5.

⁶³ *Ibid.* 5.

⁶⁴ Artículo 46° del TUO de la ley del impuesto a la renta. – De las rentas de cuarta y quinta categorías podrán deducirse anualmente, un monto fijo equivalente a siete (7) Unidades Impositivas Tributarias. Los contribuyentes que obtengan rentas de ambas categorías solo podrán deducir el monto fijo por una vez.

⁶⁵ Luz Marí Pedraza y Gilberto Ramos, “Apuntes sobre la progresividad del impuesto a la renta en el Perú: ¿de dónde venimos y hacia dónde vamos?”, *IUS la Revista*, 39 (2009): 257.

1.4.3 *Estabilizador*

También llamado “efecto estabilizador” del impuesto. Bajo esta característica se afirma que la estructura progresiva del impuesto otorga una buena flexibilidad que le permite recaudar una mayor cantidad de fondos en situaciones de alza de precios y reduciendo la captación de ingresos cuando la economía se encuentre en una época de recesión. En otras palabras, por medio de esta característica se busca neutralizar los ciclos de la economía.⁶⁶

Para poder comprender mejor a que se refiere esta característica resulta necesario conocer cuáles son los estabilizadores automáticos. Estos últimos son aquellos componentes de los presupuestos públicos, tanto por el lado de gastos como de ingresos, que responden automáticamente a las fluctuaciones cíclicas de la economía sin necesidad de la intervención discrecional de la autoridad fiscal. En otras palabras, este tipo de estabilizadores tienen un comportamiento anticíclico pues generan superávit fiscales en etapas de prosperidad económica y déficit fiscales en las de recesión.⁶⁷

Uno de los ejemplos típicos de estabilizador automático son los impuestos progresivos como lo es el impuesto a la renta que como se indicó previamente su recaudación crece a medida que crece el nivel de actividad y la renta; así como también decrece cuando ocurren épocas de recesión económica.

1.4.4 *Periódico*

Por último, el impuesto a la renta grava una serie de hechos que ocurren en un determinado espacio tiempo. Para el caso del impuesto a la renta se ha optado que los hechos económicos que este impuesto grave responderán a un periodo de un año, el conocido ejercicio fiscal, que inicia el 01 de enero y concluye el 31 de diciembre de cada año.⁶⁸

1.5 **Hipótesis de incidencia del impuesto a la renta en el Perú**

La incidencia no es un fenómeno propio de la norma tributaria, es propio de cualquier norma jurídica. En ese sentido, la doctrina señala que: “para que los hechos sean jurídicos, es necesario que reglas jurídicas – esto es, normas abstractas – incidan sobre ellos, desciendan y encuentren los hechos coloreándolos, haciéndolos jurídicos”.⁶⁹ La incidencia es una técnica del derecho aplicable a todas sus ramas. Es un modo de referirse a situaciones objetivas gravables por la norma, a través del presupuesto o hipótesis fáctica de la norma.⁷⁰

⁶⁶ García Mullin, *Impuesto*, 5.

⁶⁷ Tejero, “Impuesto”, 24-25.

⁶⁸ Matteucci, “El Impuesto”, 2-3.

⁶⁹ Geraldo Ataliba, “Hipótesis de Incidencia Tributaria”, *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario* (1987): 51.

⁷⁰ Lourival Vilanova, *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*, (Sao Paulo: Maz Limonad, 1996), 82.

Bravo Cucci señala que la incidencia de la norma tributaria es el fenómeno a través del cual ocurre una correspondencia entre un determinado hecho ocurrido en el plano fáctico (en la realidad) con el supuesto de hecho descrito en la norma de incidencia tributaria. Producto de dicha correspondencia se produce la juridificación, convirtiéndolo en un hecho imponible y desencadenándose los efectos previstos en la consecuencia jurídica de la norma tributaria; instaurándose con ello la relación jurídico tributario.⁷¹

Sobre la incidencia, Paulo Barros Carvalho, señala que:

Se aprecia que la llamada incidencia jurídica se reduce, por el prisma lógico, a dos operaciones formales: la primera, de subsunción o de inclusión de clases, en las que se reconoce que una ocurrencia concreta, localizada en un determinado punto del espacio social y en una específica unidad de tiempo, se incluye en la clase de los hechos previstos y en el supuesto de la norma general y abstracta; otra, la segunda, de implicación, por cuanto la fórmula normativa prescribe que el antecedente implica la tesis, vale decir, el hecho concreto, ocurrido *hic et nunc*, hace surgir una relación jurídica también determinada, entre dos o más sujetos de derecho. Formalizando el lenguaje, lo representaríamos así: [...] “si el hecho F pertenece al conjunto de la hipótesis normativa (Hn), entonces deber la consecuencia también prevista en la norma (RJ)”.⁷²

De lo señalado por el doctrinario Paulo de Barros, se concluye que uno de los aspectos principales de la incidencia de la norma tributaria es el de juridizar el hecho y permitir que dicho hecho genere efectos jurídicos. En suma, se tiene que la eficacia de la norma tributaria es la cualidad de producir efectos jurídicos mediatos (juridización del hecho) o inmediatos (instauración de la relación jurídico-obligatoria).⁷³

Para poder determinar la hipótesis de incidencia tributaria del impuesto a la renta, es decir el hecho que es capaz de generar el nacimiento de la obligación tributaria, se debe tener en cuenta las distintas teorías que la ciencia económica ha utilizado para definir el concepto de renta y que la ley peruana ha acogido dentro de su ámbito de aplicación. En otras palabras, la ley se encarga de establecer el conjunto de hechos que son capaces de generar el nacimiento de la obligación tributaria, que para el caso del impuesto a la renta dichos hechos se encuentran directamente relacionados con las teorías aceptadas de la renta. Las teorías más aceptadas y que

⁷¹ Bravo, *Fundamentos*, 141-142.

⁷² Paulo de Barros Carvalho, *Curso de Direito Tributário*, 12ª edición. (Sao Paulo: Saraiva, 1999), 242-243.

⁷³ Bravo, *Fundamentos*, 143.

han sido analizadas en apartados anteriores son: la teoría renta-producto, flujo de riqueza y consumo más incremento patrimonial.⁷⁴

1.5.1 *Rentas del capital y del trabajo*

El inciso a) del artículo 1° del Decreto Supremo N°179-2004-EF, TUO de la ley del impuesto a la renta, (en adelante ley del impuesto a la renta) recoge la definición de renta que propone la teoría renta-producto. Este artículo indica que “el impuesto a la renta grava: a) Las rentas que provengan del capital, del trabajo y de la aplicación conjunta de ambos factores, entendiéndose como tales aquellas que provengan de una fuente durable y susceptible de generar ingresos periódicos”. De la interpretación literal⁷⁵ del inciso a) de la norma previamente citada, es posible afirmar que la teoría de la renta-producto ha sido acogida en toda su extensión y que será la renta-producto el criterio fundamental para determinar qué se considera renta en el Perú.

Entonces, teniendo en cuenta que el legislador ha optado acoger sin excepciones la teoría de renta-producto, es que para la calificación de una renta como gravada dependerá únicamente de la verificación de los elementos que definen a una renta bajo esta teoría. Es así que, sin considerar el tipo de persona que las genere (persona natural, jurídica u otro tipo de contribuyente) y solo verificando que no exista una exoneración que la excluya del gravamen de la norma; siempre que se trate de una fuente durable, puesta en explotación y de ingreso periódico, bastará para considerar dicho hecho como gravado con el impuesto a la renta. Esta situación se dará aun cuando la ley no haya hecho mención expresa del gravamen de dicha renta.⁷⁶

En otras palabras, cuando sea necesario el análisis de algún beneficio o ganancia obtenida por un sujeto, a efectos de gravarlo con el impuesto a la renta, se deberá analizar si se está ante la existencia de una fuente durable y puesta en explotación y que el producto de dicha fuente es o sea potencialmente periódico. En los casos en que las rentas generadas por la persona no se puedan calificar como rentas bajo la teoría de renta-producto, o los elementos característicos no se puedan verificar de manera clara; habrá que analizar si resultan conceptos gravados bajo las otras teorías recogidas por ley del impuesto a la renta, de lo contrario estaremos bajo conceptos inafectos.

⁷⁴ Ruiz de Castilla, *Derecho Tributario: Impuesto a la Renta*, 25-26.

⁷⁵ La interpretación literal consiste en interpretar la norma mediante el uso de las reglas propias del lenguaje escrito. En otras palabras, el intérprete se limita a declarar el alcance manifiesto e indubitable que surge de aquello que se establece en el texto legal sin restringir o ampliar dicho alcance. Héctor Villegas Belisario, *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*, (Buenos Aires: Astrea, 2016), 193.

⁷⁶ Sevillano, “El concepto”, 13.

Por ejemplo, tratándose de personas naturales serán renta producto todas las retribuciones de capital inmobiliario o mobiliario que no provengan de su enajenación: arrendamiento, cesión temporal de bienes, intereses recibidos por préstamos, o cualquier retribución derivada de un mutuo o de una colocación financiera del capital.⁷⁷

En el caso de caso de la empresa, la renta producto incluye a las ganancias derivadas de su actividad empresarial, entendiendo por ello no solo a las que se deriven de su giro habitual, sino en general a todas las operaciones de mercado en las que interviene. La concepción de fuente durable en las personas jurídicas es amplia, por lo que la fuente de la utilidad o beneficio no está restringida al giro del negocio. En tanto la fuente en la empresa es ella misma, todas las otras actividades como los alquileres de locales, maquinarias, rendimientos por inversiones en bonos, o en otras acciones (activades que en principio no se condicen con el giro principal de la empresa) también están destinadas a mantener la fuente empresa y caen dentro de la concepción amplia de renta.⁷⁸

La ley del impuesto a la renta, en el mismo artículo 1º, precisa que dentro de la teoría renta-producto se incluyen a las regalías, los resultados de la enajenación de los terrenos rústicos o urbanos por el sistema de urbanización o lotización, así como la de inmuebles, comprendidos o no bajo el régimen de propiedad horizontal, cuando hubieren sido adquiridos o edificados, total o parcialmente, para efectos de la enajenación. Por último, indica que los resultados de la venta, cambio o disposición habitual de bienes también se encontrarán gravados según la teoría renta-producto.

Respecto de las regalías se tiene dicha precisión no resulta necesaria en tanto al ser un bien intangible se permite la cesión en uso de un intangible y obtener una contraprestación que para efectos de nuestra ley es llamada “regalía”. Entonces, al constituir una fuente durable se ha logrado identificar que esta renta cumple con los elementos de la teoría renta producto.⁷⁹

En los otros dos casos de enajenación de inmuebles, se tiene que se trata de una técnica legislativa para evitar confusiones respecto del gravamen de dichos ingresos. En otras palabras, dicha técnica legislativa resulta beneficiosa pues al precisar que se trata de ingresos gravados bajo el concepto renta-producto se minimiza los riesgos en cuanto al tratamiento de dichos ingresos. Por ejemplo, que se tomen como rentas según la teoría de flujo de riqueza.⁸⁰

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ Ibid., 11-12.

⁷⁹ Ibid., 12.

⁸⁰ Ibid., 13-14.

Bajo esta teoría, el legislador ha concluido que dichas enajenaciones no se tratan de simples transferencias, sino que lo que se realiza por parte del sujeto es una actividad empresarial encubierta, revelando un ánimo de lucro similar al identificado respecto de una empresa. Así, en el caso de enajenación de estos bienes, no se considera que se trate de una transferencia de una parte de su patrimonio sino una mercadería producto de la combinación de trabajo y capital.⁸¹

Finalmente, la ley incluye a los “resultados de la venta, cambio o disposición habitual de bienes” como operaciones que generan rentas-producto. La razón de dicha precisión responde a lo que en el párrafo anterior se ha indicado respecto las transferencias de inmueble: en dicha habitualidad se verifica el ánimo de lucro similar al de una renta empresarial.

Por último, se precisa que la habitualidad a la que hace referencia la norma respecto de bienes inmuebles se encuentra regulada, por lo cual se debe analizar según los parámetros que la propia norma señala. Así, el artículo 4° de la ley del impuesto a la renta indica que “se presumirá que existe habitualidad en la enajenación de inmuebles efectuada por una persona natural, sucesión indivisa o sociedad conyugal que optó por tributar como tal, a partir de la tercera enajenación, inclusive, que se produzca en el ejercicio gravable [...]”. No obstante, respecto de otro tipo de bienes (distintos a los inmuebles), la norma no ha señalado ningún parámetro, por lo que queda a criterio de la Administración analizar la frecuencia y las condiciones que lo harían ingresar en un supuesto de habitualidad.⁸²

1.5.2 Ganancias de capital e ingresos que provengan de terceros establecidos por la ley

Respecto de la teoría de flujo, la ley del impuesto a la renta no la adoptó en su totalidad como sí lo hizo la teoría renta-producto. Esta teoría ha sido recogida para determinados supuestos tanto como para personas jurídicas como para personas naturales; aunque engloba una mayor dimensión de supuestos a aquellos sujetos que generan rentas empresariales.⁸³

La teoría de flujo de riqueza aparece parcialmente recogida en el artículo 1° de la ley del impuesto a la renta. Dicho artículo señala que “el Impuesto a la Renta grava: b) las ganancias de capital. c) Otros ingresos que provengan de terceros, establecidas por esta ley”. Ambos supuestos tienen un mayor desarrollo en los artículos siguientes de dicha norma, el artículo 2° de la ley del impuesto a la renta regula aquello que corresponde a las ganancias de capital y en su artículo 3° lo que corresponde a las operaciones con terceros.

⁸¹ Ibid., 13-14.

⁸² Ibid., 17.

⁸³ Ibid.

1.5.2.1 Personas jurídicas. Tratándose de personas jurídicas, bajo la teoría de flujo de riqueza, se encontrarán gravadas las ganancias de capital, así como cualquier ingreso que provenga de una operación con terceros, además de algunas operaciones establecidas de forma específica por la norma. Estos ingresos se pueden dividir, para un mejor entendimiento, en ingresos ordinarios y extraordinarios.

Respecto de los ingresos ordinarios, se tiene que la parte final del artículo 3° de la ley del impuesto a la renta indica que “En general, constituye renta gravada de las empresas, cualquier ganancia o ingreso derivado de operaciones con terceros”. Entonces, según lo que señala el artículo 3°, se tiene que cuando se trate de empresas cualquier ingreso que obtengan de manera eventual o sea ordinario a su giro de negocio, siempre que provenga de operaciones con terceros, se encontrará gravado con el impuesto a la renta.⁸⁴

Respecto de los ingresos extraordinarios, una de las rentas que se encuentran afectas al impuesto, aunque no provengan de una fuente permanente, son las ganancias de capital. Ahora bien, antes de pasar a precisar algunos detalles respecto de este tipo de rentas, resulta conveniente definir las.

García Mullin señala que los bienes que forman parte del patrimonio de un titular (independientemente del tipo de contribuyente que se trate) pueden ser divididos en bienes de cambio y bienes de capital:

Los primeros son aquellos que son objeto de comercio por parte del titular y por ende están en su patrimonio destinados a ser enajenados. Los segundos, en cambio, en tanto no son objeto de comercio, son productores de renta al explotárseles en forma pasiva o al ser combinados con trabajo, o simplemente proporcionan rentas de disfrute o uso.⁸⁵

De lo señalado por García Mullin, se puede concluir que los bienes de comercio o de cambio serían aquellos que se conoce como mercadería, que se encuentra destinados a su enajenación y por tanto no generan rentas por sí mismos sino son objeto de una actividad empresarial; es decir el comercio o negocio de venta de bienes, razón por la cual las ganancias que se obtengan son gravables bajo la teoría de la renta producto. Los bienes de capital, por su parte, son aquellos que integran el patrimonio de los sujetos y no están destinados originalmente al comercio sino al uso o aprovechamiento por parte de su titular. Entonces, el concepto ganancia de capital no aparece frente la explotación de ellos sino en los casos en que estos bienes son enajenados por su titular.⁸⁶

⁸⁴ Ruiz de Castilla, *Derecho Tributario: Impuesto a la Renta*, 30-31.

⁸⁵ García Mullin, *Impuesto*, 102.

⁸⁶ Sevillano, “El concepto”, 19-20.

El término “ganancia de capital”, analizado bajo lo que regula el artículo 2° de la ley del impuesto a la renta, se encuentra compuesto por los siguientes elementos:⁸⁷

a) Se trata de un bien que forma parte del activo fijo, o si se quiere, viene a ser un bien que ha sido comprado o construido por la empresa para mantener la propiedad por un largo período de tiempo.

b) Venta o, lo que es lo mismo, enajenación

c) Retribución, es decir la consecuencia del elemento del inciso b) y que en la ley se denomina “ganancia de capital”. Esta retribución viene a ser el ingreso y no la utilidad, que viene a ser el resultado positivo del ingreso menos los costos y gastos de operación.

En otras palabras, como consecuencia de la enajenación de un determinado bien de capital, este ha salido de la esfera patrimonial de la empresa de manera definitiva. En ese sentido, el ingreso que obtuvo por dicha operación no proviene de una fuente permanente, al contrario, dicho ingreso responde a un desprendimiento que experimenta la empresa. Por lo tanto, estos ingresos se confirman se encuentran gravados bajo la teoría de flujo de riqueza.

Cabe resaltar que, el artículo 2° inciso b) apartado 4 de la ley del impuesto a la renta señala de modo expreso que tratándose de empresas o cualquier persona jurídica constituida en el país, se considerará renta afecta a la ganancia de capital que obtienen ellas como consecuencia de la enajenación de bienes de cualquier naturaleza que constituyan activos de dichas personas jurídicas. Con ello se tiene que la lista de rentas gravadas respecto a empresas es muy amplia.

1.5.2.2 Personas naturales. Con relación a las personas naturales no existe una norma genérica que establezca como renta afecta cualquier ingreso que provenga de terceros. A diferencia de las personas jurídicas, respecto de las personas naturales solo se encontrarán gravados bajo la teoría del flujo de riqueza aquellos ingresos regulados expresamente en los artículos 2° y 3° de la ley del impuesto a la renta.

En otras palabras, cuando del artículo 2° de la ley del impuesto a la renta se infiere que las ganancias de capital reguladas son solo a título enunciativo, dicha afirmación solo aplica al caso de empresas; pues en la parte final de dicho artículo se hace señala que:

No constituye ganancia de capital gravable por esta Ley, el resultado de la enajenación de los siguientes bienes, efectuada por una persona natural, sucesión indivisa o sociedad conyugal que optó por tribunal como tal, que no genere rentas de tercera categoría:

⁸⁷ Ruiz de Castilla, *Derecho Tributario: Impuesto a la Renta*, 31-32.

- i) Inmuebles ocupados como casa habitación del enajenante
- ii) Bienes muebles, distintos a los señalados en el inciso a) de este artículo

En otras palabras, este párrafo indica, aunque con una deficiente técnica legislativa, a las ganancias de capital inafectas. Bajo una interpretación a contrario sensu, se llega a la conclusión que las personas naturales solo pueden encontrarse gravadas por las ganancias de capital que provengan de la enajenación, redención o rescate, según sea el caso, de acciones y participaciones representativas del capital, acciones de inversión y demás bienes muebles incluidos en el inciso a) del artículo 2° antes mencionado; y por las que provengan de bienes inmuebles diferentes a su casa habitación.⁸⁸

Por último, el artículo 3° de la ley del impuesto a la renta señala que constituye renta gravada para una persona natural, sucesión indivisa o sociedad conyugal que optó por tributar como tal, cualquier ganancia o ingreso que provenga de operaciones realizadas con instrumentos financieros derivados.

1.5.2.3 Otros ingresos extraordinarios. Por último, se tiene que el artículo 3° de la ley del impuesto a la renta regula un tipo de ingresos que además de ser extraordinarios no dependen de la voluntad del contribuyente, como sí podía evidenciarse de las ganancias de capitales o las otras operaciones con terceros antes analizadas. Así, los ingresos gravados según este artículo son:

Los ingresos provenientes de terceros que se encuentran gravados por esta ley, cualquiera sea su denominación, especie o forma de pago son los siguientes:

a) Las indemnizaciones en favor de empresas por seguros de su personal y aquellas que no impliquen la reparación de un daño, así como las sumas a que se refiere el inciso g) del Artículo 24.

b) Las indemnizaciones destinadas a reponer, total o parcialmente, un bien del activo de la empresa, en la parte en que excedan del costo computable de ese bien, salvo que se cumplan las condiciones para alcanzar la inafectación total de esos importes que disponga el Reglamento.

Respecto a las indemnizaciones que no impliquen una reparación de un daño, pese a que serán analizadas más a fondo en los siguientes capítulos, se considera necesario señalar brevemente que, bajo una interpretación literal, siempre que las indemnizaciones pagadas tengan un carácter resarcitorio serán consideradas como ingresos inafectos. En cambio, las

⁸⁸ Sevillano, “El concepto”, 26.

indemnizaciones por lucro cesante recibidas en sustitución de las ganancias que no se pudieron obtener, están gravadas bajo la ley del impuesto a la renta.⁸⁹

Otro tipo de indemnizaciones que grava el impuesto son las recibidas por la empresa como seguro de su personal. Esta operación se presenta en los casos en que la empresa contrate un seguro para protegerse ante un eventual riesgo relacionado con sus trabajadores.

Por último, respecto a las indemnizaciones por siniestro de activo, también relacionada directamente con personas jurídicas, se tiene que esta indemnización para considerarse inafecta debe ser utilizada en la reposición del bien siniestrado. Es decir, el uso que debe darse a dicha indemnización es para mantener la fuente productora de lo contrario el ingreso será gravado. En este caso se considera renta la diferencia entre el valor del bien siniestrado y la indemnización recibida.

1.5.3 Rentas imputadas

En la ley del impuesto a la renta solo se han acogido algunos supuestos que se encuentran comprendidos dentro de los alcances de la teoría consumo más incremento patrimonial. En el artículo 1º inciso d) de la ley del impuesto a la renta se señala que este impuesto grava las rentas imputadas, incluyendo las de goce o de disfrute, establecidas por esta ley.

Las rentas “imputadas” son aquellas que tienen su origen dentro del marco de una ley. Es decir, que en virtud de un mandato normativo expreso que atribuye una renta el contribuyente deberá pagar impuestos sobre ella, no pudiendo sustraerse de la aplicación de dicha norma pese a que considere que en dicho caso no se ha obtenido una ganancia real.⁹⁰

Este tipo de rentas encajan dentro de los elementos principales de la teoría del consumo más incremento patrimonial, pues esta última permite incluir rentas (sin que se pueda verificar una ganancia real) para gravar situaciones que solo teóricamente podría existir un beneficio o satisfacción cuantificable para el contribuyente. Por ejemplo, en algunos países se grava la casa-habitación que posee un contribuyente.

Dentro de las rentas imputadas se encuentra las rentas presuntas y las rentas fictas. La doctrina sostiene que las presunciones sirven de medio para aliviar o evitar la actividad probatoria de la Administración Tributaria; es decir, se tratan de verdaderas dispensas de actuación probatoria. Por otro lado, las ficciones son disposiciones que contienen un mandato que vincula y crea efectos jurídicos en la aplicación de tributos.⁹¹

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Ibid., 28.

⁹¹ Ernesto Eseverri, *Presunciones legales y derecho tributario*, (Madrid: Marcial Pons Ediciones, 1995), 7.

La presunción es un proceso lógico conforme al cual, existiendo un supuesto de hecho (conocido y probado), se concluye una afirmación de otro hecho (presumido o inferido) sobre el que se proyectan determinados hechos jurídicos. Dicho proceso lógico, al tratarse de presunciones legales, es realizado por el legislador o el juzgador.⁹²

En el derecho se conocen dos tipos de presunciones: relativas y absolutas. La diferencia sustancial entre las presunciones legales relativas y absolutas se resume en que en las primeras cabe demostrar la inexistencia del hecho desconocido y quien asume la carga de la prueba es la persona a la que afecta la presunción (es decir, cabe la posibilidad de probar en contrario); por otro lado, en las presunciones absolutas no cabe prueba en contrario de modo tal que, una vez se encuentran reguladas en una ley, operan de pleno derecho.⁹³

Respecto de las ficciones, se tiene que es una creación del legislador que contiene una valoración jurídica en un precepto legal por medio de la cual se atribuyen efectos jurídicos a uno o más supuestos de hecho, ignorando su naturaleza real.⁹⁴ El doctrinario Pérez de Ayala concluye que por medio de las ficciones legales el legislador atribuye a ciertos hechos o realidades sociales efectos jurídicos que no serían posibles de atribuírseles en ausencia de dicha ficción. En otras palabras, no se trata de que la ficción legal falsee u oculte la verdad real, sino que crea una verdad jurídica distinta de la real.⁹⁵ Por último, se tiene que las ficciones al igual que las presunciones deben estar establecidas expresamente en la ley, no permitiéndose establecer una presunción en base a una interpretación de la norma.⁹⁶

Un ejemplo en la legislación peruana de una presunción son los intereses presuntos regulados en el artículo 26° de la ley del impuesto a la renta.⁹⁷ En suma, bajo dicho artículo, salvo prueba contrario (los libros contables del deudor), todo préstamo devenga un interés. Ahora bien, una ficción legal para el impuesto a la renta es la regulada en el inciso d) del artículo 23° la ley del impuesto a la renta, en el cual se establece que existe una ganancia determinada

⁹² Horacio Ziccardi, *Tratado de Tributación*, tomo I, (Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003), 236.

⁹³ Luis Hernández, “Las presunciones legales en el Sistema Tributario Peruano”, *Revista del Instituto Peruano del Derecho Tributario*, N°09 (1985): 33.

⁹⁴ *Ibid.*, 35.

⁹⁵ José Luis Pérez de Ayala, *Las Ficciones en el Derecho Tributario*, (Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1969), 1-35.

⁹⁶ Hernández, “Las presunciones”, 36.

⁹⁷ Artículo 26°. – Para efectos del impuesto se presume, salvo prueba en contrario constituida por los libros de contabilidad del deudor, que todo préstamo en dinero, cualquiera sea su denominación, naturaleza, o forma razón, devenga un interés no inferior a la tasa activa de mercado promedio mundial en moneda nacional (TAMN) que inferior a la tasa activa de mercado promedio mensual en moneda nacional (TAMN) que publique la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones multiplicada por un factor de ajuste. Regirá dicha presunción aun cuando no se hubiera fijado el tipo de interés, se hubiera estipulado que el préstamo no devengará intereses, o se hubiera convenido el pago de un interés menor [...].

respecto de los predios que sus propietarios hayan cedido gratuitamente o a un precio no determinado.⁹⁸

1.6 Ingresos inafectos

Habiendo establecido la hipótesis de incidencia del impuesto a la renta, es decir, aquel ámbito de aplicación en el que se encontrarán los conceptos gravados por este impuesto solo queda analizar aquellos ingresos que no se encuentran gravados por este impuesto, ya sea porque no se cumple la hipótesis de incidencia (ingresos inafectos) o porque existe una disposición legal que los excluye (rentas exoneradas). En este apartado se analizará el primero de ellos.

En primer lugar, como se indicó previamente, la ley se encarga de establecer el ámbito de aplicación de un tributo. Así, cualquier hecho – económico o no – que se encuentre fuera del referido ámbito califica como inafecta, en tanto no va a soportar la carga tributaria.⁹⁹

Una de las principales características de la inafectación es que es de carácter permanente (es decir no está sujeta a ningún plazo de vigencia). Otra característica es que es el resultado del ejercicio de la potestad tributaria. Es decir, la inafectación es aquello que se origina luego de que el legislador ha creado un tributo delimitando su ámbito de aplicación, en virtud de su potestad tributaria. En otras palabras, como consecuencia lógica, luego de la creación de un tributo también se ha establecido aquellos hechos que se encuentran fuera del referido campo de afectación.¹⁰⁰

Jorge Bravo Cucci señala que “la no sujeción, no incidencia o inafectación, es una situación fáctica que implica que un hecho ocurrido en el mundo fenoménico, no se ha subsumido en una hipótesis de incidencia”.¹⁰¹ La explicación de la inafectación se puede explicar a través de la siguiente fórmula:

La figura de la “inafectación tributaria” tiene que ver con uno solo de los fenómenos que acabamos de describir. Una vez ocurrido un hecho “A”, resulta que no se va a encontrar comprendido en el “supuesto” de la norma (donde se describe más bien un hecho “X”).¹⁰²

⁹⁸ Artículo 23°. – Son rentas de primera categoría [...] d) La renta ficta de predios cuya ocupación hayan cedido sus propietarios gratuitamente o a un precio no determinado.

⁹⁹ Francisco Ruiz de Castilla, “Inmunidad, Inafectación, Exoneración, Beneficios e Incentivos Tributarios”, *Revista Foro Juridico* (2013): 140.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ Bravo, *Fundamentos*, 146.

¹⁰² Ruiz de Castilla, “Inmunidad”, 141.

Por otro lado, para efectos meramente descriptivos, en la práctica legislativa, se ha creado dos conceptos para clasificar las inafectaciones. Dichos conceptos son: inafectaciones lógicas y legales.

Las inafectaciones lógicas se refieren a aquellos supuestos que se encuentran excluidos del ámbito de aplicación por el simple análisis de la norma. En otras palabras, al interpretador de la norma le basta con conocer el hecho gravado por la ley para determinar aquellos supuestos que se encuentran fuera de su ámbito de aplicación. En ese sentido, la inafectación se influye del razonamiento en contrario de lo regulado por el legislador por lo cual no se necesitaría de un dispositivo legal para conocer los hechos inafectos.¹⁰³

Las inafectaciones legales son aquellas que la ley establece de modo expreso, es decir, regula una lista de hechos inafectos. Respecto de estas inafectaciones se les critica que son evidencia de una depurada técnica legislativa y muchas veces termina generando confusiones con la figura de la exoneración, la cual como se verá tiene una naturaleza completamente distinta. El escenario ideal es que la inafectación fluya lógicamente de la lectura del texto normativo, para lo cual se exige una técnica legislativa en que la hipótesis de incidencia sea clara.¹⁰⁴

En suma, las inafectaciones se definen como aquellos hechos (supuestos) que habiendo analizado la hipótesis de incidencia y su consecuencia jurídica se concluye que dichos hechos no se subsumen dentro del ámbito de aplicación señalado en la norma tributaria; por lo tanto, no se encontrará gravado con el impuesto. En el caso del impuesto a la renta se considerará como inafectaciones aquellos hechos, incluyendo hechos económicos (ingresos) que no se consideren como renta según la ley del impuesto a la renta.

Cabe resaltar que, pese a que el escenario ideal es la inutilización de la técnica legislativa de regular las inafectaciones en una norma, respecto al impuesto a la renta, el legislador ha optado por señalar algunas inafectaciones en el artículo 18° de la ley del impuesto a la renta de manera expresa:

No son sujetos pasivos del impuesto:

- a) El Sector Público Nacional, con excepción de las empresas conformantes de la actividad empresarial del Estado.
- b) Inciso derogado.
- c) Las fundaciones legalmente establecidas, cuyo instrumento de constitución comprenda exclusivamente alguno o varios de los siguientes fines: cultura,

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ Bravo, *Fundamentos*, 148-149.

investigación superior, beneficencia, asistencia social y hospitalaria, y beneficios sociales para los servidores de las empresas; fines cuyo cumplimiento deberá acreditarse con arreglo a los dispositivos legales vigentes sobre la materia.

- d) Las entidades de auxilio mutuo.
- e) Las comunidades campesinas.
- f) Las comunidades nativas

Las entidades comprendidas en los incisos c) y d) de este artículo, deberán solicitar su inscripción en la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), de acuerdo a las normas que establezca el reglamento.

Constituyen ingresos inafectos al impuesto:

- a) Las indemnizaciones previstas por las disposiciones laborales vigentes.

Se encuentran comprendidas en la referida inafectación, las cantidades que se abonen, de producirse el cese del trabajador en el marco de las alternativas previstas en el inciso b) del Artículo 88° y en la aplicación de los programas o ayudas a que hace referencia el Artículo 147° del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Fomento del Empleo, hasta un monto equivalente al de la indemnización que correspondería al trabajador en caso de despido injustificado.

- b) Las indemnizaciones que se reciban por causa de muerte o incapacidad producidas por accidentes o enfermedades, que se originen en el régimen de seguridad social, en un contrato de seguro, en sentencia judicial, en transacciones o en cualquier otra forma, salvo lo previsto en el inciso b) del Artículo 2° de la presente ley.

- c) Las compensaciones por tiempo de servicios, previstas por las disposiciones laborales vigentes.

- d) Las rentas vitalicias y las pensiones que tengan su origen en el trabajo personal, tales como jubilación, montepío e invalidez.

- e) Los subsidios por incapacidad temporal, maternidad y lactancia.

- f) Las rentas y ganancias que generen los activos, que respaldan las reservas técnicas de las compañías de seguros de vida constituidas o establecidas en el país, para pensiones de jubilación, invalidez y sobrevivencia de las rentas vitalicias provenientes del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, constituidas de acuerdo a Ley.

Asimismo, están inafectas las rentas y ganancias que generan los activos, que respaldan las reservas técnicas constituidas de acuerdo a Ley de las rentas vitalicias distintas a las señaladas en el inciso anterior y las reservas técnicas de otros productos

que comercialicen las compañías de seguros de vida constituidas o establecidas en el país, aunque tengan un componente de ahorro y/o inversión. Dicha inafectación se mantendrá mientras las rentas y ganancias continúen respaldando las obligaciones previsionales antes indicadas.

Para que proceda la inafectación, la composición de los activos que respaldan las reservas técnicas de los productos cuyas rentas y ganancias se inafectan en virtud del presente inciso, deberá ser informada mensualmente a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones, dentro del plazo que ésta señale, en forma discriminada y con similar nivel de detalle al exigido a las Administradoras de Fondos de Pensiones por las inversiones que realizan con los recursos de los fondos previsionales que administran.

g) Los márgenes y retornos exigidos por las Cámaras de Compensación y Liquidación de Instrumentos Financieros Derivados con el objeto de nivelar las posiciones financieras en el contrato.

h) Los intereses y ganancias de capital provenientes de:

i. Letras del Tesoro Público emitidas por la República del Perú.

ii. Bonos y otros títulos de deuda emitidos por la República del Perú bajo el Programa de Creadores de Mercado o el mecanismo que lo sustituya, o en el mercado internacional a partir del año 2003.

iii. Obligaciones del Banco Central de Reserva del Perú, salvo los originados por los depósitos de encaje que realicen las instituciones de crédito; y las provenientes de la enajenación directa o indirecta de valores que conforman o subyacen los *Exchange Traded Fund* (ETF) que repliquen índices construidos teniendo como referencia instrumentos de inversión nacionales, cuando dicha enajenación se efectúe para la constitución -entrega de valores a cambio de recibir unidades de los ETF-, cancelación -entrega de unidades de los ETF a cambio de recibir valores de los ETF- o gestión de la cartera de inversiones de los ETF.

iv. Operaciones de reporte donde los valores que el adquirente recibe del enajenante sean los instrumentos considerados en los números romanos en minúscula i y ii del presente literal.

v. Enajenación de unidades de participación de Fondos Bursátiles o *Exchange Traded Fund* (ETF), que tengan como objetivo replicar la rentabilidad de índices de acceso público, construidos sobre la base de los instrumentos considerados en los números romanos en minúscula i y ii del presente literal.

i) Los ingresos por servicios obtenidos por las transferencias de los derechos de cobro del inversionista que derivan de los contratos de asociaciones público-privadas suscritos por el Estado, cuando el adquirente de los derechos de cobro asume el riesgo crediticio, en los términos señalados en los respectivos contratos de asociaciones público-privada.

La verificación del incumplimiento de alguno de los requisitos establecidos en los incisos c) y d) del primer párrafo del presente artículo dará lugar a presumir, sin admitir prueba en contrario, que estas entidades han estado gravadas con el Impuesto a la Renta por los ejercicios gravables no prescritos, siéndoles de aplicación las sanciones establecidas en el código tributario.

Por último, se debe señalar que al tratarse de inafectaciones, según la naturaleza de la figura, la lista que regula el artículo 18° de la ley del impuesto a la renta no es cerrada ni taxativa. Por lo tanto, también se considerarán como inafectos todos los demás ingresos o supuestos que no encajen en el ámbito de aplicación regulado por la ley. Asimismo, cabe señalar que el artículo 18° antes mencionado no es el único artículo que regula de manera expresa conceptos inafectos, así dentro de la ley del impuesto a la renta, existen otros ingresos inafectos regulados de manera expresa como, por ejemplo, los ingresos por daño emergente.

1.7 Rentas Exoneradas

Dentro del ámbito de aplicación de la norma; es decir, lo hechos generadores de obligaciones tributarias, se encuentra un subconjunto de hechos exonerados. Así, bajo la hipótesis de exoneración, se encuentran hechos que en principio son capaces de generar el nacimiento de una obligación tributaria, no obstante, dicha obligación no llegará a nacer en virtud de una ley que así lo establece.¹⁰⁵

A diferencia de la fórmula de la hipótesis de incidencia en la cual el “supuesto de la norma” que trata sobre un hecho “x” que tiene como “consecuencia” el gravamen con una norma tributaria; en la exoneración tenemos a un hecho “x” que como “consecuencia” aparece la exoneración tributación, aun cuando dicho hecho en principio se encontraría comprendido dentro del supuesto de la norma. Así, no se produce el nacimiento de la norma en virtud de la “consecuencia” jurídica que así lo señala.¹⁰⁶

Fernando Pérez Royo sostiene que “la exención tributaria tiene lugar cuando una norma contempla que en aquellos supuestos previstos por ellos, no obstante, de producirse el hecho

¹⁰⁵ Ruiz de Castilla, “Inmunidad”, 142.

¹⁰⁶ Ibid., 143.

imponible, no desarrolla su efecto que es el surgimiento de la obligación tributaria".¹⁰⁷ En suma, para aquel doctrinario, la exención no es la norma sino el resultado de la norma que regula la exoneración.

La exoneración, a diferencia de la inafectación, tiene vocación temporal. Dicha vocación responde al contexto en el que se publican dichas exoneraciones. El legislador que dispone exoneraciones lo hace en consideración a razones previas y puntuales, dichas razones pueden ser de tipo político, social o económico. En ese sentido, la norma exoneratoria no es perpetua, desaparecidas las razones que motivaron la exoneración, esta deberá dejar de aplicarse.¹⁰⁸

La regulación de las exoneraciones en el Perú establece dicha limitación temporal de manera expresa. El texto legal de la Norma VII del código tributario prescribe:

El articulado de la propuesta legislativa deberá señalar de manera clara y detallada el objetivo de la medida, los sujetos beneficiarios, así como el plazo de vigencia de la exoneración, incentivo o beneficio tributario, el cual no podrá exceder de tres (03) años. Toda exoneración, incentivo o beneficio tributario concedido sin señalar plazo de vigencia, se entenderá otorgado por un plazo máximo de tres (3) años.

Además, respecto de las exoneraciones se tiene que el efecto de la privación de la eficacia jurídica de la hipótesis de incidencia tributaria es siempre total. No existen exoneraciones parciales, es decir, de regularse una exoneración tributaria la obligación no se origina, no nace, pese a haberse producido el hecho imponible, en todo sentido.¹⁰⁹

En ese sentido, considerando la naturaleza de las exoneraciones tributarias, la ley del impuesto a la renta en su artículo 19° regula todas las exoneraciones vigentes a la fecha. Así, este artículo indica:

Están exonerados del impuesto hasta el 31 de diciembre de 2026:

a) Las rentas que, las sociedades o instituciones religiosas, destinen a la realización de sus fines específicos en el país.

b) Las rentas de fundaciones afectas y de asociaciones sin fines de lucro cuyo instrumento de constitución comprenda exclusivamente, alguno o varios de los siguientes fines: beneficencia, asistencia social, educación, cultural, científica, artística, literaria, deportiva, política, gremiales, y/o de vivienda; siempre que destinen sus rentas

¹⁰⁷ Fernando Pérez Royo, *Derecho financiero y tributario. Parte General*, 7 edición, (Madrid: Civitas, 1997), 131-132.

¹⁰⁸ Bravo, *Fundamentos*, 135-136.

¹⁰⁹ *Ibid.*

a sus fines específicos en el país; no las distribuyan, directa o indirectamente, entre los asociados o partes vinculadas a estos o a aquellas, y que en sus estatutos esté previsto que su patrimonio se destinará, en caso de disolución, a cualquiera de los fines contemplados en este inciso.

El reglamento establecerá los supuestos en que se configura la vinculación, para lo cual tendrá en cuenta lo siguiente:

i. Se considera que una o más personas, empresas o entidades son partes vinculadas a una fundación o asociación sin fines de lucro cuando una de aquellas participa de manera directa o indirecta en la administración o control, o aporte significativamente al patrimonio de éstas; o cuando la misma persona o grupo de personas participan directa o indirectamente en la dirección o control de varias personas, empresas o entidades, o aportan significativamente a su patrimonio.

ii. La vinculación con los asociados considerará lo señalado en el acápite precedente y, en el caso de personas naturales, el parentesco.

iii. También operará la vinculación en el caso de transacciones realizadas utilizando personas interpuestas cuyo propósito sea encubrir una transacción entre partes vinculadas.

Se considera que las entidades a que se refiere este inciso distribuyen indirectamente rentas entre sus asociados o partes vinculadas a éstos o aquéllas, cuando sus costos y gastos:

i. No sean necesarios para el desarrollo de sus actividades, entendiéndose como tales aquellos costos y gastos que no sean normales en relación con las actividades que generan la renta que se destina a sus fines o, en general, aquellos que no sean razonables en relación con sus ingresos.

ii. Resulten sobrevaluados respecto de su valor de mercado.

Asimismo, se entiende por distribución indirecta de rentas:

i. La entrega de dinero o bienes no susceptible de posterior control tributario, incluyendo las sumas cargadas como costo o gasto, e ingresos no declarados. El Reglamento establecerá los costos o gastos que serán considerados no susceptibles de posterior control tributario.

ii. La utilización de los bienes de la entidad o de aquellos que le fueran cedidos en uso bajo cualquier título, en actividades no comprendidas en sus fines, excepto cuando la renta generada por dicha utilización sea destinada a tales fines.

En los demás casos, la SUNAT deberá verificar si las rentas se han distribuido indirectamente entre los asociados o partes vinculadas.

De verificarse que una entidad incurre en distribución directa o indirecta de rentas, la SUNAT le dará de baja en el Registro de entidades exoneradas del Impuesto a la Renta y dejará sin efecto la resolución que la calificó como perceptora de donaciones. La fundación o asociación no gozará de la exoneración del Impuesto en el ejercicio gravable en que se le dio de baja en el referido registro ni en el siguiente, y podrá solicitar una nueva inscripción vencidos esos dos ejercicios.

La disposición estatutaria a que se refiere este inciso no será exigible a las entidades e instituciones de cooperación técnica internacional (ENIEX) constituidas en el extranjero, las que deberán estar inscritas en el Registro de Entidades e Instituciones de Cooperación Técnica Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores.

c) Los intereses provenientes de créditos de fomento otorgados directamente o mediante proveedores o intermediarios financieros por organismos internacionales o instituciones gubernamentales extranjeras.

Se entenderá por créditos de fomento aquellas operaciones de endeudamiento que se destinen a financiar proyectos o programas para el desarrollo del país en obras públicas de infraestructura y en prestación de servicios públicos, así como los destinados a financiar los créditos a microempresas, según la definición establecida por la Resolución SBS N°11356-2008 o norma que la sustituya.

d) Las rentas de los inmuebles de propiedad de organismos internacionales que les sirvan de sede.

e) Las remuneraciones que perciban, por el ejercicio de su cargo en el país, los funcionarios y empleados considerados como tales dentro de la estructura organizacional de los gobiernos extranjeros, instituciones oficiales extranjeras y organismos internacionales, siempre que los convenios constitutivos así lo establezcan.

f) Las rentas a que se refiere el inciso g) del Artículo 24 de la presente ley.

g) Inciso derogado.

h) Inciso derogado.

i) Cualquier tipo de interés de tasa fija o variable, en moneda nacional o extranjera, que se pague con ocasión de un depósito o imposición conforme con la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley N°26702, así como los incrementos de

capital de dichos depósitos e imposiciones en moneda nacional o extranjera, excepto cuando dichos ingresos constituyan rentas de tercera categoría.

j) Los ingresos brutos que perciben las representaciones deportivas nacionales de países extranjeros por sus actuaciones en el país.

k) Las regalías por asesoramiento técnico, económico, financiero, o de otra índole, prestados desde el exterior por entidades estatales u organismos internacionales.

l) Inciso derogado.

ll) Inciso derogado.

m) Inciso derogado.

n) Los ingresos brutos que perciben las representaciones de países extranjeros por los espectáculos en vivo de teatro, zarzuela, conciertos de música clásica, ópera, opereta, ballet y folclor, calificados como espectáculos públicos culturales por el Instituto Nacional de Cultura, realizados en el país.

ñ) Inciso derogado.

o) Los intereses que perciban o paguen las cooperativas de ahorro y crédito por las operaciones que realicen con sus socios.

p) Inciso derogado.

q) Los intereses y demás ganancias provenientes de créditos externos concedidos al Sector Público Nacional.

Las entidades comprendidas en los incisos a) y b) de este artículo deberán solicitar su inscripción en la SUNAT, con arreglo al reglamento.

La verificación del incumplimiento de alguno de los requisitos para el goce de la exoneración establecidos en los incisos a), b) y m) del presente artículo dará lugar a gravar la totalidad de las rentas obtenidas por las entidades contempladas en los referidos incisos, en el ejercicio gravable materia de fiscalización, resultando de aplicación inclusive, de ser el caso, lo previsto en el segundo párrafo del artículo 55° de esta ley. En los casos anteriormente mencionados son de aplicación las sanciones establecidas en el código tributario.

Por último, a diferencia de las inafectaciones, el listado señalado previamente es de tipo cerrado, taxativo. En ese sentido, para poder concluir si un concepto se encuentra exonerado del impuesto será necesario verificar aquello regulado en el artículo 19° antes descrito, no solo en cuanto a los supuestos ahí contenidos sino también respecto del periodo de vigencia; para poder afirmar si dicha exoneración es aplicable al caso concreto.

Capítulo 2

Los intereses moratorios y su naturaleza jurídica

Los intereses, de manera general, se pueden entender como aquellos “aumentos que las deudas pecuniarias devengan en forma paulatina durante un tiempo dado, sea como precio por el uso de un dinero ajeno o como indemnización por un retardo en el cumplimiento”.¹¹¹ Estos intereses puede ser calificados de múltiples formas dependiendo del criterio que se opte, ejemplo: por su fuente (legales o convencionales), según se paguen o capitalicen a su vencimiento (simple o compuesto), según su función (compensatorios o moratorios), entre otros.

En cuanto a los intereses moratorios, estos se pueden definir como aquellos “que se generan durante el periodo de la mora y cumplen la función económica de reparar el retardo en la ejecución de una obligación”.¹¹² En ese sentido, al ser este tipo de interés el objeto principal de este trabajo de investigación, partiendo de dicha afirmación se estudiará su naturaleza jurídica centrándose en el tipo de daño que se pretende reparar.

2.1 Obligaciones pecuniarias

2.1.1 Obligación

Para poder definir qué son las obligaciones pecuniarias resulta necesario primero tener en claro qué significa el término jurídico “obligación”. La palabra obligación tiene múltiples concepciones con diversos elementos, incluyendo la postura del doctrinario argentino Héctor Negri, quien considera imposible definirla.¹¹³

Desde un punto de vista etimológico, el término obligación viene de la palabra latina *obligatio* y esta última de la palabra *obligare* (de *ob*, alrededor, y *ligare*, ligar o atar). Giorgio Giorgi, siguiendo el significado etimológico de la palabra, define a la obligación como aquella que liga o ata al deudor exigiéndole realizar una actividad a favor de su acreedor.¹¹⁴

La doctrina suele equiparar a la obligación con el deber jurídico, cualquiera sea la clase y naturaleza de este. No obstante, pese a encontrarse relacionados, son conceptos que tienen un distinto alcance y significado pudiéndose afirmar que la obligación es un término mucho más amplio que el deber jurídico.¹¹⁵

¹¹¹ Carlos Villegas y Mario Schujman, *Intereses y Tasas*, (Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1990), 83.

¹¹² Mario Castillo Freyre, *Derecho de las Obligaciones*, (Lima: Fondo Editorial, 2017), 97.

¹¹³ Felipe Osterling y Mario Castillo, *Compendio de Derecho de las Obligaciones*, (Lima: Palestra Editores, 2008), 54.

¹¹⁴ Giorgio Giorgi, *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno*, vol. I, (Madrid: Imprenta de la Revista Legislación, 1999), 11.

¹¹⁵ Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial II Las relaciones obligatorias*, Sexta Edición, (Pamplona: Thomson Civitas, 2008), 64.

El deber jurídico se encuentra relacionado con la necesidad de que un determinado comportamiento se adopte o se realice. En ocasiones, se acompaña con el deber la motivación o razón de la adopción de ese comportamiento, el cual resulta necesario para el ordenamiento jurídico. Por otro lado, una obligación puede conllevar la realización de varios deberes, además dependiendo de cómo esté regulada puede confluír elementos diferentes a la definición estricta de deber. Por ejemplo, la obligación así como puede determinar deberes jurídicos también puede provocar la adquisición de derechos. En ese sentido, es que se concluye que la obligación resulta un concepto más amplio que el puro deber jurídico.¹¹⁶

Diez-Picazo define a la obligación como una situación jurídica, en la cual una persona (acreedor) tiene un derecho ya sea de carácter personal o de crédito, este derecho le permite exigir o reclamar un comportamiento de otra persona (deudor) que soporta el deber jurídico de realizar en favor del primero de ellos un determinado comportamiento (deber de prestación). Bajo dicho concepto, la obligación es un deber y también un derecho subjetivo perteneciente a la categoría de derechos personales o de crédito. Se puede resumir en la correlación entre ambos componentes: un deber y un derecho; el crédito y la deuda.¹¹⁷

De Ruggiero define a la obligación como la relación jurídica en virtud de la cual una persona denominada deudor debe una determinada prestación a otra persona denominada acreedor. Además, este último tiene la facultad de exigir dicha prestación, obligando a la primera a satisfacerla. De Ruggiero, agrega que, suele usarse el término obligación tanto para referirse al aspecto pasivo como al aspecto activo de la relación jurídica, siendo pocas las veces que se usa la expresión “obligación” para referirse a la causa generador de la relación obligacional.¹¹⁸

En suma, se tiene que en la doctrina se pueden encontrar muchas definiciones del término obligación. No obstante, todos coinciden en que las obligaciones son aquellas que presentan un aspecto activo: un poder o facultad de exigir algo; y un aspecto pasivo: un deber de hacer, no hacer o dar. Ambos aspectos se encuentran intrínsecamente relacionados ya que forman parte de un vínculo o una relación jurídica en la cual el cumplimiento del deber implica la satisfacción del aspecto activo.

La correlación entre el deber del deudor y la satisfacción del acreedor se traduce como una situación bipolar que se encuentra formada desde el lado del deudor por la deuda o deber de prestación y la situación de sujeción en que se coloca a quien debe; y desde el lado del

¹¹⁶ Ibid.

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸ Roberto De Ruggiero, *Instituciones de derecho civil*, Tomo II, (Madrid: Instituto Editorial Reus, 1944), 5 y ss.

acreedor por la acción que a este último se le atribuye y la situación de poder que le permite exigir el cumplimiento del deber al que se obliga el deudor.¹¹⁹

Ahora bien, resulta necesario distinguir la obligación en el sentido universal de la palabra, de la obligación civil, misma que posee un contenido más específico. La palabra obligación es utilizada para todas las actividades de necesidad humana para indicar que tiene que observarse una determinada conducta para la obtención de un determinado fin, de forma imperativa.¹²⁰

Siguiendo esa línea de desarrollo, se llegaría a la conclusión que todas las obligaciones son iguales, tanto las religiosas, morales, sociales, económicas y jurídicas. No obstante, se diferencian unas de otras en el contenido. La obligación civil, a diferencia de las demás obligaciones, posee un contenido específico que es la vinculación jurídica entre acreedor y deudor cuyo objeto es el cumplimiento de una determinada prestación, facultando al acreedor a exigirla coactivamente en caso de incumplimiento, también conocido como derecho de crédito.¹²¹

Para el Derecho de Obligaciones, así como para este trabajo de investigación, lo importante son las llamadas obligaciones civiles. Es decir, aquellas que generan una relación jurídica o vínculo entre personas (ya sea determinadas o determinables) en la que el deudor contrae una obligación que, de cara al acreedor, constituye un derecho de crédito para exigir una prestación que puede ser de dar, de hacer o de no hacer.¹²²

De lo señalado en el párrafo anterior se puede extraer los siguientes elementos:

a) Los sujetos, la relación jurídica se compone de dos partes integradas por dos sujetos. La primera de ellas es la parte activa que es quien posee el derecho de crédito, la segunda de ellas es la parte pasiva que es quien se encuentra obligado al cumplimiento de la prestación y de responder en caso de incumplimiento.

b) El objeto, también conocido como la prestación; es decir el comportamiento al que se obliga el deudor. Este comportamiento puede consistir en entregar un objeto, realizar un servicio o abstenerse a realizar una acción. Esta prestación se caracteriza por tener un valor patrimonial; es decir tiene una valoración económica.

c) El vínculo, es el nexo que liga al acreedor y deudor. En este caso es el deber del deudor y el derecho del acreedor de exigir la prestación.

¹¹⁹ Díez-Picazo, *Fundamentos*, 71.

¹²⁰ Osterling, *Compendio*, 60.

¹²¹ *Ibid.*

¹²² *Ibid.*, 54.

d) La causa, es la razón de la obligación, del poder exigir y del deber realizar la prestación.

2.1.2 *Obligación de dar*

Como se señaló previamente existen tres tipos de prestaciones en las obligaciones: de dar, de hacer o de no hacer, esta clasificación se realiza en virtud de la naturaleza de la prestación. Para el caso de la presente tesis, nos centraremos en la definición de las obligaciones de dar, las cuales son el género de las obligaciones pecuniarias.

Las obligaciones de dar son, en términos generales, aquellas que implican la entrega física o jurídica de un bien. Este es el prototipo o paradigma de obligación tanto desde el punto de vista económico como jurídico. Desde el punto de vista económico, las obligaciones de dar son la forma fundamental de intercambio en una economía basada en el cambio o en el trueque de bienes y; desde el punto de vista jurídico debido a que este tipo de obligaciones son la forma más fácil de realización y de ejecución.¹²³

A este tipo de obligaciones se le conoce como positivas, pues la acción de dar o entregar un bien determinado o determinable requiere de una acción que debe realizar el deudor. En sentido estricto, la obligación de dar comprende a la categoría romana de *dare rem*, y en razón a ello, consiste en el deber de transferir el dominio total o parcial de una cosa o de constituir un derecho real sobre ella. No obstante, el termino dar también se puede entender en un sentido amplio; es decir, la entrega de un objeto a cualquier título, incluso sin transferir un derecho sobre él.¹²⁴

De lo señalado en el párrafo anterior, se puede concluir que la prestación de dar comprende el “transferir, restituir o entregar” una cosa, las cuales abarcan una amplia gama de actuaciones.¹²⁵ Todas ellas persiguen una misma finalidad que es transmitir la mera posesión o la propiedad u otro derecho real sobre una cosa.¹²⁶

En las prestaciones de dar, la acción de “transferir” presupone un título, llamado nuda propiedad, posible de transferir; y la tradición, es un modo de adquirir el dominio.¹²⁷ Diez-Picazo señala que “si la dación o entrega es fundamentalmente un cambio posesorio, ello quiere decir que, en sí misma, la prestación tiene un puro valor instrumental”.¹²⁸ En ese sentido, tanto

¹²³ Diez-Picazo, *Fundamentos*, 273.

¹²⁴ Fernando Hinestrosa, *Tratado de las obligaciones Tomo I: Concepto, Estructura y Vicisitudes*, Tercera Edición, (Bogotá: Editorial Universidad Externado, 2007), 118.

¹²⁵ Ibid.

¹²⁶ Federico Arnau Moya, *Lecciones de Derecho Civil II Obligaciones y contratos*, (Castellón de la Plana: Editorial de la Universidad Jaume I, 2009), 32.

¹²⁷ Hinestrosa, *Tratado*, 119.

¹²⁸ Diez-Picazo, *Fundamentos*, 273.

la prestación como la obligación se dirigen a la obtención de un resultado jurídico; de ahí, que para muchos doctrinarios, este tipo de obligaciones sean consideradas como obligaciones de resultados.¹²⁹

En suma, las obligaciones de dar son aquellas que implícitamente exigen un actuar por parte del deudor, dicho actuar puede referirse a la entrega de un bien determinado o determinable; además dicha entrega puede originar la transferencia de una propiedad, de un derecho posesorio o la constitución de un derecho real. Por último, al ser una obligación de resultados, se considerará efectuada cuando se realice la entrega del bien.

2.1.3 Obligación de dar suma de dinero

Habiendo definido a las obligaciones como término general y a las obligaciones de dar como un tipo de obligaciones, solo queda definir la especie dentro de dicho género: las obligaciones de dar suma de dinero o pecuniarias.

Las obligaciones de dar suma de dinero, obligaciones pecuniarias u obligaciones dinerarias son las denominaciones que se le da a aquellas obligaciones cuya prestación consiste en dar, entregar, transferir una suma dineraria. Este tipo de obligaciones son consideradas las más universales y frecuentes en el mercado.¹³⁰

En las obligaciones de dar suma de dinero el deudor no “debe cosas”, debe un valor económico. Su obligación consiste en proporcionar al acreedor la posibilidad de hacer suyo tal valor. El dinero en este tipo de obligaciones, a pesar de en la mayoría de sus veces se ve incorporado en un bien material (monedas o papel moneda), es considerado como una unidad de valor y como medida de poder económico. En razón a ello, en este tipo de obligaciones lo debido no son bienes sino abstractamente valores.¹³¹

Las deudas pecuniarias tienen dos características sustanciales que definen su régimen jurídico. La primera de ellas es que este tipo de obligación nunca puede devenir en imposible; dicha afirmación se sustenta principalmente en lo abstracto de la prestación debida: un valor o una suma dineraria. Por el contrario, dicha imposibilidad sí podría darse en las deudas en especie monetaria; es decir aquellas en el que la moneda, en tanto especie, es el objeto de la obligación. En las obligaciones de dar suma de dinero, el objeto de la prestación tiene previamente un valor fijado independiente de la representación corpórea del dinero, por lo cual

¹²⁹ Ibid. 273-274.

¹³⁰ Hinestrosa, *Tratado*, 151.

¹³¹ Díez-Picazo, *Fundamentos*, 293.

es intrascendente o indiferente el medio solutorio final, de ahí la imposibilidad de su incumplimiento definitivo.¹³²

La segunda característica, afirma Diez Picazo, es que la sola demora en el cumplimiento de este tipo de obligaciones produce siempre y de manera automática un daño al acreedor. Dicha afirmación se sustenta en que en una economía monetaria que se caracteriza por la efectiva presencia de los intermediarios financieros, de manera automática el dinero se considera un bien productivo, y por consiguiente, generador de frutos civiles; por lo tanto, el solo incumplimiento de las obligaciones pecuniarias siempre trae como consecuencia un daño que puede establecerse y liquidarse abstractamente de manera automática sin necesidad de probar el perjuicio. Dicho daño se resarce a través de los intereses moratorios.¹³³

2.1.3.1 El dinero. De lo señalado en el apartado anterior, se puede afirmar que una de las características principales que distingue a este tipo de obligaciones de la demás, es la naturaleza misma de su objeto: el dinero. La moneda también llamada dinero, plata, pecunia es un “bien mueble”, una “mercancía”, cuyo valor trasciende al de su identidad. Es así que, el valor intrínseco de la moneda puede llegar a pasar al factor “confianza” incluso al de imposición (del curso legal al curso forzoso). Además, la moneda es un medio circulante, por lo que su valor representativo está destinado a pasar de mano en mano.¹³⁴

Se puede considerar moneda a todo aquello que sirve o funciona como instrumento de cambio. La historia ha demostrado que la moneda, como instrumento de cambio, ha pasado de cebada a ganado, siguiendo con la metálica (monedas), la de papel (billetes), superada actualmente por el dinero electrónico. La moneda, afirma Hinestrosa, es un símbolo (creación cultural) cuya trascendencia económica y política es inconmensurable.¹³⁵

2.1.3.1.1 Las funciones económicas del dinero. Son principalmente dos, la primera es que el dinero es una unidad de medida del valor económico que se le atribuyen a los bienes en general y el segundo es que es un instrumento de intercambio de bienes y servicios.¹³⁶

El dinero, como unidad de medida, tiene la función de determinar el valor económico que la sociedad le da a los bienes de intercambio. Se ha señalado que el dinero es “una unidad de cuenta” como el metro que sirve para medir longitudes o el gramo que sirve para medir el peso.¹³⁷

¹³² Ibid.

¹³³ Ibid.

¹³⁴ Hinestrosa, *Tratado*, 153-154.

¹³⁵ Ibid.

¹³⁶ Diez-Picazo, *Fundamentos*, 290

¹³⁷ Ibid.

Otra de las funciones del dinero es que ante todo es un instrumento de cambio, vehículo de intermediación. La moneda vino a reemplazar la antigua forma de intercambio para las transacciones económicas: el trueque. Actualmente, el dinero es el medio preferencial para realizar el intercambio de cosas y servicios. De la moneda y su función de intercambio surge la figura de “precio” presente en toda operación jurídica patrimonial.¹³⁸

Tanto la unidad de medida como el instrumento de cambio se encuentran relacionadas pues, el que la moneda sea una unidad de valor trae como consecuencia que se pueda utilizar como un medio de valoración de los precios que resulta ser la contrapartida de un intercambio de cosas y bienes. Es decir, en razón al valor del dinero que la sociedad le otorga es que puede servir como un instrumento de intercambio.

Como última función, tenemos que el dinero cumple una función de medio de pago con poder liberatorio.¹³⁹ Cuando el dinero ingresa en el circuito de las transacciones mercantiles o del crédito y sirve para liquidar o cancelar deudas, se dice que cumple la función “medio de pago”.¹⁴⁰

2.1.3.1.2 Características de dinero. El dinero, para cumplir efectivamente su papel en la economía, debe cumplir con ciertas características. Dichas características son: estandarizado, es decir que no deben existir diferencias físicas entre ellas; ampliamente aceptado y reconocible por la sociedad; debe ser divisible, permitiendo transacciones de poco valor monetario; debe ser fácil de transportar y no debe ser fácilmente deteriorable pues perdería su valor como moneda.¹⁴¹

El civilista Torres Vásquez resume las características del dinero en las siguientes: bien fungible, la unidad monetaria debe ser intercambiable por otra del mismo valor; bien mueble, transportable; consumible, por que cumple la función de medio de transacción sobre todo en las prestaciones que tienen como el elemento del dinero (nace para ser gastado y una vez usado deja de existir para quien lo usa); de cantidad, en el sentido que no interesa las piezas individualmente consideradas, sino el número.¹⁴²

¹³⁸ Hinestrosa, *Tratado*, 156.

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ Félix Jiménez, *Elemento de Teoría y Política Macroeconómica para una Economía Abierta*, Tomo I, (Lima: Fondo Editorial, 2012), 193.

¹⁴¹ *Ibid.*, 192.

¹⁴² Aníbal Torres Vásquez, *Teoría General de las Obligaciones*, Tomo I, (Lima: Editorial Pacífico, 2014). Citado en Carlos Enrique Saavedra, “La indemnización en las obligaciones de dar sumas de dinero y el tratamiento de la cláusula penal” (Tesis de Grado, Universidad de San Martín de Porres, 2017), 30-31. https://repositorio.usmp.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12727/2648/saavedra_pce.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Otra característica, señala Torres, es que las unidades monetarias carecen de toda nota individual; siendo lo que diferencia al dinero de las demás cosas fungibles. Se da y recibe atendiendo únicamente a su relación con una determinada unidad (sol, dólar, euro, etc.) como tantas veces esa unidad.¹⁴³ Como última característica es que el dinero debe ser divisible, es decir fraccionable; de curso legal, ya que su valor nominal está certificado por el estado; y de curso forzoso, pues los particulares se encuentran obligados a recibir la moneda como medio de pago.¹⁴⁴

Entonces, para que el dinero pueda cumplir con las funciones señaladas en el acápite anterior debe cumplir con ser fungible, mueble, consumible pero su soporte no debe ser fácil de deterioro, divisible, de curso legal, forzoso y aceptado por la sociedad. Aquel bien monetario que no cumpla con dichas características no podrá considerarse como “dinero”.

2.1.4 Regulación en el Código Civil

El Código Civil peruano actual, el Decreto Legislativo N°295 (en adelante código civil) no define a las obligaciones de dar, ello pues, actualmente existe una moderna tendencia que es la doctrina y jurisprudencia a quien corresponde dar dichas definiciones.¹⁴⁵ En la legislación comparada, Argentina, el código civil definía a las obligaciones de dar en su artículo 574°:

La obligación de dar es la que tiene por objeto la entrega de cosa mueble o inmueble, con el fin de constituir sobre ella derechos reales, o de transferir solamente el uso o la tenencia o de restituirlo a su dueño.¹⁴⁶

La exposición de motivos del Decreto Legislativo N°295, decreto que modificaba el código civil peruano, indicaba que:

Existen dos tendencias legislativas: la primera representada entre otros Códigos por el francés, alemán, español, portugués, etíope y griego que no definen el objeto de las obligaciones de dar; la segunda representada entre otros códigos por el argentino y el mexicano (Art. 2011) que legislan en forma expresa el campo de aplicación de tales obligaciones. En el Libro VI se ha optado por el primer sistema por considerar que esa delimitación corresponde a la doctrina. Una norma que señale el ámbito de las reglas sobre las obligaciones de dar cosas ciertas como lo hacen el Art. 574 del C.C argentino

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ Ibid.

¹⁴⁵ H. Gustavo Palacio, *Las Obligaciones en el Derecho Civil Peruano*, 4° edición, (Lima: Editorial Huallaga, 2002), 73.

¹⁴⁶ Nota: Actualmente, el código argentino que el autor usó de ejemplo ha sido derogado entrando en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial que no regula una definición exacta como el anterior código sumándose a la tendencia que indica el autor.

o el Art. 2011 del Código mexicano, asume el riesgo de incurrir en errores u omisiones.¹⁴⁷

Como se indicó previamente, entre las obligaciones de dar existen las obligaciones de dar bienes ciertos, bienes genéricos o inciertos, así como las obligaciones de dar sumas de dinero (objeto principal de estudio en el presente trabajo de investigado). Las primeras clases de obligaciones están reguladas en un mismo título. A saber, el Libro VI (Las Obligaciones), Sección Primera (Las Obligaciones y sus Modalidades), Título I (Obligaciones de Dar), regula a las obligaciones de dar bien cierto (artículo 1132^o¹⁴⁸) y de dar bienes inciertos (artículo 1142^o¹⁴⁹).

Ahora bien, respecto de las obligaciones de dar suma de dinero, nuestro código civil no ha regulado su tratamiento. Es decir, dentro de dicha misma sección primera las obligaciones pecuniarias no tienen ni un título ni un capítulo especial destinado a ellas. A diferencia del código civil anterior que normaba a este tipo de obligaciones en títulos diferentes, en el código civil vigente todo lo relacionado a este tipo de obligaciones está introducido en el capítulo sobre “pago de intereses”.¹⁵⁰

Una posición es que este tipo de obligaciones le son aplicables los artículos de dar bienes inciertos debido al objeto de las obligaciones pecuniarias. Así, al dinero considerarse un bien fungible por excelencia podría implicarse que la falta de regulación se debe a que le serían aplicables los artículos relacionados a las obligaciones de dar bienes inciertos. No obstante, el trato de bienes inciertos no es aplicable a las sumas de dinero debido a que en la obligación de bienes inciertos es necesario determinar como mínimo su especie y cantidad; pero en el caso del dinero en tanto bien fungible no se necesita de una elección en cuanto al bien como sí en el otro tipo de obligaciones.¹⁵¹

Entonces, se puede afirmar que las obligaciones de dar suma de dinero no han tenido regulación expresa respecto a su definición ni al tratamiento del objeto de la mismas; de ello se ha encargado la doctrina. Sin embargo, como se indicó previamente, todo lo relacionado a este tipo de obligaciones se encuentra incluido dentro del tratamiento de la figura jurídica del pago, el cual implica el cumplimiento de una prestación. Estas reglas serían aplicables a todo tipo de obligaciones cuya prestación sea la de dar una suma de dinero.¹⁵²

¹⁴⁷ Palacio, *Las Obligaciones*, 74.

¹⁴⁸ Artículo 1132°. – El acreedor de bien cierto no puede ser obligado a recibir otro, aunque este de mayor valor.

¹⁴⁹ Artículo 1142°. – Los bienes inciertos deben indicarse, cuando menos, por su especie y cantidad.

¹⁵⁰ Palacio, *Las Obligaciones*, 76.

¹⁵¹ Saavedra, “La indemnización”, 39-40.

¹⁵² *Ibid.*

2.2 Inejecución de obligaciones pecuniarias

2.2.1 *El incumplimiento de las obligaciones*

En nuestro código civil no existe una norma que expresamente defina lo que se entiende por incumplimiento. Tanto las normas referidas al pago (cumplimiento) como las normas referidas a la inejecución de obligaciones indican únicamente los criterios para calificar el cumplimiento del deudor siempre relacionado a la satisfacción del acreedor.¹⁵³

En toda relación obligatoria se pactan la realización de determinados comportamientos que tiene por finalidad conseguir el intercambio de bienes y/o servicios de una persona en favor de otras logrando la satisfacción o el logro de los intereses del acreedor y que en contraposición constituye un compromiso o deuda para quien los asume. Dichas relaciones obligatorias son vínculos dinámicos proyectados a ser convertidos en realidad, dándose con ello la satisfacción o cumplimiento de los intereses del acreedor antes señalados. De no llegarse a configurar en la realidad, se estaría ante un incumplimiento.¹⁵⁴

Entonces, cumplimiento e incumplimiento son las dos grandes alternativas en que puede desembocar dicho vínculo dinámico que la obligación consiste. En otras palabras, el cumplimiento se da si los actos realizados en la realidad se ajustan a la proyección inicial pactada y el incumplimiento se da si se alejan de dicha proyección.¹⁵⁵

Cuando se habla de incumplimiento, tanto en el plano legislativo como doctrinal, se hace alusión directa a la inejecución de la obligación. Generalmente se entiende por incumplimiento a la “no realización de la prestación imputable al deudor”; no obstante, dicha afirmación tiende a limitar el concepto ya que este es más amplio. Así, se entiende por incumplimiento a todo caso de inejecución sea cual fuere su causa determinante.¹⁵⁶

El incumplimiento abarca cuatro formas: a) la completa inejecución de toda obligación b) el incumplimiento parcial c) el cumplimiento total o parcial en forma defectuosa o imperfecta d) el cumplimiento de la obligación tardía (mora). Además, pese a que incumplimiento se da independientemente de la causa determinante, interesa precisar la causa que haya originado el incumplimiento para determinar las consecuencias aplicables. Las causas pueden agruparse en dos: a) causas imputables al deudor (por culpa o dolo) y b) causas que no le son imputables al

¹⁵³ Eric Palacios e Ysmael Núñez, *Teoría General de las Obligaciones: Concepto, estructura e incumplimiento*, Primero Edición, (Lima: Jurista Editores, 2004), 167.

¹⁵⁴ Díez-Picazo, *Fundamentos*, 541.

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ Palacio, *Las Obligaciones*, 454.

deudor, supuesto que no dependen de la voluntad del obligado pues son independientes de ella.¹⁵⁷

Por otro lado, Osterling y Castillo Freyre han señalado que el pago representa el medio natural de extinción de las obligaciones de dar suma de dinero, siendo el pago además la ejecución de la prestación debida. Dicha ejecución deberá realizarse en conformidad con los principios que lo inspiran: la identidad, la integridad, la oportunidad y el lugar de cumplimiento. Dichos principios también servirán de parámetro para determinar el tipo de incumplimiento de la obligación.¹⁵⁸

La regla de integridad indica que la ejecución de la prestación no puede ser cuantitativamente separada. Es decir, el deudor al ejecutar la prestación debida no debe ejecutarla por partes sino en su totalidad según los términos pactados.¹⁵⁹ El cumplimiento óptimo de una obligación será aquel calificado como íntegro y el cumplimiento no óptimo, que es el susceptible de generar daños y perjuicios, es aquel que se da de manera parcial.¹⁶⁰

Cabe resaltar que dicho incumplimiento se puede originar aun cuando la prestación sea susceptible de fraccionarse. En ese sentido, basta que al momento de verificar el cumplimiento de la prestación esta sea cuantitativamente inferior a lo pactado.¹⁶¹

Por otro lado, la regla de identidad implica que la prestación debe reunir las características acordadas; en ese escenario el cumplimiento será adecuado. Ahora bien, se entenderá que no se ha cumplido con la obligación cuando existe inexactitud cualitativa en la ejecución de la prestación. Este cumplimiento se entiende defectuoso ya sea porque es considerado inferior o superior a lo acordado.¹⁶²

Como tercer término se tiene el de oportunidad; es decir, cuándo se ejecuta. El cumplimiento será óptimo cuando sea oportuno; en tanto que el cumplimiento será no óptimo cuando se dé de manera anticipada o tardía. En otras palabras, bajo este principio se verifica el lugar y el momento del cumplimiento.¹⁶³

Los principios de identidad, integridad, oportunidad y lugar de cumplimiento no pueden ser clasificados por orden de importancia. Todos ellos son clasificados simplemente como

¹⁵⁷ Ibid., 455.

¹⁵⁸ Felipe Osterling y Mario Castillo-Freyre, *Tratado de las Obligaciones*, Vol. XVI, Cuarta Parte, Tomo X (Lima: Fondo Editorial de la Pontificia, 2001), 23.

¹⁵⁹ Palacios, *Teoría*, 176.

¹⁶⁰ Osterling, *Tratado de las Obligaciones*, Tomo X, 24.

¹⁶¹ Palacios, *Teoría*, 177.

¹⁶² Osterling, *Tratado de las Obligaciones*, Tomo X, 24.

¹⁶³ Palacios, *Teoría*, 177.

requisitos de cumplimiento sin ser determinante que confluyan uno, dos o todos en un solo supuesto para verificar si se cumplió o no con lo acordado.¹⁶⁴

El código civil peruano al regular el incumplimiento se refiere a tres tipos de incumplimientos: el parcial, el defectuoso y el tardío. Cada uno de los tipos antes señalados corresponde a una regla de cumplimiento trasgredida. El cumplimiento parcial deriva de la inobservancia de la regla de integridad, el defectuoso de incumplir la regla de identidad y el tardío de trasgredir la regla de oportunidad en su aspecto temporal.¹⁶⁵

Como último punto se tiene que para verificar el incumplimiento deberá observarse la imputabilidad hacia el deudor para poder exigir su responsabilidad. No obstante, dicha verificación deberá analizarse una vez comprobado el incumplimiento. Cabe resaltar que dicha imputabilidad no afecta el incumplimiento detectado. En ese sentido, resulta errónea la afirmación: “el incumplimiento es tal solo cuándo es imputable; si no es imputable, en efecto, no puede hablarse de incumplimiento en sentido técnico”.¹⁶⁶

La premisa del párrafo anterior es una contradicción ya que, si el cumplimiento es la correcta ejecución de la prestación debida, el incumplimiento será la incorrecta o la falta de ejecución de la prestación debida. Así, dicha falta, sea imputable o no, no le quita el hecho de que se haya incumplido con la obligación debida.¹⁶⁷

2.2.2 *La mora*

La mora es una figura directamente vinculada al incumplimiento de las obligaciones. La mora es el retardo culposo o doloso en el cumplimiento de la obligación unido al requerimiento de cumplimiento por parte del acreedor. En otras palabras, hay mora cuando se deja de cumplir una obligación en tiempo oportuno, el cual se determina con el requerimiento realizado por el acreedor al deudor y siempre que la mora sea imputable al deudor. Por último, suele decirse que no todo retardo constituye mora, pero sí toda mora implica un retardo.¹⁶⁸

José Ignacio Cano señala que el retardo por sí solo, sin culpa del que se retrasa, sin ofrecimiento o intimación, tiene poca importancia jurídica y no crea una situación de mora. El deudor en el solo retraso del cumplimiento solo infringe el deber jurídico, pero no se constituye la mora. Bajo su análisis, mora y retardo no serían conceptos que coinciden automáticamente. Por tanto, este doctrinario califica a la mora como un retardo cualificado.¹⁶⁹

¹⁶⁴ Osterling, *Tratado de las Obligaciones*, Tomo X, 24.

¹⁶⁵ Palacios, *Teoría*, 177.

¹⁶⁶ *Ibid.*, 178.

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ Palacio, *Las Obligaciones*, 505.

¹⁶⁹ José Ignacio Cano, “La Mora”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid (1978): 112.

Similar posición a José Cano tuvo Enersto Wayar. Para Wayar, la palabra retraso o retardo hace referencia a la dilación, elemento material pero no suficiente para diferenciarlo de otros supuestos de inexecución como el mero retardo o el incumplimiento definitivo con los cuales presenta una marcada identidad objetiva. Además, no es el retardo lo que caracteriza la mora sino los múltiples efectos que genera.¹⁷⁰

La mora se define como la situación anormal de retraso en el cumplimiento de una obligación exigible. En dicho escenario, por una causa imputable al deudor, este último no satisface oportunamente la expectativa del acreedor o este último rechaza las ofertas alternativas que se le formulan para su cumplimiento. La mora subsiste siempre que la ejecución de la específica prestación, aunque tardía, sea posible y útil. En cuanto dicha posibilidad se desvanece la situación se convierte en incumplimiento absoluto.¹⁷¹

Bajo este contexto, el doctrinario Wayar incluye dentro de dicha definición tanto la mora del acreedor como el deudor. Así, se habrá incurrido en mora cuando la conducta realizada por el deudor, ya sea culposa o dolosa, no satisfaga oportunamente las expectativas del acreedor. Asimismo, el acreedor incurrirá en mora cuando se niegue, culposa o dolosamente, a prestar la cooperación necesaria para lograr el cumplimiento de la relación obligacional y siempre que el deudor le haya formulado ofertas reales para su cumplimiento.¹⁷²

En suma, la mora es una situación de incumplimiento o de retraso en el cumplimiento, ya sea por dolo o culpa, y que pese a su falta aún manifiesta la continuación de la existencia del vínculo jurídico y la obligación al que está referida. Se trata de una situación anormal, en la medida que lo normal es que se el cumplimiento se produjera en los términos y en el plazo pactado.

2.2.2.1 Requisitos de la mora. Para que se configure la mora es necesario que concurren ciertos requisitos, también llamados presupuestos o elementos. Esos requisitos son:

a) Carácter positivo de la obligación. La prestación objeto de la obligación debe consistir en dar o hacer algo. En ese sentido, en la prestación de no hacer no podrá configurarse mora en tanto se trata de una conducta pasiva. Hacer lo prohibido constituye incumplimiento definitivo y no mora.¹⁷³

b) Retraso en el cumplimiento. Como se señaló en la definición de la mora, el retraso en el cumplimiento constituye un elemento indispensable para la existencia de la mora. Antes

¹⁷⁰ Ernesto Wayar, *Tratado de la Mora*, (Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo de Depalma, 1981), 122.

¹⁷¹ *Ibid.*, 128.

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ Aníbal Torres Vásquez, "La mora". En Manuel Torres Carrasco, *Los Contratos: Consecuencias jurídicas de su incumplimiento*, (Lima: Gaceta Jurídica, 2013), 52

de que se produzca el retraso o demora sería imposible que se presentara el fenómeno moratorio. Cabe señalar que, el retraso se mantendrá aun cuando ulteriormente el deudor haya cumplido con pagar lo que debe; dicho actuar originará el fin del fenómeno moratorio pero dicha desaparición no suprimiría el hecho de que se ha pagado tardíamente.¹⁷⁴

c) Obligación exigible. Para que la mora se configure es necesario que la obligación haya venido y sea exigible. La obligación es exigible cuando ha terminado el plazo pactado para el cumplimiento o cuando se ha cumplido íntegramente la condición suspensiva. La obligación pura es exigible inmediatamente después de contraída, salvo que de la propia naturaleza de la obligación se dedujera la existencia de un plazo para su cumplimiento y las obligaciones extracontractuales son exigibles desde que se produce el evento dañoso. Por último, la exigibilidad desaparece con la prescripción extintiva y con la caducidad.¹⁷⁵

d) Imputación al deudor del retraso en el cumplimiento. El retardo debe ser imputable por culpa o dolo del que incumple, ya sea deudor o acreedor. La culpa del moroso se presume correspondiéndole al deudor probar que no fue culpable y al acreedor solo le corresponderá probar la existencia de la obligación y el retardo. En otras palabras, basta que el deudor incurra en mora para que se presuma culpable. Cabe resaltar que también incurrirá en mora por caso fortuito si este se ha producido después de la constitución en mora, salvo las excepciones que señala la norma.¹⁷⁶

e) Subsistencia de la posibilidad de ejecución de la prestación. Mientras dura el retardo la prestación debe ser posible de ejecutarse en la realidad. En caso la prestación devenga en imposible se extingue la mora y se origina el incumplimiento total de la obligación por sobrevenida imposibilidad de su ejecución.¹⁷⁷

f) Que al deudor se pueda considerar todavía obligado a ejecutar la prestación y esta todavía sea útil para el acreedor. La mora subsiste mientras que la ejecución de la prestación, aunque tardía, todavía resulte útil para el acreedor. La verificación de la utilidad o ausencia de esta en la mayoría de los casos se conforma de elementos objetivos, fácilmente identificables. No obstante, existirán otros casos revisten características eminentemente subjetivas cuya apreciación deberá discutirse en tribunales por medio de un juez teniendo en cuenta la naturaleza del contrato celebrado y al interés del acreedor en la obligación incumplida.¹⁷⁸

¹⁷⁴ Felipe Osterling y Mario Castillo-Freyre, *Tratado de las Obligaciones*, Vol. XVI, Cuarta Parte, Tomo XIV (Lima: Fondo Editorial de la Pontificia, 2001), 2064.

¹⁷⁵ Torres, "La mora", 53.

¹⁷⁶ Palacio, *Las Obligaciones*, 507.

¹⁷⁷ Torres, *Los Contratos*, 54-55.

¹⁷⁸ Osterling, *Tratado de las Obligaciones*, Tomo XIV, 2067.

Si la obligación se extingue porque, debido al título de la obligación o la naturaleza de la prestación, el acreedor pierde justificadamente el interés o no le es útil, el deudor ya no se encuentra obligado a ejecutarla y además habrá desaparecido la mora. La imposibilidad transitoria en el cumplimiento se considerará definitiva por tanto extingue la obligación.¹⁷⁹

g) Liquidez de la deuda. La liquidez es un requisito propio de las obligaciones pecuniarias. Este presupuesto se refiere a que para que se incurra en mora el capital adeudado debe encontrarse completamente determinado o puede determinarse mediante la realización de operaciones aritméticas.¹⁸⁰ Respecto a deudas que tengan una parte líquida e ilíquida, el artículo 1221° del código civil señala que “cuando la deuda tiene una parte líquida y otra ilíquida, puede exigir el acreedor el pago de la primera, sin esperar que se liquide la segunda”.

Sin deuda líquida no hay mora, no se puede culpar del retardo al deudor que no paga cuando existe incertidumbre respecto de la cuantía. Para exigir el cumplimiento del crédito primero se deberá proceder con la liquidación de la deuda. En caso de que para establecer la liquidez del crédito sea necesaria la cooperación del acreedor y este se niegue a liquidar la deuda, se incurre en mora del acreedor.¹⁸¹

h) Que el acreedor rehúse la oferta de pago. Este requisito hace referencia a la mora del acreedor. Esta figura surge como necesidad de regular los supuestos en los cuales el deudor no puede cumplir porque su acreedor se niega a aceptar su pago o a colaborar en que el cumplimiento se produzca.¹⁸² El artículo 1338° del código civil indica que “el acreedor incurre en mora cuando sin motivo legítimo se niega a aceptar la prestación ofrecida o no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación”.

En el caso de la mora del acreedor debe seguirse similar criterio que el aplicado para la mora del deudor; principalmente el referido a la intimación en mora. En ese sentido, no bastará que haya transcurrido el plazo de cumplimiento para que se configure la mora del acreedor; será necesaria la intimación del deudor al acreedor para que reciba el pago o cumpla con los actos necesarios para su cumplimiento. Este requisito no será necesario que se configure en el supuesto que se hubiera pactado mora automática en perjuicio del deudor.¹⁸³

i) La intimación del acreedor. Por último, la mora del deudor requiere que el acreedor exija al deudor, ya sea judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación salvo en los casos en que no sea necesario porque la ley lo señala o porque las partes lo han acordado

¹⁷⁹ Torres, *Los Contratos*, 55.

¹⁸⁰ Ibid.

¹⁸¹ Ibid., 56.

¹⁸² Osterling, *Tratado de las Obligaciones*, Tomo XIV, 2066.

¹⁸³ Ibid.

(mora automática). También no será necesaria la intimación si la naturaleza de la prestación no requiere de la misma para que se configure.¹⁸⁴ Cabe señalar que este requisito se desarrollará en el siguiente apartado.

2.2.2.2 Sistema de constitución en mora. En la doctrina existen dos sistemas o modos de constituir en mora:

a) El sistema de la mora interpelatoria o mora personal. Este sistema exige que el acreedor requiera judicial o extrajudicialmente a su deudor comunicándole su voluntad de ser pagado sin dilación el monto adeudado. Este sistema se instauró a partir del código napoleón y se sustenta en el principio *favor debitoris*, que se traduce en que si el acreedor no requiere el pago a su deudor es porque la demora no le causa ningún daño.¹⁸⁵

b) El sistema de la mora automática o mora objetiva. Bajo este sistema la mora nace automáticamente por el solo vencimiento del plazo sin que sea necesario que el acreedor requiera el pago al deudor. Este sistema surgió en el Derecho Romano bajo el principio *diez interpellat pro homine* que se traduce en que el tiempo interpela en lugar del hombre.¹⁸⁶

2.2.2.2.1 La intimación como requisito de la mora. La interpelación también llamada requerimiento o intimación viene a ser uno de los requisitos, de carácter formal, para la configuración de la mora. Por medio de este acto el deudor necesariamente debe ser compelido por el acreedor al cumplimiento de la prestación. Solo una vez que se haya realizado este requerimiento se considerará que el deudor ha incurrido en mora. Existe la presunción que mientras el acreedor no requiere al deudor el cumplimiento, la demora no le causa perjuicio. Por último, se tiene que el requerimiento que se realice al deudor debe ser preciso y no debe ocurrir antes de tiempo.¹⁸⁷

Existen dos clases de intimación: judicial y extrajudicial. La primera consiste en la interposición de una demanda por parte del acreedor y debe serle notificado al deudor demandado. Si se produjera la nulidad de la notificación esta valdrá como una intimación extrajudicial. La segunda o extrajudicial es la que se hace por correspondencia o comunicación.¹⁸⁸ Actualmente, se considera que esta notificación puede hacerse por cualquier medio siempre que se pueda acreditar su recepción por el deudor; incluyendo medios telemáticos.

¹⁸⁴ Torres, *Los Contratos*, 57.

¹⁸⁵ Torres, *Los Contratos*, 60-61.

¹⁸⁶ Ibid.

¹⁸⁷ Palacio, *Las Obligaciones*, 508.

¹⁸⁸ Ibid., 509.

2.2.2.2.2 Excepción a la intimación en mora. La mora automática es admitida en nuestro código civil con carácter excepcional. No obstante, ella solo opera en supuestos taxativamente previstos por los cuatro incisos consignados en la segunda parte del artículo 1333° del código civil. Dicho artículo señala que:

No es necesaria la intimación para que la mora exista:

1. Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente.
2. Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla.
3. Cuando el deudor manifiesta por escrito su negativa a cumplir la obligación.
4. Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor.

En suma, es únicamente en los casos antes señalados que la norma regula la posibilidad de la que la mora se constituya sin necesidad del requerimiento del deudor.

2.2.2.3 Efectos de la mora. Según Antonio de la Vega Vélez, los efectos propios de la mora son la acción indemnizatoria de perjuicios, la acción resolutoria del contrato, la acción de responsabilidad por la pérdida fortuita de la cosa, o también los efectos especiales que los contratantes hayan válidamente atribuido a esa figura. La mora puede configurarse tanto si proviene del acreedor como si proviene del deudor y generará la responsabilidad por los daños y perjuicios causados que deberán ser resarcidos por aquel que incumplió.¹⁸⁹

El código civil peruano regula la responsabilidad del deudor en caso de mora en su artículo 1336°:

El deudor constituido en mora responde de los daños y perjuicios que irroque por el retraso en el cumplimiento de la obligación y por imposibilidad sobreviniente, aun cuando ella obedezca a causa que no le sea imputable. Puede sustraerse a esta responsabilidad probando que ha incurrido en retraso sin culpa, o que la causa no imputable habría afectado la prestación; aunque se hubiese cumplido oportunamente.

En otras palabras, para determinar los efectos de la mora se parte del principio según el cual el deudor debe soportar las consecuencias de su incumplimiento ya sea o no por causa imputable a él. Dicha consecuencia es la indemnización de los daños y perjuicios, incluso en el supuesto en que la prestación se ejecute fuera del plazo predeterminado. El daño ocasionado por la mora también es conocido como daño moratorio. Además, también recoge la denominada

¹⁸⁹ Antonio de la Vega Vélez, *Bases del Derecho de Obligaciones*, (Bogotá: Editorial Temis, 1978), 148-149.

perpetuación de la obligación consistente en la exclusión de la liberación del deudor por la sobrevenida imposibilidad de la prestación así sea por caso fortuito o fuerza mayor.¹⁹⁰

Por otro lado, la mora del acreedor es la situación en que la obligación se encuentra en retraso respecto de su ejecución debido a una causa que le es imputable al acreedor. En nuestro código civil dichos efectos se encuentran regulados en el artículo 1339° señala que “el acreedor en mora queda obligado a indemnizar los daños y perjuicios derivados de su retraso”.

Cabe señalar que, respecto de los efectos de indemnización de los daños y perjuicios, para que el acreedor se encuentre obligado al pago el deudor debe probar que el acreedor se ha rehusado al pago o no ha prestado la colaboración necesaria para que se pueda ejecutar la prestación. Por último, son efectos de la mora del acreedor que el deudor quede eximido de responsabilidad por la sobrevenida imposibilidad de la prestación (caso fortuito o fuerza mayor). En dicha situación, el deudor puede realizar la consignación de la prestación debida para liberarse de la obligación.¹⁹¹

2.2.3 La mora en las obligaciones pecuniarias

En primer lugar, cuando el cumplimiento demorado sucede en una obligación de dar suma de dinero, el daño sufrido por el acreedor consiste en no haber dispuesto del capital y, por consiguiente, no haberse podido beneficiar con sus frutos, que se traducen en el interés que dicho capital hubiera podido devengar.¹⁹² Sobre los efectos de la inexecución de las obligaciones dinerarias, el código civil ha regulado en el artículo 1324°:

Las obligaciones de dar sumas de dinero devengan el interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú, desde el día en que el deudor incurra en mora, sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daño alguno. Si antes de la mora se debían intereses mayores, ellos continuarán devengándose después del día de la mora, con calidad de intereses moratorios. Si hubiese estipulado la indemnización del daño ulterior, corresponde al acreedor que demuestre haberlo sufrido el respectivo resarcimiento.

Teniendo en cuenta lo señalado en el artículo anterior, la obligación pecuniaria, resulta ser un tipo de obligación con un régimen especial, una “obligación privilegiada”, en la medida en que no se necesita demostrar el daño producido por la demora en su cumplimiento. Es así

¹⁹⁰ Torres, *Los Contratos*, 73.

¹⁹¹ Torres, *Los Contratos*, 81.

¹⁹² Díez-Picazo, *Fundamentos*, 677.

que, el legislador comprende que en este tipo de obligaciones la mora, en virtud del sistema financiero, siempre produce un daño.¹⁹³

En suma, el artículo 1324° del código civil señala que las obligaciones de dar suma de dinero, por lo menos, en forma automática devengan el interés legal siempre que se verifique un retraso en el cumplimiento. Dicho interés devenga sin necesidad de que el acreedor demuestre algún perjuicio. Además, el acreedor tendrá derecho a que en su favor se compute un interés mayor; y solo será necesario que se pruebe el daño ulterior que se hubiese generado; este tipo de daño deberá ser invocado por el acreedor perjudicado.¹⁹⁴

Lo que señala la norma es una identificación material entre los intereses que automáticamente se devengan y la cuantificación del daño, el cual se presume. De lo regulado por la norma puede concluirse que tales intereses automáticamente generados tienen una conexión directa con los eventuales daños causados. Así, al excluirse la necesidad de probar el daño y sustituyendo su cuantía por la tasa de los intereses legales se concluye que tanto la existencia como la determinación de la cuantía del daño causado se presume.¹⁹⁵ En ese sentido, por el solo hecho de no haber recibido la suma dineraria en el momento que se ha pactado para ello, el legislador presume que se le han causado daños al acreedor.¹⁹⁶

En líneas generales, el fundamento último del devengo de los intereses moratorios recae en el deudor debido al daño causado y de la reparación por su incumplimiento. Además, para que el deudor se encuentre obligado al pago de los intereses moratorios es requisito indispensable la infracción del derecho de crédito del acreedor.¹⁹⁷ Es así que la norma, para restituir dicho daño, ha establecido el devengo automático de un interés que en principio equivale al interés legal que determine el BCRP.

La regla establecida en el artículo 1324° antes señalado tiene como objetivo establecer una liquidación a *forfait* (invariable, preestablecida o tasada) de los daños que producen la mora del deudor en una obligación dineraria. No obstante, al tratarse de una presunción, el legislador ha dejado, de igual forma, la posibilidad de que el acreedor demuestre la existencia de un daño ulterior.¹⁹⁸

¹⁹³ Ibid.

¹⁹⁴ Palacios, *Teoría*, 244.

¹⁹⁵ Ibid.

¹⁹⁶ Gema Díez-Picazo, "La Mora del Deudor" (Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, 1994), 649-650. https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/4430/29966_diez-picazo_gimenez_gema.pdf?sequence=1&isAllowed=y

¹⁹⁷ Ibid., 662.

¹⁹⁸ Palacios, *Teoría*, 245.

Esta regla encuentra su origen en la doctrina francesa, principalmente difundida por Pothier¹⁹⁹. En su “Tratado de Obligaciones” se puede leer:

Tales son las reglas. Se sigue una particular cuando se trata del retardo puesto por un deudor en el cumplimiento de obligaciones que consisten en dar una cierta suma de dinero. Como los diferentes daños que pueden resultar del retardo del cumplimiento de esta especie de obligación varían al infinito, y que es tan difícil preverlos como justificarlos, ha sido necesario reglarlos como por una especie de tanto alzado, a un tanto fijo. Que es lo que se hace cuando se fija los intereses de la suma debida a la tasa de la Ordenanza.²⁰⁰

Esos intereses principian a correr contra el deudor, desde el día en que ha sido requerido hasta en que paga, por cuanto son el precio común del provecho legítimo que el acreedor habría podido retirar de la suma que le ha sido debida, si le hubiese sido pagada. En consecuencia, de esta especie de precio alzado por grande que sea el daño que el acreedor haya sufrido del retardo que el deudor haya llevado al pago de la suma debida, ya sea que el retardo proceda de una simple negligencia, ya que proceda del dolo o consumancia afectada, el acreedor no puede pedir otra indemnización que los intereses. Mas en cambio no está sujeto, para exigirlos, más que a dar una justificación del daño que el retardo del pago de la suma le ha causado.²⁰¹

Lo señalado por Pothier se traduce en que, bajo esta suma alzada, no se tendrían en cuenta ni la magnitud del daño patrimonial o extrapatrimonial causado, ni los factores atributivos de responsabilidad, dolo o culpa (atendiendo a la graduación del daño). Dicha premisa no ha sido recogida de manera absoluta en nuestro ordenamiento en tanto, pese a la indemnización tasada se le permite al acreedor perjudicado, con previo acuerdo, que demuestre un daño mayor, ulterior.²⁰²

Por último, la doctrina europea, italiana y española han remarcado la necesidad de una regulación especial respecto del incumplimiento de las obligaciones pecuniarias, tomando en consideración el tráfico mercantil del dinero y su función transcendental:

Las prestaciones pecuniarias tienen una sensibilidad especial ante los principios del orden público económico y sus variaciones, pero sobre todo en que el dinero, objeto principal de dichas prestaciones, tiene una función transcendental en nuestra sociedad,

¹⁹⁹ Robert Joseph Pothier fue un jurista francés cuyos tratados referidos a diversas materias del Derecho Civil ejercieron una influencia directa y considerable en el Derecho.

²⁰⁰ Gema Díez-Picazo, “La Mora”, 653.

²⁰¹ *Ibid.*, 654.

²⁰² Palacios, *Teoría*, 246.

económica y jurídica, ya que este sirve como unidad de medida de valor, como módulo para establecer el valor de las cosas, bienes o servicios (materia social), y como instrumento de intercambio, destacándose la posibilidad de adquisición que el dinero confiere a su titular.²⁰³

Teniendo en cuenta dicho sustento, ante su eventual incumplimiento, la indemnización pertinente debe plasmarse en una cantidad de dinero inmediatamente cuantificable a través de los intereses correspondientes, lo cual trae como consecuencia la inclinación del ordenamiento en el establecimiento *ex-lege* de un criterio anticipado de liquidación del daño.²⁰⁴

Por último, resulta necesario distinguir los efectos que se han establecido por el incumplimiento de las prestaciones pecuniarias, de aquella obligación que origina el devengo de intereses por el goce o uso del dinero. En ambos casos se trata de intereses calculados en virtud de una suma de dinero, no obstante, su fundamento jurídico es distinto y será analizado a profundidad en el siguiente apartado.

2.3 Pago de interés

Habiendo concluido que ante el incumplimiento de las obligaciones pecuniarias la norma ha establecido el devengamiento de un interés automático a modo de resarcimiento de daños por la demora, corresponde analizar el interés moratorio y su contraposición, el interés compensatorio; los cuales son los dos tipos de interés que, según su finalidad, recoge el código civil.

2.3.1 Naturaleza jurídica de los intereses

Nuestro código civil no define la noción de interés, opta por precisar las clases en que los intereses se pueden dividir según la finalidad que estos persiguen y según la fuente en la que estos se originan. En ese sentido, será la doctrina quien le otorgará dicha definición.

Desde el punto de vista etimológico, interés significa: lo que importa. Otra corriente de la doctrina indica que la palabra “interés” proviene de los vocablos *inter ese*: lo que está o lo que se interpone entre lo entregado y lo percibido.²⁰⁵

Desde el punto de vista jurídico se debe señalar que no existe una postura unánime. Una parte de la doctrina afirma que el interés es un fruto civil del dinero el cual se origina por la privación de su dueño (el acreedor) y el disfrute del deudor. Esta corriente es seguida por doctrinarios como Barchi. Este último agrega respecto del interés que el género son los frutos

²⁰³ Carlos Vattier Fuenzalida, “Problemas de las obligaciones pecuniarias en el Derecho Español, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (1980). Citado en: Palacios, *Teoría*, 246.

²⁰⁴ Palacios, *Teoría*, 246.

²⁰⁵ Carlos Polanco Gutiérrez, *Código Civil Comentado*, Coord. Por: Manuel Muro Rojo y Manuel Alberto Torres Carrasco, Tomo VI, (Lima: Gaceta Jurídica, 2020), 498.

civiles y la especie es el interés; por lo que no todo fruto civil es interés. En ese sentido, al fruto y al interés lo define como un género y especie respectivamente.²⁰⁶

Contrario a lo señalado en el párrafo anterior, Enneccerus señala que el interés es el rendimiento de la obligación del capital, no puede nacer sin esta. Esta obligación es accesoria o secundaria a la principal. Así, al constituir el interés el rédito de un capital, entendiendo el capital en su acepción económica (como valor de cambio), permite explicar que si bien los intereses se expresan en general en sumas de dinero, es posible estipularse el pago de intereses en especie distinta al dinero. Esta última premisa hace posible que se puedan generar intereses tanto de obligaciones pecuniarias como no pecuniarias.²⁰⁷

Bajo la concepción de Enneccerus respecto de los intereses se tiene que, independientemente de la finalidad de los intereses, su naturaleza jurídica será siempre la misma: el de constituir un rendimiento por la aplicación debida o indebida de un capital; y que, en función del tiempo de aplicación dicho rédito tendrá la misma naturaleza que los debidos por la prestación principal. Cabe resaltar que dicha finalidad puede ser lucrativa, a través de la expectativa de ganancia por la aplicación de ese capital; o indemnizatoria, como satisfacción al acreedor por la privación indebida de la posibilidad de aplicación del capital.²⁰⁸

Pizarro y Vallespino señalan que el interés es la ganancia o beneficio que produce un capital dinerario. Estos autores siguen la posición de Llambías²⁰⁹, para quien el interés es el aumento paulatino propio de las deudas de dinero debido a su importe y del tiempo transcurrido, *prorrata temporis*.²¹⁰ Por último, Osterling y Castillo Freyre concluyen que el interés es un fruto nacido de una ficción jurídica y constituye el costo del dinero.²¹¹

Diez-Picazo propone una doble acepción jurídica para el interés:

En términos económicos se denomina “interés” al precio o remuneración que una persona ha de pagar por la utilización o disfrute de bienes de capital de pertenencia ajena. [...] En términos jurídicos, sin embargo, el concepto de interés es un concepto más estricto. Jurídicamente, son intereses las cantidades de dinero que deben ser pagadas por la utilización y el disfrute de un capital consistente también en dinero.²¹²

²⁰⁶ Luciano Barchi Velaochaga, “Las obligaciones dinerarias en el Código Civil Peruano”, *Revista Athina*, N°2 (2007): 83-123.

²⁰⁷ Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp y Martin Wolff, *Tratado de Derecho Civil. Derecho de las Obligaciones*, Vol. I, Tomo 2, (Barcelona: Casa Editorial, 1954), 53-54.

²⁰⁸ Gastón Fernández Cruz, “La Naturales Jurídica de los Intereses: Punto de Conexión entre Derecho y Economía”, N°45, *Revista Derecho* (1991): 201.

²⁰⁹ Jorge Joaquín Llambías fue un jurista, civilista, juez y docente argentino. Autor del “Tratado de Derecho Civil”.

²¹⁰ Ramon Pizarro y Carlos Vallespinos, *Instituciones de Derecho Privado Obligaciones*. Tomo I, 1° edición, (Buenos Aires: Hammurabi, 2006), 397.

²¹¹ Osterling, *Compendio*, 515.

²¹² Diez-Picazo, *Fundamentos*, 319.

Para los financistas, el interés en una definición simple es el costo de utilizar el capital (precio del dinero), ya sea que se encuentre expresado en términos dinerarios o en especie.²¹³ Desde un punto de vista económico, el interés es la cantidad de dinero que cobra un prestamista o acreedor a su deudor, por el uso del dinero durante determinado periodo de tiempo. Asimismo, la ingeniería económica indica que el interés es la manifestación del valor del dinero en el tiempo. Por último, desde una perspectiva de cálculo, el interés es el resultado de la diferencia entre una cantidad final de dinero y la cantidad original.²¹⁴

Los intereses no dejan de ser una figura en esencia económica con consecuencias jurídicas. En ese sentido, para Gastón Fernández Cruz, se trata de un punto de conexión entre el derecho y la economía. Este autor describe las diversas concepciones que los intereses reciben, las cuáles se consideran igualmente válidas. Entre dichas concepciones se tienen: a) como fruto de un capital; b) como precio del dinero; c) como remuneración por el sacrificio de la privación de un capital; d) como compensación por el no uso del dinero propio; e) como indemnización por su no disfrute; f) como rédito o rendimiento a favor del dueño del dinero por la privación temporal del dinero.²¹⁵

En conclusión, se puede definir al interés como el costo que tiene que asumir el deudor ya sea por obtener un dinero en préstamo y/o por incumplir con la devolución oportuna del dinero prestado y/o no cancelar una obligación. Cabe señalar que, actualmente, se prefiere definir al interés indicando que su característica principal es la representación del costo (coste) de oportunidad.

El costo de oportunidad es la alternativa a la que se renuncia por tomar determinada decisión y dicho costo puede estar referido a las ganancias, rendimientos y similares que se hubieran podido lograr si es que no se elegía una alternativa diferente. En el caso del dinero, el costo de oportunidad es aquel beneficio que dejó de obtener el acreedor por permitir que terceros hagan uso de un dinero. Entonces, el costo de oportunidad es el “valor de la mejor opción no seleccionada” y son los recursos que uno puede ganar si pone a “trabajar su dinero”. En ese sentido, cuando el acreedor cobra intereses por el uso de su propio dinero por un tercero, lo hace pensando en el mejor beneficio que le depare su decisión.²¹⁶

²¹³ Eduardo Court, Erick Rengifo y Enrique Zabos, *Teoría del Interés. Métodos cuantitativos para finanzas*, Tomo I, (Buenos Aires: Cengage Learning, 2013), 4.

²¹⁴ Leland Blank y Anthony Tarquin, *Ingeniería económica*, 7^o edición, (Ciudad de México: Mc Graw Hill, 2012), 10.

²¹⁵ Gastón Fernández Cruz, “La Naturaleza Jurídica de los Intereses: Punto de Conexión entre Derecho y Economía”, N^o45, *Revista Derecho* (1991): 189.

²¹⁶ Polanco, *Código*, 499-500.

2.3.2 *Los intereses moratorios y compensatorios*

Tanto los intereses moratorios como los compensatorios se encuentran regulados en el artículo 1242° del código civil: “el interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien. Es moratorio cuando tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago”.

Respecto de la regulación de los intereses, Gastón Fernández Cruz considera que el texto legal peruano ha admitido, en cuanto a su clasificación, dos criterios: de origen y finalidad; sin que dicha clasificación sea incompatible una con otra. En otras palabras, se tiene que la legislación peruana ha clasificado a los intereses de acuerdo a la fuente en dónde se originan: convencional y legales; así como, de acuerdo a la finalidad que persiguen: compensatorios y moratorios. De esta manera, los intereses, siendo de origen convencional o legal, pueden comportarse con una naturaleza compensatoria o moratoria; no siendo términos excluyentes unos con otros.²¹⁷

La norma señala que el interés será compensatorio cuando constituya la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien y, será moratorio cuando tenga por finalidad indemnizar la mora en el pago. En otras palabras, mientras el interés compensatorio le proporciona al acreedor un lucro, beneficio o ganancia y una compensación por el uso de un capital. El interés moratorio, en cambio, repara los daños y perjuicios que el retraso culpable o doloso en el pago pudiera causar.²¹⁸

Los intereses compensatorios, a diferencia de los intereses moratorios, tienen su fundamento en el propio goce de la suma de dinero, en la propia productividad del dinero. Este tipo de intereses para devengarse requieren del vencimiento de la deuda, pero no necesariamente su efectiva exigencia.²¹⁹ El interés compensatorio tiene como propósito restablecer el equilibrio patrimonial, impidiendo el enriquecimiento indebido en favor de una parte e imponiendo, a quien aprovecha el uso del dinero o cualquier otro bien, una retribución adecuada por dicho uso. En suma, cumplen una función económica de retribuir el uso de un capital ajeno.²²⁰

En cuanto al devengamiento, el interés compensatorio es un tipo de interés que para que se genere es necesario se haya pactado ya sea al momento de contraerse la obligación o

²¹⁷ Fernández, “La Naturaleza”, 180.

²¹⁸ Osterling, *Compendio*, 516-517.

²¹⁹ Gema Díez-Picazo, “La Mora”, 651.

²²⁰ Osterling, *Compendio*, 518.

posteriormente. Dicho interés podrá devengarse a partir de la fecha pactada por las partes, o en su defecto, desde que se contrajo la obligación hasta el día del pago.²²¹

Ahora bien, respecto del interés moratorio, nuestro código civil peruano en el segundo párrafo del artículo 1242° establece que este tipo de interés tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago. En otras palabras, los intereses moratorios son aquellos que cumplen la función económica de reparar el retardo en la ejecución de una obligación.²²²

A diferencia del interés compensatorio, el interés moratorio no necesita de un pacto previo para su existencia. En ese sentido, para que el interés moratorio exista y comience a devengar solo será suficiente para el acreedor que el deudor haya constituido en mora, ya sea por intimación del primero (judicial o extrajudicial) o por la existencia de una cláusula de mora automática.²²³ Además, para su devengamiento resulta necesario que concurren los siguientes requisitos: que la deuda principal sea cierta, líquida, se encuentre vencida e impaga. En otras palabras, que dicha deuda se conozca en su existencia y cuantía.²²⁴

2.4 El interés moratorio y la indemnización de daños y perjuicios en las obligaciones pecuniarias

Entre el interés moratorio y la mora existe una estrecha relación. Como se señaló previamente la mora es el incumplimiento tardío, lo que la diferencia del incumplimiento total el cual implica una imposibilidad de cumplimiento. No obstante, la tardanza en el cumplimiento ha generado un daño en la persona que no ha visto satisfecha su pretensión; por tanto, dicho cumplimiento trae como consecuencia la responsabilidad de resarcir los daños y perjuicios causados por dicha tardanza.

Ahora bien, en el caso de las obligaciones pecuniarias el resarcimiento de daños y perjuicios por incurrir en mora se ha equiparado al pago de intereses, que no son otros que los moratorios. La doctrina civil no ha ahondado demasiado sobre el fundamento jurídico detrás de la equiparación normativa que hace el legislador de la indemnización de daños y perjuicios con los moratorios en el caso de mora en las obligaciones pecuniarias. Entre algunos de los doctrinarios que abordaron la naturaleza indemnizatoria de los intereses moratorios se tiene a Manresa, Borrell Soler, entre otros.

Manresa señala que los intereses moratorios en las obligaciones pecuniarias constituyen una excepción dentro de las reglas generales de responsabilidad, puesto que la prueba es fácil

²²¹ Ibid.

²²² Ibid.

²²³ Polanco, *Código*, 501.

²²⁴ Osterling, *Compendio*, 520.

ya que tanto la determinación como procedencia de la indemnización se encuentra establecida en la ley. Señala que los intereses son una forma especial de indemnización de daños y perjuicios. El interés legal sustituye a la indemnización a la que equivale, o en su defecto la indemnización especialmente pactada por la voluntad de las partes sustituye al interés legal; en principio incompatibles uno y otro entre sí, salvo pacto expreso en contrario.²²⁵

Borrell Soler no profundiza sobre la naturaleza de esta equiparación limitándose a señalar que cuando la obligación es pecuniaria se presume *iuris et de iure* que la indemnización por retardo consiste en el pago de intereses de dicha cantidad de dinero.²²⁶ Por último, la posición del profesor Cano señala que la equiparación entre los intereses y la indemnización responde a una “indemnización tasada”; no obstante, a pesar de la redacción clara respecto de los intereses moratorios se plantea la siguiente duda: ¿el pago de intereses es o pretenden ser un remplazo de la indemnización?²²⁷

El doctrinario Cano señala que si el pago de los intereses moratorios bajo una “indemnización tasada” sustituyese a la indemnización, cuando la satisfacción de los intereses no llegue a cubrir la totalidad de la lesión causada en el patrimonio del acreedor, este último no podría conseguir una indemnización por el daño que se quede sin cobertura, lo cual supondría una consecuencia excesivamente injusta. En ese sentido, se concluye que resultaría lógico concluir que la indemnización de interés “tasada” es una “indemnización de mínimo” cuya ventaja principal es obtener la indemnización por la integridad del daño y que el acreedor no tenga que demostrar la realidad del perjuicio. Dicha afirmación, además, encontraría su sustento en el principio seguridad jurídica.²²⁸

De todo lo señalado se concluye que los intereses moratorios tienen una naturaleza indemnizatoria. Es decir, los intereses moratorios tienen por objetivo indemnizar el daño causado por la demora en el cumplimiento de la obligación pecuniaria pactada. Ahora bien, teniendo en cuenta dicha naturaleza indemnizatoria, corresponde analizar qué daño es el que busca resarcir.

2.4.1 Pérdida de oportunidad o chance

Los intereses, sean moratorios o compensatorios, representan en términos económicos un costo de oportunidad que debe ser indemnizado. Dicho costo, a diferencia del interés

²²⁵ José Bonet Correa, “La indemnización por mora en las obligaciones pecuniarias”, *Anuario de derecho civil*, vol. 32 (1979): 376.

²²⁶ Antonio Borrell Soler, *Instituciones de Derecho Civil español*, Tomo II, (Madrid: Cossío y Gullón, 1959), 33 y ss.

²²⁷ Cano, “La Mora”, 112.

²²⁸ *Ibid.*

compensatorio que representa al dinero dejado de percibir por permitir su uso a terceros, respecto del interés moratorio representa la pérdida de oportunidad de hacer uso del dinero debido por la demora en el cumplimiento.

En otras palabras, los intereses moratorios surgen por la privación de un capital. Dicha privación ocasiona que el acreedor sufra de un desmedro en su capacidad económica y la pérdida de la oportunidad de celebrar otros contratos o cumplir con otras obligaciones; lo cual se denomina pérdida de chance.²²⁹

La doctrina civil define al daño por pérdida de la oportunidad, o pérdida de chance, como la concurrencia de un comportamiento antijurídico realizado por un tercero y la existencia de la probabilidad de conseguir un resultado que se vio frustrado por el actuar de dicho tercero. En ese sentido, no basta que exista un comportamiento contrario al pactado; sino que la probabilidad de conseguir dicha expectativa debe estar rodeada de idoneidad. No corresponde resarcir el daño a probabilidades inciertas, improbables o efímeras.²³⁰

En los supuestos de pérdida de oportunidad el daño es la “chance”, la oportunidad misma entendida como la posibilidad de un beneficio probable y futuro. El daño no aparece como sustitución del resultado final sino por la sola frustración de la esperanza probable.²³¹ Según Trigo Represas, la oportunidad que se pierde en estos casos es un daño cierto en grado de probabilidad. Así, el daño no es la lesión finalmente producida sino la mera frustración de las posibilidades de alcanzar un resultado pretendido.²³²

La pérdida de oportunidad es una modalidad de daño en que coexisten un elemento de certeza y uno de incertidumbre. Para Zavala de Gonzáles:

La pérdida de oportunidad constituye, entonces, una particular modalidad de daño caracterizada porque en ella coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre: la certeza de que en caso de no haber mediado el hecho dañino el damnificado habría conservado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar una pérdida para su patrimonio y la incertidumbre, definitiva ya, en torno de si habiéndose mantenido la situación fáctico y/o jurídica que constituía presupuesto de la oportunidad, realmente la ganancia se habría obtenido o la pérdida se hubiera evitado.²³³

²²⁹ Adriano de Cupis, *El daño: Teoría General de la Responsabilidad Civil*, (Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik, 2021), 318-319.

²³⁰ María Jesús Gallardo, “Causalidad probalística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: La doctrina de la pérdida de oportunidad”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, N°45-46 (2015): 36.

²³¹ *Ibid.*, 39.

²³² Félix Trigo Represas, *Pérdida de Chance*, (Buenos Aires: Editorial Astrea, 2008), 263.

²³³ Matilde Zavala de González, *Resarcimiento de daños. Daños a las personas*, (Buenos Aires: Hammurabi, 1990), 274.

En otras palabras, a pesar de existir un grado de incertidumbre hay en este tipo de daño algo actual, cierto e indiscutible consistente en la efectiva pérdida de la probabilidad de lograr un beneficio o de evitar un detrimento. No cabe duda de que “*esa oportunidad*” está definitivamente pérdida, dicha situación es irreversible. Por lo tanto, hay un daño cierto solo desde el punto de vista de la certeza de la probabilidad irremediamente truncada. Esa probabilidad tiene un determinado valor que, aunque resulta difícil de cuantificar, debe ser reparada.²³⁴

Un ejemplo para analizar la pérdida de chance sería el caballo de carrera que pierde la oportunidad de participar en la carrera. La pregunta que corresponde hacerse es ¿necesariamente si el caballo corría la carrera, hubiese ganado? La respuesta es negativa; lo que existe es que si el caballo corría existía una menor o mayor probabilidad de ganar.

Ahora bien, en el caso de la demora en cumplimiento en el pago de lo debido, el acreedor ha sufrido una pérdida de oportunidad que debe ser indemnizado: la oportunidad de recibir un ingreso en la forma y oportunidad pactada. En otras palabras, los intereses moratorios buscan indemnizar dicha privación del capital durante la fase de incumplimiento, resarcir las ganancias frustradas. En ese sentido, los intereses moratorios buscan indemnizar la pérdida de oportunidad sufrida por el acreedor en consecuencia de la mora del deudor.

Por último, se tiene que para un sector de la doctrina, el pago de intereses solo logrará su propósito si con dicho pago la situación del acreedor es la misma en la que hubiera encontrado de no haber pactado ningún contrato.²³⁵ Así, se debe considerar que, con el cumplimiento tardío del deudor, no solo el acreedor ha visto frustrada la oportunidad de recibir un potencial ingreso; sino que también ha visto frustrada la oportunidad de celebrar otros contratos además de los gastos y costos adicionales que deberá incurrir como consecuencia de dicha oportunidad frustrada. En ese sentido, se trata de daños inmediatos y futuros que deben ser resarcidos.

2.4.2 Pago de interés por mora en nuestro código civil

Respecto a los intereses moratorios, el código civil ha establecido que este tipo de intereses podrán pactados de manera convencional o por determinación de la ley. La aplicación de intereses moratorios se encuentra regulada a partir del artículo 1242° y siguientes del código civil. Así, en caso se haya pactado por acuerdo de las partes deberá observarse lo regulado en el artículo 1243° del código civil y en caso las partes no hayan pactado nada respecto del

²³⁴ Ibid.

²³⁵ Robert Cooter y Thomas Ulen, *Derecho y Economía*, Traducido por: Eduardo L. Suarez (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2016), 293-294.

devengamiento de interés moratorio se deberá observar el artículo 1246° y el artículo 1324° del código civil.

Sobre el interés moratorio convencional el código civil en el artículo 1243° ha regulado: “La tasa máxima del interés convencional compensatorio o moratorio, es fijada por el Banco Central de Reserva del Perú. Cualquier exceso sobre la tasa máxima da lugar a la devolución o la imputación al capital, a voluntad del deudor”.

En caso no se haya pactado el interés moratorio, deberá aplicarse el artículo 1246° del código civil: “Si no se ha convenido el interés moratorio, el deudor solo está obligado a pagar por causa de mora el interés compensatorio pactado y, en su defecto, el interés legal”. Es decir, si las partes no hubieren pactado una tasa de interés moratorio, y se tratase de obligaciones en las que se haya pactado un interés compensatorio regirá dicha tasa, adquiriendo a partir del incumplimiento la calidad de interés moratorio.

Siguiendo con lo señalado en el artículo 1246° analizado en el párrafo anterior, en caso no se haya pactado un interés compensatorio ni un interés moratorio, ante el incumplimiento se devengará un interés legal en calidad de interés moratorio, siendo de aplicación lo señalado en el artículo 1324° del código civil. Es decir, en la aplicación de dicha tasa de interés legal, no se le requerirá al acreedor que pruebe haber sufrido el daño por la mora.

El civilista Cárdenas Quirós concluye que los artículos 1246° y 1324° son normas vinculadas, dando a entender que ambos artículos tendrían una relación género-especie, siendo el género el artículo 1236° del código civil y la especie el artículo 1324°.²³⁶ Esta opinión es compartida por Osterling Parodi y Castillo Freyre que concluyen que en la mora de obligaciones pecuniarias pueden observarse tres posibilidades:²³⁷

a) Pacto de interés compensatorio, pero no moratorio: en este supuesto el interés compensatorio continuará devengándose en calidad de interés moratorio. No obstante, si el interés compensatorio es menor al interés legal determinado según el BCRP, se aplicará este último.

b) Inexistencia de interés compensatorio y pacto de interés moratorio: en este supuesto el interés moratorio aplicable es el que establecen la partes con los límites regulados en el artículo 1243° del código civil, en caso de que no se haya fijado una tasa de interés, se aplicará el interés legal.

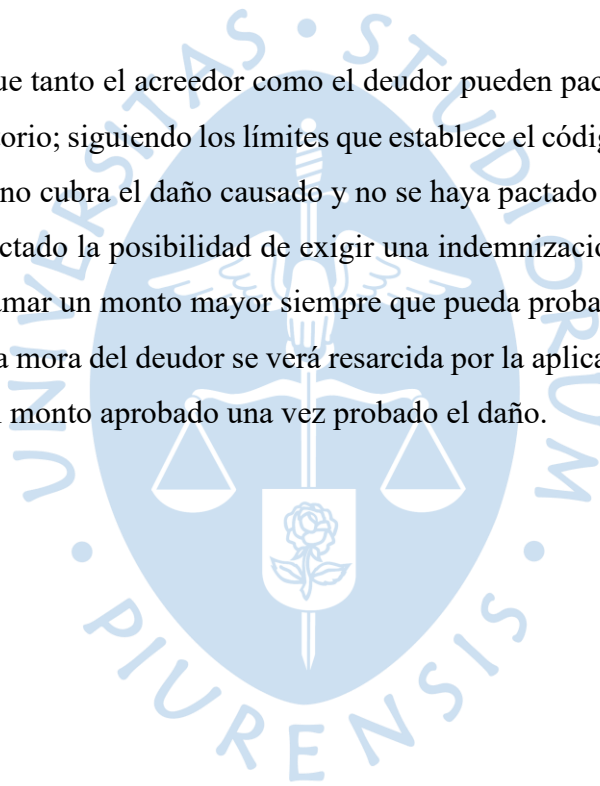
²³⁶ Carlos Cárdenas Quirós, *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*, Tomo II, (Lima: Librería Studium, 1991), 249.

²³⁷ Felipe Osterling y Mario Castillo-Freyre, *Tratado de las Obligaciones*, Vol. VXI, Segunda Parte, Tomo VI (Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, 1996), 202.

c) No se ha pactado ni interés compensatorio ni moratorio (en caso de ser una obligación diferente al mutuo dinerario): en este supuesto se pagará desde el momento de la mora el interés legal.

En conclusión, tal y como el legislador ha regulado la aplicación de los intereses moratorios, ellos cumplen la función de sustituir a la indemnización por daños y perjuicios causados por la mora del deudor en cuanto al pago. Es así que el código civil ha regulado que, ante el incumplimiento de las obligaciones, se tendrá derecho al pago de intereses moratorios. No obstante, teniendo en cuenta la naturaleza de la obligación que se incumple (pecuniaria o dineraria), por seguridad jurídica se ha optado por establecer una indemnización mínima que no necesita la probanza del daño ni del perjuicio: el interés legal. Dicha tasa que se computa sin necesidad de pactarse.

Cabe señalar que tanto el acreedor como el deudor pueden pactar previamente una tasa mayor de interés moratorio; siguiendo los límites que establece el código civil. Además, en caso la tasa de interés legal no cubra el daño causado y no se haya pactado la aplicación de una tasa mayor, la norma ha pactado la posibilidad de exigir una indemnización por daño ulterior. Así, el acreedor podrá reclamar un monto mayor siempre que pueda probar el daño. En dicho caso, la indemnización por la mora del deudor se verá resarcida por la aplicación de la tasa de interés mayor pactada o por el monto aprobado una vez probado el daño.



Capítulo 3

¿Los intereses moratorios son conceptos gravados con el impuesto a la renta?

Habiendo analizado la teoría general del impuesto a la renta y la naturaleza jurídica de los intereses moratorios en las obligaciones de dar suma de dinero; en el presente capítulo corresponde concluir el objeto de estudio del presente trabajo de investigación. En ese sentido, en este capítulo se buscará obtener la respuesta al tratamiento tributario que se le debe dar a los intereses moratorios, partiendo desde la premisa que “a través de ellos se busca indemnizar la mora incurrida por el deudor en cuanto cumplimiento de la obligación pecuniaria”.

3.1 Ingresos por indemnizaciones

En el plano jurídico, la indemnización de daños y perjuicios se traduce como la distribución del costo del daño que se originó en el marco de una obligación de indemnizar a cargo del responsable. La tutela resarcitoria está dirigida a garantizar la esfera de un sujeto siempre que se ha verificado el elemento del daño. Dicha tutela se materializa a través de la obligación de resarcimiento a cargo de quien se haya declarado responsable.²³⁸

Desde un punto de vista tradicional, la indemnización de daños y perjuicios consiste “en el pago de una suma de dinero equivalente al daño sufrido por el damnificado en su patrimonio”.²³⁹ Dicho resarcimiento se manifiesta a través del nacimiento de una nueva obligación: la de indemnizar; esta obligación se caracteriza por ser subsidiaria y accesorio, tratándose de la inejecución de una obligación.²⁴⁰

La acción de indemnizar es aquella por medio de la cual se busca colocar a una persona, en cuanto sea posible, en la misma situación en que se encontraría si no hubiera ocurrido el acontecimiento que obliga a la indemnización. La indemnización de daños y perjuicios se traduce generalmente en el pago de una suma de dinero; en tanto el dinero es el denominador común de cualquier valor económico.²⁴¹

El artículo 1101° del código civil señala que “quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquellas”.

²³⁸ Gastón Fernández Cruz, *Introducción a la responsabilidad civil*, Colección Lo Esencial del Derecho, Primera Edición, (Lima: Fondo Editorial PUCP, 2020), 197-198.

²³⁹ Jorge Bustamante Alsina, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Quinta Edición, (Buenos Aires: Albedero-Perrot, 1987), 66.

²⁴⁰ *Ibid.*, 67-68.

²⁴¹ Felipe Osterling Parodi, La indemnización de Daños y Perjuicios, En: *Libro Homenaje a José León Barandiarán*, (Lima: Cultural Cusco, 1985), 397-401.

Para que se genere la obligación de indemnizar se requiere la concurrencia de tres elementos:²⁴²

- a) Elemento Objetivo: La inexecución de la obligación.
- b) Elemento Subjetivo: La imputabilidad del deudor, el vínculo de causalidad entre el dolo y la culpa y el daño.
- c) El daño, solo existe responsabilidad del deudor cuando la inexecución ha causado un daño al acreedor.

Respecto del primer elemento, ya se ha desarrollado a fondo en el capítulo II, por lo que no requiere mayores comentarios. Ahora bien, sobre la imputabilidad del deudor se tiene que para que el daño sea imputable debe existir un nexo causal entre la acción o la omisión del deudor y la inexecución de la obligación. Para efectos indemnizatorios solo interesa aquel daño que constituye una consecuencia del hecho o de la omisión que se obliga a reparar.²⁴³

La imputabilidad del deudor está vinculada a factores como los siguientes: el deudor que por ausencia de culpa ha sido exonerado de la responsabilidad de indemnizar, el deudor que no haya constituido en mora, el deudor exonerado de responsabilidad por pacto entre las partes o porque así lo señala la ley no estará obligado a indemnizar por los daños y perjuicios resultantes del incumplimiento. Dicha exoneración debe ser acreditada y dicha prueba de exoneración de responsabilidad le corresponde al deudor.²⁴⁴

El tercer elemento, el daño, es todo detrimento que sufre una persona por la inexecución de la obligación. El daño para poder exigir su resarcimiento debe ser cierto, no eventual ni hipotético. El daño es sinónimo de perjuicio. Para que exista la obligación de resarcir es necesario que el incumplimiento produzca un perjuicio; dicho daño debe probarse. Para declarar la responsabilidad de indemnizar no basta con comprobar judicialmente la infracción de la obligación, es necesario demostrar la existencia de daños y perjuicios.²⁴⁵

Los requisitos previos se exigen en la mayoría de los casos, salvo excepciones como es el pago de intereses moratorios en virtud del artículo 1324° del código civil. Dicho artículo, como se señaló previamente, consiste una indemnización tasada, preestablecida; que no requiere se acredite el elemento del daño; este se presume una vez acreditada la inexecución de la obligación y la constitución en mora del deudor (salvo haya ocurrido una mora automática).

²⁴² Ibid., 398.

²⁴³ Ibid., 399.

²⁴⁴ Ibid.

²⁴⁵ Ibid., 400-401.

De todo lo señalado hasta ahora se tiene que la indemnización de daños y perjuicios es una transacción económica por medio de la cual se busca resarcir un daño. Así, al constituir una transacción económica, esta obligación, causa impactos en los resultados del ejercicio del afectado. Por lo tanto, corresponde analizar si los ingresos que pueda llegar a tener el afectado se encuentra gravado con el impuesto a la renta.

3.1.1 Interpretación del artículo 3° de la ley del impuesto a la renta

El artículo 3° de la ley del impuesto a la renta respecto al ingreso por indemnizaciones lo siguiente:

Los ingresos provenientes de terceros que se encuentran gravados por esta ley, cualquiera sea su denominación, especie o forma de pago son los siguientes:

a) Las indemnizaciones en favor de empresas por seguros de su personal y aquellas que no impliquen la reparación de un daño, así como las sumas a que se refiere el inciso g) del artículo 24°. ²⁴⁶

b) Las indemnizaciones destinadas a reponer, total o parcialmente, un bien del activo de la empresa, en la parte en que excedan del costo computable de ese bien, salvo que se cumplan las condiciones para alcanzar la inafectación total de esos importes que disponga el reglamento.

En general, constituye renta gravada de las empresas, cualquier ganancia o ingreso derivado de operaciones con terceros, así como el resultado por exposición a la inflación determinado conforme a la legislación vigente. También constituye renta gravada de una persona natural, sucesión indivisa o sociedad conyugal que optó por tributar como tal, cualquier ganancia o ingreso que provenga de operaciones realizadas con instrumentos financieros derivados.

Asimismo, los incisos e) y f) del artículo 1° del Reglamento de la ley del impuesto a la renta señalan aquellos casos en los ingresos por indemnización no califican como renta:

A fin de determinar los ingresos comprendidos en el ámbito de aplicación del Impuesto a la Renta, se aplicarán las siguientes reglas:

[...] e) Para efecto del inciso a) del Artículo 3 de la Ley no se consideran ingresos gravables a la parte de las indemnizaciones que se otorgue por daños emergentes.

²⁴⁶ Artículo 24°. – Son rentas de segunda categoría:

[...] g) La diferencia entre el valor actualizado de las primas o cuotas pagadas por los asegurados y las sumas que los asegurados entreguen a aquellos al cumplirse el plazo estipulado en los contratos dotales de seguro de vida y los beneficios o participaciones en seguros sobre la vida que obtengan los asegurados.

f) En los casos a que se refiere el inciso b) del Artículo 3 de la Ley no se computará como ganancia el monto de la indemnización que, excediendo el costo computable del bien, sea destinado a la reposición total o parcial de dicho bien y siempre que para ese fin la adquisición se contrate dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que se perciba el monto indemnizatorio y el bien se reponga en un plazo que no deberá exceder de dieciocho (18) meses contados a partir de la referida percepción.

En casos debidamente justificados, la SUNAT autorizará un mayor plazo para la reposición física del bien. Asimismo, está facultada a autorizar, por única vez, en casos debidamente acreditados, un plazo adicional para la contratación de la adquisición del bien.

3.1.1.1 Hechos imponderables que regulan el artículo 3° la ley del impuesto a la renta.

El hecho imponderable es un hecho jurídico con relevancia económica, que no es lo mismo que un hecho económico. El hecho jurídico viene a ser aquel suceso, situación o conjunto de ellos que han sido juridizados por la incidencia de una norma jurídica y que al habersele otorgado eficacia jurídica irradian sus propios efectos jurídicos. Dichos efectos pueden ser preliminares o definitivos.²⁴⁷

El hecho imponderable se distingue de la hipótesis de incidencia, en un sentido general, en tanto el primero es un hecho efectivamente ocurrido mientras que la hipótesis de incidencia es una representación abstracta e hipotética de un hecho que la norma prevé ocurrirá.²⁴⁸ El doctrinario Geraldo Ataliba explica las diferencias entre la figura de la hipótesis de incidencia y el hecho imponderable de la siguiente manera:

La hipótesis de incidencia no solo es la descripción del presupuesto de hecho, sino también compone los criterios para la determinación de los sujetos, la base imponible y la alícuota. Por otro lado, el hecho imponderable no solo es entendido como aquel hecho acaecido en el mundo jurídico por efecto de la incidencia, sino también el efecto jurídico mediato de la incidencia, vale decir la propia obligación tributaria.²⁴⁹

Ahora bien, respecto del artículo 3° de la ley del impuesto a la renta antes descrito habrá que determinar qué hechos imponderables recoge a fin de concluir qué hechos económicos se encuentran gravados bajo dicha norma y cuáles son los que se encuentran excluidos de su gravamen (inafectos).

²⁴⁷ Bravo, *Fundamentos*, 157.

²⁴⁸ *Ibid.*, 157-158.

²⁴⁹ Geraldo Ataliba, "Hipótesis de Incidencia Tributaria", *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario* (1987): 86-87.

En un sentido literal de la norma se tiene que, se encontrarán gravados con el impuesto: las indemnizaciones realizadas por seguros en favor de las empresas, las destinadas a reponer (total o parcialmente) un bien del activo de la empresa; y, en general, toda aquellas que no impliquen la reparación de un daño. A contrario sensu, se encontrarán gravados aquellos ingresos que impliquen el resarcimiento de un lucro cesante. Asimismo, el reglamento complementa señalando que no se consideran ingresos gravables con impuesto a la renta a la parte de las indemnizaciones que resarzan un daño emergente.

Es así que, independientemente del hecho o derecho que originó la indemnización, tanto el inciso a) como el b) del artículo 3° de la ley del impuesto a la renta señalan que, el hecho imponible se encuentra relacionado al motivo por el que se otorga la indemnización: daño emergente o lucro cesante. Dicho de otra forma, independientemente de si la indemnización se originó como objeto principal de un contrato o como consecuencia del incumplimiento de uno, dicho ingreso se encontrará gravado por el impuesto a la renta dependiendo de qué clase de daño se está resarcando.

No obstante, debido a que la norma tributaria no recoge una definición respecto a qué se entiende por daño emergente y lucro cesante para el impuesto a la renta, para poder identificar cuándo se trata de un ingreso gravable con este impuesto, habrá que recurrir a normas y doctrina civil.

3.1.2 Daño emergente y lucro cesante

Como se señaló previamente, la indemnización, para ser completa tiene que comprender todo lo necesario para colocar al acreedor en la misma situación jurídica en que se encontraría si la obligación hubiese sido cumplida en los términos acordados. Bajo ese argumento, es que el acreedor tiene el derecho a exigir tanto las pérdidas sufridas como las utilidades frustradas.²⁵⁰

La inexecución de una obligación puede generar tanto daños patrimoniales como extrapatrimoniales. Respecto a los daños patrimoniales, la doctrina civil, incluye tanto el daño emergente como el lucro cesante. El daño emergente está referido a la disminución patrimonial que sufre una persona y comprende tanto a los desembolsos que haya realizado o en el futuro sean necesarios realizar, causados por los hechos de los cuales trata de imputarse la responsabilidad. Por otro lado, el lucro cesante está conformado por todas las ganancias ciertas que han dejado de percibirse o que se recibirán luego.²⁵¹

²⁵⁰ Osterling, La indemnización, 403.

²⁵¹ Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia de la República, Casación, Sentencia N°1379-2009, Lima, Fundamento Cuarto.

Osterling señala respecto a los daños patrimoniales que:

Las pérdidas que sufre el acreedor como consecuencia de la inejecución de la obligación corresponden al daño emergente y las utilidades que deja de percibir, con motivo de la misma inejecución, corresponden al lucro cesante. El daño emergente es el empobrecimiento del patrimonio del acreedor. El lucro cesante corresponde al legítimo enriquecimiento que se frustró.²⁵²

El doctrinario Fernández Cruz concluye que los daños de causalidad material económica pueden clasificarse en daño emergente y lucro cesante. El daño emergente es definido como consecuencia directa y súbita del daño; representa la pérdida de una utilidad que ya poseían en forma previa antes de que se configure el daño. Por otra parte, el lucro cesante representa la pérdida de una utilidad que el damnificado presumiblemente conseguiría de no haber ocurrido el incumplimiento; se trata entonces de una utilidad que al momento de verificarse el daño no existía en el patrimonio del afectado, pero que era previsible que, de no haber ocurrido dicho incumplimiento, razonablemente se hubiera obtenido.²⁵³

Ahora bien, para que el daño sufrido sea considerado como indemnizable debe cumplir ciertos requisitos, que son: certeza, subsistencia, especialidad e injusticia. No obstante, para la problemática respecto de los intereses y el impuesto a la renta, solo será necesario analizar la certeza como un requisito del daño resarcible.

En el daño emergente, se debe comprobar la pérdida de una utilidad que ya se poseía antes de verificar la ocurrencia del daño. En otras palabras, en el caso del daño emergente se debe acreditar, bajo cualquier medio de prueba, la efectiva existencia de una utilidad al momento del daño y su subsecuente pérdida. La prueba debe estar dirigida a acreditar la existencia del daño que sustrae una entidad que la víctima ya tenía al momento de ocurrir el daño.²⁵⁴

El lucro cesante, al ser la pérdida de una ganancia que presumiblemente se iba a obtener, se exige que se acredite, a partir del decurso lógico de los hechos, que se ha impedido que se perciba una determinada ganancia. En otras palabras, la certeza se reclama desde el plano de la certeza lógica. Se debe probar, bajo un criterio de normalidad y razonabilidad, que debido al hecho dañino se dejó de percibir una utilidad. Constituye un principio básico para su determinación que se delimite por un juicio de probabilidad, en dónde la certeza no está referida

²⁵² Osterling, *La indemnización*, 403.

²⁵³ Fernández, *Introducción*, 119-120.

²⁵⁴ *Ibid.*, 75-76.

a la falta de ganancia en sí, sino a los presupuestos y requisitos necesarios a fin de que tal lucro se produzca.²⁵⁵

De todo lo señalado anteriormente, se tiene que la indemnización por daño emergente tiene un carácter reparatorio de la esfera jurídica patrimonial del agraviado; busca recomponer su patrimonio lesionado. Por el contrario, el lucro cesante busca remplazar a la ganancia frustrada que de haberse generado incrementaría el patrimonio de la víctima.²⁵⁶

El impuesto a la renta tiene como objeto de gravamen las manifestaciones de riqueza, es decir la obtención y generación de renta de acuerdo con las teorías de rentas recogidas por el legislador. Es así que, guarda sentido que la ley del impuesto a la renta no grave las indemnizaciones que resarcen un daño emergente. En este supuesto la indemnización no busca incrementar de ninguna forma el patrimonio ni genera un ingreso nuevo o riqueza; su único propósito es recomponer la situación patrimonial que existía antes de producirse el daño. Por último, se tiene que las indemnizaciones tampoco son ingresos que provengan de una fuente durable y susceptible de generar ingresos periódicos según la ley del impuesto a la renta; por tanto, no son ingresos gravables bajo la teoría renta-producto.

3.2 ¿Los intereses moratorios resarcen un lucro cesante o un daño emergente?

Habiendo concluido que, el interés moratorio sea convencional o legal busca indemnizar el daño producido por retraso en el cumplimiento, así como que dicho daño se encuentra conformado por la pérdida de oportunidad de recibir un ingreso y los demás daños que se ocasionaron a partir de dicha ganancia no recibida; corresponde determinar si los daños indemnizados corresponden a un daño emergente o lucro cesante.

3.2.1 *La pérdida de oportunidad resarce un lucro cesante o un daño emergente*

Un sector de la doctrina indica que la pérdida de chance es un subtipo de lucro cesante, porque, en el fondo, lo que se produce una pérdida de una ganancia. Bajo dicho análisis solo hay un mayor o menor grado de certidumbre a la verificación del resultado; no obstante, se trata de una ganancia dejada de percibir. Otro sector de la doctrina civil considera que dicha posición es errónea.²⁵⁷

Respecto a la pérdida de oportunidad, como se señaló en el capítulo anterior, uno de los elementos principales es que dicha pérdida es irreversible, definitiva; en otras palabras, la oportunidad de recibir dicho ingreso en los términos pactados ha sido irremediamente

²⁵⁵ Ibid.

²⁵⁶ Jorge Bravo, “Algunas reflexiones sobre los intereses moratorios y el impuesto a la renta”, en *Derecho Tributario, Reflexiones*, Edición Digital, (Lima: Crea Libros, 2018), 223-224.

²⁵⁷ Fernández, *Introducción*, 75-76.

truncada por la mora del deudor. Esta circunstancia diferencia a la pérdida de oportunidad de un lucro cesante; pues se trata de un daño efectivamente producido.

En el lucro cesante, el reclamo del sujeto perjudicado se basa en un mayor grado de seguridad en cuanto a las probabilidades de haber obtenido esa ganancia que se da por descontada que de no haberse producido el hecho frustrante se habría alcanzado; en la pérdida de oportunidad hay un “álea” que disminuye las posibilidades de obtener dicha ganancia. Además, en el lucro cesante siempre existirá una ganancia dejada de percibir; por el contrario, la pérdida de oportunidad puede estar conformada por una ganancia frustrada, la frustración de una posibilidad de evitar un perjuicio y otros gastos relacionados.²⁵⁸

En igual sentido, Osterling Parodi señala que mientras el lucro cesante tiene por objetivo indemnizar las ganancias que se habrían percibido de no haberse verificado el acto dañoso, la pérdida de la chance va un poco más atrás; esta última protege las oportunidades de obtener ganancias futuras que se generaron en la esfera patrimonial del agravado. El lucro cesante indemniza la pérdida de los beneficios que de manera ordinaria se habrían obtenido. En cambio, la pérdida de oportunidad indemniza la probabilidad misma.²⁵⁹

Por otro lado, el lucro cesante no busca indemnizar la pérdida de una mera expectativa o probabilidad de beneficios económicos futuros, sino el daño que supone privar al patrimonio damnificado de la obtención de ingresos a los que el acreedor tenía derecho mientras ocurre el evento dañoso. En la pérdida de chance, por el contrario, el sujeto tenía aun la certeza de estar en la situación jurídica idónea para lograr beneficios o ganancias que esperaba obtener en el futuro, esperanza que el evento dañoso frustró de manera definitiva.²⁶⁰

En ese sentido, la certeza en el caso de la pérdida de chance está dada respecto a la existencia de una probabilidad. En consecuencia, lo que tenía el afectado en su patrimonio era una expectativa con cierto grado de certeza: la oportunidad de un resultado; la cual ha sido frustrada. Si se extrae dicha oportunidad producto del daño causado por un tercero se está perdiendo algo que el afectado ya poseía en su patrimonio; por lo que dicha afectación constituye un subtipo de daño emergente y no de lucro cesante.²⁶¹

3.2.1.1. Cuantificación del daño. En el caso de la pérdida de oportunidad no puede exigirse a la víctima la acreditación de la certeza absoluta de que las expectativas se habrían alcanzado de haberse producido el evento dañoso. Como se ha señalado previamente, en este

²⁵⁸ Gallardo, “Causalidad”, 61.

²⁵⁹ Felipe Osterling Parodi y Alfonso Rebaza Gonzáles, “Indemnizando la probabilidad: acerca de la llamada pérdida de chance o pérdida de la oportunidad”, *Revista Jurídica del Perú*, N°39 (2002): 8 y 9.

²⁶⁰ Gallardo, “Causalidad”, 61.

²⁶¹ Fernández, *Introducción*, 76-77.

tipo de daños existe una mayor dificultad en cuanto a la cuantificación del daño por lo que corresponde al juez; o en este caso, al legislador determinar el criterio que se deberá aplicar considerando que dicha estimación no puede derivar en un enriquecimiento injusto.²⁶²

La indemnización debe calcularse en proporción a las expectativas de obtener el ingreso que se ha perdido definitivamente, al menos en la oportunidad y término pactado. Por lo que, si todo depende del cálculo de una probabilidad, la cuantificación no deja de entrañar una serie de dificultades pues, aunque exista un cierto grado de certeza existe su contrapartida en cuanto a la incertidumbre.²⁶³

En el caso de la mora en obligaciones de dar suma de dinero se tiene que al ser un cálculo que toma como punto de partida la cuantificación de los diferentes daños, los cuales puede constituir en daños presentes y futuros que parten de una probabilidad, su estimación puede llegar hasta el infinito. Por lo tanto, resultan daños de difícil cuantificación. En ese sentido, el legislador ya sea se trate de intereses moratorios convencionales o legales ha establecido unos parámetros a aplicar para evitar un enriquecimiento ilícito por parte del acreedor.

3.2.1.1.1 Tasa de interés máxima para el interés compensatorio. En primer lugar, esta tasa se aplicará cuando las partes hayan pactado un interés compensatorio, pero no moratorio. El artículo 1246° del código civil indica que en caso de no haberse convenido el interés moratorio, el deudor solo está obligado por causa de mora pagar el interés compensatorio pactado. En otras palabras, la tasa pactada para el interés compensatorio se convertirá en el interés moratorio a pagar por el retraso en el cumplimiento.

Ahora bien, el artículo 1243° del código civil indica que la tasa que pueden llegar a fijar las partes no es ilimitada, dicha tasa está sujeta a los máximos que pueda establecer el BCRP. Dicho artículo regula de manera expresa: “la tasa máxima del interés convencional compensatorio o moratorio, es fijada por el Banco Central de Reserva del Perú. Cualquier exceso sobre la tasa máxima da lugar a la devolución o a la imputación al capital, a voluntad del deudor”.

En este caso, las partes deberán observar lo señalado por el BCRP sobre la tasa de interés convencional compensatorio. El BCRP ha publicado la Circular N°0008-2021-BCRPP, la cual establece la metodología para la determinación de tasas máxima de interés convencional compensatorio y moratorio:

²⁶² Gallardo, “Causalidad”, 61-63

²⁶³ Félix Trigo Represas, *Perdida de Chance*, (Buenos Aires: Editorial Astrea, 2008), 276 y 277.

La tasa máxima de interés convencional compensatorio aplicable a las operaciones de crédito en moneda nacional referidas en el literal c) del numeral 3 del artículo 221° de la Ley N°26702, *Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP*, es equivalente a 2 veces el promedio de las observaciones de fin de mes de las tasas de interés promedio del sistema financiero para créditos de consumo en moneda publicadas por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, en el periodo de cálculo establecido por el Banco central.

De acuerdo con la circular antes señalada se tiene que la tasa máxima será publicada semestralmente, en mayo y noviembre, utilizando la información publicada por la SBS. Los periodos de cálculo serán octubre-marzo y abril-setiembre. Además, dicha circular indica que la tasa máxima de interés convencional compensatorio y sus factores acumulados son publicados diariamente por el Banco Central en su portal institucional. Como último punto dicha circular señala que en cualquier otra modalidad de crédito distinta a las descritas en el primer párrafo del numeral 1 de la circular, así como para las operaciones pasivas en cualquiera de sus modalidades, la tasa de interés será determinada por la libre competencia en el mercado financiero y es expresada en términos efectivos anuales.²⁶⁴

Ahora bien, respecto de las personas ajenas al sistema financiero, la tasa máxima será la aplicable según el inciso 1 de la circular del BCRP. Cabe señalar que, las mismas directrices señaladas en los párrafos anteriores le resultan aplicable a las operaciones pactadas en moneda extranjera.

En conclusión, cuando las partes no hayan pactado interés moratorio, pero si compensatorio, ante el incumplimiento en el pago de obligaciones pecuniarias deberá devengarse la tasa pactada para el interés compensatorio como interés moratorio. Por último, se tiene que los límites que deberán observarse son los señalados por el BCRP.

3.2.1.1.2 Tasa de interés máxima para el interés moratorio convencional. Respecto interés moratorio, tanto para las operaciones de las empresas del sistema financiero como para las operaciones ajenas al sistema financiero ya sea en moneda nacional o extranjera, la Circular N°0008-2021-BCRP señala que “la tasa máxima de interés convencional moratorio es equivalente al 15% de la tasa máxima de interés convencional compensatorio, y se aplica de

²⁶⁴ El 04 de octubre de 2023 el BCRP emitió una nota informativa que señalaba las tasas máximas de interés convencional compensatorio aplicables para el periodo comprendido entre el 01 de noviembre de 2023 y el 30 de abril de 2024. Así, para intereses pactados en moneda nacional la tasa máxima será 101,86 por ciento anual y en moneda extranjera asciende a 82,94 por ciento anual.

forma adicional a la tasa de interés convencional compensatorio o, de ser el caso, a la tasa de interés legal”.

En ese sentido, pese a que se trata de un interés pactado por las partes este se encuentra limitado por parámetros que el BCRP se ha encargado en determinar cómo razonables y proporcionales al daño que sufre el acreedor al verse privado de un capital que le corresponde. En otras palabras, las partes al pactar el interés moratorio que se devengará en caso de incumplimiento deberán observar los límites regulados por el BCRP.

3.2.1.1.3 Tasa de interés para el interés legal. En el caso que no se haya fijado un interés moratorio ni compensatorio se deberá observar lo regulado en el artículo 1324° y el artículo 1244° del código civil. El artículo 1244° señala: que “la tasa del interés legal es fijada por el Banco Central de Reserva del Perú”. Al igual que en los apartados anteriores, las directrices a aplicar para determinar dicha tasa se encuentran en el Circular N°0008-2021-BCRP. Para las operaciones en moneda nacional no sujetas al sistema de reajuste de deudas:

La tasa de interés legal es equivalente a la TIPMN [Tasa de Interés Pasiva Promedio de Mercado en Moneda Nacional]. La TIPMN es la tasa de interés promedio ponderado de las tasas pagadas sobre los depósitos en moneda nacional, incluidos aquellos a la vista, por las empresas bancarias y financieras y es expresada en términos efectivos anuales. La tasa es publicada diariamente por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP.²⁶⁵

Ahora bien, respecto de la tasa a observarse cuando la operación se ha pactado en moneda extranjera, similar a las operaciones en moneda nacional se deberá tener en cuenta lo siguiente:

La tasa de interés legal es equivalente a la TIPMEX [Tasa de Interés Pasiva Promedio de Mercado en Moneda Extranjera]. La TIPMEX es la tasa de interés promedio ponderado de las tasas pagadas sobre los depósitos en moneda extranjera, incluidos aquellos a la vista, por las empresas bancaria y financieras y es expresada en los términos efectivos anuales. Esta tasa es publicada diariamente por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP.

Por último, la Circular N°0008-2021-BCRP también regula la tasa de interés a aplicarse en las operaciones sujetas al sistema de reajuste de deudas, de depósitos administrativos y judiciales en el Banco de la Nación, la tasa a aplicarse en las operaciones entre el Banco Central

²⁶⁵ La dirección WEB en el que la SBS publica tanto la tasa legal para operaciones en moneda nacional como extranjera es el siguiente: <https://www.sbs.gob.pe/app/pp/EstadisticasSAEEPPortal/Paginas/TIPasivaMercado.aspx?tip=B>

y las empresas del sistema financiero; no obstante, en este trabajo de investigación no han sido tomadas en cuenta para la respuesta a la interrogante planteada.

3.2.2 Sobre la necesidad de acreditar el daño sufrido en las obligaciones pecuniarias.

Bajo una interpretación literal del artículo 1324° del código civil se concluye que solo en el devengamiento del interés legal, el acreedor se encontrará excluido de probar haber sufrido daño alguno. En otras palabras, tal y como está regulado pareciese que esta es una característica propia de este tipo de interés.

Ahora bien, la razón detrás de lo señalado por dicho artículo es que, como se señaló previamente, los daños producidos por el incumplimiento en las obligaciones de dar sumas de dinero son difíciles de cuantificar. En ese sentido, la forma en la que está regulado el artículo 1324° pareciese reafirmar la teoría planteada respecto al tipo de daño que se resarce con el devengamiento de intereses moratorios: un subtipo de daño emergente “pérdida de oportunidad”.

Existe un sector de la doctrina que concluye que con el interés legal únicamente se está resarcido el daño emergente exclusivamente causado por la mora del deudor. Así, dicho sector señala:

Con el interés legal no se produciría una satisfacción total de los daños y perjuicios que la mora del deudor causa al acreedor [...], solo quedaría cubierto el daño emergente, pero no el lucro cesante ni tampoco los posibles daños emergentes extraordinarios (por ejemplo, que el acreedor recayera en situación de insolvencia a consecuencia del incumplimiento del deudor). Con los intereses moratorios [...] se repara exclusivamente el daño ordinario causado por la mora, simplemente ese retardo, que por ello no requiere de prueba por el acreedor ni el deudor podrá probar su inexistencia.²⁶⁶

Lo indicado por dicho sector de la doctrina guarda relación con lo analizado previamente respecto a los intereses moratorios y su naturaleza. En ese sentido, bajo la aplicación de un interés legal al acreedor se le está resarcido únicamente el daño emergente causado por la mora de deudor en el cumplimiento de las obligaciones de dar suma de dinero. No obstante, se considera que dicha afirmación resulta aplicable no solo al interés legal sino a todo tipo de interés moratorio ya sea pactado de manera convencional o sea el interés legal que devenga ante la falta de dicho pacto.

Además, teniendo en cuenta la naturaleza del daño que resarcen los intereses moratorios, se le critica al legislador en cuanto a la regulación del artículo 1324° que debería ampliar esta

²⁶⁶ Francisco Jiménez Muñoz, “La resarcibilidad del mayor daño sufrido por el acreedor pecuniario a causa de la mora del deudor”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 63, N°02 (2010): 790.

“falta de necesidad probatoria” del daño causado a todo tipo de interés moratorio. En ese sentido, la falta de acreditación del daño no solo debería aplicarse al tipo de interés que se devenga según el artículo 1324° del código civil sino también al interés moratorio pactado de manera convencional siempre que cumpla con los límites regulados por el BCRP.

En primer lugar, porque tanto el interés moratorio convencional como el interés legal buscan resarcir el mismo tipo de daño: la pérdida de chance. Así, el daño que produce la mora del deudor en las deudas pecuniarias siempre será imposible de acreditar en su totalidad, no solo por el objeto de la prestación incumplida, sino por el dinamismo propio del mercado en el que se ve inmerso el dinero (como moneda de cambio) y de la misma “chance” que se ha visto frustrada por el retardo en el cumplimiento.

En segundo lugar, porque teniendo en cuenta la naturaleza de los intereses moratorios, el legislador ya ha regulado topes máximos y una tasa de interés legal que se pudiesen llegar a devengar. En ese sentido, se tiene que la tasa de interés a aplicar no queda a libre voluntad de las partes, sino que se encuentra limitada por la propia ley.

Dichos límites se encuentran sustentados en que, al ser un daño difícil de cuantificar, deben existir parámetros que faciliten dicha labor y que busquen evitar el enriquecimiento indebido. Por último, a través de los intereses moratorios el acreedor no espera recibir una “ganancia” nueva, ya que siempre los intereses moratorios buscarán resarcir un daño emergente. Contrario sucede con los intereses compensatorios cuya naturaleza es la contraprestación por el uso del dinero del acreedor, es decir una ganancia que constituye renta. Es decir, es una ganancia gravada con el impuesto a la renta, según las teorías y base imponible analizadas en el capítulo I.

En ese sentido, solo en caso el acreedor considere que los intereses moratorios no han cumplido con satisfacer la totalidad de los daños y perjuicios causados, el acreedor podrá exigir la indemnización de un daño ulterior. No obstante, este daño si deberá ser acreditado por el acreedor y será un juez el que determine el tipo de daño que se está resarciendo y la cuantía que le corresponde.

Con todo lo señalado hasta este punto se concluye que, la pérdida de chance que se resarce por medio de los intereses moratorios comprende daños inmediatos y futuros sustentados en una probabilidad que se ha frustrado de manera definitiva. Dichos daños según lo analizado suponen un daño emergente y no lucro cesante. Asimismo, al tratarse de un tipo de daño de difícil cuantificación, el legislador ha establecido topes máximos o una tasa de interés legal que se deben tener en cuenta para el cómputo de los intereses moratorios; además de haber dispensado de la necesidad de acreditar la existencia del daño por parte del acreedor. Entonces,

en virtud del daño que resarcen, los intereses moratorios no son ingresos gravados con el impuesto a la renta.

Ahora, si bien la conclusión llegada en el presente trabajo de investigación es que los intereses moratorios se tratan de ingresos no gravados; puede llegar a surgir la duda respecto de aquellas personas jurídicas cuyo giro de negocio principal es el préstamo de dinero y se les está permitido aquello que la doctrina conoce como anatocismo²⁶⁷; por ejemplo, los bancos. En este escenario, la obligación a pagar estaría compuesta por capital e intereses compensatorios; y la base de cómputo por la mora en el pago tomaría tanto el capital adeudado como los intereses compensatorios que pasaron a formar parte del capital. Se trataría de una obligación compuesta, cuyo cálculo de intereses moratorios partiría de una base compuesta que cuenta con una parte afecta al impuesto. Ante dicha situación, se debe señalar que la inafectación de los intereses moratorios no se sustenta en la naturaleza de obligación impaga que busca resarcir y de si dicha obligación se encontraba o no afecta al impuesto. Es decir, su inafectación no se da por un principio de accesoriedad a la obligación impaga, sino se sustenta en la naturaleza jurídica propia de este tipo de intereses.

Así, bajo el ejemplo del párrafo anterior, se tiene que la inafectación de los intereses moratorios no cambiaría. Se seguirá tratando de ingresos inafectos en tanto en dicho incumplimiento también se ha incurrido en un daño emergente por la mora en el pago de la obligación pactada. En dicho caso, la persona jurídica pagará impuesto a la renta por los intereses compensatorios pactados y no pagará impuesto a la renta por los intereses moratorios que se llegasen a computar, se trate o no de una obligación compuesta.

En otras palabras, los intereses moratorios no son ingresos gravados con el impuesto a la renta por su naturaleza indemnizatoria y el tipo de daño que resarcen. Se tratan de ingresos inafectos que no suponen renta gravada bajo ninguno de los conceptos de renta que recoge la legislación tributaria. Por el contrario, al ser ingresos que buscan resarcir un daño emergente para el acreedor que ha visto frustrado el pago oportuno de la obligación debida, reciben el tratamiento jurídico de conceptos inafectos al impuesto.

El doctrinario Jorge Bravo Cucci coincide con el análisis expuesto al indicar que el interés moratorio resarce un daño emergente. Además, señala que la legislación civil, en el caso de daños resarcibles con intereses moratorios, no ha regulado la necesidad de probar por ninguna de las partes los daños sufridos ni la magnitud de los mismos y las normas tributarias

²⁶⁷ Artículo 1249° del Código Civil. – Limitación al anatocismo

No se puede pactar la capitalización de intereses al momento de contraerse la obligación, salvo que se trate de cuentas mercantiles, bancarias o similares.

tampoco contienen una norma de excepción que establezca la necesidad de probarlos. En ese sentido, concluye que el interés moratorio no califica dentro del concepto de renta adoptado por la ley del impuesto a la renta; y, en consecuencia, se trata de un ingreso inafecto para efectos de este tributo.²⁶⁸

3.3 Interpretación de la Administración Tributaria

En las distintas oportunidades que la Administración ha atendido consultas referidas a ingresos por intereses moratorios también se ha remitido a la doctrina en el Derecho Civil para dar respuesta. No obstante, ha llegado a una conclusión distinta a la arribada en este trabajo de investigación.

En el año 2007 se le consultó a la Administración Tributaria si los intereses pagados por pago extemporáneo por parte del Estado de las valorizaciones están exonerados del Impuesto a la Renta. En dicha oportunidad, la entidad concluyó que el “interés originado por el pago extemporáneo por parte del Estado de las valorizaciones contractuales se encuentra gravado con el Impuesto a la Renta”.²⁶⁹

El argumento principal fue que, habiendo señalado el ámbito de aplicación del impuesto a la renta, concluyó que los intereses moratorios generados por el pago extemporáneo resarcen un lucro cesante. Cabe señalar que, la Administración llegó a esa conclusión sin realizar un mayor análisis a la naturaleza de los intereses moratorios. Respecto de la doctrina civil únicamente señaló que:

El concepto de que parte la ley al establecer la obligación de abonar los intereses de mora, independientemente de la prueba del daño del acreedor, es que el dinero, si se entrega oportunamente al acreedor, es siempre apto para producir frutos; y los intereses, como sabemos, son precisamente una de las figuras de los frutos civiles. De ahí la consecuencia de que el deudor debe en cada caso los intereses moratorios como resarcimiento del daño (frutos que faltan), que se presume *iuris et de jure* sufridos por el acreedor, por el solo hecho del retardo del deudor en la entrega de la suma-capital.²⁷⁰

De análisis realizado por la Administración se le critica la falta de profundización en cuanto a la naturaleza de los intereses moratorios. En ese sentido, de los fundamentos en que sustentó su respuesta no se puede concluir que se trata de la indemnización de un lucro cesante.

²⁶⁸ Bravo, “Algunas reflexiones”, 224-225.

²⁶⁹ Administración Tributaria, Informe, N°037, 2007, <https://www.sunat.gob.pe/legislacion/oficios/2007/oficios/i0372007.htm>

²⁷⁰ Raúl Ferrero Costo, *Curso de Derechos de las Obligaciones*, (Lima: Editorial Cuzco, 1987), 164.

Por otro lado, en el año 2015 a la Administración Tributaria se le consultó si los intereses legales moratorios que perciban los trabajadores y pensionistas de una entidad por el cumplimiento tardío del pago de los conceptos comprendidos en el Decreto de Urgencia N°37-94, sean estos ordenados por el Poder Judicial o no, se encuentran afectos al Impuesto a la Renta. En dicha oportunidad, la entidad concluyó que “el interés moratorio aplicable, por mandato judicial o no, a las bonificaciones establecidas por el Decreto de Urgencia N°37-94 devengadas y no canceladas oportunamente a los servidores activos y pensionistas de la Administración Pública, no se encuentran afectos al Impuesto a la Renta”.²⁷¹

El argumento principal fue, sin el mayor análisis que, la Dirección general de Política de Ingresos Públicos del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) ha indicado en el Informe N°188-2004-EF/66.01 que si bien el inciso a) del artículo 3° señala que constituyen ingresos gravados con impuesto a la renta aquellas que no impliquen la reparación de un daño, dicha comprende a las obtenidas por las empresas. En ese sentido, atendiendo su naturaleza indemnizatoria se trata de ingresos no gravados.

En cuanto a la posición de la Administración Tributaria se tiene que la naturaleza de los intereses moratorios no ha sido analizada a profundidad. En la mayoría de los informes, al ser ingresos de personas naturales, lo tratan como ingresos inafectos y en el único informe en el que analizan su naturaleza, la motivación realizada no denota una correlación lógica entre lo señalado por la doctrina civil y aquello que conforma un lucro cesante.

3.4 Interpretación del Tribunal Fiscal

En el año 2001, el Tribunal Fiscal emitió una resolución que es citada de forma recurrente para analizar y resolver los casos en los que el objeto de controversia se encuentre asociado a una indemnización por daño emergente o lucro cesante. Esta resolución se centró en el análisis de la naturaleza de los intereses moratorios cobrados a sus clientes y si se trataba de ingresos gravados con el impuesto a la renta.

La parte recurrente argumentó que los ingresos correspondían a una indemnización por daño emergente, puesto que de manera expresa así lo calificaba el artículo 1242° del código civil. Por el contrario, el área de reclamos de la SUNAT argumentaba que no correspondía tratar a dichos ingresos como indemnización por daño emergente ya que se trataba de un hecho imponible para el impuesto a la renta.

El Tribunal Fiscal, tras revisar los argumentos presentados resolvió lo siguiente:

²⁷¹ Administración Tributaria, Informe, N°008, 2015 <https://www.sunat.gob.pe/legislacion/oficios/2015/informe-oficios/i008-2015.pdf>

Conforme se puede apreciar de las normas citadas, las indemnizaciones que no se encuentran gravadas con el impuesto a la renta siempre son aquellas destinadas a compensar un daño o perjuicio sufrido y hasta el límite del perjuicio, lo que además implica que previamente exista una pérdida a ser cubierta, es decir, indemnizaciones relacionadas con daños emergentes. Así, el exceso de la indemnización sobre el importe del daño causado al agraviado constituye renta gravable, salvo las excepciones contempladas por ley. Ello, toda vez que mientras solo se compense una pérdida sufrida hasta su importe, los resultados finales se mantendrán inalterable.²⁷²

Por el contrario, si la indemnización supera el daño, esta situación revertirá en un beneficio adicional para su perceptor, gravado con el impuesto a la renta según las normas expuestas. Así, el lucro cesante, que supone indemnizaciones relacionadas con un incremento patrimonial no percibido por el incumplimiento, hace referencia a ingresos o ganancias que en circunstancias normales sí se encontrarían gravadas con el impuesto.²⁷³

Bajo dicho análisis, la Sala 2 del Tribunal Fiscal concluyó que se trataba de ingresos gravadas con el impuesto a la renta en tanto que:

En el caso de los intereses moratorios, el artículo 1242° del código civil dispone que este tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago. [...] El pago de intereses moratorios se justifica en el hecho que al no disponer de la contraprestación pactada a la fecha de vencimiento, el acreedor se priva de obtener ingresos o una eventual ganancia, de lo que se aprecia claramente que no está dirigida a indemnizar una pérdida sufrida, sino más bien a reponer un ingreso que fue frustrado por la mora en el pago, es decir, se trata en realidad de un lucro cesante.²⁷⁴

Teniendo en cuenta el análisis de los intereses moratorios realizado en este trabajo de investigación, no se puede compartir el criterio seguido por el Tribunal Fiscal. Es más, de los argumentos expuestos por este órgano resolutor se puede concluir que, pese a estar describiendo lo que constituye una pérdida de chance, concluye que se trata de un lucro cesante, resultando en argumentos contradictorios.

En ese sentido, se debe recordar que los intereses moratorios implican un resarcimiento al desmedro o la pérdida sufrida por el acreedor en cuanto a la privación de un capital, un monto

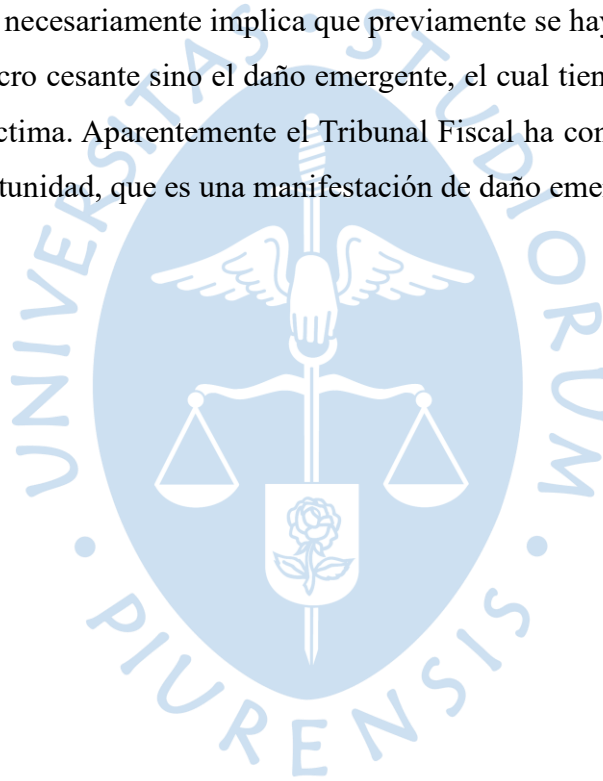
²⁷² Sala 2 del Tribunal Fiscal, Resolución, N°879, 2001, https://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/Tribunal_Fiscal/PDFS/2001/2/2001_2_0879.pdf

²⁷³ Ibid.

²⁷⁴ Ibid.

adeudado. Así, los intereses moratorios buscar indemnizar los daños que surgieron por la ausencia de dicho pago, los cuales resultan en daños claramente reparatorios y no un medio para resarcir ganancias frustradas. Asimismo, se debe recordar que para resarcir un lucro cesante se debe tener pleno conocimiento de las ganancias dejadas de percibir, siendo que el caso concreto producto del ingreso frustrado resulta imposible determinar un monto con dicha naturaleza; ya que dentro del grado de certeza que supone el ingreso frustrado, existe un grado de incertidumbre muy difícil de determinar al que se denomina “perdida de chance”.

Por último, se tiene que los argumentos del Tribunal Fiscal resultan contradictorios ya que por un lado sostiene que los intereses moratorios no están dirigidos a indemnizar una pérdida sufrida y en los párrafos siguiente señala que su propósito es reponer un ingreso futuro. Así, para reponer algo necesariamente implica que previamente se haya perdido, situación que no busca resarcir el lucro cesante sino el daño emergente, el cual tiene finalidad de reponer al estado anterior a la víctima. Aparentemente el Tribunal Fiscal ha confundido el lucro cesante con la pérdida de oportunidad, que es una manifestación de daño emergente.



Conclusiones

Primero. El concepto renta como objeto de imposición ha sido materia de una larga discusión en la doctrina tributaria. Dicha discusión parte de que en el concepto de renta pueden coincidir consideraciones de tipo económico, financiero y tributario. En el aspecto económico se encuentran las teorías económicas-financieras de renta de las cuales parte el legislador para determinar el ámbito de aplicación de la norma. Entre las teorías acogidas se tienen a la renta-producto, flujo de riqueza e incremento patrimonial más consumo. No obstante, debido a que es trabajo del legislador determinar el ámbito de aplicación y al ser considerado el impuesto como la fuente de recaudación más importante del Perú, la técnica legislativa ha ido ampliando el ámbito de aplicación a conceptos que no guardan relación con las teorías económicas recogidas, llegando a gravar conceptos que no suponen una ganancia o beneficio económico para el contribuyente. Siendo esta una de las principales críticas a la labor del legislador en cuanto al impuesto a la renta.

Segundo. Dentro del ámbito de aplicación del impuesto a la renta se encuentran los ingresos por indemnizaciones. El artículo 3° de la ley del impuesto a la renta regula las indemnizaciones que se encuentran gravadas con este impuesto y aquellas que se consideran como ingresos inafectos. En ese sentido, la ley del impuesto a la renta recoge como indemnizaciones gravadas con el impuesto aquellas que resarzan un lucro cesante y como ingresos inafectos aquellos que resarzan un daño emergente. La manera en la que el legislador ha regulado el ámbito de aplicación denota una deficiente técnica legislativa, no solo por la necesidad de regular los conceptos no gravados con el impuesto, sino que en dicha regulación el legislador no ha recogido qué se debe entender como daño emergente y lucro cesante a efectos del impuesto a la renta; por lo que deberá realizarse una interpretación sistemática con lo que señala la doctrina y normativa civil. Tal y como se señaló en el capítulo 1, las inafectaciones no deberían encontrarse dentro de una disposición normativa ya que debería ser posible de extraerse de la sola lectura del ámbito de aplicación del impuesto, además que recoger de manera expresa los supuestos inafectos puede llegar a confundir al intérprete de la norma con el tratamiento jurídico que merecen las rentas exoneradas, el cual es sustancialmente distinto.

Tercero. Los intereses, independientemente de la finalidad que persigan, tiene la naturaleza de constituir un rendimiento de la aplicación debida o indebida de un capital. Dicha finalidad puede ser lucrativa en caso busque constituir una ganancia por la aplicación de ese capital; o indemnizatorio, como la satisfacción que recibe el acreedor por la privación indebida de la posibilidad de hacer uso de su capital debido. En ese sentido, en términos económicos, se

puede definir al interés como el costo que se dejó de obtener por permitir que terceros hagan uso de un capital o el costo que supone la pérdida de una ganancia cierta y debida; a este último se le conoce como pérdida de oportunidad o de chance.

Cuarto. El interés moratorio que devenga la mora en el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias, en su naturaleza indemnizatoria, busca resarcir una pérdida de oportunidad o chance. La pérdida de oportunidad es el daño que se genera por el actuar indebido de un tercero y la frustración de un resultado que se vio afectado por dicho actuar. En suma, se trata de la pérdida de la oportunidad misma de recibir un beneficio probable y futuro. En el caso de los intereses moratorios, por la mora del deudor, se ha visto frustrada la oportunidad del acreedor de recibir un ingreso en la forma y oportunidad pactada.

Quinto. La pérdida de oportunidad o chance no es un lucro cesante; sino se trata de un subtipo de daño emergente. En el lucro cesante, la cuantificación de las ganancias dejadas de percibir tiene un grado de certeza tal que resulta posible y necesaria la acreditación de daño sufrido por parte del acreedor. En la pérdida de oportunidad los daños inmediatos y futuros, pese a existir cierto grado de certeza, existe un grado de incertidumbre, partiendo de ahí la dificultad en acreditar el daño causado. Además, la pérdida de oportunidad busca indemnizar el daño causado en el patrimonio del damnificado por la privación de la mera expectativa o probabilidad de beneficios económicos que constituían un resultado cierto en su esfera patrimonial. En otras palabras, la pérdida de chance busca indemnizar el daño sufrido en el patrimonio por la expectativa frustrada constituyendo así un daño emergente y no un lucro cesante.

Sexto. Teniendo en cuenta que los intereses resarcen un daño emergente, en tanto el daño causado es una pérdida de oportunidad de una ganancia frustrada, los intereses moratorios no son conceptos gravados con el impuesto a la renta. La afirmación anterior se confirma además por la falta de acreditación de daño que regula el código civil en su artículo 1324°; así como los topes máximos encargados al BCRP regular para la aplicación del interés moratorio convencional y la tasa de interés legal. Ambos supuestos son manifestaciones propias de la difícil cuantificación del daño que pretenden resarcir los intereses moratorios.

Lista de Referencias

- Alvarado, Niceforo. “Principales problemas en el tratamiento tributario del crédito por reinversión en la educación y alternativas de solución”. Tesis magistral, Universidad de Lima, 2004.
https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/12042/Alvarado_Goicochea_Niceforo.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Ataliba, Geraldo. “Hipótesis de Incidencia Tributaria”. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario* (1987).
- Barchi Velaochaga, Luciano. “Las obligaciones dinerarias en el Código Civil Peruano”. *Revista Athina*, N°02 (2007).
- Benítez, Juan Carlos y Velayos, Fernando. *Impuestos a la Riqueza o al Patrimonio de las Personas Físicas con especial mención a América Latina y El Caribe*. República de Panamá: Centro Interamericano de Administración Tributaria (CIAT), 2017.
- Bernal Rojas, Josué. *Manual Práctico del Impuesto a la Renta 2019-2020*. Lima: Instituto Pacífico SAC, 2020.
- Blank, Leland y Tarquin, Anthony. *Ingeniería económica*. 7° edición. Ciudad de México: Mc Graw Hill, 2012.
- Bonet Correa, José. “La indemnización por mora en las obligaciones pecuniarias”. *Anuario de derecho civil*, vol. 32 (1979).
- Borrell Soler, Antonio. *Instituciones de Derecho Civil español*. Tomo II. Madrid: Cossío y Gullón, 1959.
- Bravo, Jorge. “Algunas reflexiones sobre los intereses moratorios y el impuesto a la renta”, en *Derecho Tributario, Reflexiones*. Edición Digital. Lima: Crea Libros, 2018.
- Bravo, Jorge. *Fundamentos del Derecho Tributario*. Edición Digital. Lima: Crea libros, 2017.
- Bustamante Alsina, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*. 5° edición. Buenos Aires: Albeledo-Perrot, 1987.
- Cano, José Ignacio. “La Mora”. *Revista de Derecho Privado*, (1978)
- Cárdenas Quirós, Carlos. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo II. Lima: Librería Studium, 1991.
- Castillo Freyre, Mario. *Derecho de las Obligaciones*. Lima: Fondo Editorial, 2017.
- Charles Adams, *Fight, flight, fraud: The Story of Taxaction*. Estados Unidos de América, 1982.
<https://www.mises.org.es/wp-content/uploads/2015/11/La-Historia-de-los-Impuestos-PARTE-II.pdf>

- Cooter, Robert y Ulen, Thomas. *Derecho y Economía*. Traducido por: Eduardo L. Suarez. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2016.
- Court, Eduardo; Rengifo, Erick y Zabos, Enrique. *Teoría del Interés. Métodos cuantitativos para finanzas*. Tomo I. Buenos Aires: Cengage Learning, 2013.
- De Barros Carvalho, Paulo. *Curso de Direito Tributário*. 12° edición. Sao Paulo: Saraiva, 1999.
- De Cupis, Adriano. *El daño: Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik, 2021.
- De la Vega Vélez, Antonio. *Bases del Derecho de Obligaciones*. Bogotá: Editorial Temis, 1978.
- De Ruggiero, Roberto. *Instituciones de derecho civil*. Tomo II. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1944.
- Diez-Picazo, Gema. “La Mora del Deudor”. Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, 1994. https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/4430/29966_diez-picazo_gimenez_gema.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Diez-Picazo, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial II Las relaciones obligatorias*. 6° edición. Pamplona: Thomson Civitas, 2008.
- Enneccerus, Ludwig; Kipp, Theodor y Wolff, Martin. *Tratado de Derecho Civil. Derecho de las Obligaciones*. Vol. I. Tomo 2. Barcelona: Casa Editorial, 1954.
- Eseverri, Ernesto. *Presunciones legales y derecho tributario*. Madrid: Marcial Pons Ediciones, 1995
- Fernández Cruz, Gastón. “La Naturales Jurídica de los Intereses: Punto de Conexión entre Derecho y Economía”. N°45, *Revista Derecho* (1991).
- Fernández Cruz, Gastón. *Introducción a la responsabilidad civil*. Colección Lo Esencial del Derecho. 1° edición. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2020.
- Fernández Sagardi, Augusto. Reflexiones para una Reforma ISR. *Revista “El mercado de valores”*, Año LIX (1999).
- Ferrero Costo, Raúl. *Curso de Derechos de las Obligaciones*. Lima: Editorial Cuzco, 1987.
- Figuroa, Ámbar, “Análisis del Concepto de Ingreso desde la teoría contable y económica, que se encuentra presente en la regulación contable aplicada en Colombia en el año 2015”. Tesis magistral, Universidad Nacional de Colombia, 2016. <https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/57774/1032425815.2016.pdf?sequ>
- Gallardo, María Jesús. “Causalidad probalística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: La doctrina de la pérdida de oportunidad”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, N°45-46 (2015).

- García Belsunce, Horacio. *El concepto de rédito en la doctrina y el derecho tributario*. Buenos Aires: Depalma, 1966.
- García Mullin, Roque. *Impuesto sobre la Renta: Teoría y Técnica del Impuesto*. Buenos Aires: Centro Interamericano de Estudios Tributarios, 1978.
- Giorgi, Giorgio. *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno*. Vol. I. Madrid: Imprenta de la Revista Legislación, 1999.
- Hernández, Luis. “Las presunciones legales en el Sistema Tributario Peruano”. *Revista del Instituto Peruano del Derecho Tributario*, N°09 (1985).
- Hinestrosa, Fernando. *Tratado de las obligaciones Tomo I: Concepto, Estructura y Vicisitudes*. Tercera Edición. Bogotá: Editorial Universidad Externado, 2007.
- Jiménez Muñoz, Francisco. “La resarcibilidad del mayor daño sufrido por el acreedor pecuniario a causa de la mora del deudor”. *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 63, N°02 (2010).
- Jiménez, Félix. *Elemento de Teoría y Política Macroeconómica para una Economía Abierta*. Tomo I. Lima: Fondo Editorial, 2012.
- Kaldor, Nicolás. El concepto de ingreso en la teoría económica, *El Trimestre Económico*, Vol.26, 103.
- Keynes, John. *Teoría General del empleo, el interés y el dinero*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1936.
- Mattessich, Richard. *Contabilidad y Métodos Analíticos, Medición y Proyección del Ingreso y la Riqueza en la Microeconomía y en la Macroeconomía*. Buenos Aires: La Ley, 1964.
- Matteucci, Alva. “El Impuesto a la Renta y las teorías que determinan su afectación”. *Revista Actualidad Empresarial*, N°249 (2012).
- Medrano, Humberto. *Derecho Tributario, Impuesto a la Renta: Aspectos significativos*. Colección “Lo Esencial del Derecho”. Lima: Fondo Editorial, 2018.
- Osterling Parodi, Felipe y Rebaza Gonzáles, Alfonso. “Indemnizando la probabilidad: acerca de la llamada pérdida de chance o pérdida de la oportunidad”. *Revista Jurídica del Perú*, N°39 (2002).
- Osterling Parodi, Felipe. La indemnización de Daños y Perjuicios. En: *Libro Homenaje a José León Barandiarán*, Lima: Cultural Cusco, 1985.
- Osterling, Felipe y Castillo, Mario. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Palestra Editores, 2008.
- Osterling, Felipe y Castillo-Freyre, Mario. *Tratado de las Obligaciones*. Vol. XVI. Cuarta Parte. Tomo X. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia, 2001.

- Osterling, Felipe y Castillo-Freyre, Mario. *Tratado de las Obligaciones*. Vol. XVI. Cuarta Parte. Tomo XIV. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia, 2001.
- Osterling, Felipe y Castillo-Freyre, Mario. *Tratado de las Obligaciones*. Vol. XXI. Segunda Parte. Tomo VI. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, 1996.
- Palacio, H. Gustavo. *Las Obligaciones en el Derecho Civil Peruano*. 4° edición. Lima: Editorial Huallaga, 2002.
- Palacios, Eric y Núñez, Ysmael. *Teoría General de las Obligaciones: Concepto, estructura e incumplimiento*. Primera Edición. Lima: Jurista Editores, 2004.
- Pedraza, Luz Marí y Ramos, Gilberto. “Apuntes sobre la progresividad del impuesto a la renta en el Perú: ¿de dónde venimos y hacia dónde vamos?”. *IUS la Revista*, 39 (2009).
- Pérez de Ayala, José Luis. *Las Ficciones en el Derecho Tributario*. Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1969.
- Pérez Royo, Fernando. *Derecho financiero y tributario. Parte General*. 7° edición. Madrid: Civitas, 1997.
- Pizarro, Ramon y Vallespinos, Carlos. *Instituciones de Derecho Privado Obligaciones*. Tomo I. 1° edición. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.
- Polanco Gutiérrez, Carlos. *Código Civil Comentado*. Coord. Por: Manuel Muro Rojo y Manuel Alberto Torres Carrasco. Tomo VI. Lima: Gaceta Jurídica, 2020.
- Pujols, Juan. *Tributación sobre la renta de las personas físicas en Estados Unidos desde la perspectiva del convenio para evitar la doble imposición*. Tesis doctoral, Universidad Internacional de Catalunya, 2015.
https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/322076/Tesi_Juan_Manuel_Pujols_Soler.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Ruiz de Castilla, Francisco. “Inmunidad, Inafectación, Exoneración, Beneficios e Incentivos Tributarios”. *Revista Foro Jurídico* (2013).
- Ruiz de Castilla, Francisco. *Derecho Tributario: Impuesto a la Renta*. Vol. II. Edición Digital. Lima: Palestra Editores, 2021.
- Ruiz de Castilla, Francisco. *Derecho Tributario: Temas Básicos*. Vol. XI. Edición Digital. Lima: Palestra Editores, 2017.
- Saavedra, Carlos Enrique. “La indemnización en las obligaciones de dar sumas de dinero y el tratamiento de la cláusula penal”. Tesis de Grado, Universidad de San Martín de Porres, 2017.
https://repositorio.usmp.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12727/2648/saavedra_pce.pdf?sequence=1&isAllowed=y

- Sevillano, Sandra. “El concepto de Renta en la Legislación Peruana”, *Pontificia Universidad Católica del Perú* (2004).
- Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria. “Plataforma del Estado Peruano”. Fecha de revisión: 01 de febrero de 2025. <https://www.gob.pe/institucion/sunat/noticias/1087301-sunat-registro-ingresos-tributarios-por-s-155-756-millones-en-2024>
- Tarsitano, Alberto. “Evolución legal del concepto rédito”, *Derecho Fiscal*, Tomo XXXIV (1983).
- Tejero, Marissa y Monzón, Zoila. “Impuesto a la renta de las personas naturales extranjeras no domiciliadas en el territorio peruano ¿afectando el principio de capacidad contributiva y el principio de igualdad en materia tributaria?”. Tesis de grado, Universidad de Piura, 2022. <https://pirhua.udep.edu.pe/backend/api/core/bitstreams/14d46909-905f-4546-89c2-3f603825bb34/content>
- Torres Carrasco, Manuel. *Los Contratos: Consecuencias jurídicas de su incumplimiento*. Lima: Gaceta Jurídica, 2013.
- Trigo Represas, Félix. *Perdida de Chance*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2008.
- Vattier Fuenzalida, Carlos. “Problemas de las obligaciones pecuniarias en el Derecho Español”. *Revista Critica de Derecho Inmobiliario* (1980).
- Ventura, Víctor. “El Origen del Impuesto a la Renta”. *Ius Fiscii Derecho Financiero* (Blog), PUCP, 28 de octubre de 2024. <http://blog.pucp.edu.pe/blog/victorventura/2018/07/13/el-origen-del-impuesto-a-la-renta-2/>
- Villegas Belisario, Héctor. *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. Buenos Aires: Astrea, 2016.
- Villegas, Carlos y Schujman, Mario. *Intereses y Tasas*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1990.
- Wayar, Ernesto. *Tratado de la Mora*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo de Depalma, 1981.
- Ziccardi, Horacio. *Tratado de Tributación*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003.

Normativa

Código Civil. Decreto Legislativo N°295. Publicado en El Peruano 25 de julio de 1984.

El Marco Conceptual para la Preparación y Presentación de los Estados Financieros. Emitido en julio de 1989.

Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta. Decreto Supremo N°122-94-EF. Publicado el 21 de setiembre de 1994.

Tasas de Interés. Circular N°008-2021-BCRP. Publicado el 28 de abril de 2021

Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta. Decreto Supremo N°179-2004-EF. Publicado el 08 de diciembre de 2004

Texto Único Ordenado del Código Tributario. Decreto Supremo N°133-2013-EF. Publicado el 22 de junio del 2013



Jurisprudencia

Administración Tributaria, Informe, N°037, 2007,
<https://www.sunat.gob.pe/legislacion/oficios/2007/oficios/i0372007.htm>

Sala 2 del Tribunal Fiscal, Resolución, N°879, 2001,
https://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/Tribunal_Fiscal/PDFS/2001/2/2001_2_0879.pdf

Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia de la República, Casación, Sentencia N°1379-2009, Lima, Fundamento Cuarto.

