

Los Derechos Constitucionales afectados por el SPOT



WALKER VILLANUEVA GUTIERREZ

Abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Máster en Asesoría Fiscal por la Universidad de Navarra, España.

SUMARIO:

- I. El interés recaudatorio y los derechos individuales como aspectos de un único concepto; el interés fiscal.
- II. El deber de contribuir y el derecho de contribuir.
- III. La justificación de política fiscal del SPOT.
- IV. Naturaleza de las obligaciones derivadas del SPOT: (i) Deber formal para el cliente y (ii) derecho real de garantía para el proveedor:
 1. La obligación formal y el derecho real de garantía;
 2. Los efectos generados en el proveedor y el cliente.
- V. Derechos constitucionales que afecta el SPOT en sectores de alta informalidad.
- VI. Los Derechos constitucionales que afecta el SPOT en sectores formales de la economía:
 1. El derecho de propiedad y el derecho real de garantía creador por el SPOT;
 2. La afectación de los atributos del derecho de propiedad: ejercicio del crédito fiscal condicionado al cumplimiento de la detracción.
- VII. Conclusión.

I. EL INTERÉS RECAUDATORIO Y LOS DERECHOS INDIVIDUALES COMO ASPECTOS DE UN ÚNICO CONCEPTO: EL INTERÉS FISCAL

Es propósito de estas líneas de introducción plantear el marco jurídico bajo el cual los ciudadanos pueden cautelar, por un lado, su derecho de contribuir un tributo constitucional¹ y, de otro lado, identificar las potestades administrativas de las que goza la Administración Tributaria en el propósito de asegurar la recaudación tributaria de los ciudadanos obligados a su pago. Se trata de examinar el equilibrio entre la protección de los derechos de los ciudadanos y las prerrogativas administrativas para cautelar el interés recaudatorio.

Ese derecho subjetivo del ciudadano se cautela mediante el respeto de los derechos fundamentales de la persona (artículo 2 de la Constitución) y de los principios constitucionales (artículo 74 de la Constitución) y la protección del interés fiscal mediante la concesión de potestades administrativas necesarias para asegurar una recaudación eficaz (la discrecionalidad en la potestad de fiscalización, la potestad de autotutela declarativa, ejecutiva y sancionadora, la objetividad del régimen sancionador, la potestad de reexamen, la actuación preclusiva de los medios probatorios, la limitación de los medios probatorios, etc.).

Es manifiesta la tensión entre el interés recaudatorio y el tributo constitucional, entre las potestades administrativas exorbitantes y los derechos subjetivos constitucionales. Bien ha dicho Casado Ollero que se pone "el interés fiscal... en el mismo o incluso en un plano superior de protección constitucional que el dispensado

a los "propios derechos individuales", cuya limitación legal parece estar justificada por aquella superior "razón fiscal", erigida así en una especie de sanatoria a posteriori de cualquier "exceso" del legislador en materia fiscal".²

En nuestra realidad jurídica es aún más evidente la identificación del interés fiscal con el interés puramente recaudatorio, se presta nula atención a los derechos subjetivos de los contribuyentes, apenas un precepto en el Código Tributario (artículo 92) cuyo elenco de derechos es más nominal que real y cuya hipotética derogación no mejoraría la posición del contribuyente frente al Fisco, lo cual demuestra la nula eficacia de ese precepto.

Si bien es cierto, existe un alto índice de evasión tributaria originado por la economía informal, también es cierto que la lucha contra ese fenómeno constituye un mandato que deriva del principio de igualdad, pues "la ley por sí sola no basta para garantizar la igualdad en la imposición. La igualdad se decide en la ejecución de la Ley... igualdad en su aplicación a todos aquellos que realizan el supuesto de hecho de la Ley"³. Somos conscientes de que "la eficacia del control administrativo constituye una condición necesaria (no suficiente) del sistema tributario justo", puesto que "la ineficiencia administrativa lleva consigo una aplicación deficiente del sistema fiscal y éste supone necesariamente un reparto desigual de las cargas fiscales en beneficio de aquellos menos honrados o con menos posibilidad de defraudar".⁴

Pero ese objetivo esencial en el campo tributario (igualdad en la aplicación de la Ley que va de la mano con la eficacia administrativa acompañada de las potestades administrativas exorbitantes) no puede hacer perder de vista

1 Es el tributo creado con arreglo a los preceptos constitucionales que regulan el ejercicio del poder tributario y con respeto de los derechos constitucionales de los ciudadanos obligados a su pago.

2 CASADO ÓLLERO, Gabriel. Prólogo a la obra "Jurisprudencia Constitucional Tributaria" de ALONSO GONZALEZ, Luis Manuel, IEF, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid 1993, p. 8.

3 BENSEE, Stum. Citado por TIPKE, Klaus. *Manual Tributario del Estado y de los Contribuyentes*. Traducción de Pedro M. Herrera Molina, Marcial Pons, Madrid y Barcelona, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2002, p. 79.

4 HERRERA MOLINA, Pedro Manuel. *Capacidad Económica y Sistema Fiscal*, Madrid, 1998, p. 161.

que ese interés no se agota ahí, sino que además abarca el interés de que se tribute con resguardo de los derechos constitucionales de los ciudadanos, con arreglo a su capacidad económica impositiva y según lo que la Constitución y la Ley mandan. A eso se denomina en doctrina "tributo constitucional".

En un sistema tributario justo el interés fiscal es interés recaudatorio, pero también respeto de los derechos fundamentales de las personas. Esa exigencia deriva de un auténtico Estado de Derecho y de un equilibrio ponderado⁵ entre dos aspectos de un único concepto, el interés fiscal.

El Tribunal Constitucional Español ha resumido este equilibrio en la Sentencia 76/1990 de 26 de abril en la forma siguiente:

"(...) es un exigencia inherente a "un sistema tributario justo" como el que la Constitución propugna en el art. 31.1: en una palabra, la lucha contra el fraude fiscal es un fin y un mandato que la Constitución impone a todos los poderes públicos, singularmente al legislador y a los órganos de la Administración Tributaria, y a los órganos de la Administración Tributaria. De donde se sigue asimismo que el legislador ha de habilitar las potestad o los instrumentos jurídicos que sean necesarios y adecuados para que dentro del respeto debido a los principios y derechos constitucionales, la Administración esté en condiciones de hacer efectivo el cobro de las deudas tributarias" (fundamento jurídico 3).

Ha servido lo anterior para visualizar que respecto al tema objeto de reflexión (el Sistema de Pago de Obligaciones Tributaria con el Gobierno Central- SPOT o conocido también como detracciones) se hace patente esta tensión entre

los dos aspectos del interés fiscal. Por un lado, el interés del Estado de lograr la eficacia recaudatoria y, de otro lado, los derechos subjetivos de los que goza el ciudadano para frenar las pretensiones recaudatorias que no se encuadren dentro de la Constitución.

II. EL DEBER DE CONTRIBUIR Y EL DERECHO DE CONTRIBUIR

El ciudadano contribuyente tiene la obligación legal de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos según la capacidad económica que exterioriza y el Estado tiene el derecho a exigir el cumplimiento de pago de los tributos. Si bien la calidad de contribuyente implica un cúmulo de deberes, también implica un cúmulo de derechos.

El ciudadano tiene derecho a que se le exijan las cargas tributarias constitucionales, de tal modo que, le asiste la facultad de oponerse al pago de tributos que vulneren el ordenamiento constitucional. VOGEL señala que "los impuestos están justificados porque el Estado también lo está. Ahora bien, en el Estado de Derecho no está justificado cualquier impuesto, sino sólo los impuestos justos que respetan los derechos fundamentales y, en particular, la igualdad"⁶.

Casado Ollero señala que:

"(...) la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el deber de contribuir parece olvidar que, junto a dicho deber constitucional o, si se prefiere como reversa del mismo, se sitúa el derecho constitucional del ciudadano a no ser gravado con detracciones patrimoniales que no se fundamenten en el Ordenamiento Constitucional; en definitiva, el derecho del ciudadano contribuyente a un tributo justo y a un tributo legal".

5 Cf. ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, trad. de E. Garzón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 28; ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúcil. Ley, derechos, justicia, Tróta, Madrid, 1995, pp. 109-130.

6 VOGEL, Klaus. Op. Cit. p. 137.

7 CASADO OLLERO, Gabriel. Loc. Cit. p. 9.

En nuestro ordenamiento, el Tribunal Constitucional STC 0004-2004-AI ha sostenido que la justificación del tributo también puede apoyarse en el principio de solidaridad, lo que a nuestro modo de ver no significa que el tributo tenga como único fundamento la solidaridad sino que este puede acompañar como justificación a los tributos que tenga siempre como fundamento de su imposición, el principio de capacidad contributiva. Veamos en qué contexto el Tribunal Constitucional declara el principio de solidaridad como un principio implícito que justifica la exigencia de tributos:

"(...) a tal propósito coadyuva la imposición del ITC, al que, a su vez, como todo tributo, le es implícito el propósito de contribuir con los gastos públicos, como una manifestación del principio de solidaridad que se encuentra consagrado implícitamente en la cláusula que reconoce al Estado Peruano como un Estado Social de Derecho (artículo 43º de la Constitución). Se trata, pues, de reglas de orden público tributario, orientadas a finalidades plenamente legítimas, cuales son contribuir, de un lado, a la detección de aquellas personas que, dada su carencia de compromiso social, rehúyen la potestad tributaria del Estado..."

El artículo 74, último párrafo de la Constitución, dispone que *"No surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo"*. Es implícito a este precepto que los tributos creados con arreglo a él, en realidad con arreglo a toda la Constitución (pues este precepto menciona el respeto de los derechos fundamentales de la persona) surten efecto legal y por tanto, surge la obligación del contribuyente de efectuar su pago y correlativamente el derecho de la Administración Tributaria de exigirlo.

En ese sentido, los tributos creados al margen de la Constitución no surten efecto legal, esto es, no otorgan el ente público la potestad de exigir su pago, porque la fuente de donde emana su derecho es la Ley. Correlativamente el ciudadano tiene derecho a que no se le exijan los tributos creados al margen de la Constitu-

ción. Le asiste un auténtico derecho subjetivo de contribuir sólo los tributos constitucionales.

III. LA JUSTIFICACIÓN DE LA POLÍTICA FISCAL DEL SPOT

El régimen de deducciones fue creado en el año 2002 conjuntamente con el régimen de retenciones y percepciones del IGV dentro de las denominadas "medidas administrativas" dirigidas a ampliar la base tributaria sin alterar el régimen jurídico de los tributos vigentes.

Estos nuevos mecanismos de recaudación del IGV rompen con la idea tradicional de recaudar el Impuesto sólo en cabeza del proveedor de bienes y servicios que es el contribuyente del IGV y trasladan dicha responsabilidad al comprador de bienes o de servicios que tradicionalmente se ha sostenido que no forma parte de la relación jurídica tributaria en el IGV, lo que definitivamente es un enfoque parcial que no toma en consideración el fenómeno tributario complejo que se genera en el IGV.

Al margen de lo anterior, lo cierto es que en las retenciones del IGV, el Estado designa a los clientes compradores de bienes o de servicios como agentes de retención del Impuesto, y por lo tanto, confía en ellos la recaudación del Impuesto. Tales agentes de retención deben ser empresas con solidez patrimonial, con una gran cantidad de proveedores y con antecedentes tributarios normales.

En las deducciones, el Estado obliga a que el cliente comprador de bienes o de servicios deposite un porcentaje del precio de venta pactado en el contrato, incluyendo IGV, en una cuenta bancaria abierta a nombre del proveedor de los bienes y de los servicios. Los montos depositados en la cuenta bancaria del proveedor sólo sirven para el pago de sus tributos y su liberación o disposición sólo procede previa constancia de la Administración Tributaria de que aquel contribuyente no tenga ningún adeudo pendiente de pago. Como puede verse, en la deducción a diferencia de la retención, el Estado no deposita su confianza en el cliente ni tampoco en el proveedor,

motivo por el cual, se salvaguarda la liquidez necesaria para el pago de los tributos en una cuenta bancaria intangible.

En esa lógica, el SPOT es un procedimiento implementado esencialmente para combatir la evasión tributaria en sectores de alta informalidad e incumplimiento tributario, a nivel de productor de diversos productos (azúcar, alcohol, arroz, algodón, caña, madera, etc.) y prestador de servicios (intermediación laboral, comisión laboral, arrendamiento de bienes, etc.), pero también con la ampliación de este mecanismo a servicios empresariales en general (legales, contables, asesoría empresarial) su finalidad es asegurar la recaudación tributaria del IGV, considerando que los servicios empresariales no tienen generalmente derecho al crédito fiscal, porque su principal costo es el de las remuneraciones pagadas a sus profesionales que no están gravados con el IGV.

Las características esenciales pueden resumirse en las consideraciones siguientes:

- a) Se asegura la recaudación en una cuenta bancaria intangible a nombre del proveedor. Esto permite:
 - Formalizar a los proveedores informales que deben abrir una cuenta en el Banco de la Nación previa inscripción en la SUNAT y obtención de su Número de RUC.
 - Obtener información sobre los agentes económicos, los importes de la transacción y las fechas exactas.
 - Asegurar la recaudación del IGV en empresas de servicios que tienen como característica que la mayor parte de sus costos no están gravados con el IGV.
- b) Se apertura por obligación legal una cuenta corriente en el Banco de la Nación en que se efectúan las detracciones por mandato legal. Tales depósitos sirven para pagar el IGV generado en tales operaciones y cualquier otra deuda tributaria que constituya ingreso del tesoro público, así como las aportaciones

a ESSALUD y a la ONP, así como las costas y gastos de cobranza coactiva.

IV. NATURALEZA DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL SPOT: (I) DEBER FORMAL PARA EL CLIENTE Y (II) DERECHO REAL DE GARANTÍA PARA EL PROVEEDOR

1. La obligación formal y el derecho real de garantía

Se encuentran sujetos al SPOT: la venta de bienes muebles o inmuebles, prestación de servicios o contratos de construcción gravados con el IGV (artículo 3 inciso a) del TUO DS 155-2004-EF, en adelante el "TUO") de los sectores económicos señalados en la Resolución de Superintendencia que expida SUNAT con ese propósito (artículo 13 del TUO DS 155-2004-EF).

En ese sentido, se encuentra sujetos al SPOT las operaciones gravadas con el IGV de los sectores económicos señalados en la Resolución de Superintendencia 183-2004/SUNAT (en adelante, el "Reglamento"). En virtud de este mecanismo, el cliente que está obligado a pagar a favor del proveedor el precio del bien o servicio, (incluido el IGV) en virtud del contrato de venta o de prestación de servicio, se encuentra obligado a pagar en la forma y oportunidad previstas en las normas que regulan el SPOT con prescindencia de lo pactado por las partes en las cláusulas del contrato.

En ese sentido, la aplicación del SPOT no genera una obligación de dar suma de dinero del cliente (comprador de bienes o de servicios) a favor del proveedor (vendedor de bienes o servicios). La obligación de dar suma de dinero nace del contrato privado de venta o de prestación de servicios acordado entre el proveedor y el cliente.

El régimen jurídico de la detracción genera:

- (i) Respecto del cliente, el cumplimiento de la obligación de pago (que nace del contrato) en forma "bancarizada" (depósito en una cuenta del Banco de la Nación) y

en la oportunidad prevista en la Ley y normas reglamentarias del SPOT, de modo que el SPOT genera una *forma especial* y una *oportunidad específica* del pago de cuyo cumplimiento depende el ejercicio del derecho al crédito fiscal. Así, la detracción constituye un deber jurídico formal cuyo contenido se exterioriza como una prestación de hacer, por cuanto a través de él una parte del precio de venta debe pagarse en la *forma y oportunidad* establecida por la Ley⁸ independientemente de lo pactado por las partes en el contrato correspondiente. Sin embargo, el cumplimiento de este deber formal supedita el ejercicio del crédito fiscal, que si bien según doctrina del Tribunal Constitucional no tiene rango constitucional, afectaría un derecho de contenido patrimonial que es el aplazamiento en la recuperación de liquidez.

- (ii) Respecto del proveedor el dinero depositado en su cuenta sólo puede servir para el pago de tributos, lo cual significa que el uso y disposición está limitado por Ley para la finalidad indicada (artículo 2 del TUO y artículo 24.1 del Reglamento). Nótese que el dinero está en estado de sujeción en una cuenta especial a favor del acreedor por mandato legal e inclusive en los supuestos de los ingresos en forma de recaudación (artículo 26 del Reglamento) el estado de sujeción legal se transforma en un estado de sujeción real con desposesión física del dinero que pasa de la cuenta del proveedor "en recaudación" a las cuentas del Estado. En otras palabras, se genera una especie de derecho real de garantía a favor del Estado en que el estado de sujeción se genera por mandato legal y otros supuestos en que la sujeción ocasiona inclusive la desposesión física del dinero trasladándose a las arcas del Estado.

- (iii) Asimismo, cuando el cliente no cumpla con la obligación formal descrita y proceda al pago del 100% en la forma y oportunidad prevista en el contrato pactado con el proveedor y no conforme a lo previsto en el Reglamento, el proveedor está obligado a auto detraerse su propio dinero, depositando el monto de la detracción en su cuenta del Banco de la Nación. En este caso, la detracción no genera una obligación formal sino una obligación sustantiva que está constituida por la afectación o sujeción del dinero depositado en su cuenta del Banco de la Nación a los tributos de los cuales es acreedor el Estado, en otras palabras, la constitución de un derecho real de garantía por mandato legal.

A pesar de que el Código Tributario no regula los derechos reales como garantías de la deuda tributaria, a través de una ley y su reglamentación correspondiente, se ha creado un auténtico derecho real de garantía cuyas consecuencias en el ámbito constitucional examinamos líneas adelante.

De otro lado, cuando el cliente no cumple con realizar el depósito de la detracción en la cuenta bancaria del proveedor, el obligado de efectuarla es el propio proveedor, que tiene la obligación de auto detraerse, esto es, de depositar un porcentaje del precio recibido del comprador en su cuenta bancaria abierta en el Banco de la Nación.

La obligación de depositar el dinero en su propia cuenta del Banco de la Nación acredita el estado de sujeción del dinero a favor del Estado cuando el monto es acreditado en la referida cuenta. En este caso, la obligación de detracción consiste en depositar dinero en efectivo en una

8. Constituye una excepción del principio de integridad de pago previsto en el artículo 1221 del Código Civil.

cuenta bancaria abierta a su nombre, cuyos fondos están destinados al pago de tributos. Tal obligación surge para el proveedor en el momento en que reciba el pago total de la contraprestación.

La Ley genera para el proveedor la obligación de hacer el depósito en la cuenta bancaria abierta en el Banco de la Nación a su nombre, siendo los fondos depositados en dicha cuenta de propiedad de dicho proveedor. En ese sentido, formalmente dichos fondos son de propiedad del proveedor, pero materialmente están afectos al pago de tributos.

2. Los efectos generados en el proveedor y el cliente

Parece indiscutido que el SPOT genera en el cliente únicamente un deber formal cuyo cumplimiento habilita el ejercicio del crédito fiscal, se trata de un deber formal que afecta un derecho de contenido patrimonial que es el crédito fiscal. Si bien como examinaremos más adelante, el crédito fiscal no tiene rango constitucional como lo ha señalado el Tribunal Constitucional y no puede ampararse bajo la protección del derecho de propiedad, porque el titular del crédito fiscal no tiene un derecho real de propiedad sobre la prestación dineraria que constituye el objeto de su derecho sino únicamente dispone de un derecho de crédito. Ello no obsta, sin embargo, a meditar y plantear, en consideración a su faceta procesal que el derecho al crédito fiscal podría verse afectado por este tipo de restricciones en tanto la Ley estaría restringiendo el ejercicio de un derecho adquirido y debidamente probado con la cautela de ley.

En referencia al titular de la cuenta (el proveedor de bienes y servicios que sufre la detraición) se genera como principal efecto un estado de sujeción del dinero a favor del acreedor tributario. El derecho real de garantía se constituye por el depósito al que está obligado el cliente o por obligación propia si el cliente no cumplió con realizar el referido depósito, de modo que inevitablemente, el derecho real de garantía

se constituirá por acto del cliente o del propio proveedor.

La constitución de ese derecho real le impide al propietario de los fondos ejercer su facultades de propietario, no puede usar, disfrutar o disponer de los fondos depositados en su cuenta, pues no le está permitido servirse de ellos, no le generan intereses ni tampoco puede transferirlos. El proveedor pierde los atributos propios de su derecho de propiedad y solo los puede recobrar 4 meses después bajo condición de no tener adeudos tributarios pendientes.

La implementación del SPOT se inicia con la obligación del proveedor de celebrar un contrato de cuenta corriente con el Banco de la Nación, en el cual los abonos y cargos y los momentos en que éstos se efectúan están totalmente fuera del control de su titular. De modo que, la libertad del proveedor de decidir si contrata o no y la libertad de realizar los abonos y cargos que corresponden a su libertad de configuración interna están eliminados por completo.

V. DERECHOS CONSTITUCIONALES QUE AFECTA EL SPOT EN SECTORES DE ALTA INFORMALIDAD

En nuestro sistema constitucional, el artículo 74 de la Constitución se refiere a los principios constitucionales en relación con los "tributos", pero debe advertirse que esa referencia al "tributo" no atañe única y exclusivamente a la obligación tributaria que nace de un hecho imponible (tributo) sino a toda obligación de carácter legal que deriva del ejercicio de ese poder tributario. Ya el Tribunal Constitucional ha examinado la constitucionalidad de los pagos a cuenta del Impuesto a la Renta (Anticipo Adicional del IR) o del régimen de percepciones del IGV (régimen de pago adelantado del IGV), a pesar de que no se trata de obligaciones tributarias propiamente dichas.

Si bien el régimen de detracciones (SPOT) no constituye "tributo" en el sentido técnico del término, indudablemente es una manifestación del poder tributario del Estado, es deber jurídico formal que determina la bancarización parcial

de una contraprestación y su oportunidad de pago, motivo por el cual, le alcanza los principios constitucionales establecidos para un ejercicio racional y respetuoso de los derechos fundamentales. En relación con el proveedor el SPOT genera un derecho real de garantía a favor del Estado cuyo estado de sujeción a favor de este nace por mandato de Ley o con desposesión física en los supuesto de ingresos como recaudación.

La aplicación del SPOT con los efectos jurídicos descritos en el apartado anterior con la finalidad de combatir la informalidad y la evasión tributaria resulta justificada porque esa finalidad está constitucionalmente protegida por varios derechos constitucionales (libre competencia, libertad de empresa) y específicamente en materia tributaria, por el principio de igualdad. Dice el Tribunal Constitucional Español "la lucha contra el fraude fiscal es un fin y un mandato que la Constitución impone a todos los poderes públicos, singularmente al legislador y a los órganos de la Administración Tributaria..." (Sentencia 1990/76 del Tribunal Constitucional Español).

La idoneidad del SPOT en sectores en que existe un alto nivel de informalidad e incumplimiento tributario luce adecuada en tanto obliga a formalizar al informal, con lo cual se reducen los niveles de informalidad y sobre todo se garantiza el pago efectivo de las deudas tributarias. Se logra ampliar la base tributaria y hacer más equitativo y justo el sistema tributario.

La necesidad⁹ del SPOT en sectores de alta informalidad e incumplimiento tributario puede resultar menos lesiva de los derechos constitucionales de propiedad, de tutela judicial efectiva y de libre contratación que otras medidas alternativas que se pudieran adoptar en ese sentido. El Tribunal Constitucional estimó que los costos mínimos de transporte como medida para combatir la informalidad no cumplían con el requisito de la necesidad (Considerando 52 y siguientes de la Sentencia del Tribunal Consti-

tucional recaída en el Exp. N° 0008-2003-AI/TC publicada el 14-11-2003).

La aplicación del SPOT no vacía el contenido esencial al derecho de propiedad del proveedor sobre el dinero depositado en su cuenta, porque este tiene la posibilidad de desafectar el derecho real de garantía si acredita que no tiene adeudos tributarios pendientes de pago en un plazo de 4 meses. El estado de sujeción o derecho de real de garantía tiene un plazo mínimo de 4 meses para lograr la desafectación.

En definitiva, el SPOT aplicado a sectores con altos niveles de informalidad e incumplimiento tributario luce como una medida constitucionalmente razonable y legítima, pues la limitación de diversos derechos constitucionales (libertad de contratación del proveedor en el contrato de cuenta corriente, libertad de configuración interna en relación a la forma y oportunidad de pago en el contrato de venta o de servicio, limitación del derecho de propiedad del proveedor por la creación del derecho real de garantía y limitación del derecho a la tutela judicial efectiva por condicionar el ejercicio del crédito fiscal al cumplimiento de la detracción) se realiza con la finalidad de lograr una aplicación efectiva del principio de igualdad en materia tributaria.

VI. LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES QUE AFECTA EL SPOT EN SECTORES FORMALES DE LA ECONOMÍA

En cambio, la aplicación del SPOT en forma indiscriminada sin distinguir las empresas que operan en la economía formal y aquellas que operan en la economía informal, puede conducir a imponer limitaciones no necesarias o razonables al derecho de propiedad, a la libertad de contratación y al derecho a la tutela judicial efectiva

La afectación de estos derechos constitucionales se podría justificar si la aplicación del SPOT estuviera apoyada en otros derechos

⁹ Cf. GONZALES-CUELLAR, Serrano, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Colex, Madrid, 1990, p. 172.

constitucionales de igual o mayor jerarquía o en la protección de valores constitucionales superiores a estos. Tal como ha sostenido el Tribunal Constitucional Peruano, la exigencia de obligaciones distintas al tributo propiamente dicho, se puede fundamentar en razones distintas a la recaudación, una de las cuales es la lucha contra la informalidad y evasión fiscal. En efecto, declara el Tribunal lo siguiente:

"(...) la exigencia de pagos a cuenta no se fundamenta estrictamente en razones de necesidad de flujo de permanente en la recaudación, como en el caso de los pagos a cuenta del Impuesto a la Renta, sino más bien el aseguramiento del pago efectivo de un tributo que está puesto en riesgo. Se trata de una medida cuya fin último es la lucha contra la informalidad y la evasión fiscal, por lo que, (...), el Régimen de Percepciones, además de una misión de aseguramiento de la recaudación, cumple un objetivo extra; por ello su carácter extrafiscal".¹⁰

Indudablemente la lucha contra la informalidad y la evasión fiscal es una finalidad constitucionalmente protegida y derivada de otros dere-

chos constitucionales, tales como: el derecho a la libre competencia (artículo 61 de la Constitución Política del Perú), el derecho a la libertad de empresa (artículo 59) y el derecho a la igualdad tributaria (artículo 74).

En referencia al ámbito tributario, la lucha contra la evasión y los fraudes fiscales es un mandato que deriva del principio de igualdad¹¹, porque todos los ciudadanos están obligados a contribuir según el nivel de riqueza que generen en la economía nacional. En ese sentido, la lucha contra la evasión fiscal busca que las cargas tributarias sean equitativas y que todos contribuyan al sostenimiento de los gastos públicos.

Entonces, ¿Es justificada la aplicación del SPOT, habida cuenta, de que su finalidad es combatir la evasión fiscal y con ello lograr un sistema tributario más equitativo? La constitucionalidad o inconstitucionalidad del SPOT debe evaluarse con arreglo a los criterios jurisprudenciales¹² que emanan del Tribunal Constitucional. Estos son, la justificación de la medida adoptada, la idoneidad de la medida, la necesidad de la medida y la no afectación del contenido esencial de los derechos constitucionales.¹³

10 Sentencias del Tribunal Constitucional, Expedientes N° 6626-2006 -PI/TC y 6089-2006-PA/TC de fechas 17 y 19 de abril del 2007.

11 La ineficiencia administrativa lleva consigo una aplicación deficiente del sistema fiscal y éste supone necesariamente un reparto desigual de las cargas fiscales en beneficio de aquellos menos honrados o con menos posibilidad de defraudar. A sensu contrario, la eficacia del control administrativo constituye una condición necesario (no suficiente) del sistema tributario justo. HERRERA MOLINA, Pedro Manuel. *Capacidad Económica y Sistema Fiscal*, Madrid, 1998, p. 161.

12 Sostiene el Tribunal Constitucional que la constitucionalidad o inconstitucionalidad debe ser evaluada a la luz del test de proporcionalidad (Considerando 51 de la Sentencia del TC publicada el 14-11-03 del Exp. No 0008-2003-AL/TC). La proporcionalidad se evalúa en función de la adecuación o idoneidad de la medida a los fines perseguidos y la necesidad de la medida para alcanzar el fin que pretende, en lugar de otras menos lesivas de los derechos fundamentales. Cf. BRAGA, Valeschka e Silva, *Principios de proporcionalidade e da razoabilidade*. Jurua, Curitiba, 2004, p. 25; BERNAL PUJIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 37-38; FERNÁNDEZ NIETO, Josefa, *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo*. Dykinson, Madrid, 2008, *passim*; LÓPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *El principio general de proporcionalidad en derecho administrativo*. Instituto García Ovelo, Sevilla, 1988, p. 81; CIANCARDI, Juan, *El principio de razonabilidad. Del débil proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Abaco, Buenos Aires, 2004, *passim*.

Las medidas adoptadas con ese fin han de ser razonables y proporcionales en relación con el objetivo pretendido y no han de afectar al contenido esencial del derecho (Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano 141/1988 de 12-7-1988)

13 La ponderación de principios fundamentales tratada desde nuestro Tribunal Constitucional contiene tres subprincipios que son: 1.- La idoneidad o juicio de adecuación (medio-fin) 2.-Igoneidad 3.- Proporcionalidad en Sentido Estricto

La aplicación del SPOT a sectores de la actividad económica sin que exista posibilidad de que las empresas formales que operen en dicho sector puedan sustraerse de su aplicación conduce a la afectación de los derechos constitucionales antes mencionados sin que exista causa justificada que respalde esas restricciones a los derechos constitucionales.

En este orden de ideas, pensamos que el SPOT es un mecanismo inteligente de recaudación, pero al mismo tiempo, creemos que es posible que la legislación excluya a las empresas formales de este mecanismo, para lo cual bastaría crear un mecanismo similar a los buenos contribuyentes que permita al universo de contribuyentes sustraerse de este mecanismo para evitar la afectación a sus derechos constitucionales, en específico, el referido a los recursos financieros para afrontar sus obligaciones corrientes.

Veamos - en específico- qué derechos constitucionales podrían afectarse a través del SPOT.

1. El derecho de propiedad y el derecho real de garantía creador por el SPOT

La limitación del derecho de propiedad del proveedor sobre los fondos depositados en su cuenta del Banco de la Nación, lo despoja de los atributos que le corresponden como propietario. La prohibición del efecto confiscatorio de los tributos se genera no sólo cuando se priva de la propiedad en forma definitiva, sino también cuando se impide el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad, concretamente, el uso (*ius utendi*) y disfrute (*ius fruendi*). VILLEGAS sostiene que la confiscatoriedad también ocurre cuando se produce en aniquilamiento del derecho de propiedad en su esencia o en cualquiera de sus atributos¹⁴.

Se genera un derecho real de garantía que aplicado a un proveedor que opera en la economía formal no luce necesaria ni razonable, porque

el Estado no tiene ninguna justificación para crear un derecho real y generar un estado de sujeción del dinero del proveedor a favor suyo. A lo expuesto, se añade que en los supuestos de ingresos como recaudación se produce la desposesión física del dinero del proveedor a favor del Estado, lo que claramente constituye una confiscación no necesaria y no razonable.

Objetivamente, el derecho real de garantía se genera mediante el Reglamento del SPOT, lo que definitivamente vulnera la reserva de ley que protege la creación o generación de obligaciones o derecho creados en ejercicio del poder tributario.

Finalmente, la afectación del derecho a la libertad de contratación, en cuanto se obliga a celebrar un contrato de cuenta corriente con el Banco de la Nación y en el cual además el titular pierde los derechos propios de este contrato, disponer, usar y disfrutar de los fondos tampoco luce razonable y necesaria cuando se aplica a proveedores contribuyentes que operan en la economía formal, porque el aseguramiento de la recaudación como única justificación de las limitaciones de estos derechos constitucionales no tiene una ponderación adecuada.

2. La afectación de los atributos del derecho de propiedad: ejercicio del crédito fiscal condicionado al cumplimiento de la detracción

A efectos de determinar la naturaleza de los deberes formales y su configuración constitucional, es importante rescatar lo señalado por el Tribunal Constitucional, el 4 de abril del 2007, en el proceso de agravio constitucional interpuesto contra una sentencia de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Cusco, sentencia en la que se declaraba infundado un proceso de amparo contra la SUNAT, proceso que tenía como pretensión que se declare inaplicable el artículo 19º, inciso c), del Decreto Supremo N°

¹⁴ VILLEGAS, Hector, *Las Garantías Constitucionales ante la presión de tributos que recaen sobre el sujeto contribuyente*. En: Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario, Nro. 18,

055-99-EF, TUO de la Ley del IGV, por cuanto la recurrente consideraba que se violaban sus derechos constitucionales relativos a la propiedad y al principio de no confiscatoriedad de los tributos.

La recurrente buscaba con el proceso de amparo planteado, que el Tribunal Constitucional reconozca el derecho al crédito fiscal que el contribuyente consideraba que podía ejercerlo pese a no cumplir con uno de los requisitos formales establecidos en inciso c) del artículo 19º. De ese modo, el Tribunal Constitucional planteó la controversia del modo siguiente:

"[...] conforme se advierte del petitorio de la demanda, la recurrente considera que la vulneración de su derecho de propiedad se produce por el desconocimiento por parte de la Sunat del crédito fiscal consignado en su declaración jurada, no obstante que el reparo en este extremo es resultado del incumplimiento de uno de los requisitos formales para acceder a dicho crédito, cual es que haya sido anotado previa y oportunamente en su Registro de Compras. En otras palabras, lo que la recurrente pretende es que la Sunat le reconozca su derecho al crédito fiscal en un monto determinado."

A estos efectos el Tribunal Constitucional resuelve que:

"[...] el uso del crédito fiscal constituye un derecho de configuración legal, el cual se origina una vez que el contribuyente ha cumplido los requisitos formales y sustanciales establecidos en los artículos 18 y 19 de la Ley del Impuesto General a las Ventas. (...)"

El Tribunal Constitucional declara que el derecho al crédito fiscal es un derecho de rango legal y no constitucional, porque su origen está en

una norma con rango de ley que no guarda una relación directa con el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la propiedad. Por lo cual, el Tribunal Constitucional concluye señalando que *"[...] los procesos constitucionales sólo están habilitados para proteger derechos de origen constitucional, más no de origen legal"*

El "derecho de configuración legal" se constituye o nace con los requisitos establecidos en la ley. Así, el derecho al crédito fiscal nace con el cumplimiento de los requisitos sustanciales establecidos en el artículo 18 y se ejercitan con el cumplimiento de los requisitos formales establecidos en el artículo 19 de la Ley del IGV, normas de rango legal.

No obstante, el Tribunal Constitucional pierde de vista que el ejercicio del derecho al crédito fiscal está sometido a una serie de requisitos procesales que conforme a la interpretación de los órganos administrativos encargados de resolver los conflictos en materia tributaria determinaban la pérdida del derecho, lo que constituía una violación del derecho a la tutela judicial efectiva, porque una forma procesal determinaba la pérdida del derecho al crédito fiscal, a pesar de que este se encontraba plenamente acreditado.

Esto significa que el crédito fiscal tiene relevancia constitucional en los aspectos procesales que la regulan, pues como todo derecho debe ser probado y en este particular caso, tal derecho de prueba está limitado a las formalidades establecidas en la Ley del IGV.

En este orden de ideas, la exigencia de pruebas tasadas, todas ellas como títulos necesarios para probar el derecho de deducción conduciría a un sistema legal en que el legislador habría regulado un conjunto de reglas que, en lugar de posibilitar en condiciones normales el derecho de deducción en la mayor medida de lo posible¹⁵,

¹⁵ Sostiene HERRERA MOLINA, Pedro que "el legislador está obligada a establecer un mecanismo que en condiciones normales garantice la repercusión real del impuesto (al valor agregado) en la mayor medida de lo posible". En: Capacidad Económica y Sistema Fiscal. Análisis del ordenamiento español a la luz del Derecho Alemán. Marcial Pons, 1998. p. 463.

lo trataría de entorpecer o anular en la mayor medida de lo posible sin mayor explicación que la practicabilidad administrativa (facilidad de control fiscal) en lugar de la justicia tributaria.

Los deberes formales¹⁶ impuestos por la Ley tienen como propósito facilitar el control fiscal por parte de la Administración Tributaria, a fin de comprobar que el contribuyente pague sus impuestos según la real capacidad contributiva que exterioriza. No tienen como función servir de requisitos para adquirir el derecho al crédito fiscal, con lo que su incumplimiento o cumplimiento defectuoso no conlleva la pérdida de dicho derecho.

La normativa nacional debe asegurar la exacta percepción del Impuesto y evitar el fraude, pero de ninguna manera se puede ir más allá de lo necesario para alcanzar dichos objetivos. En ese sentido, el Tribunal de Justicia ha señalado que *"se permite a los Estados miembros subordinar el ejercicio del derecho a la deducción a la tenencia de una factura que contenga obligatoriamente determinadas indicaciones necesarias para garantizar la percepción del impuesto sobre el Valor Añadido y su control por la Administración fiscal. Dichas indicaciones no deberán, por su número o carácter técnico hacer prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho de deducción"*.¹⁷

Debe considerarse que el IGV es un impuesto, por el cual, el legislador debe regular los mecanismos legales que posibiliten en la mayor medida posible la repercusión (traslado del impuesto) y la deducción del impuesto (crédito fiscal), porque la finalidad es alcanzar la capacidad económica contributiva del consumidor final y no la del empresario.

En definitiva, lo medular está en asegurar la percepción del Impuesto y evitar el fraude fiscal, de modo que la finalidad de los requisitos formales en el IVA consiste en que éstos deben ser adecuados y proporcionales a dicha finalidad, sin que sea posible que se impongan formalidades que cuestionen sistemáticamente el derecho a la deducción o que por su complejidad técnica hagan imposible o excesivamente difícil ejercer este derecho. La forma no puede prevalecer sobre su finalidad.

El crédito fiscal se ejerce a partir del período tributario en que se realice la detracción¹⁸. En el caso del Impuesto a la Renta se señalaba que la deducción del costo o gasto no será válida si es que no se ha hecho la detracción antes de cualquier notificación de la SUNAT (1ra. Disposición Final del TUO)¹⁹. La disposición en relación al Impuesto a la Renta ha sido derogada por la Ley 29173 a partir del 1-1-2008, de modo que a partir del ejercicio 2008, el incumplimiento de la detracción no

16 Respecto al concepto de los deberes formales, Andrés BLANCO, siguiendo a Héctor VILLEGAS precisa que se puede "... concebir a estos deberes como un conjunto de obligaciones de hacer y no hacer de los sujetos pasivos de las obligaciones tributarias, de contenido no pecuniario, y que se originan con ocasión de la tributación. Dentro de esta definición amplia se ubicarán pues una serie de deberes que están presentes, en mayor o menor medida, en todos los tributos y en todos los ordenamientos jurídicos, como ser, en vía de ejemplo: la inscripción registros especiales; la emisión de cierta documentación; el registro y/o contabilización internas de las operaciones (...) etc." BLANCO, Andrés. El Impuesto al Valor Agregado. Vol. II, Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, 1ra. Edic, 2004, p. 197.

17 Sentencia de 14 de Julio de 1988, asunto Lea Jeunehomme contra el Estado Belga.

18 Utilizando esta norma, el Tribunal Fiscal declaró en su Resolución No 1572-5-2006 de fecha 24 de marzo de 2006: "...teniendo en cuenta que la recurrente en su calidad de adquirente estaba obligada a efectuar el depósito de las detracciones correspondientes a las operaciones sustentadas en las facturas observadas (...). Que en consecuencia, no apreciándose de autos que la recurrente haya cumplido con presentar las constancia de depósito que acredite las referidas detracciones, no puede ejercer el derecho al crédito fiscal (...)"

19 En ese sentido, la SUNAT en el Informe No 178-2005 SUNAT/280000 señala: "... la deducción del gasto y/o costo correspondiente a las operaciones sujetas al Sistema, solo será válida en la medida que se hubiera cumplido con efectuar el ingreso del depósito respectivo, con anterioridad a cualquier notificación de la SUNAT."

condiciona la deducción de los gastos o costos para fines del Impuesto a la Renta.

La limitación del ejercicio del crédito fiscal para el cliente, sin duda, restringe la inmediata recuperación de liquidez a través del crédito fiscal, en otras palabras, posterga "el cobro efectivo" del crédito fiscal al momento en que se realice la detracción, lo que tiene plena razonabilidad y luce proporcional y necesario cuando el proveedor opera en la economía informal, pues en tales casos, el Estado no puede asegurar "el cobro del crédito fiscal" si tiene la certeza de que el proveedor no cumplirá con pagar el IGV que justamente permita la efectivización del crédito fiscal.

Si bien no se pierde el derecho al crédito fiscal, sí se limita el acceso a la liquidez inmediata del crédito fiscal, lo que definitivamente afecta, en su aspecto procesal el derecho a la tutela judicial efectiva, pues se impone una limitación que impide y suspende su ejercicio sin que exista una causa justificada para esa situación.

VII. CONCLUSIÓN

El SPOT es un mecanismo de recaudación del IGV inteligente que ha probado su eficacia en el incremento de recaudación lo que ha motivado que el Estado amplíe su aplicación a diversos sectores de la actividad económica. Sin embargo,

el interés fiscal no sólo es interés de recaudación sino también protección de los derechos fundamentales del ciudadano-contribuyente. A varios años de su vigencia, el Estado está en la posibilidad de restringir este mecanismo únicamente a proveedores que operen en la economía informal a través de la creación de un registro de buen contribuyente o buen pagador de obligaciones tributarias o cualquier otro medio de control inteligente y practicable.

En este trabajo hemos demostrado que el SPOT limita los atributos del derecho de propiedad del proveedor sobre los fondos depositados en las cuenta del Banco de la Nación, en la medida que se genera a favor del Estado un auténtico derecho real de garantía creado a través de Reglamento e inclusive en los supuesto de ingresos como recaudación ese derecho real de garantía va acompañado de la desposesión material de los fondos de la cuenta del proveedor a favor del Estado.

También desde la óptica del cliente, la limitación del ejercicio del crédito fiscal al cliente le impide convertir su crédito ilíquido en liquidez inmediata, lo que afecta el derecho a la tutela judicial efectiva, en la medida de que el titular del crédito fiscal no puede ejercer sino cuando cumpla la limitación legal, a pesar de que el derecho está debidamente adquirido, probado y comprobado.