

CAMBIOS PARA FISCALIZAR Y RECAUDAR MÁS A LOS FORMALES

Salvo escasas excepciones, los recientes decretos tributarios no van en el sentido de avanzar hacia un sistema eficiente, justo, predecible y equitativo.



Los decretos legislativos dictados recientemente por el Poder Ejecutivo en el marco de las facultades otorgadas por el Congreso de la República mediante la Ley 30823, referidas específicamente al tema tributario no cubren las expectativas ni objetivos que habíamos planteado, en el sentido de avanzar hacia un sistema tributario eficiente, justo, predecible y equitativo.

Verificamos que no se han aprobado medidas concretas para reducir la informalidad, la evasión fiscal ni la reducción de los excesivos costos de cumplimiento de las obligaciones sustanciales y formales pues, al contrario, los costos de cumplimiento se han incrementado sustancialmente. Así también, no se advierten medidas concretas para la ampliación de la base tributaria.

Salvo escasas excepciones, como la masificación de los comprobantes electrónicos, las normas aprobadas se orientan a mantener y reactivar la norma antielusiva mal diseñada y hasta mal redactada, otorgando a la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (Sunat) una incontrolada

facultad de interpretación discrecional, agregando una inconstitucional presunción de dolo contra las personas (gerentes y directores) y no solo contra las empresas.

En algunos casos han excedido las facultades otorgadas, legislando en materias completamente ajenas a las delegadas, como modificar implícitamente la Ley General de Sociedades (al incorporar responsabilidades al directorio de las empresas).

Consideramos que se ha legislado en contra de la Constitución, modificando retroactivamente el Código Tributario y la Ley General de Aduanas para que actos que estaban prescritos según la ley, vuelvan a tener vigencia.

La Sunat podrá exceder a las cuentas bancarias sin orden judicial, con lo cual se relativiza el derecho al secreto bancario sin modificar la Constitución; además, sin que exista garantía de protección a los ciudadanos sobre los depósitos dinerarios que obran en los bancos.

CLÁUSULA ANTELUSIVA

Antecedentes: La Norma XVI



**VÍCTOR
ZAVALA**

Gerente Legal
Cámara de Comercio
vzavala@camaralima.org.pe



del Título Preliminar (cláusula antielusiva) fue incorporada al Código Tributario en julio del 2012 por el Decreto Legislativo 1121 (delegación de facultades legislativas al Gobierno del presidente Humala). Sin embargo, no tuvo efecto inmediato por cuanto su aplicación fue suspendida por Ley 30230, del 12 de julio del 2014.

Activación: El reciente Decreto Legislativo N°1422 (13.09.2018) tiene por objeto activar la cláusula antielusiva, a efecto de que la Sunat pueda establecer deuda tributaria y exigir su pago, específicamente cuando el contribuyente realiza actos “artificiosos” o “impropios” con el fin de obtener un resultado y siempre que de su utilización resulten efectos jurídicos o económicos distintos del ahorro o ventaja tributarios.

Responsabilidad solidaria del gerente general: En los casos de elusión tributaria, además de la responsabilidad directa de la empresa, se está imputando

presunción de responsabilidad solidaria de los representantes legales de la empresa (gerentes generales y otros). El gerente general será responsable (con su patrimonio) si colaboró con el diseño o en la aprobación o ejecución de actos que tenían como única finalidad reducir el impacto fiscal, salvo que pruebe lo contrario.

"Luz verde" de un comité revisor: Para la aplicación de la cláusula antielusiva, quien lleve a cabo la fiscalización debe emitir un informe a un comité revisor (**conformado por tres funcionarios de la Sunat**) sustentando su posición. Este comité, previa citación al contribuyente fiscalizado para que presente sus descargos, decide si existen o

CON EL VISTO BUENO DE UN COMITÉ REVISOR, LA SUNAT PODRÁ RECALIFICAR LAS OPERACIONES DEL CONTRIBUYENTE DESDE JULIO DEL 2012

no elementos suficientes para la aplicación de la cláusula antielusiva. El contribuyente debe informar los datos de todos los involucrados en el diseño y aprobación o ejecución de los actos, situaciones o relaciones económicas

en la forma que establecerá la entidad recaudadora vía resolución. Si el contribuyente fiscalizado no proporciona la información requerida, se configurará la infracción señalada en el numeral 5 del artículo 177° del Código Tributario (multa de 0,3% de los ingresos netos de la empresa, con rebaja por subsanación voluntaria entre el 50% y 90% de la multa).

Hechos producidos desde julio del 2012: Los fiscalizadores de la Sunat aplicarán las normas antielusivas en las fiscalizaciones definitivas en las que se revisarán actos, hechos o situaciones producidos desde el 19 de julio del 2012 (fecha de vigencia de la norma que incorporó al Código Tributario la cláusula antielusiva) y no desde la dación de las normas complementarias recién expedidas.

Acuerdos anteriores: En las sociedades que tienen directorio, corresponde a este órgano –sin posibilidad de delegar a otros órganos o funcionarios– definir la estrategia tributaria y decidir sobre la aprobación o no de actos, situaciones o relaciones económicas a realizarse en el marco de la planificación fiscal. Se ha



establecido un plazo que vencerá el 29 de marzo del 2019 para que los directorios de empresas modifiquen o ratifiquen dichos actos.

Infracciones por aplicación de la cláusula antielusiva: La mera realización de actos elusivos ya constituye infracción, sancionable; pero adicionalmente, cuando la Sunat corrija la situación supuestamente irregular, podrán aparecer otras infracciones, en función del acto que se corrige, las mismas que serán sancionadas de conformidad con lo establecido por el Código Tributario.

Tamaño de empresas: Para diseñar su estrategia de fiscalización para aplicar la cláusula antielusiva, la Sunat podrá tomar en cuenta, entre otros, el tamaño o envergadura de las empresas, nivel de ingresos, monto de transacción, entre otros.

Manifiesta inconstitucionalidad: Consideramos que la denominada cláusula antielusiva contiene serias deficiencias de fondo y forma que deberían ser revisadas, a saber:

- Violenta el principio de reserva de la ley (legalidad) consagrado en el artículo 74 de la Constitución. En efecto, la cláusula antielusiva genérica faculta al funcionario fiscal, al decidir a su libre criterio, si el contribuyente debe o no pagar impuestos por las operaciones que realice, aun cuando la ley no lo disponga expresamente.

- Vulnera también el derecho a la libertad y seguridad personales consagrado en el artículo 2º numeral 24 de la Constitución, que dispone: “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”.

- Vulnera además la garantía constitucional de libertad contractual. La Sunat podrá, a partir de la aplicación de la cláusula antielusiva, desconocer los contratos que los contribuyentes hubieran suscrito, bajo el argumento

de que constituyen “actos de engaño”.

- Traspasa el principio de separación de poderes que debe respetarse en un Estado moderno y democrático. En la práctica, el comité revisor de Sunat decidirá si los actos realizados por los contribuyentes están o no gravados con impuestos, calificación que debe estar reservada a la ley.

PARA COBRAR ARANCELES Y MULTAS ADUANERAS, LA SUNAT TENDRÁ MÁS DE CUATRO AÑOS

- Contiene una redacción que puede dar lugar a interpretaciones subjetivas. Se remite a “supuestos de elusión” que no aparecen en la ley, permitiendo utilizar calificaciones subjetivas, sin contenido jurídico alguno. Ejemplo de ello son los “artificios o actos impropios” que consigna como supuestos de elusión.

- De no corregirse esta disposición, promoverá a futuro la judicialización de los reclamos tributarios.

- Expone al contribuyente a denuncias penales por fraude o presunción de delito tributario.

- Contradice la Norma VIII del mismo Código Tributario, que prohíbe, en vía de interpretación, extender las disposiciones tributarias a supuestos distintos de los señalados en la ley.

- Afecta la seguridad jurídica y la predictibilidad, lo cual desincentiva a las inversiones.

- Deberían más bien establecerse mediante ley supuestos de elusión precisos y los casos concretos que califican como artificiosos o impropios.

PRESCRIPCIÓN DE DEUDAS DE ADUANA

Con el D. Leg. 1433 se han

modificado diversos artículos de la Ley General de Aduanas (D. Leg. 1053). Entre ellos, el referido al cómputo de los plazos de prescripción (Art. 155).

En lo relativo a la prescripción de la acción de la Sunat para cobrar tributos (aranceles) y multas por infracciones aduaneras, se establece que esta opera a los cuatro años, pero contados a partir del día siguiente de realizada la notificación de la resolución de determinación, o de la resolución de multa, según corresponda.

La Única Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1433, referido a la prescripción, dispone que el cómputo del plazo de prescripción, tratándose de procedimientos en trámite, el inicio del plazo de prescripción para exigir el cobro de la deuda tributaria aduanera pendiente de determinar, cuyo plazo de prescripción de la acción para determinar la obligación tributaria aduanera o para aplicar sanciones se inició hasta el 1 de enero del 2018, notificadas a partir de la vigencia del presente decreto legislativo dentro del plazo de prescripción, se computa a partir del día siguiente de la notificación de la resolución correspondiente de conformidad con los incisos f) y g) del artículo 155 de la Ley General de Aduanas modificada por este decreto legislativo.

Los cambios incorporados en el artículo 155 y la Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1433 están vigentes al día siguiente de su publicación, esto es, desde el 17 de septiembre del 2018.

Por ejemplo, si la deuda/multa aduanera se genera el 20 de septiembre del 2018 y la resolución de determinación/multa se notifica el 20 de septiembre del 2021, el plazo de prescripción ya no será de cuatro años contados desde el 1 de enero del

año 2019, sino que los cuatro años se empezarán a computar desde el 22 de septiembre del año 2021, con lo cual se extiende el plazo para cobrar la deuda/multa aduanera en perjuicio del contribuyente.

Por las razones que anteceden, consideramos que la Comisión de Constitución del Congreso debe derogar las modificaciones del artículo 155 y la Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1433, por no haber sido materia de delegación legislativa, pero además, por su aplicación retroactiva prohibida por el Código Tributario y la Constitución.

RELATIVIZACIÓN DEL SECRETO BANCARIO

Con el Decreto Legislativo 1434 (El Peruano, 16 de septiembre del 2018), se ha modificado la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley 26702, incorporando el artículo 153 A), relativo a la información financiera a la Sunat.

En efecto, se ha establecido que las empresas del sistema financiero suministran a la Sunat las operaciones pasivas con sus clientes, referidos a saldos y/o montos acumulados, promedios o más altos en un determinado periodo y rendimientos generados, incluyendo la información que identifique a los clientes, de conformidad con lo regulado por decreto supremo refrendado por el Ministerio de Economía.

Se ha dispuesto que el suministro de información a la Sunat puede realizarse en dos supuestos:

En cumplimiento de tratados internacionales o Decisión CAN (establecido anteriormente por el D. Leg. 1313 del 31 de diciembre del 2016).

En ejercicio de la función fiscalizadora de la Sunat para combatir la evasión y elusión, en transacciones que se lleven a cabo a partir del 17 de septiembre del 2018 y siempre que la Sunat implemente los mecanismos para garantizar la confidencialidad y seguridad de la información.

PARA QUE LA SUNAT ACCEDA A LAS CUENTAS BANCARIAS SE DEBE CAMBIAR LA CONSTITUCIÓN

Se ha dispuesto, además, que mediante decreto supremo se establecerá el monto mínimo que podrá ser materia de información, considerando el monto establecido para el registro de operaciones en las normas sobre lavado de activos (US\$10.000) y el monto establecido como mínimo no imponible en las normas que regulan los tributos

administrados por la Sunat (7 UIT, que equivalen actualmente a S/29.050).

El artículo 2 numeral 5, segundo párrafo de la Constitución Política dispone: “el secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del juez, del fiscal de la nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley, y siempre que se refieran al caso investigado .

Con el cambio dispuesto por el D. Leg. 1434, la Sunat, sin autorización judicial como lo ordena la Constitución, podrá exigir a los bancos que le entreguen la documentación sobre las operaciones pasivas con sus clientes cuando estas exceden a US\$10.000 o a S/29.050.

Por las razones expuestas, consideramos que la Comisión de Constitución del Congreso debe revisar el texto del D. Leg. 1434 referido al levantamiento del secreto bancario, a simple petición de la Sunat y sin orden judicial, como lo exige la Constitución.



Con el Decreto Legislativo 1434, los bancos suministrarán a la Sunat información sobre las operaciones pasivas con sus clientes.