40

ADVOCATUS

Revista semestral editada por alumnos de la Facultad
de Derecho de la Universidad de Lima

DERECHO TRIBUTARIO Y ADUANERO

ENTREVISTA
Humberto Medrano Cornejo

Sergio Vega-León Cabrera
Humberto Medrano Cornejo
Jorge Otoya Cabrera
Alexa Adriazola Burga
Wilfredo Mego Chavez
César Dávila Alvarado
Jorge Liendo Tejada
Marisela Gallardo Quiroz
Michael Fernando Morales Gamarra
Nataly Daniela Aspinwall Mejía
Carlos Alberto Fonseca Sarmiento
Javier Enrique Reyes Sarmiento
Diego Alberto Uribe Mendoza
Javier Gustavo Oyarse Cruz
Edgar Fernando Cosío Jara
Javier Alonso Caballero Caballero
José Antonio La Noire Núñez
Eloy Espinosa-Saldaña Barrera
Andrea Espejo Donaire
Daniel Ángel Puémape Postigo
Adrian Tovar Ayllón

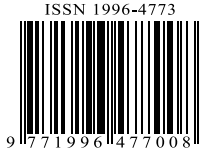
"Las leyes no están para esclavizar sino para encausar la libertad."

Fernando Savater

© ***ADVOCATUS***

Primera Publicación 1998
Revista arbitrada por evaluadores
externos a la Asociación

ISSN 1996-4773



Revista **semestral** editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.
Dirección ADV Editores:
Universidad de Lima, Avenida Javier Prado s/n, Aula 103, Pabellón G.

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú	Nº 2002-0350
ISSN	Nº 1996-4773
Registro de Proyecto Editorial	Nº 21501401401041

Diseño y diagramación: Jorge Senisse Sáenz

Tiraje: 300 ejemplares

Pre-prensa e Impresión: Tarea Asociación Gráfica Educativa
RUC 20125831410
Pasaje María Auxiliadora 156-164 Breña
Correo electrónico: tareagrafica@tareagrafica.com
Teléfono: 332 3229

ADVOCATUS se encuentra indexada ante Dialnet, Latindex y Vlex registrado en la base de datos de la International Legal Group (IJ).

ADVOCATUS no comparte necesariamente las opiniones vertidas por los autores.

Los interesados en publicar en ***ADVOCATUS*** pueden enviar sus artículos a nuestro correo electrónico edicion@revistaadvocatus.com en formato MS Word, los mismos que deberán ser originales. La Revista no se compromete a la publicación de los trabajos recibidos y se reserva el derecho de adaptarlos en forma de acuerdo a su línea editorial.

Prohibida su reproducción total o parcial sin la autorización por escrito de los Editores.

ADVOCATUS

Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima

CONSEJO DIRECTIVO

Directora General	María José García Seminario
Director de Cursos	Alonso Velezmoro Rocha
Director de Economía	Carlos Daniel Vidal Torres
Directora del Comité Editorial/Editor	Lucy Lisett Ayme Salas
Directora de Eventos	Andrea Alexandra Espino Buiza
Director de Financiamiento	Antonio Lorenzo Hume Valenzuela
Directora de Informática	Fabiola Esther Proaño Rivera
Director de Relaciones Públicas	Aranzazu Qahhat Zapata
Director de Responsabilidad Social	Gonzalo Abel Bazán Montalto
Directora de Ventas	Alejandra Gabriela López Chang

MIEMBROS ACTIVOS

Comisión de Cursos
Nicole Peschiutta Forga
Melani Arteaga Galdo
Adriana Chavarri Cordano

Comisión de Economía
Daniela Andrea Quevedo Checa
Mauricio Lavaud Allen
Mariana Del Carmen Gandolfo Llontop
Julia Rosa Victoria Elías de Lavalle

Comité Editorial
Camila Fernanda Mendoza Rosell
Fátima Del Rosario Vega Pinedo
Maria Alessandra Lima Espinoza
Alejandro Izquierdo Laca
Mateo Javier Alvarado Maraví

Comisión de Eventos
Maria Fernanda Molet Diaz
Gian Piero Luigi Pierantoni Salazar
Mauricio Andrés Olaya Enciso
Luis Matías Hernández Parra-Morzán
Alisson Antonella Coloma Vallejos

Comisión de Financiamiento
Valeria Pamela Khalilieh Saez
Guillermo Javier Lozano Castillo
María Fernanda Cusman Calderón
Joaquín Carrillo Bolaños

Comisión de Informática
Ana Karem Rodríguez Moreno
Manuel Calderón Ruiz
Stefany Sarit León Grajeda
Gino Alessandro Germana Zavala

Comisión de Relaciones Públicas
Ivana Faride Velazco Chirinos
Fátima Ariana Moquillaza Robatty
Amelie Silvie D'Auriol Augusto
Isabella Cristina Carrera Zolezzi
Juan Diego de la Flor Mejía
Jorge Ugarte Iman

Comisión de Responsabilidad Social
Daniela Valeria Vela Guillén
Augusto Bustamante Lozada
Maria Paz Neyra Zenteno
Daniela Lozano Lagos
Valeria Paola Vila Contreras

Comisión de Ventas
Fernando Eberhardt Carpio
Sebastián Ignacio Farah Alva
Fernanda Campusano Arsentales
Giulia Maria Barbieri Barba

La Revista ***ADVOCATUS*** es editada por la Asociación Civil ADV Editores, conformada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

La Asociación Civil ADV Editores se encuentra inscrita en la Partida Electrónica Nº 11270467 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima.

ADVOCATUS

Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima

CONSEJO CONSULTIVO:

Adrián Simons Pino
Alberto Delgado Venegas
Augusto Ferrero Costa
Cecilia Delgado Ratto
Enrique Ghersi Silva
Enrique Varsi Rospigliosi
Fernando Tori Vargas
Freddy Escobar Rozas
Gastón Fernández Cruz
Ivo Gagliuffi Piercechi
Jaime Zavala Costa
Javier Tovar Gil
Joaquín Missiego del Solar
Juan José Haro Seijas
Juan Espinoza Espinoza
Juan Luis Hernández Gazzo
Luciano Barchi Velaochaga
Marco Antonio Ortega Piana
Oswaldo del Carmen Hundskopf Exebio
Víctor García Toma
Pedro Pablo Kuczynski

CONSEJO EDITORIAL:

Luis Alberto Liñán Arana
Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Procesal y del Club Español de Arbitraje | Profesor de Derecho Procesal Civil en la Universidad de Lima y en la Academia de la Magistratura | Abogado por la Universidad de Lima.

Marco Antonio Ortega Piana
Profesor en la Facultad de Derecho Corporativo de la Universidad ESAN en el curso de Contratos | Profesor de Derecho Civil en la Universidad de Lima | Árbitro adscrito en la Cámara de Comercio de Lima, Perú | Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Roxana Jiménez Vargas-Machuca
Profesora en el Programa de Especialización de Árbitros en Contratación Pública de la Universidad ESAN y del curso de Responsabilidad Civil en la Maestría de Derecho de la Empresa de la Universidad de Piura | Profesora de Derecho Civil en la Universidad de Lima | Árbitro inscrita en la Cámara de Comercio de Lima, Perú | Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Javier Tovar Gil
Miembro del Instituto de Derecho de Servicios Públicos, Perú | Miembro del Directorio de Asociación de Empresas Promotoras de Mercado de Capitales – PROCAPITALES | Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Henry Huanco Piscoche
Fundador y Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Inmobiliario | Árbitro adscrito al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú | Profesor de Derecho Civil en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas | Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Mirko Medic Medina
Maestría en Derecho (LL.M.) con mención en Derecho Corporativo por el University College London (UCL)
Abogado por la Universidad de Lima.

Andy Carrión Zenteno
Doctor en Derecho por la Universidad de Bonn, Alemania | Magíster en Derecho Penal (LL.M.) por la Universidad de Bonn, Alemania | Especialista en Cumplimiento Normativo en Derecho Penal por la Universidad Castilla-La Mancha, España | Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Eric Gätjens Cornejo
Jefe de prácticas del curso de Obligaciones en la Universidad de Lima | Abogado por la Universidad de Lima.

Karen Gabriela Chire Herrera
Maestría en Tributación y Política Fiscal por la Universidad de Lima | Maestría en Gestión Pública por la European Centre of Innovation and Management - EUCIM Business School | Abogada por la Universidad de San Martín de Porres.

Yliana Mercedes Laca Pinto
Especialista en Aduanas por la Escuela Nacional de Aduanas | Abogada por la Universidad de Lima.

ADVOCATUS tiene como objetivo desarrollar y fomentar la investigación en las distintas áreas del Derecho y su relación con otras ciencias en el marco de la globalización. El público al cual va dirigido se centra, principalmente, en estudiantes, profesores e investigadores de las Ciencias Jurídicas, así como abogados y otros profesionales que tengan interés en el Derecho en general.

MIEMBROS ASOCIADOS DE ADV EDITORES

Aaron Braulio Córdova Cortijo
Abraham Aguilar Olival
Adrián Franco Duharte
Adrián Tovar Ayllón
Adriana Felícita Cangalaya Ponce
Adriana Marín Rozas
Aiko Moromizato Kawahira
Alan Raúl García Nores
Alberto Arrieta Morante
Alberto Rivera Acuña-Falcón
Alberto Simón Linares Rojas
Alejandra De Izcue Bellido
Alejandra Patricia Gálvez Haro
Alejandra Sánchez-Aizcorbe Hennings
Alejandra Grazia Suárez Salazar
Alejandro Bazán Sánchez-Moreno
Alejandro Enrique Roeder Bellina
Alejandro Joel Ramos Tamara
Alejandro Manrique Lewis
Alejandro Prado de Orbegoso
Alejandro Rafael Morales Cáceres
Alessandra Ferrari Carrera
Alessandra Vásquez Ávila
Alessia Milagros Villaran Huertas
Alexandra Arizmendi de Romaña
Alexandra Paz Estremadoyro
Alexandra Patricia Varela Zanelli
Alexandra Pinillos Molina
Alexandra Richter Carranza
Alexandra Salcedo Rodríguez
Alfredo Javier Salazar Aleman
Alonso Gurmendi Dunkelberg
Alonso Miranda Vargas
Alonso Moran De Romaña
Alonso Villa-García Gonzales
Álvaro Andrés Alonso Donayre Delgado
Álvaro Arbulú Cervera
Álvaro Estrada Rosas
Álvaro Lamas Garay
Alvaro Portocarrero Fernández
Américo Hidalgo Gómez
Amr Sa'ad Ulloa Mansur
Ana Lucía Figueroa Dongo
Anahi Pazos Aramburú
Andrea Cecilia Salazar Hernández
Andrea Gallese Luna
Andrea Lanata Dentone
Andrea Mariana Lazo Pérez-Palma
Andrea Marisa Martin León
Andrea Pérez Valdez
Andrea Pittaluga Delgado
Andrea Villanueva Morays
Andrés Pizarro Vizcarra
Ángel Estuardo Valladares
Antonio Arrascue Baca
Ariana Carolina Cisneros Cacho-Sousa
Armando Bártoli Bernales
Arturo Adolfo Bazán Vigo
Arturo Baselli Gutiérrez
Augusto Iberico Barrenechea
Auki Schwartzmann Jochamowitz
Brunella Pacchioni Vergara
Bruno Fernando Vega Núñez
Bruno Zárate del Castillo
Camila Fernández Tovar
Camila Oriana Nieves Malpartida
Camilo Vera Quintana
Carla Chávez Berrios
Carla Noriega Trujillo
Carlos Alejandro Zavala Yanac
Carlos Antonio Diez Contreras
Carlos Arévalo Velásquez
Carlos Héctor Alayza Valdivieso
Carlos Huayhualla Salazar
Carlos Kouri Jarufe
Carlos Miguel Goitizolo Airaldi
Carlos Ramón Vargas Pacheco
Carol Donayre Gonzales
Carolina Arlette Fonseca Simonetti
Carolina Cabada Vassi
Carolina Ciriani Alfageme
Carolina Salinas Rosazza
Carolina Sarmiento Mansilla
Carolina Vivanco Vargas
César Antonio Guerrero Rivera
César Elías Ruiz-Gonzáles
Chiara Michela Lercari Lavezzo
Christel Andrea Ingunza Coronado
Christian Javier Arauco Guanilo
Christian Miguel Vegas Joaquin
Claudia Daniela García Bustamante
Claudia Gimena Salazar Llanos
Claudia Liliana Chávez Berrios
Claudia Mariana Rojas Manrique
Claudia Orihuela Tejada
Claudia Patricia Calderón Correa
Claudia Viviana Ausejo Torres
Claudio Ferrero Merino
Cynthia Marlene Salazar Baldeón
Dafne Roel Noriega
Daniel Pablo Zapata Azurín
Daniel Reinoso Elbers
Daniela Alma Falcone Palacios
Daniela Bazán Stewart
Daniela Carolina Supo Calderón
Daniela Comitre Miranda
Daniela Higueras Elías
Daniela Mariajosé Vásquez Medina
Daniela Terzano Orfanides
Daniela Urquiza Travi
Daniela Valera Ostolaza
Daniella Pastrana Rendón

Daniska Sofía Coronado Iberico
David Quintana Gutiérrez
Débora Luna Li
Denisse Koehne O'Connor
Diego Alberto Vílchez Lizárraga
Diego Alonso Fernández Brigneti
Diego Antonio Becerra Farje
Diego de la Puente Salazar
Diego Fernando Salomón Pita
Diego Sierra Chavera
Domenico Giuseppe Giorffino Vega
Eddy Bruno Catacora Palomino
Edgardo Franco Bernal Santos
Eduardo Giovanni Córdova Saiki
Edward Polo Santiesteban
Elard Ricardo Melgar Rivera
Enrique Silgado Venegas
Erick Sablich Carpio
Erik Lind Cosulich De Pecine
Fayzal Adnan Abuhadba Zegarra
Federico Humberto Galdo Pinedo
Fernando Cornejo Mohme
Fernando Miguel Diez Contreras
Fernando Eduardo Salhuana Quiroz
Fernando Rodriguez Molina
Fiorella Adriana Atoche Ortiz
Fiorella Alessandra Demartini Rivera
Frances Ricketts Dalton
Francisco Antonio Sandoval Vidalon
Francisco Cárdenas Pantoja
Francisco Carrillo Mesinas
Francisco Javier Ibazeta Navarro
Francisco José Berdejo Muñiz
Frank Henry Espinoza Ramírez
Franz Arízaga Huaynate
Franz Essenwanger Delgado
Fredy Mauricio Otárola Salvador
Gabriel Boucher Cálamo
Gabriel Najar Rosas
Gabriel Villavicencio Bedoya
Gabriela Andrea Córdova Luján
Gabriela Guadalupe Bolaños Vainstein
Gabriela Lizarzaburu Rubiños
Geneve Dupont Huapaya
Giada María Taddei Contreras
Giancarlo Celis Noriega
Gianmarco Tagliarino Rondinelli
Gilbert Volta Pineda
Gino Cancino Dianderas
Gino Sangalli de los Ríos
Giulio Valz-Gen de las Casas
Giuseppe Manini Carrasco
Gonzalo Delgado Schambaher
Gonzalo Francisco Casapía Nué
Gonzalo Guillermo Chirinos Vidaurrázaga
Gonzalo Leo Zoppi
Gonzalo Puertas Villavicencio
Gonzalo Soriano Castillo
Guillermo Aliaga Pajares
Guillermo Cabieses Crovetto
Gustavo Adolfo López y López
Gustavo Barboza Beraún
Gustavo Miró Quesada Milich
Gustavo Raúl Ytokazu Minami
Heidi Vizcarra Honorio
Helen Romero del Castillo
Helga Irazola Pella
Ignacio Álvaro Surber
Illian Hawie Lora
Ilse Cubas Brandes
Ingrid Gätjens Cornejo
Italo Fabian Armas Tipacti
Iván Ernesto Quispe Alarcón
Ivan Jaime Bendezú Elescano
Ivan Wassli Solís
Jack Luis Zapata Vilcahuamán
Jacques Didier D'Auriol Augusto
Jan Carlo Martin Mendoza Arévalo
Javier Barrios Kaabar
Javier Basulto Lizárraga
Javier Frías Paira
Javier Martín Espinoza Villar
Janella Mercado Mendoza
Jimena Ordóñez Chichizola
Jimena Vásquez Meneses
Joan Alexander Montoya Mercado
Joaquín Humberto Planas Fernández
Johanna Giuliana Rossi Villamil
Jorge Abad Alcedo
Jorge Erik Benavides Kolind-Hansen
Jorge Fernandini Newton
Jorge Joels Carrión
Jorge Leturia Rengifo
Jorge Luis Ganoza Luna
Jorge Luis Solari Flores
Jorge Rendón Bernui
Jorge Rodrigo Ugaz Viera
José Aguado López
José Alberto Haito Gálvez
José Alejandro Ponce Rivera
José Antonio García-Rosell Chávez
José Beltrán Valdiviezo-Novoa
José Carlos Franco Angulo
José Carlos Tizón Meza
José Francisco Iturrizaga Montoya
José Guillermo Castro Miyashiro
José Giuliano Luján Benavides
Joselyn Irene Asalde León
Joyce Mary Moore Murphy
Juan Diego Carrillo Cama
Juan Diego Garcia Montufar Miro Quesada
Juan Diego Mujica Filippi
Juan José Hopkins Brocq
Juan Rómulo Torres Abarca
Jürgen Spihlmann Freiberg
Karina Cerna Nalvarte

Katherine Salkeld Galarreta
Kathia Stiglich Thorne
Kuno Kafka Prado
Laisha Mubarak Aguad
Laura Liliana Moreno Minaya
Leonardo Vera Quintana
Leslie Ortega Olivera
Leslie Victoria Barrios Miranda
Leticia Alexandra Bendezú Silva
Lila Leonela Bustamante Solis
Liliana Navarrete Hayakawa
Liliana Sánchez Montenegro
Linette Fabiola Márquez Castañeda
Lisbeth Benavides Kolind-Hansen
Lorena Vásquez Meneses
Lorenzo Cánepa Ricketts
Lucero Eguren García
Lucía Alexandra Castro Pereira
Luciana María Palomino Basurto
Luciano Rebagliati Castro
Luis Aurelio Angulo Gonzáles Vigil
Luis Abraham Garrido Huamán
Luis Antonio La Rosa Airaldi
Luis Dongo de Villena
Luis Eduardo Espinoza Villar
Luis Francisco Paz Maury
Luis Marcial García Neyra
Luis Martín Cerreño Alva
Luis Rafael Escobar Ebell
Luisiana Daniella Samanamud Quino
Luz María Pedal Baertl
Macarena Carmona Schwartzmann
Magaly Traverso Zegarra
Manuel Alonso Hopkins Chavez
Manuel Alonso Reyna Camino
Manuel David Chong Tello
Marcial Giovanni Gutiérrez Lucar
Maria Alejandra Gutierrez Alfaro
María Alexandra del Río Cárdenas
María Carmela Ayllón Yanac
Maria Claudia Zerpa Ramírez
María del Carmen Ramos Chuquiure
María Fe Barragán Saco
María Fe Carcelén Pérez
Maria Fe Torrejón
María Fernanda Alcaide Cárdenas
Maria Fernanda de Cárdenas Mazzetti
María Fernanda de la Puente Rizo Patrón
Maria Fernanda Gadea Rivera
Maria Fernanda Rios Grau
María Fernanda Tamayo Morote
Maria Fernanda Vila Olivos
María Gabriela Delgado Borgo
María José Puertas Villavicencio
María Juliana Romero Zapata
Maria Lyliana Ongaro de Vettori
María Milagros Goicochea Piana
María Paula Madau Marín
María Paz Torres Portocarrero
María Pía Rivero Mendiola
María Pía Talavera Barclay
Mariana de Olazával Parodi
Mariana Fajardo Infantas
Mariana Franco Angulo
Mariana González-Prada Felices
Mariana Silva Santisteban López
Mariana Ubidia de Gregori
Mariana Ugarriza Tello
Mariella Paredes Chipilliquén
Mario Dennys Dávila Sanchez
Mariselle Dumler Marsano
Martín Chocano Tabja
Martín Ruggiero Garzón
Masiel Arrieta Lastres
Mauricio Balbi Bustamante
Mayra Alejandra de la Rosa Carrillo
Mayra Alejandra Valencia Sulca
Mayra Campos Aragón
Mélanie Briceño Clémens
Melissa Fritsch Febrero
Michael Chimpitazi
Miguel Antonio Viale Leo
Miguel Rodrigo Salerno Boggio
Milagros Rodríguez-Larraín Miro Quesada
Mirko Altair Medic Medina
Mónica Andrea Eguren Ráez
Mónica Posada Ugaz
Mónica Romero Watson
Myriam Chacón Robles
Napoleón de Jesús Álvarez Vargas
Natalia Begonia Ezcurra Robledo
Natalie Zaidan Abusada
Naghif Wadi Abuhadba Rozas
Nicolás Bustamante Gálvez
Nicolás Pflücker Madge
Nicole Lukac Sadler
Nicoll Arlett Rivera Albuquerque
Óscar Genaro Ballón Stock
Óscar Picón Gonzales
Paloma Aparicio Lainez Lozada
Paloma Casanave Álvarez
Paloma Huby Noriega
Pamela Navarro Salinas
Paola Castillo Vigil
Paola Katherine Gálvez Callirgos
Paola Schulz Canessa
Paolo Rodrigo Oyola Casós
Patricia Valdivieso León
Patricio Noboa Olazábal
Paúl Méndez Dibós
Paula Portocarrero Pereira
Paulo Sanz Montenegro
Pedro Medina León
Pedro Mendoza Mendoza
Pierina Gabriela Gonzáles Dulanto
Piero Rodrigo Cruzado Merino

Pierre Alexander Duobert Abarca
Rafael Alejandro Villarán Bedoya
Rafael Boisset Tizón
Rafael Lengua Peña
Rafael Sebastián Milla Quezada
Rafaela Labarthe Uranga
Raúl Alberto Artola Unda
Raúl Peña Olano
Randolf Josh Zapata Vilcahuamán
Regina Rivera Núñez
Renato Angulo Rodríguez
Renato Arturo Velásquez Peláez
Renato Medina Valdivieso
Renato Rubén Vegas Joaquín
Renzo Chiri Marquez
Renzo Paolo Miranda León
Renzo Vernal Castañeda
Ricardo Arauco Guanilo
Ricardo Barrantes Balarezo
Ricardo de Vettor Pinillos
Ricardo Mercado Espinosa
Ricardo Sebastián Vega Mac Rae
Richard Barnett Ivazeta
Roberto Carlos Berendson Berninzon
Roberto Francisco Delgado Mendoza
Roberto Olaechea Miranda
Roberto Ríos Tapia
Rocío Plascencia Alva
Rodrigo David Cano Reyes
Rodrigo de la Puente Pflucker
Rodrigo Delgado Arce
Rodrigo Montero Montoya
Rodrigo Fernando Ortiz Torrel
Rodrigo Gálvez Martin
Rodrigo Morales Draxl
Rodrigo Vicente Molina Cabrera
Rodrigo Zapata Pineda
Rolando Barraza Oliva
Rolando Castellares Salazar
Romina Amorós Oré
Romina Buso Aleman
Ronald Cross Barragán
Rosa Ellena Zegarra Chavez
Rosa Isabel Espinoza Córdova
Rubén Murga Pizarro
Samuel Córdova Marroquin
Sandra Arredondo Simons
Sandra Elizabeth Kahn Coucillas
Sandro José Mariátegui Aragón
Sebastián Alonso Vidal Muñoz
Sebastián Heudebert Adawi
Sebastian Marcelo Elías Sardiña
Sebastián Villegas Bacigalupo
Sergio Alberto Tafur Sánchez
Sergio Alberto Tafur Scaglia
Sergio Amiel Rodríguez-Carpi
Sergio Antonio Silva Tapia
Sergio Martín Rodríguez Mosquera
Silet Yolanda Becerra Orihuela
Soo Yon Lee Jung
Stefano Lobatón Ramírez
Stefano David Ambrosini Campuzano
Stephanie Penny Lecca
Stephen Rosholt Mesarina
Susana Santos Revilla
Teresa Alayza Valdivieso
Thomas Thorndike Piedra
Uldarico Ossio Seminario
Ursula Amelia Benites Távara
Valeria Giovanna Fry Chirinos
Valeria Lucía Illescas Pinto
Valeria Alessandra Suárez Heredia
Vanesa de la Sota Torres
Vanessa Velarde Lazarte
Véronica Bustamante Rey de Castro
Verónica Dibos Nemi
Verónica Morán Allemant
Verónica Tello Pino
Vivian Isabel Arroyo Bolívar
Wilfredo Cáceres Ghisilieri
Wilfredo Rodrigo Paz Plasencia
Ximena Masías Romero
Yassmín Belén Muñoz-Nájar Salem
Yazmín Alejandra Mendoza Lavado
Zully Danitza Chávez Morales

ÍNDICE

ESPECIAL:
DERECHO TRIBUTARIO Y ADUANERO

EDITORIAL

MARÍA JOSÉ GARCÍA SEMINARIO **13**

ENTREVISTA

HUMBERTO MEDRANO CORNEJO **15**
Tributación en servicios digitales

ESPECIAL TRIBUTARIO

SERGIO VEGA-LEÓN CABRERA **19**
Apuntes acerca de la responsabilidad solidaria en el Impuesto a la Renta de la sociedad emisora en la enajenación directa de acciones directas realizada entre partes no vinculadas

HUMBERTO MEDRANO CORNEJO **35**
Gestión económica e impuesto a la renta

JORGE OTOYA CABRERA **49**
Cláusulas antielusivas específicas y capacidad contributiva: a propósito de la limitación a la deducción de intereses

ALEXA ADRIAZOLA BURGA **57**
Propuestas para incrementar la recaudación tributaria

WILFREDO MEGO CHAVEZ **71**
Análisis desde una perspectiva tributaria de la implementación de negocios de *crowdfunding* o financiamiento participativo basados en el modelo de préstamo

CÉSAR DÁVILA ALVARADO **85**
Análisis del precedente vinculante en materia tributaria en el Perú

JORGE LIENDO TEJADA **113**
La cláusula de no-discriminación en la Decisión 578: ¿Un laberinto sin salida?

MARISELA GALLARDO QUIROZ **129**
El saldo a favor del impuesto a la renta y la compensación – límites

MICHAEL FERNANDO MORALES GAMARRA Y NATALY DANIELA ASPINWALL MEJÍA **135**
¿Impuesto a la riqueza en el Perú? Reflexiones sobre su posible re–incorporación al sistema tributario peruano

CARLOS ALBERTO FONSECA SARMIENTO **153**
Impuestos a los juegos de apuesta y principios constitucionales tributarios

JAVIER ENRIQUE REYES SARMIENTO **171**
Fiscalidad directa de la economía digital

DIEGO ALBERTO URIBE MENDOZA **181**
El dominio fiduciario, los embargos en forma de retención y el deudor cedido

ESPECIAL ADUANERO

JAVIER GUSTAVO OYARSE CRUZ **189**
Negocios internacionales en la nueva normalidad

EDGAR FERNANDO COSÍO JARA **195**
La legislación aduanera en la nueva normalidad de la COVID-19

JAVIER ALONSO CABALLERO CABALLERO **213**
Los operadores de comercio exterior: la nueva propuesta de la Ley General de Aduanas

JOSÉ ANTONIO LA NOIRE NÚÑEZ **221**
¿Por qué cambió la legislación aduanera en el Perú?

MISCELÁNEAS

ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA **233**
Juego de Tronos: La tragedia de un Estado que debe funcionar entre los eventuales excesos de un Presidente con competencias reforzadas y las reacciones desproporcionadas de un Congreso incontrolable —y el rol que un Tribunal Constitucional puede cumplir al respecto—

ANDREA ESPEJO DONAIRE **265**
Arbitraje + Tecnología = Eficiencia, ¿dónde?

DANIEL ÁNGEL PUÉMAPE POSTIGO **275**
Cumplimiento sin cumplimiento. La UIF–Perú incorporada a la SBS, oficial sin autonomía, la función a dedicación no exclusiva: una ventana hacia el lavado de activos

ADRIAN TOVAR AYLLÓN **285**
Regulación del financiamiento participativo financiero —*crowdfunding*— en el Perú: ¿estamos cometiendo el error de siempre?

EDITORIAL

ADVOCATUS busca generar productos con contenido de Derecho que reflejen los cambios sociales, culturales, legislativos y tecnológicos, por ello, la presente edición trata distintas materias del Derecho Tributario, una de las principales ramas de la ciencia de estudio en la que nos enfocamos, complementado por el Derecho Aduanero.

Iniciamos con una entrevista a Humberto Medrano Cornejo sobre tributación en servicios digitales y continuamos con artículos de reconocidos abogados del medio sobre recaudación tributaria, cláusulas antielusivas, *crowdfunding*, impuesto a la riqueza y a los juegos de apuesta, fiscalidad de la economía digital, entre otros.

En cuanto a Derecho Aduanero, contamos con artículos sobre dicha legislación y sus principales cambios como resultado de la nueva normalidad tras la pandemia de la COVID-19.

Adicionalmente, en nuestra sección de misceláneas, exponemos artículos de relevancia jurídica de temática variada, tales como arbitraje y tecnología, la actuación de la UIF-Perú y la regulación del *crowdfunding*.

La presente edición —desarrollada y finalizada durante la pandemia de la COVID-19— es el resultado del esfuerzo de ***ADVOCATUS*** y su compromiso con la comunidad académica y jurídica. Quisiera agradecer a ***ADVOCATUS***, especialmente a la Asamblea General 2019-II, por su trabajo en la Asociación. Asimismo, agradezco la oportunidad de haber sido parte del Consejo Directivo, pues fue una gran etapa de aprendizaje y reflexión.

ADVOCATUS ha sido parte de la experiencia universitaria de casi 500 estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y estoy segura que para muchos asociados, ***ADV*** representa una amistad —y familia— que seguirá creciendo y mejorando, un ciclo a la vez.

María José García Seminario
DIRECTORA GENERAL
Revista ***ADVOCATUS***

RODRIGO, ELIAS & MEDRANO

ABOGADOS

CC BY
DOI 10.26439/advocatus2021.n040.5280

Tributación en servicios digitales

Humberto Medrano Cornejo

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Integrante de la comisión que redactó la Ley del Impuesto a la Renta y su reglamento.

(*) ***ADVOCATUS*** agradece a sus Miembros Asociados Lucy Ayme Salas, Mauricio Lavaud Allen y Allison Coloma Vallejos por su contribución en la elaboración de las preguntas de la presente entrevista.

RESUMEN:

En la presente ocasión, ***ADVOCATUS*** tuvo la oportunidad de entrevistar a Humberto Medrano Cornejo, abogado peruano experto en derecho tributario. Ha sido presidente del Instituto Peruano de Derecho Tributario —IPDT, así como miembro fundador de la Fiscal International Association y Director del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario. A través de las siguientes líneas nos ofrece sus opiniones sobre la expansión digital y los retos para su tributación.

Palabras clave: economía digital, establecimiento permanente, OCDE, impuesto a la renta, impuesto general a las venta, SUNAT.

ABSTRACT:

ADVOCATUS had the opportunity to interview Humberto Medrano Cornejo, a Peruvian lawyer expert in tax law. He has been president of the Peruvian Institute of Tax Law — IPDT, as well as a founding member of the Fiscal International Association and Director of the Latin American Institute of Tax Law. Throughout the lines below, he offers us his opinions on digital expansion and the challenges for its taxation.

Keywords: digital economy, permanent establishment, OECD, income tax, general sales tax, Peruvian Tax Administration.

1. ¿Considera usted que la expansión de la economía digital a través de plataformas como lo son Spotify, Netflix, entre otras, cuya característica es ser un servicio digital prestado por sujetos no domiciliados ha generado un reto para la elaboración de un marco tributario en el Perú?

Sin duda se trata de un reto, pero que está referido no sólo a la legislación del Perú, sino que constituye una preocupación para muchos países, como lo prueban los múltiples eventos técnicos realizados en distintas partes para analizar el tratamiento impositivo a la economía digital, así como las recomendaciones al respecto de entidades como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico — OCDE. Es evidente que sobre esta materia la tecnología ha avanzado más rápidamente que el Derecho, pues en diversos lugares las regulaciones legales en este campo aún no han abarcado el régimen tributario que resulta aplicable.

2. ¿Qué conceptos —como por ejemplo, domicilio fiscal, habitualidad, establecimiento permanente, etc.— contemplados en la Ley de Impuesto a la Renta, Ley de Impuesto General a las Ventas y sus respectivos reglamentos, considera usted que deberían modificarse a fin de que servicios de *streaming* —como los brindados por Netflix, Spotify, etc.— puedan ser gravados con dichos impuestos?

Debe recordarse que conforme a nuestra Ley del Impuesto a la Renta —en adelante, "LIR"— las personas domiciliadas tributan sobre su renta mundial, mientras que las no domiciliadas sólo deben hacerlo por sus rentas de fuente peruana. Tomando en cuenta que este tipo de servicios es prestado usualmente por empresas del exterior, parece claro que la preocupación del legislador debe centrarse en establecer cuándo la renta generada por estas operaciones debe calificar como de fuente nacional. Hace pocos años se incluyó dentro de ellas las producidas por los servicios digitales a través de Internet o cualquier otra red, cuando se utilicen económicamente, usen o consuman en el país. Es decir, básicamente, cuando sirven para el desarrollo de las actividades económicas de un contribuyente domiciliado perceptor de rentas de tercera categoría. En consecuencia, la regla no alcanza a los servicios que brindan Netflix, Uber, Spotify, entre otros, dirigidos a personas naturales que no perciben rentas provenientes de negocios.

Por otro lado, según la LIR, están gravados los servicios digitales prestados por empresas no domiciliadas con prescindencia de donde se utilicen económicamente, en la medida de que tales empresas cuenten con un establecimiento permanente —en adelante, "EP"— en el país; pero como esa condición no se presenta en la mayoría de ellas, se generan áreas de inafectación. Por lo tanto sería necesario —siguiendo a

la OCDE— incluir el concepto de EP virtual, basado en la "presencia económica significativa" para que queden sujetas al tributo las rentas generadas en los países donde se encuentran los usuarios.

En cuanto al Impuesto General a las Ventas — IGV, la ley considera como sujetos pasivos a quienes *"utilicen en el país servicios prestados por no domiciliados"*, de modo que allí se comprende, entre otros, a los referidos usuarios que, por supuesto, tendrán derecho a utilizar su importe como crédito fiscal si —como señala la norma— tales servicios se destinan a operaciones gravadas con ese tributo.

3. Tomando en consideración el crecimiento en la economía digital y la expansión de plataformas *streaming*, ¿considera usted que es necesario implementar reformas en la LIR y la Ley del IGV, a fin de que el Estado peruano pueda percibir más ingresos fiscales?

Debido a que actualmente se discute sobre la manera más adecuada de gravar la economía digital, puede asegurarse que en el futuro inmediato las normas tributarias serán ajustadas para establecer la ubicación de la fuente y las circunstancias que deben darse para configurar el hecho imponible, tanto en el IR como para el IGV. La particularidad de estas operaciones obligará a especificar a quiénes debe considerarse contribuyentes y a quiénes —si fuera el caso— debe calificarse como responsables o como agentes de retención.

4. En el 2019, la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria — SUNAT presentó una propuesta al Ministerio de Economía y Finanzas — MEF a fin de recaudar el IGV por los servicios brindados a plataformas digitales utilizados por personas naturales. Posteriormente, en setiembre de 2020, el Congreso presentó el Proyecto de Ley Nº 6181-2020-CR, a través del cual se busca concretar dicha tributación. En éste, se señaló como mecanismo recaudatorio a la retención vía tarjeta de crédito o débito. En caso de que se optara por este mecanismo, ¿cuáles cree que serían las ventajas o desventajas de que sean los bancos los encargados de entregar el dinero al fisco peruano?

Desde luego, en el caso de usuarios personas naturales que por no ser comerciantes carecen de libros y registros contables, la fiscalización individual directa es casi imposible. Por ello, sería deseable comprender a los bancos en el mecanismo de recaudación, para lo cual es indispensable señalar con exactitud cuáles son los supuestos fácticos que deben ocurrir para que surja su obligación de intervenir desde el punto de vista fiscal. Como quiera que el uso de las tarjetas de crédito y de débito se ha generalizado en todos los ámbitos y se emplean en las más diversas transacciones, es fácil concluir que no en todos los casos estaríamos frente a pagos que constituyen retribución por servicios digitales. Eso significa que, en algunas ocasiones, para los bancos podría resultar complejo establecer si en los pagos efectuados por sus clientes hay lugar o no a la aplicación del tributo; lo que, eventualmente, podría llevar a cometer errores e incurrir en infracciones sancionables —lo que es necesario evitar—. Por lo tanto, las normas legales que pudieran expedirse sobre este extremo tendrían que ser meridianamente claras y puntualizar las hipótesis en que debe ocurrir tal intervención, a fin de que no se presenten conflictos entre esas entidades y la Administración.

5. De realizarse una reforma en la cual se opte por el mecanismo de retención vía tarjeta de crédito o débito a fin de retener el IR de empresas que brindan servicios digitales —como el de *streaming*—, ¿cree usted que la SUNAT posee suficientes recursos como para realizar fiscalizaciones respecto de la recaudación de estos impuestos a fin de supervisar su cumplimiento?

En cuanto a los recursos para la fiscalización, SUNAT podría cumplir sus labores sin mayor dificultad tratándose de usuarios dedicados a actividades mercantiles; pero es evidente que resultaría sumamente difícil llevar a cabo ins-

pecciones respecto del íntegro de las transacciones realizadas por individuos no comerciantes y de allí la conveniencia de comprender a los bancos en el proceso.

Sin embargo, debe reiterarse que para ello se requiriría lograr la mayor precisión respecto de cuándo, dentro de cuáles parámetros y en qué tipo concreto de operaciones correspondería a las empresas financieras actuar en la etapa de recaudación.

6. **Tomando en consideración que la OCDE viene buscando la manera de abordar los desafíos fiscales de la economía digital de manera que se evite, entre otros aspectos, la doble o nula imposición, ¿cuáles serían sus recomendaciones respecto de este punto controvertido?**

Como ya se expresó, por ahora lo esencial es precisar cuándo constituye renta de fuente local el monto pagado a las empresas del exterior prestadoras de dichos servicios. Sin embargo, para evitar cargas fiscales inadecuadas, lo más conveniente es que nuestra legislación se ajuste a las medidas que se adopten a nivel internacional siguiendo los lineamientos de la OCDE, que está tratando de que los países que la integran lleguen a un acuerdo para imponer un tributo global a las multinacionales del área, cuya recaudación se distribuiría entre los fiscos de los países donde operan.

También pueden jugar un rol importante los convenios internacionales para evitar la doble imposición que, dicho sea de paso, el Perú debería suscribir con un mayor número de países y en los que podrían contemplarse medidas que eviten las dificultades a que se refiere la pregunta.

De otro lado, con el propósito de combatir la elusión, nuestra legislación ha venido regulando cada vez con más detalle lo relativo al valor de mercado de las transacciones en general y de manera más concreta al régimen de precios de transferencia que, precisamente, se aplica a las operaciones entre partes vinculadas y a las realizadas desde, hacia o a través de países no cooperantes o de baja o nula imposición. Además debe tenerse presente que varios países cuentan con convenios para el intercambio de información financiera, lo que en muchos casos permitiría determinar si se ha producido —o no— un exceso o un defecto en la aplicación del régimen tributario.

CC BY
DOI 10.26439/advocatus2021.n040.5281

Apuntes acerca de la responsabilidad solidaria en el Impuesto a la Renta de la sociedad emisora en la enajenación directa de acciones directas realizada entre partes no vinculadas

Sergio Vega-León Cabrera

Abogado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.
Máster en Derecho por la Universidad de Nueva York.

El presente artículo fue recibido por el Comité Editorial con fecha 15 de enero de 2021 y fue aceptado con fecha 14 de abril de 2021.

SUMARIO:

I. Introducción.
II. Alcances del Artículo 68 de la LIR.
III. Origen y justificación del Artículo 68 de la LIR.
IV. Precedentes administrativos aplicables al caso del Artículo 68 de la LIR.
1. Informe 173-2013-SUNAT/4B0000.
2. Jurisprudencia del Tribunal Fiscal.
V. Reflexiones finales.

RESUMEN:

A través del presente ensayo, el autor comenta la problemática derivada de la responsabilidad solidaria que, en determinadas circunstancias, adquiere la sociedad emisora de acciones en el marco de una transferencia de acciones. Para tales efectos, el autor aborda los alcances del artículo 68 de la Ley del Impuesto a la Renta, así como sus orígenes y los precedentes más relevantes, para posteriormente realizar unas breves reflexiones sobre esta temática.

Palabras clave: enajenación, impuesto a la renta, responsabilidad solidaria, transferencia de acciones, deuda tributaria.

ABSTRACT:

Through this essay, the author comments on the problems derived from the several liability that, under certain circumstances, the share issuing company acquires within the framework of a share transfer. For such purposes, the author addresses the scope of article 68 of the Income Tax Law, as well as its origins and the most relevant precedents, to later make brief reflections on this topic.

Keywords: alienation, income tax, several liability, transfer of shares, tax liability.

I. INTRODUCCIÓN

En el Perú, como regla general, la transferencia onerosa de acciones representativas del capital de una sociedad establecida en el país, sea cual fuere el domicilio de su titular, califica como una enajenación[1], cuyo resultado es susceptible de tributar con el Impuesto a la Renta a la ganancia de capital, el cual surge de comparar el valor de mercado de las acciones enajenadas, con su correspondiente costo para propósitos fiscales.[2]

Pese a que el contribuyente del referido impuesto a la ganancia de capital sea el enajenante —transferente o vendedor— y pierda total vinculación con la compañía peruana cuyas acciones transfiere como producto de su enajenación, bajo determinados supuestos previstos en la legislación del Impuesto a la Renta la emisora de las referidas acciones será responsable solidaria del citado impuesto. Ello ocurre cuando el transferente es un sujeto no domiciliado en el Perú, siempre que antes de la enajenación hubiese estado vinculado a la sociedad emisora, a través del capital, la administración o el control.[3]

En principio, carecería de sentido lógico que el emisor fuese responsable solidario de una deu-

1. De conformidad con el artículo 5 del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta - LIR, aprobado por Decreto Supremo N° 179-2004-EF, *"se entiende por enajenación la venta, permuta, cesión definitiva, expropiación, aporte a sociedades y, en general, todo acto de disposición por el que se transmita el dominio a título oneroso."*

2. El presente artículo no aborda la problemática relacionada las enajenaciones indirectas de acciones reguladas en el inciso e) del artículo 10 de la LIR.

3. *"Artículo 68.- En la enajenación directa e indirecta de acciones, participaciones o de cualquier otro valor o derecho representativo del patrimonio de una empresa a que se refiere el inciso h) del artículo 9 y los incisos e) y f) del artículo 10 de esta Ley, respectivamente, efectuada por sujetos no domiciliados, la persona jurídica domiciliada en el país emisora de dichos valores mobiliarios es responsable solidaria, cuando en cualquiera de los doce (12) meses anteriores a la enajenación, el sujeto no domiciliado enajenante se encuentre vinculado directa o indirectamente a la empresa domiciliada a través de su participación en el control, la administración o el capital. El reglamento señalará los supuestos en los que se configura la referida vinculación.*
   Tratándose de la enajenación indirecta de acciones o participaciones a que se refiere el inciso e) del artículo 10 de la Ley realizada por una persona jurídica no domiciliada en el país que tiene una sucursal o cualquier otro establecimiento permanente en el país que cuente con un patrimonio asignado, se considera a este último como responsable solidario.

(Continúa en siguiente página)

da tributaria generada por su anterior propietario —el enajenante de las acciones—, pues en el caso de una compraventa dicho emisor no solo no es parte de la relación contractual; sino que, además, podría no haber tenido contacto con los recursos dinerarios provenientes de la transferencia —el precio— que haya percibido el vendedor o enajenante. Esta situación se agrava si el adquirente es una parte no relacionada al enajenante. Comercialmente, el escenario descrito es bastante común y corresponde a los casos de venta de acciones peruanas entre partes no vinculadas en donde el vendedor es un sujeto no domiciliado.

El presente trabajo tiene como propósito comentar la problemática derivada de la responsabilidad solidaria de la sociedad emisora de las acciones en el escenario de venta previamente indicado, para lo cual abordaremos, desde un punto de vista crítico, los alcances del artículo 68 de la Ley del Impuesto a la Renta — LIR, su origen y precedentes administrativos relevantes; así como algunas reflexiones finales a tomar en cuenta, considerando las zonas grises de la responsabilidad solidaria en cuestión que, a nuestro juicio, debería limitarse legislativa o jurisprudencialmente.[4]

II. ALCANCES DEL ARTÍCULO 68 DE LA LIR

Para fines de este trabajo, la parte pertinente del artículo 68 de la LIR que tomaremos en consideración es la siguiente:

> *"En la enajenación directa e indirecta de acciones, participaciones o de cualquier otro valor o derecho representativo del patrimonio de una empresa a que se refiere el inciso h) del artículo 9 y los incisos e) y f) del artículo 10 de esta Ley, respectivamente, efectuada por sujetos no domiciliados, la persona jurídica domiciliada en el país emisora de dichos valores mobiliarios es responsable solidaria, cuando en cualquiera de los doce (12) meses anteriores a la enajenación, el sujeto no domiciliado enajenante se encuentre vinculado directa o indirectamente a la empresa domiciliada a través de su participación en el control, la administración o el capital. El reglamento señalará los supuestos en los que se configura la referida vinculación.*
> *(…)*
> *No se atribuirá la responsabilidad solidaria cuando sea de aplicación la retención prevista en el inciso g) del artículo 71 de la Ley.*
> *(…)."*

Excluyendo las implicancias derivadas de la responsabilidad solidaria regulada en la citada norma para el caso de enajenaciones indirectas, que no son materia de este trabajo, de los referidos párrafos se desprende que, para las enajenaciones directas de acciones[5], la persona

---

El responsable solidario señalado en el párrafo anterior debe proporcionar la información relacionada con las acciones o participaciones representativas del capital de la persona jurídica no domiciliada en el país cuyas acciones o participaciones se enajenan, en particular, la referida a los valores de mercado, porcentajes de participación, aumento o reducción de capital, emisión y colocación de acciones o participaciones, procesos de reorganización, valores patrimoniales y balances, conforme a lo que establezca el reglamento.
No se atribuirá la responsabilidad solidaria cuando sea de aplicación la retención prevista en el inciso g) del artículo 71 de la Ley.
La responsabilidad solidaria se mantendrá cuando la retención se efectúe por las instituciones de compensación y liquidación de valores o quienes ejerzan funciones similares."

4. Nótese que, en estricto, no es solo la venta la que podría gatillar la responsabilidad solidaria del emisor, pudiendo generarse a partir de reorganizaciones empresariales, como fusiones y escisiones, entre otras figuras societarias.

5. Conforme al inciso h) del artículo 9 de la LIR, *"En general y cualquiera sea la nacionalidad o domicilio de las partes que intervengan en las operaciones y el lugar de celebración o cumplimiento de los contratos, se considera rentas de fuente peruana:*
(…)

(Continúa en siguiente página)

jurídica domiciliada emisora de las respectivas acciones será responsable solidaria del impuesto a la ganancia de capital que grava la transacción, cuando se cumplan, conjuntamente, las siguientes dos condiciones:

a) El vendedor sea un sujeto no domiciliado; y
b) En cualquiera de los doce meses anteriores a la enajenación, el vendedor esté vinculado al emisor de las acciones que se enajenan, vía control, administración o capital, según lo que indique el Reglamento de LIR.[6]

En sentido contrario, si el vendedor es un sujeto domiciliado en el país, o si siendo no domiciliado no tuviese vinculación con la sociedad emisora de las acciones que se enajenan, no nacerá la responsabilidad solidaria respecto del impuesto a la ganancia de capital originado en la venta de las referidas acciones.

Nótese que, bajo una interpretación literal de la norma, si se verifican las dos condiciones antes descritas y el adquirente es un sujeto domiciliado en Perú, no se atribuirá responsabilidad solidaria al emisor únicamente si nos encontramos en el caso de una enajenación indirecta, mas no en el supuesto de una transferencia directa de acciones. Ello debido a que el inciso g) del artículo 71 mencionado en el citado artículo 68 de la LIR califica exclusivamente como agente de retención a los sujetos domiciliados que paguen o acrediten rentas por la enajenación indirecta de acciones regulada en el inciso e) del artículo 10 de la citada ley; y no a aquellos que lo hagan en el caso del inciso h) del artículo 9, que regula a las rentas por enajenación directa.[7]

Consideramos que, injustificadamente, la situación previamente comentada genera desigualdad entre los adquirentes domiciliados de acciones vía enajenación indirecta y los adquirentes de acciones vía enajenación directa, pues en el primer caso dichos sujetos serían responsables solidarios en calidad de agentes de retención, liberándose al emisor como responsable solidario; mientras que en el segundo, podrían coexistir hasta dos tipos de responsabilidad solidaria: (i) la generada para la sociedad emisora en base a lo dispuesto por el artículo 68 de la LIR, y (ii) la que nace para el sujeto adquirente como agente de retención por el solo hecho de calificar como tal, de acuerdo con el inciso c) del artículo 71 de la LIR.

En efecto, conforme al numeral 2 del artículo 18 del Código Tributario[8], son responsables solidarios con el contribuyente los siguientes:

"Los agentes de retención o percepción,

---

h) Las obtenidas por la enajenación, redención o rescate de acciones y participaciones representativas del capital, acciones de inversión, certificados, títulos, bonos y papeles comerciales, valores representativos de cédulas hipotecarias, obligaciones al portador u otros valores al portador y otros valores mobiliarios cuando las empresas, sociedades, Fondos de Inversión, Fondos Mutuos de Inversión en Valores o Patrimonios Fideicometidos que los hayan emitido estén constituidos o establecidos en el Perú.
Igualmente se consideran rentas de fuente peruana las obtenidas por la enajenación de los ADR's (American Depositary Receipts) y GDR's (Global Depositary Receipts) que tengan como subyacente acciones emitidas por empresas domiciliadas en el país."
(…)"

6. Reglamento de la LIR, aprobado por Decreto Supremo N° 122-94-EF, cuyo artículo 39-F establece lo siguiente:
"Artículo 39-F.- Responsabilidad solidaria
Para efectos de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley, existirá vinculación entre el sujeto no domiciliado enajenante y la persona jurídica domiciliada, cuando en cualquiera de los doce (12) meses anteriores a la fecha de enajenación se den alguno de los siguientes supuestos:
1. El sujeto no domiciliado posea más del diez por ciento (10%) del capital de la persona jurídica domiciliada, directamente o por intermedio de un tercero.
2. El capital de la persona jurídica domiciliada y del sujeto no domiciliado pertenezca, en más del diez por ciento (10%), a socios comunes a éstas.
3. La persona jurídica domiciliada y el sujeto no domiciliado cuenten con uno o más directores, gerentes, administra-

(Continúa en siguiente página)

cuando hubieren omitido la retención o percepción a que estaban obligados. Efectuada la retención o percepción el agente es el único responsable ante la Administración Tributaria."

A ello debemos agregar que, conforme al inciso c) del citado artículo 71 de la LIR, son también agentes de retención *"[l]as personas o entidades que paguen o acrediten rentas de cualquier naturaleza a beneficiarios no domiciliados"*.

Evidentemente, no es razonable, necesario, ni conceptualmente acertado que coexistan dos tipos de responsabilidad solidaria sobre sujetos distintos —adquirente y emisor— en el caso de una enajenación directa, por lo que, en nuestra opinión, una correcta interpretación del artículo 68 de la LIR debiera conducir a limitar la responsabilidad de la entidad emisora únicamente para supuestos en los que el adquirente sea un sujeto no domiciliado. En ese sentido, la norma citada del Código Tributario debería prevalecer sobre el artículo 68 de la LIR. Creemos que esa falta de coherencia responde a un error legislativo que debería ser corregido a través de una norma con carácter de precisión, por razones de seguridad jurídica y para evitar contingencias en las fiscalizaciones que practique la Administración Tributaria.

III. ORIGEN Y RAZÓN DE SER DEL ARTÍCULO 68 DE LA LIR

Antes de que el artículo 68 de la LIR regulara la responsabilidad solidaria del ente emisor, ésta se encontraba establecida en el inciso i) del artículo 67 de dicha ley, incorporado por el Decreto Legislativo 945, publicado el 23 de diciembre del año 2003. Sin embargo, la redacción de esta norma era distinta, tal como se observa a continuación:

"Artículo 67.- Están obligados a pagar el impuesto con los recursos que administren o dispongan y a cumplir las demás obligaciones que, de acuerdo con las disposiciones de esta ley corresponden a los contribuyentes, las personas que a continuación se enumeran:

i) En la enajenación de valores mobiliarios efectuada por sujetos domiciliados o no domiciliados, la sociedad o empresa domiciliada en el país emisora de acciones, participaciones u otros valores mobiliarios representativos de un derecho de participación en su capital, siempre que tales valores mobiliarios no se encuentren inscritos en alguna Bolsa de Valores del país.

(…)"

---

dores u otros directivos comunes, que tengan poder de decisión en los acuerdos financieros, operativos y/o comerciales que se adopten.
4. El sujeto no domiciliado y la persona jurídica domiciliada consoliden Estados Financieros.
5. El sujeto no domiciliado ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la persona jurídica domiciliada o viceversa.
Se entiende que se ejerce influencia dominante cuando, en la adopción del acuerdo, se ejerce o controla la mayoría absoluta de votos para la toma de decisiones en los órganos de administración de la persona jurídica domiciliada o sujeto no domiciliado.
La vinculación quedará configurada y regirá de acuerdo a las siguientes reglas:
a) En el caso de los numerales 1 al 4 cuando se verifique la causal. Configurada la vinculación, ésta regirá desde ese momento y mientras subsista dicha causal.
b) En el caso del numeral 5, desde la fecha de adopción del acuerdo hasta el cierre del ejercicio gravable siguiente".

7. En efecto, el inciso g) del artículo 71 de la LIR establece lo siguiente:
"Artículo 71.- Son agentes de retención:
g) Las personas domiciliadas en el país cuando paguen o acrediten rentas por la enajenación indirecta de acciones o participaciones representativas del capital de una persona jurídica domiciliada en el país de acuerdo a lo dispuesto en el inciso e) del artículo 10 de esta Ley."

8. Código Tributario, con Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo Nº 133-2013-EF.

Como se observa, la citada norma difería del texto actual del artículo 68 de la LIR porque convertía en responsable solidario al emisor, sin importar si el enajenante era o no domiciliado; y, además, el encabezado del artículo 67 limitaba la responsabilidad a *"los recursos que administren o dispongan"*, con lo cual, la sociedad emisora no tenía la obligación de cubrir con sus propios recursos el impuesto a la ganancia de capital del enajenante en calidad de responsable, limitación que no existe en el actual texto del artículo 68. Cabe precisar que la norma que reglamentó el derogado inciso i) del artículo 67 de la LIR, estableció que los *"recursos que administren o disponen"* las sociedades emisoras se conforman por los dividendos, cuentas por pagar y cualquier otro crédito a favor del enajenante.[9]

Nos queda claro que dicha norma establecía límites razonables a la responsabilidad solidaria del ente emisor, en comparación con la norma actual recogida en el artículo 68 de la LIR.[10]

Posteriormente, el inciso i) del artículo 67 de la LIR fue derogado por el Decreto Legislativo 979, publicado el 15 de marzo de 2007.

Acertadamente, la Exposición de Motivos del citado Decreto sustenta dicha derogación en lo siguiente:

> *"En la práctica, los sujetos a los que el inciso mencionado les asigna responsabilidad solidaria carecen de los mecanismos adecuados que les permitan controlar el cumplimiento de las obligaciones tributarias sustanciales y formales que nacen para el contribuyente por efecto de la enajenación de valores mobiliarios. No obstante, por efecto de la atribución de la responsabilidad solidaria, resultarían obligados a cubrir las obligaciones generadas en cabeza de un tercero.*
>
> *Mediante la modificación se elimina el inciso en cuestión.*
>
> *La modificación no compromete inversión alguna por parte del Estado, permitiendo otorgar mayor seguridad jurídica a las entidades emisoras de valores mobiliarios".*[11]

Sin embargo, cuatro años después a raíz del caso Petrotech[12], las reglas tributarias en el Perú fueron modificadas nuevamente para extender el ámbito de aplicación del Impuesto a la Renta a los casos de enajenaciones indirectas de acciones cuyo subyacente principal se componga de activos peruanos.

---

9. Reglamento de la LIR:
"Artículo 39.- RESPONSABLES Y AGENTES DE RETENCION Y DE PERCEPCION DEL IMPUESTO
Los responsables y agentes de retención y de percepción del impuesto, se sujetarán a las siguientes normas:
(…)
h) Los recursos que administran o disponen las sociedades o empresas domiciliadas en el país, emisoras de acciones, participaciones y otros valores mobiliarios, a que se refiere el inciso i) del Artículo 67 de la Ley, están representados por el patrimonio de dichas sociedades o empresas, incluyendo los dividendos, cuentas por pagar y cualquier otro crédito a favor del enajenante sea éste domiciliado o no.
En caso que el enajenante sea un sujeto domiciliado en el país, la responsabilidad solidaria de la sociedad o empresa emisora de los valores mobiliarios, no podrá exceder del importe del impuesto que se habría generado en la operación de enajenación.
La renta neta del enajenante no domiciliado se determinará de conformidad con lo señalado en el inciso g) del Artículo 76 de la Ley."
Dicho inciso fue incorporado por el artículo 11 del Decreto Supremo N° 086-2004-EF, publicado el 4 de julio de 2004.

10. Aun en este caso, Mario Madau en su ponencia individual para las IX Jornadas Nacionales de Derecho Tributario – Los Sujetos Pasivos Responsables en Materia Tributaria, sobre el referido inciso i) del artículo 67 de la LIR, ha manifestado que *"(…) Llama la atención que se haga recaer la responsabilidad en un sujeto que está totalmente ajeno a la operación que genera la renta gravada y por lo tanto a la obligación tributaria. En otras palabras, si bien*

La referida modificación se inició con la dación de la Ley 29663, publicada el 15 de febrero de 2011, la misma que, además, reintroduce el concepto de la responsabilidad solidaria para la sociedad peruana emisora, incorporando el texto del artículo 68 de la LIR cuyo contenido esencial perdura hasta la fecha, pero esta vez abarcando a enajenaciones directas e indirectas efectuadas por sujetos no domiciliados. Según la Exposición de Motivos de la Ley 29663, el sustento de dicha responsabilidad es el siguiente:

> *"(…) Al respecto, se debe tener en cuenta que la figura de la responsabilidad solidaria en materia tributaria se sustenta, entre otras razones, en la disminución en los costos para el Estado en la recaudación y cobro de los tributos (…); en una mayor eficiencia en la administración y fiscalización de los tributos; en la necesidad de asegurar la regularidad de la recaudación de tributos (…)*
>
> *Ahora bien, no obstante las razones que justifican la responsabilidad solidaria, los sujetos que son calificados como responsables solidarios por la Ley, deben encontrarse en algún grado de relación con el deudor original, a efecto de que sea razonable imputarles legalmente dicha calificación. Esta situación se evidencia en el Proyecto, toda vez que se ha establecido que la empresa emisora de los valores mobiliarios enajenados directa o indirectamente, será responsable solidario solo si está vinculada con el sujeto no domiciliado enajenante, a través de su participación en el control, la administración o el capital."*[13]

Nos preguntamos por qué el hecho de que un accionista esté vinculado a la sociedad emisora de acciones antes —no después— de su venta a un tercero tendría que convertir a dicha sociedad en responsable solidaria, pues además de no ser parte de la relación contractual que da origen a la venta, precisamente, con la enajenación, la vinculación podría desaparecer. En efecto, en general, con ventas de control, el accionista original deja de tener relación con la sociedad emisora y el adquirente de las acciones es el nuevo vinculado a aquella. Adicionalmente, si el emisor en ningún momento está en posición de tomar contacto con los recursos provenientes de la transacción —el precio—, no tendría sentido lógico que deba responder por la tributación de la ganancia de capital correspondiente.

En este punto, consideramos relevante comentar que el Tribunal Constitucional perua-

---

no cabe duda que la finalidad es asegurar la recaudación, el criterio de selección utilizado para elegir al responsable no se relaciona con el incumplimiento de la obligación, ni con la adquisición de bienes que generaron las situaciones gravadas." Mario A. Madau Martínez, "Reflexiones sobre el tratamiento de la responsabilidad solidaria y sustitución tributarias en el ordenamiento tributario peruano" en *IX Jornadas Nacionales de Derecho Tributario*, relator principal Luis Hernández Berenguel (Lima: IPDT, 2006).

11. Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 979, página 12.

12. *"En 2009, Ecopetrol Colombia y Korea National Oil Corp adquirieron una empresa con sede en Houston (Offshore International Group Inc.), cuyo principal activo era Petrotech Peruana (titular de la licencia), empresa constituida y residente en Perú y tercer productor de petróleo de dicho país, por aproximadamente USD 900 millones, de Petrotech International, empresa constituida en Delaware. Dado que, en ese momento, la ley del impuesto sobre la renta de Perú no incluía una disposición específica sobre la tributación de las ventas indirectas transnacionales, la transacción quedó exenta de impuestos en ese país. Según las estimaciones, los posibles ingresos fiscales no percibidos por Perú fueron de USD 482 millones. Petrotech International, residente de los Estados Unidos, pagaría en este último país los impuestos correspondientes a las ganancias de capital."* Plataforma de Colaboración en materia Tributaria, *Borrador de Consulta: Tributación de las transferencias indirectas transnacionales - Una guía práctica* (2017), https://www.oecd.org/tax/discussion-draft-toolkit-taxation-of-offshore-indirect-transfers-ESP.pdf.

13. Proyecto de Ley Nº 3092/2008-PE, páginas 13 y 14.

no, máximo intérprete de la Constitución y de la ley, en reiteradas sentencias ha delineado el concepto de "responsabilidad solidaria" en materia tributaria, según los siguientes criterios:

> *"8. El responsable solidario es aquel sujeto que sin tener la condición de contribuyente (es decir, sin haber realizado el hecho imponible) debe cumplir con la prestación tributaria atribuida a éste por un imperativo legal si su cumplimiento es requerido por el acreedor tributario. Esta responsabilidad surge en razón de ciertos factores de conexión con el contribuyente o como un mecanismo sancionatorio."* [14]

> *"27. Conforme a la lógica descrita y si bien se pueden crear responsabilidades solidarias, ellas se condicionan a dos supuestos:*
> *(i) Conexión con el contribuyente (…)*
> *(ii) Mecanismos sancionatorios (…)*
> *En definitiva, se advierte que no existe un factor de conexión directo y proporcional que determine la responsabilidad solidaria por parte de las empresas supervisoras".* [15]

A la luz de dichos pronunciamientos, tenemos que en un caso como el del artículo 68 de la LIR, dado que no nos encontramos ante un mecanismo sancionatorio, la responsabilidad solidaria del ente emisor se fundamenta en la conexión con el contribuyente —el vendedor o enajenante—, pero esta conexión debe ser directa y proporcional, lo que a nuestro juicio en el caso analizado presenta ciertas deficiencias, debido a que:

a) La sociedad emisora no es parte de la relación contractual —comprador-vendedor— que da origen al nacimiento de la obligación tributaria;
b) El vendedor puede perder la conexión elegida por el legislador como criterio de atribución de responsabilidad solidaria —vinculación a través del capital, la administración o el control— al momento de transferir sus acciones a un tercero; y
c) Dada la redacción actual de la norma, se podría interpretar que la deuda tributaria por el impuesto a la ganancia de capital derivada de dicha transferencia podría ser exigida, total o parcialmente, al ente emisor y, en este escenario, dicho sujeto tendría que responder con sus propios recursos, sin límite, ante la falta de parámetros

---

14. Considerando 8 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0002-2006-PI, de fecha 16 de mayo de 2007.

15. Considerando 27 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente Nº 2226-2007-PA, de fecha 26 de noviembre de 2007.

16. Sobre este punto volveremos en la Sección III del presente trabajo, al momento de analizar los precedentes administrativos existentes sobre la materia.

17. A manera de ejemplo, cabe citar un extracto de los considerandos de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 06089-2006-PA de fecha 17 de abril de 2007:
"11. El Estado Social y Democrático de Derecho se configura sobre la base de dos aspectos básicos: a) La exigencia de condiciones materiales para alcanzar sus presupuestos, lo que exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado y con una participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal; y b) La identificación del Estado con los fines de su contenido social, de forma que pueda evaluar, con criterio prudente, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención, evitando tomarse en obstáculos para su desarrollo social.
12. Tales premisas son trasladables también al análisis de las controversias de carácter tributario, en cuyo caso la evaluación del fenómeno tributario implicará necesariamente que sea entendido a partir de la evolución de las relaciones Estado-Sociedad en materia económica. Así, si las transformaciones del Estado han conllevado, a su vez, la transformación de los roles sujeto privado-sujeto público e, igualmente, han determinado una mayor asunción de deberes por parte de los ciudadanos, resulta entendible que el fenómeno tributario, para mejor atender los cambios en las necesidades sociales, también extienda sus alcances más allá de la mera obligación sustantiva al pago, e

(Continúa en siguiente página)

regulados como los que se encontraban en el derogado inciso i) del artículo 67 de la LIR y en su norma reglamentaria. Ello no nos parece proporcional ni razonable, y solo se justificaría en la finalidad recaudatoria.[16]

Sin perjuicio de lo indicado en el párrafo precedente, debemos indicar que el Tribunal Constitucional en reiterados pronunciamientos ha delineado el alcance del denominado deber de colaboración de los administrados, el cual a criterio de dicho órgano justificaría la existencia de ciertas obligaciones administrativas, así como el establecimiento de responsabilidades solidarias de terceros vinculados al contribuyente por algún nexo económico y jurídico.[17] A título ejemplificativo, cabe citar el Considerando 12 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 06089-2006-PA/TC de fecha 17 de abril de 2007:

> *"12 (…) Así, si las transformaciones del Estado han conllevado, a su vez, la transformación de los roles sujeto privado-sujeto público e, igualmente, han determinado una mayor asunción de deberes por parte de los ciudadanos, resulta entendible que el fenómeno tributario, para mejor atender los cambios en las necesidades sociales, también extienda sus alcances más allá de la mera obligación sustantiva al pago, e incorpore otras obligaciones sucedáneas, tales como obligaciones de declaración o autoliquidación de tributos, de información en la fiscalización, la responsabilidad solidaria de terceros vinculados al contribuyente por algún nexo económico o jurídico, e, incluso, deberes de colaboración con la Administración en la lucha contra la informalidad y la evasión fiscal."*

Por otro lado, tampoco tiene lógica que las normas que incluyeron a las enajenaciones indirectas como transacciones potencialmente sujetas a imposición en el Perú sean las que establezcan supuestos de responsabilidad solidaria para el caso de las enajenaciones directas de acciones que desde hace ya varios años estaban gravadas con el Impuesto a la Renta sobre la correspondiente ganancia de capital. La razonabilidad de establecer a un responsable en las ventas indirectas radica, precisamente, en el carácter indirecto de la transacción, pues es más difícil para el Fisco peruano identificar

---

incorpore otras obligaciones sucedáneas, tales como obligaciones de declaración o autoliquidación de tributos, de información en la fiscalización, la responsabilidad solidaria de terceros vinculados al contribuyente por algún nexo económico o jurídico, e, incluso, deberes de colaboración con la Administración en la lucha contra la informalidad y la evasión fiscal.

13. De ello puede afirmarse que siendo la función principal del tributo la recaudadora - entendida no como fin en sí mismo sino antes bien como medio para financiar necesidades sociales-, pueda admitirse que en circunstancias excepcionales y justificadas para el logro de otras finalidades constitucionales, esta figura sea utilizada con un fin extrafiscal o ajeno a la mera recaudación, cuestión que, indiscutiblemente, no debe ser óbice para quedar exenta de la observancia de los principios constitucionales que rigen la potestad tributaria.

14. Y es que la búsqueda de una sociedad más equitativa, propia del Estado Social y Democrático de Derecho, se logra justamente a través de diversos mecanismos, entre los cuales la tributación juega un rol preponderante y esencial, pues mediante ella cada ciudadano, respondiendo a su capacidad contributiva, apo1ia parte de su riqueza para su redistribución en mejores servicios y cobertura de necesidades estatales. De ahí q1 1e, quienes ostentan la potestad tributaria, no solo deban exhortar al ciudadano a contribuir con el sostenimiento de los gastos públicos, sin distinción ni privilegios; sino, al mismo tiempo, deban fiscalizar, combatir y sancionar las practicas de evasión tributaria, cuyos efectos nocivos para el fisco se tornan contraproducentes en igual medida para todos los ciudadanos del Estado Peruano.

(…)

16. Consecuentemente ante la cuestión de si la tributación puede utilizarse para fines cuyo objetivo directo no sea el exclusivamente recaudador, sino la lucha contra la evasión iscal, la respuesta prima facie no puede ser sino afirmativa; puesto que, si bien la creación de un régimen determinado se justifica en la necesidad de frenar la informalidad y la evasión tributaria, resulta evidente que su fin ulterior será la mejora de los niveles de recaudación, evitando que el peso tributario recaiga injustamente sobre quienes sí cumplen sus obligaciones fiscales."

al contribuyente y cobrarle el tributo, al ser éste el propietario no domiciliado de una entidad también no domiciliada cuyas acciones se transfieren, siendo que esta última entidad es la titular de las acciones peruanas, directa o indirectamente, cuya venta se pretende gravar. La enajenación directa no presenta este nivel de dificultad para la Administración Tributaria.

Finalmente, luego de la dación de la Ley 29663, que por primera vez reguló en el Perú a las enajenaciones indirectas, se modificó hasta en tres oportunidades el régimen aplicable a este tipo de transacciones y, con ello, también a la norma de responsabilidad solidaria del ente emisor recogida en el artículo 68 de la LIR, aunque sin alterar el contenido esencial que hemos venido comentando a lo largo del presente trabajo.[18]

Dichas normas son las siguientes:

a) La Ley 29757, publicada el 21 de julio de 2011, que, entre otras disposiciones, estableció la no atribución de la responsabilidad solidaria cuando resulte aplicable la retención prevista en el inciso g) del artículo 71 de la LIR; esto es, cuando el adquirente en una enajenación indirecta es un sujeto domiciliado.[19] Cabe resaltar que la Exposición de Motivos de esta norma sustentó la no atribución de responsabilidad en el hecho de que ya no habría necesidad de imputar la responsabilidad solidaria al emisor peruano, pues el adquirente domiciliado es agente de retención[20], lo que fortalece lo comentado en la Sección I, en cuanto a que no hay razón alguna para que se mantenga dicha responsabilidad ahí cuando exista un adquirente peruano designado como agente de retención, lo que también ocurre en el caso previsto en el inciso c) del referido artículo 71 de la LIR.

b) La Ley 30050, Ley de Promoción del Mercado de Valores que, entre otras disposiciones, establece que la responsabilidad solidaria del ente emisor se mantiene aún en el caso de que la retención sea realizada por instituciones de compensación y liquidación de valores, esto es, para transacciones que ejecutadas a través de un mecanismo centralizado de negociación, como la Bolsa de Valores de Lima.

c) El Decreto Legislativo 1424, publicado el 13 de setiembre de 2018 que, en cuanto a la responsabilidad solidaria del emisor, regula el caso de la sucursal peruana de la entidad no domiciliada enajenante.

IV. PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS APLICABLES AL CASO DEL ARTÍCULO 68 DE LA LIR

1. Informe N° 173-2013-SUNAT/4B0000.[21, 22]

En este informe, la Administración Tributaria con-

18. Que es contenido esencial.

19. Esta retención también fue incorporada por la Ley 29757.

20. Así, la Exposición de Motivos de la Ley 29757 señala lo siguiente:
c) Propuesta
(…)
"Cabe precisar que en los casos que -en aplicación del incorporado inciso g) del artículo 71° de la LIR- el adquirente sea designado agente de retención del Impuesto a la Renta que grava la enajenación indirecta; ya no es necesario seguir imputando responsabilidad solidaria por dicho tributo, a la persona jurídica domiciliada en el país emisora de las acciones y participaciones representativas del capital materia de la referida enajenación."
Proyecto de Ley N°4713/2010-PE, de fecha 9 de marzo de 2011, página 12.

21. Informe de la Administración Tributaria de fecha 18 de noviembre de 2013.

22. Los informes emitidos por la Administración Tributaria son vinculantes para los órganos de entidad, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 94 del Código Tributario.

cluye que para efecto de lo dispuesto en el artículo 68 de la LIR, es posible determinar y exigir el pago de la deuda tributaria a la sociedad peruana emisora, como responsable solidaria, sin que previamente se hayan agotado las acciones para cobrar la misma al sujeto no domiciliado enajenante de tales valores mobiliarios.

A nuestro juicio, la posición de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria — SUNAT antes descrita podría encontrar su sustento en la definición doctrinaria de responsabilidad solidaria, pues, como sostiene Villegas, hay solidaridad tributaria cuando dos o más sujetos quedan obligados al cumplimiento total de la misma prestación. A ello el citado autor agrega que *"los vínculos son autónomos porque el fisco puede exigir indistintamente a cada uno la totalidad de la deuda, pero integran una sola relación jurídica por identidad de objeto (ídem debitum), por lo cual son también interdependientes."* [23]

Sin embargo, el razonamiento jurídico de la Administración Tributaria que la lleva a concluir lo anterior no es acertado, pues sustenta su posición en el numeral 1 artículo 20-A del Código Tributario, norma que regula los efectos de la responsabilidad solidaria y dispone lo siguiente:

> *"1. La deuda tributaria puede ser exigida total o parcialmente a cualquiera de los deudores tributarios o a todos ellos simultáneamente, salvo cuando se trate de multas en los casos de responsables solidarios que tengan la categoría de tales en virtud a lo señalado en el numeral 1. del artículo 17, los numerales 1. y 2. del artículo 18 y el artículo 19."*

Decimos que dicho razonamiento no es acertado, porque el referido artículo 20-A, introducido en el Código Tributario por el Decreto Legislativo 981[24], solo regula los efectos de la responsabilidad solidaria para el caso de las responsabilidades previstas en el citado Código y no para aquellas previstas por otras leyes, como es el caso del artículo 68 de la LIR; norma que, como hemos visto, califica como responsable solidario al emisor bajo un cuestionable criterio de conexión como es el de vinculación económica con el accionista, sin incluir parámetros razonables de limitación de los recursos con los que dicho emisor debiera responder por el impuesto a la ganancia de capital que grava la enajenación directa de acciones en Perú, como sí lo hacía el antecedente normativo recogido en el derogado inciso i) del artículo 67 de la LIR y el artículo 39 de su Reglamento.

En efecto, como surge del texto del precitado artículo 20-A, así como de la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 981[25], el propósito de dicha norma es regular los supuestos de responsabilidad solidaria previstos en los artículos 16, 17, 18 y 19 del Código Tributario, referidos, respectivamente, al caso de los responsables solidarios de los representantes, de los adquirentes del activo o pasivo de la persona jurídica, de otros sujetos entre los cuales figuran los agentes de retención —sin hacer mención alguna al caso de las sociedades emisoras—, y de los responsables por hecho generador.

Consideramos que atribuir los efectos de la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 20-A del Código Tributario al emisor de las acciones como resultado de la aplicación del artículo 68 de la LIR como lo hace la SUNAT, no solo es equivocado desde un punto de vista técnico, sino también contrario a ley.

2. Jurisprudencia del Tribunal Fiscal.

De nuestra revisión de los precedentes del Tri-

23. Héctor Belisario Villegas, *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario* (Buenos Aires: Editorial Astrea, 2016).

24. Decreto Legislativo 981 publicado el 15 de marzo de 2007.

25. Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 981, páginas 1 a 3.

bunal Fiscal, vemos que, a la fecha, no existe un desarrollo jurisprudencial significativo relacionado a controversias tributarias que involucren a los emisores de acciones como responsables solidarios en casos de enajenaciones efectuadas por sujetos no domiciliados.

Dos resoluciones que hemos identificado tratan acerca de controversias referidas al valor de mercado de las acciones transferidas entre partes no vinculadas, en las que el enajenante es un sujeto no domiciliado y el punto controvertido se refiere al valor de participación patrimonial que, para propósitos fiscales, debe tomarse en cuenta en la transacción.

Ese es el caso de las Resoluciones del Tribunal Fiscal Nº 03919-1-2017[26] y 00842-1-2018.[27] Un criterio interesante que surge de la primera de ellas, pero que no está relacionado a la definición del alcance del artículo 68 en cuestión, es el parámetro utilizado para considerar vinculado al accionista, dado que en el ejercicio fiscal objeto de controversia la norma especial sobre vinculación para casos de enajenación de acciones no estaba vigente, y el Tribunal utiliza el criterio general previsto en el artículo 24 del Reglamento de la LIR, incorporado originalmente para efectos de la aplicación de las normas de precios de transferencia; las cuales, entre otros supuestos, consideraban vinculado a quien participara en más del 30% del capital de una entidad. Posteriormente, se publicó y entró en vigor la norma reglamentaria sobre vinculación para el caso del artículo 68 de la LIR —artículo 39-F del Reglamento— que reducía el umbral del capital a 10%, incrementando la base de emisores que puede ser considerado responsable solidario, así como también los costos de transacción que enfrentan las operaciones de venta directa de acciones peruanas.[28]

En el caso de la segunda resolución, se confirmó la interpretación acerca de la vinculación para aplicar el artículo 68 de la LIR en base al artículo 24 del Reglamento de la LIR mientras no existiera una norma reglamentaria que dotara de contenido a la vinculación exigida por la norma de responsabilidad solidaria, tal como se observa a continuación:

> *"(…) Que en cuanto al cuestionamiento de la vigencia de la citada norma reglamentaria, en el sentido que no resulta aplicable al caso de autos, sino el artículo 39-F del citado reglamento, incorporado mediante Decreto Supremo N° 265-2013-EF, cabe señalar que el artículo 68 aplicable al caso de autos, fue incorporado por el artículo 6 de la Ley 29663, publicada el 15 de febrero de 2011, por lo que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 109 de la Constitución Política del Perú, su aplicación es obligatoria desde el día siguiente de su publicación.*
>
> *Que si bien el citado artículo 68 dispone que el reglamento señalará los supuestos en los que se configura la vinculación en el control, la administración o el capital, para efectos de determinar la responsabilidad solidaria de la persona jurídica domiciliada en el país emisora de los valores mobiliarios tratándose de*

26. Resolución de fecha 5 de mayo de 2017.

27. Resolución de fecha 31 de enero de 2018.

28. Sobre este tema en particular, con la dación de esta norma reglamentaria en el año 2013, Silvia Muñoz tuvo los siguientes comentarios con los cuales coincidimos: *"(…) El cambio además de resultar nocivo para las sociedades peruanas, enfrenta un cuestionamiento de fondo. De la exposición de motivos que sustenta este Decreto, pareciera que el objetivo era ampliar la responsabilidad tributaria de los emisores locales tratándose de las enajenaciones indirectas. Sin embargo, el decreto abarca no solo a esas transacciones, sino también a las directas. Esta norma debe revisarse, ya que puede generar severas consecuencias negativas en operaciones efectuadas por accionistas que no dominan societariamente una empresa y sobre las que, sin duda, no hay control alguno."*
Gestión, "Responsabilidad tributaria en la enajenación de acciones", 22 de noviembre de 2013, acceso el 9 de julio de 2021, https://gestion.pe/impresa/responsabilidad-tributaria-enajenacion-acciones-53487-noticia/?outputType=amp

enajenación directa de acciones efectuada por sujetos no domiciliados, a la fecha de su entrada en vigencia, ya se encontraba vigente el referido artículo 24 del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta -sustituido por el artículo 2 del Decreto Supremo N° 190-2005-EF, publicado el 31 de diciembre de 2005 -el cual no hace distinción alguna en cuanto a su ámbito de aplicación -como sí lo hacía la norma original-, pues regula "para efectos de lo dispuesto en la Ley" los supuestos de partes vinculadas en función a su participación en el control, la administración o el capital.

Que siendo así, la mención del artículo 68 de la citada ley respecto de que el reglamento señalará los supuestos en los que se configura la referida vinculación, no enerva de modo alguno la aplicación inmediata de dicha norma legal, toda vez que a la fecha de inicio de su vigencia ya existía una norma reglamentaria que regulaba los mismos supuestos legales de vinculación por participación en el control, la administración o el capital."[29]

Consideramos pertinente resaltar un pronunciamiento adicional del Tribunal Fiscal que no trata directamente el supuesto de responsabilidad solidaria de la sociedad emisora previsto para enajenaciones directas en el artículo 68 de la LIR, pero del cual se podría inferir que cuando el adquirente es un sujeto domiciliado no resulta de aplicación la referida responsabilidad, al ser el comprador un agente de retención del impuesto y, como tal, se rige por otro tipo de responsabilidad solidaria. Este es el caso de la Resolución del Tribunal Fiscal Nº 04801-11-2019[30], en la que se discute si el ajuste de valor de mercado entre partes no relacionadas debió ser parte del monto de la retención aplicada por el adquirente domiciliado, sin hacer referencia alguna a la responsabilidad del emisor.

De los hechos indicados en dicha resolución, se observa que los dos accionistas domiciliados en Chile, uno con el 8.17% de la sociedad emisora peruana, y el otro con el 76.83%, transfirieron entre ambos el 42.5% de su participación en una compañía peruana[31], con lo cual, no cabría duda de que, bajo una interpretación literal del artículo 68 bajo comentario, dicha sociedad calificaba como responsable solidario del impuesto a la ganancia de capital, dada la vinculación existente con el segundo accionista. Ello implícitamente confirmaría la posición comentada en la Sección I del presente trabajo, en el sentido de que no se configura la responsabilidad solidaria del emisor, cuando el adquirente en una enajenación directa de acciones es domiciliado y, como resultado, califica como agente de retención y responsable del referido impuesto.[32]

La citada Resolución del Tribunal Fiscal concluye lo siguiente:

"Que por tanto, atendiendo al concepto de retención y que la puesta a disposición de los vendedores de los importes de la venta de las acciones fueron equivalentes a la diferencia del precio de venta pactado en los contratos y su costo computable, y que la posibilidad de contacto directo con dicha suma permitió a la recurrente realizar el descuento respectivo por concepto de retención, lo que no podía efectuarse con la diferencia generada por el ajuste a valor de mercado determinado por la Administración, conforme a lo dispuesto por el artículo 2° del Código Tributario (…) en concordancia con el artículo 76° de la Ley del

29. Página 14 de la Resolución del Tribunal Fiscal Nº 00842-1-2018.

30. Resolución publicada el 24 de mayo de 2019.

31. Ver página 2 de la Resolución comentada.

32. Sin perjuicio de ello, creemos que también podría interpretarse que, como quiera que la SUNAT acotó al adquirente como agente de retención, no era parte de la materia controvertida establecer la responsabilidad solidaria del ente emisor.

Impuesto a la Renta, se establece que no se configuró la obligación tributaria de retener el Impuesto a la Renta respecto de la diferencia generada por el ajuste a valor de mercado, por lo que tampoco puede exigirse el pago de las retenciones a la recurrente. (…)" [33]

Dado el limitado desarrollo jurisprudencial existente con respecto al artículo 68 de la LIR, creemos que el Tribunal Fiscal tiene una buena oportunidad para, en el futuro, delinear sus alcances, de manera que se privilegie la seguridad jurídica y la reducción de los costos de transacción en los que incurren las partes —vendedor y comprador— en las enajenaciones directas de acciones, en lugar del mero fin recaudatorio, pues este último responde a una necesidad de corto plazo, mientras que el otro genera predictibilidad y atracción de inversión a corto, mediano y largo plazo. Algunos aspectos que podrían ser materia de pronunciamiento por parte de dicho Tribunal abarcan desde el cómputo de plazos de prescripción para el responsable solidario respecto de la deuda generada por el enajenante —el impuesto a la ganancia de capital por la venta de acciones—, hasta los límites de la responsabilidad y su potencial contravención al principio de no confiscatoriedad.

V. REFLEXIONES FINALES

a) A nuestro criterio, en un caso como el del artículo 68 de la LIR, la responsabilidad solidaria del ente emisor se fundamenta en la conexión con el contribuyente —vendedor o enajenante—; sin embargo, esta conexión debiera ser directa y proporcional, lo que a nuestro juicio en el caso analizado presenta deficiencias, debido a que:

   (i) La sociedad emisora no es parte de la relación contractual que da origen al nacimiento de la obligación tributaria;
   (ii) El vendedor, además, puede perder la conexión elegida por el legislador para atribuir responsabilidad solidaria —vinculación a través del capital, la administración o el control con el emisor— al momento de transferir sus acciones a un tercero; y
   (iii) Dada la redacción actual de la norma, se podría afirmar que la deuda tributaria por el impuesto a la ganancia de capital derivada de dicha transferencia podría ser exigida total o parcialmente al ente emisor y, en este escenario, dicho sujeto tendría que responder con sus propios recursos, sin límite, ante de falta de parámetros regulados.

b) Si se interpretara que el criterio de conexión emisor-vendedor es el adecuado, deberían establecerse límites a la responsabilidad solidaria del emisor, como los previstos en el derogado inciso i) del artículo 67 de la LIR y en su norma reglamentaria, los cuales se referían a dividendos y a créditos a favor del accionista enajenante. La finalidad recaudatoria no debería ser la exclusiva justificación de la responsabilidad establecida en el artículo 68 de la LIR.

c) No es razonable, necesario, ni conceptualmente acertado que coexistan dos tipos de responsabilidad solidaria sobre sujetos distintos —adquirente y emisor— en el caso de la enajenación directa. Una correcta interpretación del artículo 68 de la LIR debiera conducir a limitar la responsabilidad de la entidad emisora únicamente para supuestos en los que el adquirente sea un sujeto no domiciliado.

d) El propósito —*ratio legis*— de las normas con rango de ley que establecieron a las enajenaciones indirectas como transacciones potencialmente sujetas a imposición en el Perú, no fue regular la responsabilidad solidaria del ente emisor en el caso de ventas directas, lo que constituye una razón adicional para que su legalidad sea revisada.

33. Página 5 de la Resolución del Tribunal Fiscal N° 04801-11-2019.

e) Atribuir los efectos de la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 20-A del Código Tributario al emisor de las acciones como resultado de la aplicación del artículo 68 de la LIR como lo hace la Administración Tributaria, no solo es equivocado desde un punto de vista técnico, sino también contrario a ley.

f) Considerando el limitado desarrollo jurisprudencial existente con respecto al artículo 68 de la LIR, creemos que el Tribunal Fiscal tiene una oportunidad para que, en el futuro, establecer los alcances de la responsabilidad solidaria del emisor, privilegiando la seguridad jurídica y la reducción de los costos de transacción en los que incurren las partes —vendedor y comprador— en las enajenaciones directas de acciones, en lugar del propósito recaudatorio.

Especialista en soluciones estratégicas para nuestros clientes

Puémape & Asociados Abogados es una firma de asesoría legal empresarial especializada en brindar soluciones estratégicas legales a nuestros clientes con quienes mantenemos una relación de fidelización. Contamos con un equipo de abogados y profesionales con experiencia y altamente calificados para atender su negocio y necesidades, mostrando compromiso, confianza y resultados.

ASESORÍA CORPORATIVA

Asesoría Bancaria, Créditos e Hipotecas
Diseño de contratos empresariales
Constitución de Empresas y Sucursales
Financiamiento Estructurado y Fideicomisos
Fusiones, adquisiciones y reorganización societaria
Plan de Reestructuración empresarial y AGR
Diseño de Franquicias y Consorcios
Litigios y Demandas
Cobranzas Judiciales y Embargos
Contrataciones con el Estado
Arbitrajes
Prevención de Lavado de Activos PLAFT
Cursos de Capacitación

Puémape & Asociados

www.puemapelaw.com

Edificio Caracol: Av. Larco N° 101 Oficina 603 – Miraflores Lima – Perú
Contactos: 991 734 078 - (511) 01447-2698 / informes@puemapelaw.com
www.puemapelaw.com

CC BY
DOI 10.26439/advocatus2021.n040.5282

Gestión económica e impuesto a la renta

Humberto Medrano Cornejo

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Integrante de la comisión que redactó la Ley del Impuesto a la Renta y su reglamento.

El presente artículo fue recibido por el Comité Editorial con fecha 10 de marzo de 2020 y fue aceptado con fecha 14 de marzo de 2021.

SUMARIO:

I. Limitación a la deducción de intereses.
II. Definición legal del concepto de devengo.
III. Enajenación indirecta de acciones.

RESUMEN:

El Congreso delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre gestión económica y competitividad, precisando que la autorización abarcaba materia tributaria y, dentro de esta, las normas relativas a la deducción de gastos en las rentas de tercera categoría, a fin de que no se utilicen indebidamente para generar escudos fiscales o financiar requerimientos personales. Igualmente, se podía modificar el régimen de transferencia indirecta de acciones e incorporar una definición legal del concepto "devengo", a fin de contar con una regulación jurídica específica, que evite las imprecisiones que suelen producirse desde otras perspectivas.

En este artículo se analiza el alcance de los cambios introducidos, respecto de los mencionados extremos.

Palabras clave: gestión económica, competitividad, materia tributaria, rentas de tercera categoría, Enajenación indirecta de acciones, devengo.

ABSTRACT:

Congress delegated the power to legislate on economic management and competitiveness to the Executive Branch, specifically, said authorization covered tax matters and, within this, rules relating to the deduction of expenses in portfolio income, so that the aforementioned are not improperly used to generate tax shields or finance personal requirements. Likewise, the indirect share transfer regime could be modified and a legal definition of the concept of "accrual" could be incorporated, in order to have a specific legal regulation that avoids the inaccuracies that usually occur from other perspectives.

This article analyzes the scope of the changes introduced, in respect to the aforementioned extremes.

Keywords: tax, portfolio income, accrual, competitiveness, tax law, indirect share transfer.

I. LIMITACIÓN A LA DEDUCCIÓN DE INTERESES

La Organización la Cooperación y Desarrollo Económicos — OCDE ha preparado un conjunto de medidas contra la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios —*Base Erosion and Profit Shifting-BEPS*—. Entre ellas, la que se denomina Acción 4 está dirigida a limitar el uso de deuda entre entidades vinculadas y con terceros para evitar la excesiva deducción de intereses.

Sobre el particular debe recordarse que en nuestro país, desde hace muchos años, la Ley del Impuesto a la Renta ha previsto ciertas restricciones a las empresas para descontar de la materia imponible este tipo de egresos.

Así, por ejemplo, para esos fines solo se admiten como gasto los intereses adeudados en la parte que excedan de los intereses exonerados o inafectos que se perciban, con algunas excepciones. La razón es que si un contribuyente tiene recursos como para efectuar inversiones que le generan ingresos no sujetos al tributo, resulta fiscalmente inaceptable que contraiga deudas que den lugar a cargos financieros susceptibles de deducirse de la renta bruta.

Pero, adicionalmente, la ley establecía que en los endeudamientos con partes vinculadas solo era posible deducir los intereses generados por créditos que no excedieran tres veces el patrimonio neto del contribuyente al cierre del ejercicio anterior. El propósito era incidir en las situaciones genéricamente denominadas subcapitalización, donde las operaciones entre entidades relacionadas permitirían reducir la renta gravable. Sin embargo, conviene destacar que si la tasa aplicable y la forma de calcular la materia imponible son las mismas para ambos contribuyentes, el efecto sería neutro en términos de recaudación pues el gasto para uno supondría ingreso para el otro, salvo que medien situaciones especiales como la existencia de pérdidas no compensadas.

En cambio, la finalidad antielusiva de la regla se cumpliría claramente si se tratara de un crédito otorgado a la sociedad por un accionista persona natural domiciliada; pues en ese caso, al deducirse los intereses como gasto, el negocio dejaría de tributar sobre esa parte la tasa em-

presarial —actualmente 29.5%—, mientras que el acreedor persona natural por la renta que perciba debe hacerlo con una alícuota más reducida —actualmente 5%—.

El Poder Ejecutivo mediante Decreto Legislativo 1424 ha incorporado algunos cambios significativos respecto de esta materia. En la exposición de motivos se indica que:

> *"las normas del impuesto a la renta otorgan un tratamiento diferenciado al rendimiento de la deuda y del capital. Los gastos financieros generados por la deuda son deducibles, mientras que los dividendos y otras formas de distribución de utilidades no lo son. Esta diferencia puede afectar la decisión que los contribuyentes tomen respecto de la proporción de deuda/capital con la que financiarán a una empresa".*

En efecto, a fin de aprovechar las ventajas tributarias y sin tener en cuenta razones referidas al negocio, los accionistas podrían optar por realizar aportes de capital encubiertos mediante la asignación de recursos a una sociedad bajo la modalidad de un préstamo. Es claro que no existe impedimento civil o mercantil para que los socios lleven a cabo esa clase de operaciones con la empresa que integran, ya que la regulación está dirigida únicamente al ámbito impositivo.

La citada limitación a tres veces el patrimonio neto del ejercicio anterior, se mantiene respecto de todos los créditos existentes al 13 de setiembre de 2018, fecha de publicación de la referida norma legal, pero esta ha introducido dos cambios importantes. El primero está vinculado con las deudas contraídas a partir del 14 de setiembre de 2018, disponiéndose que la prohibición de deducir los intereses por la parte de tales obligaciones que exceda de tres veces el patrimonio neto del ejercicio anterior, se aplicará no solo con relación a los créditos entre partes vinculadas sino también cuando se trate de endeudamientos con terceros no relacionados. Como puede apreciarse, se ha extendido de manera considerable el radio de acción de la norma, lo cual obligará que las empresas tomen en cuenta este límite de manera general; esto es aun cuando los créditos fueran otorgados por entidades cuyo giro sea, precisamente, el financiamiento de las operaciones de empresas privadas, como ocurre con los bancos locales o extranjeros, que son completamente ajenos —directa o indirectamente— al capital o administración de la sociedad prestataria y, por lo tanto, no podría presentarse el supuesto de una menor recaudación tributaria por el conjunto de la transacción.

Para una empresa con pocas posibilidades de conseguir aportes al capital social, esta medida puede dar lugar a un apreciable aumento en el costo financiero de las actividades del negocio lo que, obviamente, implicaría la disminución de sus utilidades comerciales, pero —en razón del límite a la deducción— un incremento de la renta gravable, de manera que por generar tales consecuencias, la norma no parecería adecuada para la realidad de nuestro medio.

Planteadas así las cosas, ya no resultaría válido sostener que estamos frente a un mecanismo para impedir la elusión en forma directa, puesto que el diseño legal adoptado resultará aplicable a pesar de que lograra demostrarse fehacientemente que entre la empresa examinada y sus acreedores no existe vínculo alguno. En efecto, la exposición de motivos[1] indica que:

> *"aun cuando las normas del impuesto a la renta limitan la deducción de intereses provenientes de endeudamiento entre partes vinculadas, la evidencia internacional señala que los contribuyentes pueden adoptar esquemas complejos bajo los cuales no es posible verificar si se están realizando operaciones entre partes vinculadas tales como las denominadas back to back".*

Ello confirma que estamos frente a una regulación cuyo propósito es imponer el límite porque

1. Exposición de motivos del Decreto Legislativo 1424.

podría existir nexo orgánico entre las partes, pero como quiera que algunas veces no es posible demostrarlo, se ha optado por una restricción absoluta que resulta cuestionable. En nuestra opinión, habría sido deseable permitir que el contribuyente pueda probar la ausencia de vínculo entre los otorgantes y los solicitantes del crédito, hipótesis en la cual no debería ser aplicable la restricción.

A fin de evitar las prácticas que se critican, se ha visto que en la legislación comparada varios países —España y Colombia— limitan la deducción de intereses por endeudamientos tanto entre partes vinculadas como con terceros. Sin embargo, todavía un número significativo de ordenamientos legales se contrae sólo a los casos en que existe relación entre acreedores y deudores; esto es, se han enfocado exclusivamente en los supuestos en que pudiera presentarse una forma de elusión.

El segundo cambio sobre esta materia es aún más significativo, pues varía la naturaleza del factor que sirve de referencia para restringir el gasto, modificación que entrará en vigencia a partir del ejercicio 2021. Desde ese año, no serán deducibles los intereses netos en la parte que excedan el treinta por ciento del EBITDA del ejercicio anterior.

Se define EBITDA como la renta neta luego de efectuada la compensación de pérdidas más los intereses netos, depreciación y amortización.

Ahora bien, los intereses netos que no hubieran sido deducidos por exceder el límite, podrán ser adicionados a aquellos correspondientes a los cuatro ejercicios inmediatos siguientes, lo que puede considerarse como un modo de compensar los efectos negativos de la norma, puesto que los mayores intereses y la menor renta no necesariamente son causados por deficiencias en el manejo de la empresa sino que pueden deberse a múltiples razones. Por ello, resulta plenamente justificada la posibilidad de "arrastrar" el saldo de gastos por intereses no aplicados por razones de cuantía. Si bien es cierto que podría cuestionarse el plazo que se otorga, es claro que esta variante alivia el rigor de la disposición.

Debe notarse que la aplicación del mecanismo descrito podría suponer que los gastos por intereses no necesariamente resultarán afectando al ejercicio en que se devengaron sino que, por las causas indicadas, la incidencia en la renta imponible se produciría en los ejercicios posteriores.

La exposición de motivos señala que

> *"se ha optado por tomar el EBITDA dado que este refleja qué tan rentable es un negocio sin verse afectado por los intereses, depreciaciones y amortizaciones. Se propone que este EBITDA sea construido sobre base tributaria a fin de evitar que sea manipulado para incrementar el límite".*

La posición expuesta permite concluir que ese factor de referencia no evidenciará —necesariamente— la rentabilidad del negocio, como se sostiene en una parte de la justificación que se ensaya, pues habrá ciertos gastos reales que, por no ser deducibles para fines impositivos, no se tomarán en cuenta para establecer el exacto rendimiento empresarial y es que no siempre existe coincidencia en la manera de determinar la utilidad del negocio y la renta gravable. Así ocurrirá, en ciertos casos, con las provisiones para malas deudas, el pago de algunas indemnizaciones, el gasto en vehículos destinados a la dirección de la empresa y muchos otros supuestos similares.

La ley agrega que el límite no es aplicable a:

a) Las empresas del sistema financiero y de seguros.
b) Contribuyentes cuyos ingresos netos en el ejercicio sean menores o iguales a 2500 UIT —en el ejercicio 2021, S/ 11,000,000.00—.

Eso significa que en las empresas a que se refiere el inciso b) no importará si los endeudamientos son con partes vinculadas o con terceros independientes, ni cuál es la proporción que guardan respecto del patrimonio neto o de la relación que exista entre los intereses y el EBITDA, pues la restricción no habrá de aplicarse en ningún caso.

Ahora bien, como suele ocurrir cuando la ley establece consecuencias en función de alcanzar o no una suma específica, ciñéndonos al texto literal sería forzoso concluir que la restricción operará aun cuando los ingresos netos de las empresas excedan en un sol al monto referencial, lo que daría lugar a que en dos empresas de situación esencialmente similar, se proceda de manera completamente distinta.

De otro lado, también en función de la literalidad es válido interpretar que los efectos no deberían aplicarse si los actos u operaciones se llevan a cabo por un conjunto de diversas sociedades jurídicamente independientes, pero que tienen como accionistas a las mismas personas o partes vinculadas. Como quiera que la ley no contiene ninguna salvedad con relación a esta hipótesis, podría sostenerse que si ninguna de tales empresas cuenta con ingresos que superan el límite fijado, todas ellas estarían excluidas de la restricción, a pesar de su conexión accionaria. Nótese que, por ello, la disposición podría conducir al efecto no querido de atomización de los negocios.

La fijación de determinada cantidad concreta para quedar al margen de la prohibición también obliga a pensar de inmediato sobre lo que sucedería con una empresa cuyos ingresos, según sus libros y declaraciones, no exceden del monto indicado y, por ello, considera que se encuentra fuera de la restricción y que puede deducir como gasto todos los intereses generados por sus operaciones de crédito.

No obstante, como ocurre con frecuencia, durante la fiscalización la Administración Tributaria podría sostener que la empresa no ha incluido determinados importes que debieron imputarse como devengados en el ejercicio materia de revisión. Con ese reparo los ingresos podrían exceder del límite y, por lo tanto, la materia imponible se incrementaría no solo en el monto de esa específica observación sino que ella tendría el importante efecto de obligar a añadir los intereses que exceden del 30% del EBITDA y que fueron deducidos por la empresa al estimar que se encontraba fuera del impedimento.

El cuestionamiento del fisco sobre cualquier extremo que signifique reparo por omisión de ingresos, generaría consecuencias en la deducibilidad de los intereses si la posición del contribuyente sólo tiene como base la cuantía de lo cobrado o por cobrar.

Ahora bien, según lo dicho, la limitación no se aplica a las empresas cuyos "ingresos netos" no excedan del monto indicado; pero cabe preguntarse, ¿qué debemos entender por ese concepto? Como quiera que la nueva regla no contiene definición propia, debemos asumir que el legislador considera como tal la que fluye del artículo 20 de la Ley del Impuesto a la Renta:

> *"El ingreso neto total resultante de la enajenación de bienes se establecerá deduciendo del ingreso bruto las devoluciones, bonificaciones, descuentos y conceptos similares que respondan a las costumbres de la plaza".*

Nótese que el texto transcrito está referido sólo al resultado de la enajenación de bienes, lo que parecería no considerar el caso de la prestación de servicios u otras actividades que no están comprendidas en esa expresión. Por lo tanto, resulta válido remitirse a lo dispuesto por el artículo 85 de la Ley del Impuesto a la Renta, que al referirse a los pagos a cuenta señala:

> *"Para efecto de lo dispuesto en este artículo, se consideran ingresos netos el total de ingresos gravables de la tercera categoría, devengados en cada mes, menos las devoluciones, bonificaciones, descuentos y demás conceptos de naturaleza similar que respondan a la costumbre de la plaza".*

Como puede apreciarse la redacción del artículo 85 parece omnicomprensiva —aunque dirigida a regular los pagos mensuales a cuenta— porque alude a todos los ingresos gravables y no solo a los que derivan de determinadas operaciones. En consecuencia, al carecer de una descripción específica, puede concluirse que para establecer si la empresa, por esta razón, está o no excluida de la restricción a la deducción de intereses, se debe considerar sólo el conjunto de los ingresos afectos al impuesto.

El asunto tiene importancia, entre otros supuestos, para el caso en que una sociedad cuenta con algunos ingresos no gravados, como ocurre con la que decide invertir en el capital de otras sociedades. En esa hipótesis, la empresa accionista percibirá dividendos que, por mandato de la ley, no dan lugar al impuesto a la renta, lo que permitiría interpretar que no deben computarse al establecer la limitación a la deducción de intereses.

Debe recordarse que, según la exposición de motivos, el EBITDA se ha construido sobre base tributaria, por lo cual es posible concluir que la suma que sirve como referencia para la exclusión debe ceñirse a la misma base. Ello significaría que si los montos obtenidos por las actividades propias del giro no superan dicho factor, la empresa no estaría sujeta a la limitación, aun cuando adicionalmente perciba dividendos u otro tipo de renta inafecta o exonerada que, apreciados en conjunto, superen el margen señalado.

Igualmente, cabe preguntarse si para los mismos propósitos debería incluirse la eventual indemnización que una empresa reciba de otra por daño emergente, concepto que, como sabemos, no tiene en nuestro ordenamiento la naturaleza jurídica de renta y, por lo tanto, no forma parte de la materia imponible ni da lugar al pago del tributo. Asimismo, podría hacerse referencia a los intereses que abona el Estado cuando devuelve impuestos abonados en exceso o indebidamente y que constituyen ingresos que tampoco califican como renta gravable.

Los ejemplos podrían multiplicarse pero, en resumen, estimamos que la noción de ingresos netos únicamente debería comprender aquellos susceptibles de ser gravados con el impuesto porque, como ya se indicó, la exposición de motivos señala que la norma se ha estructurado sobre base tributaria, por lo que resultaría congruente concluir que también para estos fines sólo debe tomarse en cuenta la renta afecta. No obstante, sería deseable que se efectuaran precisiones para evitar posibles conflictos entre el fisco y los contribuyentes.

El límite tampoco es aplicable a:

c) Contribuyentes que desarrollen proyectos de infraestructura pública, servicios públicos, servicios vinculados a estos, investigación aplicada y/o innovación tecnológica en el marco del Decreto Legislativo 1224 —sustituido por el Decreto Legislativo 1362—.

d) Intereses de endeudamientos para el desarrollo de proyectos de infraestructura pública, servicios públicos, servicios vinculados a estos, investigación aplicada y/o innovación tecnológica, bajo la modalidad de Proyectos en Activos en el marco del citado Decreto Legislativo.

e) Intereses de endeudamientos provenientes de la emisión de valores mobiliarios representativos de deuda que se realicen por oferta pública primaria en el territorio nacional, sean nominativos y la oferta se coloque en un número mínimo de cinco inversionistas no vinculados al emisor.

La norma establece que los intereses señalados en los acápites d) y e) serán computables para calcular el límite establecido, pero son deducibles aun cuando excedan el referido límite. Ello significa, en definitiva, que si los endeudamientos de un contribuyente están referidos exclusivamente a ese tipo de obligaciones, los intereses que se generen siempre serán deducibles, sea cual fuere su monto. Ahora bien, si además existieran otros endeudamientos que dieran lugar a que el conjunto de intereses —incluyendo los previstos en d) y e)— superara el límite establecido, la no deducibilidad incidirá únicamente en los derivados de esos otros créditos.

El legislador cuidó siempre de referirse a endeudamientos y no solo a préstamos o mutuos, es decir ha utilizado un concepto genérico, de manera que la limitación podría comprender también los intereses que se pagan por las compras de mercadería a plazos que realiza un comerciante. Los términos amplios en que está formulada la norma permitiría interpretar que también en este caso opera la limitación, en la

medida que la empresa deudora no se encuentre en alguno de los supuestos de excepción.

Como nota al margen, es pertinente señalar que si los créditos se capitalizan, se generan efectos equivalentes a los que derivan de la cancelación de la deuda. Después de esa operación, la empresa que era deudora ya no tendría intereses que pagar —ni deducir— pues emitiría acciones a favor de quien era acreedor y que, así, se convertiría en socio. Si posteriormente tal empresa decidiera reducir su capital respecto de ese socio específico, la devolución hasta por el valor nominal de las acciones no sería ingreso afecto para el perceptor; y el eventual exceso sobre ese monto tendría naturaleza de dividendos gravados si el accionista de que se trata fuera una persona natural —residente o no en el Perú—. En cambio, si fuera una persona jurídica domiciliada, ese dividendo no estaría sujeto al impuesto a la renta mientras no se produzca su redistribución.

Cabe destacar que en varios países de Latinoamérica la limitación sólo opera cuando se trata de endeudamientos entre partes vinculadas. En Colombia se aplica para créditos con cualquier tercero y con la ratio 3 a 1 sobre el patrimonio. En España también se aplica con vinculados y no vinculados, tomándose como referencia el 30% sobre EBITDA, que —según lo expuesto— es el mismo criterio que ha seguido nuestra legislación, de tal manera que estamos asumiendo una posición que corresponde a un país desarrollado y que resulta un tanto incongruente para el Perú donde existe un elevado porcentaje de economía informal.

II. DEFINICIÓN LEGAL DEL CONCEPTO DE DEVENGO

La Ley del Impuesto a la Renta, artículo 57, señala que *"las rentas de tercera categoría se consideran producidas en el ejercicio comercial en que se devenguen"*, de manera que se trata de una noción que tiene el importante efecto de establecer el periodo al cual deben atribuirse los ingresos y gastos en la actividad empresarial.

Sin embargo, la norma simplemente aludía al concepto pero no contenía una definición del mismo, lo que a lo largo del tiempo ha motivado amplias discusiones entre fisco y contribuyentes. Cada vez que se producía una discrepancia sobre este extremo y otros similares, la Administración y el Tribunal Fiscal han recurrido a reglas contables que, en ocasiones, resultan imprecisas, por lo que pueden dar lugar a interpretaciones contradictorias.

Si quienes deben cumplir con la ley tributaria se ven obligados a remitirse a términos técnicos que no siempre son unívocos, su empleo puede generar inseguridad jurídica[2] cuando tienen estrecha vinculación con la cuantificación de la renta y, obviamente, con la determinación del monto del tributo a pagar.

Es usual que las características y modo de aplicación de las normas internacionales de contabilidad se decidan en el exterior, lo que puede dificultar un enfoque correcto en nuestro país.

Como un modo de superar esas dificultades, el concepto de devengo se ha incorporado a la ley, de manera que cualquier variación que se realice en el futuro, tendría que hacerse a través de una expresa modificación de esa norma. Debe recordarse que, conforme a la Constitución, las leyes referidas a tributos de periodicidad anual, como el impuesto a la renta, solo entran en vigencia a partir del 01 de enero del año siguiente a su publicación. Con ello se debería ganar en certeza y estabilidad, pues la definición persigue que pueda determinarse el periodo al que debe imputarse un ingreso, sin necesidad de recurrir a las regulaciones existentes en otros ámbitos. Los criterios admitidos se mantendrán mientras no se produzca la variación legal con los requisitos

2. La seguridad jurídica es la razón fundamental para incorporar la definición del concepto de devengo en la Ley del Impuesto a la Renta, según se indica en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1425.

y formalidades previstos en el ordenamiento jurídico.

Siguiendo este precedente, consideramos que resultaría positivo tratar de conseguir que los conceptos contables que más se utilizan en relación con el Impuesto a la Renta sean descritos en disposiciones legales específicas, de modo que aun cuando desde el punto de vista técnico una misma expresión pudiera tener diversas acepciones, para fines impositivos podríamos ceñirnos exclusivamente al texto previsto por el legislador, evitando los conflictos que se generan cuando hay imprecisión sobre el sentido de algunas nociones técnicas que inciden en la cuantía de la renta.

En tiempos recientes este tipo de dificultades se ha presentado, en los hechos, con las NIIF —Normas Internacionales de Información Financiera— que en algunas circunstancias exigen contabilizar ciertos bienes "a valor razonable", concepto que no es muy preciso pero que usualmente resulta distinto del valor histórico. Al respecto, es ilustrativo lo ocurrido con el ITAN[3], tributo cuya materia imponible está constituida por el patrimonio neto de la empresa al cierre del ejercicio anterior, disposición que dio lugar a discrepancias sobre los importes a tener en cuenta; es decir, si la base gravable debe surgir del acatamiento a dichas normas internacionales o si se debe seguir considerando el valor histórico. Cuestionamiento similar se ha suscitado con relación al importe que debe considerarse al computar la depreciación de los bienes del activo fijo.

Sobre el particular, la Administración interpretó que para calcular la materia imponible del ITAN, debía recurrirse al denominado valor razonable, que era superior al valor histórico pero, paralelamente, concluyó que el primero no debía servir de base para la depreciación. Planteada la controversia, el Tribunal Fiscal interpretó que las normas del ITAN aludían al valor histórico y que, por lo tanto, este es el que debía utilizarse para los fines del impuesto y no el derivado de las NIIF. La decisión se apoyó, sustantivamente, en la literalidad del texto legal, confirmando así la conveniencia de contar con una norma jurídica específica que defina para propósitos impositivos las nociones contables de aplicación más frecuente en este campo.

En cuanto a la base para calcular la depreciación tributaria, siempre se ha considerado que debe tomarse en cuenta lo dispuesto por el artículo 41 de la Ley del Impuesto a la Renta, conforme al cual:

> *"Las depreciaciones se calcularán sobre el costo de adquisición, producción o construcción o el valor de ingreso al patrimonio de los bienes o sobre los valores que resulten del ajuste por inflación…"*

Es por esa razón que, para fines de la depreciación tributaria se prescinde de los mayores valores derivados de la revaluación de activos que autoriza el artículo 228 de la Ley General de Sociedades donde se precisa que los bienes del activo de la sociedad:

> *"Son amortizados o depreciados anualmente en proporción al tiempo de su vida útil y a la disminución de valor que sufran por su uso o disfrute. Tales bienes pueden ser objeto de revaluación, previa comprobación pericial".*

El Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta —artículo 14 inciso b—, cuida de señalar que:

> *"El mayor valor resultante de dicha revaluación, no dará lugar a modificaciones en el costo computable ni en la vida útil de los bienes y tampoco será considerado para el cálculo de la depreciación (…)"*

Las situaciones indicadas ponen en evidencia las dificultades que los conceptos de técnica contable pueden generar en la aplicación de la ley tributaria, al dar lugar a interpretaciones disímiles, por lo que resulta plausible que una norma jurídica delimite su sentido y alcances. Naturalmente,

3. Nota del editor: siglas del Impuesto temporal a los activos netos.

ello debe hacerse de manera tan clara y precisa como sea posible, de manera que para adoptar una posición determinada frente a cierto caso concreto sea suficiente remitirse a la disposición que recoge o describe el aspecto que interesa.

Parece adecuado que los pasos iniciales para marcar esa tendencia se den tratando de definir lo que debe entenderse por devengo. Debemos recordar que sobre esta materia SUNAT y el Tribunal Fiscal no siempre han mantenido un criterio único y, con frecuencia, el Colegiado ha señalado que si bien la ley no contiene una definición de ese concepto, puede recurrirse a la doctrina contable que ha establecido las características siguientes:

a) Requiere que se hayan producido los hechos sustanciales generadores del ingreso o gasto.

b) Requiere que el derecho al ingreso o compromiso de gasto no esté sujeto a condición de que pueda hacerlo inexistente.

c) No se requiere actual exigibilidad o determinación ni fijación de término preciso para su pago.

d) Puede ser obligación a plazo y de monto no determinado.

Así, por ejemplo, tratándose de intereses generados por créditos, estos tienen que entenderse devengados por el simple transcurso del tiempo. No obstante, en ciertos casos el Tribunal Fiscal ha recurrido a la NIC[4] 18 para señalar que tales ingresos sólo deben reconocerse cuando exista certeza razonable en cuanto al monto que efectivamente se va a obtener. Sin embargo, rechazó ese criterio cuando se trató de los denominados "intereses en suspenso" que registran las entidades financieras y que corresponden a los intereses moratorios que se generan luego de vencidos los plazos otorgados al deudor sin que este haya cancelado la obligación principal ni los intereses compensatorios.

La posición del Tribunal Fiscal es distinta a la seguida por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones, para quien los "intereses en suspenso" no tienen que considerarse devengados ni como parte de la utilidad del ejercicio de las empresas del rubro financiero, por lo que varias de estas concluyeron que no deberían formar parte de la renta imponible.

En vista del temperamento adoptado por los organismos de la Administración, las empresas afectadas recurrieron al Poder Judicial y, en el caso de una de ellas, la Corte Suprema resolvió que los denominados "intereses en suspenso" no se consideran devengados precisamente por la falta de certeza sobre el monto que efectivamente habrían de obtener los acreedores y, por lo tanto, estableció que no debían formar parte de la renta imponible.

Sin embargo, la falta de regulación específica, que da lugar —como hemos dicho— a varias interpretaciones posibles, ha hecho que la propia Corte Suprema en un caso similar adopte una tesis contraria, evidenciando así la falta de previsibilidad sobre el sentido de la decisión de los órganos llamados a resolver, generando inseguridad jurídica en el círculo de entidades financieras.

En razón de esas dificultades y para que el panorama quedara claro, el legislador se vio obligado a precisar —Decreto Legislativo 979, Segunda Disposición Complementaria Final— que los "intereses en suspenso" deben ser atribuidos al ejercicio en que son percibidos, criterio que se encuentra definido de la manera siguiente:

> *"Las rentas se considerarán percibidas cuando se encuentren a disposición del beneficiario, aun cuando éste no las haya cobrado en efectivo o en especie"* —Ley del Impuesto a la Renta artículo 59—.

4. Nota del editor: siglas de Normas Internacionales de Contabilidad.

Este tipo de circunstancias hace que resulte conveniente, como hemos dicho, la definición legal de los conceptos contables que son utilizados de manera frecuente en el Impuesto a la Renta aplicable a empresas. En muchos casos similares la falta de pago o el pago de una suma menor a la que realmente correspondía tiene su origen en regulaciones oscuras, dudosas o susceptibles de más de una interpretación, no obstante lo cual únicamente en contadas oportunidades el Tribunal Fiscal ha recurrido, de oficio, a lo dispuesto en el artículo 170 del Código Tributario, conforme al cual no procede la aplicación de sanciones ni intereses cuando la deuda tributaria no se hubiese pagado como producto de la interpretación equivocada de una norma.

Conforme al Decreto Legislativo 1425, los ingresos se devengan cuando se han producido los "hechos sustanciales" para su generación, siempre que el derecho a obtenerlos no esté sujeto a una condición suspensiva, independientemente de la oportunidad en que se cobren y aun cuando no se hubieran fijado los términos precisos para su pago.

Tratándose de la enajenación de bienes, se considera que se han producido tales "hechos sustanciales" cuando el adquirente asuma el control o transfiera el riesgo de los bienes, lo que ocurra primero. Se entiende que el adquirente asume el control de los bienes cuando, como regla general, tenga derecho a decidir sobre su uso y a obtener los beneficios que generen.

A efectos de definir si el adquirente tiene el control de los bienes, se ha establecido que es necesaria la aplicación de la NIIF 15, la cual regula los ingresos de actividades ordinarias procedentes de contratos con clientes, en tanto no se oponga a la Ley. Con el evidente propósito de dejar en claro el sentido de la disposición, se ha precisado que debe tomarse en cuenta la versión de la NIIF 15 oficializada mediante resolución del Consejo Normativo de Contabilidad Nº 002-2018-EF/30, lo que elimina la incertidumbre que se suele presentar cuando el factor de referencia ha variado en el momento que acontece el hecho que se analiza.

No obstante, cuando la contraprestación o parte de ésta se fije en función de un evento que se producirá en el futuro, el ingreso se devenga cuando aquel ocurra. Si parte de la contraprestación se pacta en función de un hecho futuro, esa parte se devenga cuando se presente el supuesto. El Reglamento acierta al señalar que se considera que existe hecho o evento futuro cuando la contraprestación se determina, entre otros casos, en función de las ventas, unidades producidas o utilidades obtenidas. No se incluye, entre otras, las situaciones en que el importe de la contraprestación está supeditado a la verificación de la calidad, características, contenido, peso o volumen del bien vendido que implique un ajuste posterior al precio pactado.

Sin embargo, existen algunas dudas cuando se trata de bienes exportados —como sucede en el caso de los minerales— que tienen cotización internacional y cuyo precio se pacta en función del valor promedio que arroje determinada Bolsa en un momento del futuro, a pesar de que ya se han producido los "hechos sustanciales" a que alude la ley, pero sin que a la fecha de celebración del contrato resulte posible conocer el monto a que ascenderá la contraprestación. Es cierto que en algunos casos se suele pactar una "liquidación provisional" cuyo importe no necesariamente podría calificarse como contraprestación parcial, pues en razón de la cotización que se tome como referencia podría ocurrir que el vendedor resulte obligado a devolver una parte del importe recibido.

Por lo tanto, sería deseable señalar expresamente que en estos casos el devengo del ingreso se produce solo en el momento que el precio queda determinado con arreglo a la cotización internacional que ha sido prevista en el contrato como referente.

Este extremo tiene importancia porque, como ya se explicó, la incorporación del ingreso a la renta bruta y el pago del impuesto que resulte, deben efectuarse en el ejercicio en que se considere producido el devengo. Podría ocurrir que el embarque de los bienes se realice en

un determinado periodo, pero si el ingreso es atribuible a otro del futuro, solo en este se producirán consecuencias tributarias. Asimismo, el concepto tiene significación para establecer la base de cálculo de los pagos mensuales a cuenta, pues estos se computan sobre los ingresos devengados en el año.

Tratándose de servicios de ejecución continuada, la ley establece que:

a) Cuando se pacten por tiempo determinado, los ingresos se devengan en forma proporcional al tiempo pactado para su ejecución, salvo que exista un mejor método de medición de la ejecución del servicio, conforme a la naturaleza y características de la prestación.
b) Cuando se pacten por tiempo indeterminado, los ingresos se devengan considerando el mejor método de medición de su ejecución, conforme a la naturaleza y características de la prestación.

Debe advertirse que una regulación de naturaleza tan laxa puede ser una fuente de interpretaciones discrepantes y dar lugar a los problemas que, precisamente, se trata de evitar. Sería deseable que se introdujeran algunas precisiones porque la ausencia de definición es tan mala —o peor— que tener una que resulta imprecisa, incompleta u oscura.

La nueva norma señala que, en caso los contribuyentes omitan acreditar la pertinencia del método utilizado y el sustento de su aplicación, la SUNAT puede emplear el que considere conveniente, acorde con la naturaleza y características de la prestación. Por lo tanto, parecería que no se trata sólo de sostener que el método aplicado es pertinente sino que, además, la Administración debe coincidir con el criterio adoptado por la empresa contribuyente, aceptando que es el "mejor" para el caso concreto. Como esta regla podría ser otra fuente de probables discrepancias que deberían evitarse, los dispositivos legales que se expidan tendrían que ofrecer tantos detalles como fuera necesario para permitir que todos puedan coincidir en determinar el método más adecuado, tomando en cuenta el tipo de servicios y otras circunstancias que se estimen relevantes.

De otro lado, ¿cuándo debe acreditarse la pertinencia del método utilizado? Si es al producirse la fiscalización y la administración no comparte la posición del contribuyente, es muy poco lo que habríamos avanzado, pues se mantendría latente la posibilidad de desencuentros entre la empresa y la entidad acotadora, situación que claramente no conviene a nadie. Por ello, sería muy útil que la norma introdujera precisiones adicionales para tratar de alcanzar la mayor certeza posible o, alternativamente, que la autoridad tributaria emita pronunciamientos señalando cuáles son los métodos que se consideran pertinentes para determinado género de actividades y prestaciones.

Finalmente, cabe preguntarse qué sucedería si del análisis de lo pactado entre empresas se concluye que el mejor método para medir un determinado servicio de ejecución continuada es el de la retribución en función de horas hombre, pero que en aplicación de las normas contables resulta que sería más adecuado hacerlo en función de horas máquina ¿debe prevalecer la conclusión que fluye del contrato o la que se desprende de la contabilidad?

Situaciones como la expuesta confirman que la falta de parámetros específicos para establecer el mejor método de medición, puede producir inseguridad jurídica que, precisamente, es lo que se debe evitar, de manera que siendo conveniente que las normas legales contengan la definición de los conceptos contables que tienen más relación con la renta empresarial, debe hacerse el mayor esfuerzo para que los contribuyentes encuentren en las disposiciones que se publiquen una fuente de certeza para cada caso concreto.

III. ENAJENACIÓN INDIRECTA DE ACCIONES

Al tratar sobre la base jurisdiccional del impuesto a la renta, la ley establece que los contribuyentes no domiciliados sólo están obligados a tributar por sus rentas de fuente peruana. Hasta hace algún tiempo la ganancia obtenida en la enajena-

ción de acciones sólo se consideraba como renta de fuente nacional cuando versaba sobre las emitidas por empresas constituidas en el país.

De acuerdo con esa regulación, si las acciones representativas del capital de una sociedad registrada en el Perú eran de propiedad de una *holding* establecida en un paraíso fiscal y si las acciones de esta pertenecían a un no domiciliado en el país, éste podía limitarse a vender las acciones emitidas por la sociedad del exterior sin que ello precipitara el hecho imponible, ya que la transferencia estaba referida a los títulos de una empresa no constituida en el Perú. Se trataba de una persona no domiciliada que no obtenía renta de fuente peruana y, por ello, respetando el principio de legalidad nos encontrábamos frente a una operación no gravable, ya que el beneficio obtenido no estaba específicamente descrito en la ley como renta de fuente nacional.

Por ello, como sucedió en otros países de Sudamérica, en el Perú se modificó la ley para incluir como de fuente local la ganancia obtenida en la enajenación indirecta de acciones, disponiéndose que ella se produce cuando se transfieren las emitidas por una persona jurídica no domiciliada que, a su vez, es accionista de una sociedad constituida en el país si:

a) En cualquiera de los doce meses anteriores a la enajenación, el valor de mercado de las acciones de las personas jurídicas domiciliadas, de titularidad directa o indirecta de la persona jurídica no domiciliada —cuyas acciones serán enajenadas—, equivale al 50% o más del valor de mercado de todas las acciones representativas del capital de esta última.

   El legislador entiende que en estos casos el precio de las acciones de la empresa del exterior se explica por el valor que tienen las acciones de las que es titular —directa o indirectamente— en la sociedad constituida en el Perú, de manera que en esa estructura la circunstancia gravada no se presenta en todos los casos en que la empresa del exterior es accionista de una compañía local. Por lo tanto, a pesar que la *holding* cuente con acciones de sociedades peruanas, no habría lugar al tributo si, por ejemplo, la entidad no domiciliada tuviera en su activo títulos emitidos por sociedades de terceros países que registren patrimonios más significativos que los de la empresa peruana. En esa hipótesis, dichas otras sociedades tendrían en el valor de las acciones de la *holding* una incidencia mayor que la producida por los títulos de la sociedad domiciliada en el país. En otras palabras, si en la valorización de las acciones de la empresa del exterior, los títulos emitidos por la compañía nacional no tienen gran trascendencia económica —en los términos descritos por la norma—, no se configuraría renta de fuente peruana y, por ello, no se generaría la obligación de pagar el impuesto. Como veremos más adelante, esta situación ha sido materia de ajustes en el texto legal, para circunstancias específicas.

b) En un periodo de doce meses se enajenen acciones que representen el 10% o más del capital de la persona jurídica no domiciliada.

   Es necesario puntualizar que el texto no era absolutamente claro y que una de las interpretaciones posibles permitía concluir que este requisito tenía que cumplirse respecto de las operaciones efectuadas por cada socio, pero también podría considerarse que debían computarse las operaciones llevadas a cabo por todos los accionistas.

   Debe advertirse que, a diferencia de lo que ocurre en otra regulación comparable —"transparencia fiscal internacional"— si se interpretara que el cómputo de las operaciones tenía que hacerse respecto de cada accionista, podría ocurrir que no se superara el límite establecido, a pesar de existir una pluralidad de enajenaciones realizadas por diversos socios que eran partes vinculadas y que, por eso, podrían estar representando un mismo interés.

   En lo que se refiere a la forma de establecer

si se ha producido la enajenación del 10%, la ley señala ahora que deben computarse las transferencias simultáneas o sucesivas efectuadas por el enajenante y sus partes vinculadas. En estos casos, cada uno de los sujetos que concurrieron para alcanzar enajenaciones por el 10% o más del capital, será contribuyente por la porción que hubiera transferido, de modo que resulta claro que el cálculo debe hacerse con relación a las operaciones de cada socio pero en el cómputo deben considerarse las operaciones llevadas a cabo por los vinculados.

Según la exposición de motivos, el propósito de esta disposición es evitar que las grandes empresas puedan eludir el impuesto, configurando las enajenaciones a través de distintas compañías relacionadas, de modo que ninguna de ellas llegue de manera individual al límite del 10%, a pesar que el conjunto de transacciones superará ese porcentaje.

Por lo tanto, la modificación aclara y amplía la forma de establecer cómo se alcanza el límite indicado. Sin embargo, debe notarse que si las transferencias por analizar se llevan a cabo en el exterior y comprenden a personas no domiciliadas, pueden generarse dificultades para establecer la realidad de los hechos y como quiera que, obviamente, nuestras autoridades tributarias no cuentan con atribuciones para inspeccionar a empresas que operan fuera del país, las regulaciones sobre partes vinculadas pueden dar lugar a inconvenientes para concluir si se presentan las circunstancias que configuran la condición a que se alude. Es probable que estas dificultades se atenúen con las recientes reglas referidas al "Beneficiario Final", las que en algunos casos permitirán al fisco verificar la existencia del nexo que se busca establecer.

En lo que se refiere a la clase de operaciones que dan lugar a enajenación indirecta de acciones, puede observarse que existe por lo menos una contradicción terminológica. En efecto, la exposición de motivos indica que podrán incluirse las transferencias de acciones que se efectúen a título gratuito o utilizando instrumentos financieros que conlleven su transferencia, siendo así que por definición de la propia ley —artículo 5— el concepto enajenación implica siempre un acto de disposición por el que se transmite el dominio a título oneroso, de modo que comprender las transferencias gratuitas podría evidenciar una falta de coherencia.

Sin embargo, no puede descartarse que el propósito del legislador haya sido incluir el cómputo de las transferencias a título gratuito sólo para establecer si se cumple o no con el test del 10%, pero no significa que tienen que considerarse como enajenación. Dentro de esta tesis, todas las transferencias deben tomarse en cuenta para determinar si se alcanzó el referido porcentaje, pero luego de ello únicamente habrá hecho imponible cuando se trate de una operación onerosa.

De cualquier manera, tratándose de un aspecto tan importante estimamos que para evitar innecesarias acotaciones y reclamaciones, debería efectuarse la necesaria precisión.

Por otra parte, debe destacarse que la norma incluye un nuevo supuesto de enajenación indirecta que no requiere el cumplimiento de los requisitos de 50% o más del valor de mercado ni la transferencia del 10% o más de las acciones en un periodo de 12 meses, sino que resulta condición suficiente que el importe de las acciones locales enajenadas de manera indirecta en un periodo cualquiera de 12 meses sea igual o mayor a 40,000 UIT.

En concordancia con los cambios señalados previamente, este nuevo supuesto también contempla las ventas que hubieran realizado de manera simultánea o sucesiva el enajenante o sus partes vinculadas y que en conjunto, en el período de 12 meses, lleguen al importe mencionado.

Según la exposición de motivos, lo que se persigue con esta modificación es gravar enajenaciones indirectas de acciones peruanas por montos que son materiales para el fisco de nuestro país aunque, eventualmente, para el enajenante —de ordinario una compañía multinacional— no representen un porcentaje significativo del valor de las acciones de la empresa no domiciliada que son materia de transferencia directa. Como se sabe, el factor de referencia —UIT— varía año a año, de tal forma que el monto a considerar podría ser distinto en cada ejercicio.

Con independencia del valor pactado en la enajenación de las acciones de la empresa del exterior, se ha previsto que en el Perú el ingreso gravable no puede ser inferior al valor de mercado de las acciones que se enajenen indirectamente —es decir de las acciones peruanas— que es el que nuestro ordenamiento toma como importe mínimo.

La precisión se explica porque podrían existir empresas del exterior cuyas acciones se enajenen por su real valor de mercado, pero que éste resulte reducido no en razón de las acciones peruanas que podrían ser valiosas, sino que el impacto negativo se origine por inversiones hechas en acciones emitidas por sociedades constituidas en terceros países y que han sufrido pérdidas significativas.

Al aplicarse la nueva regulación se gravaría por lo menos la utilidad que se configuraría al considerar como ingreso el que se habría obtenido si se tratara de la venta de las acciones locales, lo cual significa que si no están cotizadas en Bolsa, debe tomarse en cuenta el valor de participación patrimonial calculado sobre la base del último balance anual de la empresa emisora, que se obtiene dividiendo su patrimonio entre el número de acciones emitidas.

Finalmente, se señala que en aquellos casos en que se produzca una enajenación indirecta y el enajenante cuente con una sucursal o establecimiento permanente en el Perú, dicha sucursal o establecimiento permanente tendrá la condición de responsable solidario por el pago del tributo.

Debe destacarse que antes de esta modificación, la responsabilidad solidaria, en ciertas circunstancias, alcanzaba solo a la sociedad domiciliada emisora de las acciones objeto de la enajenación indirecta, lo que parecería suponer que dicha empresa local debería estar al corriente de las decisiones tomadas por los propietarios de las acciones emitidas por la *holding* del exterior. La nueva norma amplía tal responsabilidad a la empresa enajenante no domiciliada, que se haría efectiva a través de los referidos establecimientos con los que pudiera contar en el Perú y que, teóricamente al menos, pueden estar más involucrados con los acuerdos adoptados por su casa matriz.

CC BY
DOI 10.26439/advocatus2021.n040.5283

Cláusulas antielusivas específicas y capacidad contributiva: a propósito de la limitación a la deducción de intereses

Jorge Otoya Cabrera

Abogado por la Universidad Privada Antenor Orrego.

El presente artículo fue recibido por el Comité Editorial con fecha 14 de diciembre de 2020 y fue aceptado con fecha 14 de marzo de 2021.

SUMARIO:

I. Introducción.
II. Normas antielusivas específicas y capacidad contributiva.
III. Las limitaciones para la deducción de intereses en el contexto de BEPS.
IV. El cambio de enfoque en las reglas para la deducción de intereses, y su aplicación en Perú a partir de 2021.

RESUMEN:

A través de este artículo, el autor desarrolla el cambio de enfoque en las reglas para la deducción de intereses como consecuencia del cambio normativo que se dio en el año 2019 con relación a la aplicación de la norma antielusiva así como su aplicación en el Perú a partir del año 2021.

Palabras clave: Norma antielusiva, deducción de intereses, BEPS, capacidad contributiva y EBITDA

ABSTRACT:

In this article, the author develops the change of focus in the rules for the deduction of interest as a consequence of the regulatory change that occurred in 2019 with regard to the application of the anti tax avoidance law as well as its application in Peru as of 2021.

Keywords: Anti-avoidance rule, interest deduction, BEPS, taxable capacity and EBITDA

I. INTRODUCCIÓN

En 2019, se aprobaron y publicaron las disposiciones complementarias para la aplicación de la norma antielusiva general —en adelante, la GAAR—, la que, en nuestro país, se encuentra contenida en los párrafos segundo y tercero de la Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario.

Según dicha norma, que define y busca sancionar lo que se denomina "elusión fiscal", ésta se presenta cuando el contribuyente, con la finalidad de obtener una ventaja tributaria, emplea estructuras legales que, aun cuando produzcan los efectos buscados por él, no sean las que se hubieran empleado usualmente para conseguirlos, o se empleen para una finalidad distinta a aquella para las que fueron creadas. Así, con la GAAR se busca sancionar el ahorro no lícito —es decir, no admitido por el ordenamiento jurídico— de tributos, o, en palabras del profesor García Novoa[1], la *"búsqueda del hecho no gravado* —o del hecho menos gravado— *a través de un negocio anómalo"*.

II. NORMAS ANTIELUSIVAS ESPECÍFICAS Y CAPACIDAD CONTRIBUTIVA

No ha sido extraña, en nuestra legislación, la introducción de normas antielusivas específicas, lo que ha sido consecuencia de la detección de estrategias empleadas por los contribuyentes con el objeto de minimizar o neutralizar la carga tributaria que soportaban. Así, por ejemplo, tenemos la incorporación, en 1991, como supuesto gravado con el IGV de la primera venta de inmuebles edificados por el constructor —para evitar la elusión en los contratos de construcción—, pasando por el impedimento a la deducción de gastos incurridos con contrapartes residentes en países o territorios de baja o nula imposición —vigente desde el 2001—, hasta la recalificación, como venta, de transferencias de activos ocurridas en el marco de procesos de escisión, ocurrida a consecuencia de la reforma introducida en la Ley del Impuesto a la Renta a partir del 1 de enero de 2013.

Con referencia a este tipo de normas, Heleno Taveira Torres[2], quien las denomina "normas de prevención" o de "corrección", nos indica que *"(…) no son normas propiamente antielusivas"*, aún cuando suela llamárseles así, de modo coloquial. Indica que, más bien,

> *"son formas de tipificación de los actos o negocios sujetos a efectos elusivos, que buscan alcanzar el respectivo control al amparo del*

1. César García Novoa, *La Cláusula Antielusiva en la Nueva LGT* (Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004), 131.

2. Heleno Taveira Torres, *Derecho Tributario y Derecho Privado. Autonomía Privada, simulación y elusión tributaria* (Buenos Aires: Marcial Pons, 2008), 235.

principio de legalidad, de manera preventiva, al prohibir el uso de ciertos beneficios fiscales, ampliar el concepto de materia imponible o limitar el uso de créditos, etcétera".

En otras palabras, a través de este tipo de normas, el legislador asigna a un determinado hecho económico una consecuencia legal distinta a la que le hubiera correspondido, por su naturaleza, de aplicarse el marco legal general. Así, estas normas prescinden total o parcialmente de la realidad económica para asignar a los actos, situaciones y relaciones jurídicas llevadas a cabo por los contribuyentes determinadas consecuencias estimadas por el legislador como "no elusivas", pues impiden el menoscabo de la recaudación.

En nuestro país, no son pocas las oportunidades en las que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado acerca de la legitimidad, desde el punto de vista constitucional, de medidas que tienen por objeto combatir situaciones de elusión y/o evasión tributaria, si bien no ha tenido oportunidad, aún, de pronunciarse acerca de la constitucionalidad de una norma antielusiva específica.

Así, por ejemplo, en el caso del sistema de detracciones[3], justificó su aplicación en el principio de igualdad, bajo el argumento que están permitidas las diferencias en el trato fundadas en la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, siempre que las consecuencias jurídicas derivadas del tratamiento diferenciado sean proporcionales a la finalidad perseguida, de manera que los resultados terminen siendo excesivamente gravosos o desmedidos. Sin embargo, en la sentencia 06089-2006-PA/TC[4], expedida con motivo de la evaluación de la constitucionalidad del sistema de percepciones, el Tribunal Constitucional reconoció que la posibilidad de introducir en nuestra legislación este tipo de medidas *"(…) no significa que el Legislador o la Administración Tributaria tengan carta abierta para sustentar su aplicación apelando de manera indiscriminada a la extrafiscalidad en la lucha contra la evasión tributaria",* en otras palabras, está permitida *"(…) la relativización del principio de capacidad contributiva, mas nunca su desaparición total."*

Esta, precisamente, es la cuestión que nunca debe perderse de vista al momento en que se emiten normas antielusivas específicas, y que nos lleva a preguntar si el cumplimiento del doble fin que persiguen éstas; el cual es, de un lado, evitar la minimización o neutralización de la carga tributaria y así, del otro, poder garantizar que todos contribuyan al sostenimiento del erario según su real capacidad contributiva, sin terminar afectando a esta última, de manera desproporcionada e irracional.

III. LAS LIMITACIONES PARA LA DEDUCCIÓN DE INTERESES EN EL CONTEXTO DE BEPS

En nuestro país, a consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 27356 en 2001, se encontraba restringida la deducción de los intereses del endeudamiento con partes vinculadas, siempre que excediera del monto que resultase de la aplicación de un coeficiente fijado por el reglamento. Con dicha medida, se pretendía combatir la denominada "subcapitalización", conducta elusiva que, en palabras de Ramón Falcón y Tella y Elvira Pulido Guerra,[5] hace referencia a aquellos supuestos en que

"los socios, en lugar de realizar aportaciones de capital, financian a la sociedad a través de préstamos, lo que supone que la sociedad tenga unos fondos propios (…) anormalmente reducidos en relación con su pasivo total (…)".

3. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N°03769-2010-PA/TC, considerandos 35 y 39.

4. Considerando 29.

5. Ramón Falcón y Tella y Elvira Pulido Guerra, *Derecho Tributario Internacional:* Tercera Edición (Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2018), 293 y ss.

Como bien indican estos autores, lo interesante de esta situación es que, de un lado,

> *"se trata de casos en que un tercero independiente (un banco ajeno al grupo, por ejemplo), en condiciones normales de mercado, no habría realizado el préstamo o habría prestado una cantidad inferior", y del otro, "tiene la ventaja de que los intereses que se pagan al socio son gasto deducible"*[6].

Suena, pues, razonable pensar que una entidad financiera independiente no habría estado dispuesta a prestar dinero a una empresa que carecía de capital suficiente para poder atender sus obligaciones, si no es porque percibe que cuenta con tal capital; aunque recibido como "deuda" y no como aportación al capital, siendo evidente que, en ambas situaciones, el accionista asume el mismo nivel de riesgo, esto es, no un riesgo de acreedor, sino el riesgo propio de un socio.

Si bien no contamos con evidencia numérica de los resultados conseguidos en los ya veinte períodos tributarios en que esta norma antielusiva específica se ha encontrado en vigor —contando, incluso, la modificación introducida en 2019, que amplió su espectro al endeudamiento con vinculadas—, podemos señalar, de modo empírico, que cumplía su función de modo adecuado, pues, ciertamente, combatía una cuestión en la que, como indicamos, se pretendía tomar una deducción de intereses como consecuencia del devengo de lo que no era otra cosa que un mecanismo de remuneración de capital propio de la sociedad. Es principio asumido en la mayoría de legislaciones tributarias que el capital propio de una sociedad no está sujeto a remuneración, ni mucho menos esta podría dar lugar a una deducción, salvo en casos puntuales como el de caso de Brasil con los *juros* sobre capital propio.

En 2015, como resultado de las iniciativas de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos — OCDE para combatir la erosión de bases imponibles y el desvío de rentas, se publicó el reporte final de la Acción 4, denominado *"Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments"*. Bajo la premisa de reconocer que *"algunos grupos están altamente apalancados con deuda con terceras partes por razones de índole distinta a la tributaria"*, en este reporte, la OCDE recomendó la introducción de una regla de ratio corporativo, junto con una de ratio fijo, a fin de permitir a una entidad *"con intereses netos por encima de ratio fijo del país"* deducir intereses hasta el nivel de la ratio intereses netos/EBITDA de su grupo de empresas.[7]

La OCDE[8] recomendó, además, la introducción de tres medidas para morigerar los efectos de estas recomendaciones:

a) Un umbral mínimo, que excluya a entidades con bajo nivel de gasto por intereses.

b) Exclusión de los intereses pagados a terceros independientes en relación con préstamos empleados para financiar proyectos de fomento público, bajo ciertas condiciones.

c) El arrastre de aquellos intereses cuya deducción no fue permitida y/o de la capacidad de endeudamiento no utilizada, para su uso en años futuros.

IV. EL CAMBIO DE ENFOQUE EN LAS REGLAS PARA LA DEDUCCIÓN DE INTERESES, Y SU APLICACIÓN EN PERÚ A PARTIR DE 2021

Con base en la acción 4 de BEPS, el Decreto Legislativo 1424 introdujo, con vigor a partir del 1 de enero de 2021, un cambio de enfoque en

6. *Ibíd,* p. 293.
7. *Ibíd,* p. 13.
8. *Ibíd,* pp. 13 y 14.

las reglas para la deducción de intereses. Dejó de lado el empleo del patrimonio neto como referente para la identificación de situaciones de subcapitalización, esto es, de endeudamientos obtenidos en condiciones distintas a las de mercado, para pasar a emplear una base —en teoría, financiera—, computada con relación al EBITDA de la sociedad.

Si bien la exposición de motivos de dicho decreto legislativo nada dice con respecto a la justificación, en específico, de haber introducido una limitación a la deducción de intereses con base en el EBITDA de la compañía, sí indica, de modo general, las razones de la ampliación de la limitación a los intereses de endeudamientos con terceros[9]:

a) La evidencia internacional señala que los contribuyentes pueden adoptar esquemas complejos en los que no es posible verificar si se están realizando operaciones entre partes vinculadas.

b) Algunos grupos internacionales reducen su carga tributaria total mediante el pago de intereses.

c) Existen indicios de que estas formas de endeudamiento se vienen realizando en nuestro país, pues empresas sin patrimonio o con bajas utilidades reciben préstamos desproporcionados.

De la lectura de estas justificaciones, no encontramos una que sustente por qué para el legislador delegado resultó adecuado, desde una perspectiva de proporcionalidad, que se extienda la limitación a la deducción de intereses a los devengados en endeudamientos con terceros, menos una que justifique que la base de cálculo de la limitación pase a ser una computada en consideración del EBITDA, y no del patrimonio, como ocurría hasta 2020.

Efectivamente, en cuanto a la primera y la segunda de las razones alegadas como sustento de la medida, si bien nadie podría negar que ciertos contribuyentes podrían haber implementado esquemas complejos de financiamiento para ocultar transacciones de traslado de beneficios hacia terceros vinculados, eso, desde ningún punto de vista, podría llevar a concluir, *iuris et de iure* que cualquier endeudamiento tiene finalidades elusivas y/o que encubre un mecanismo de planificación fiscal, ya que esto implicaría, necesariamente, el uso de varios actores y negocios jurídicos para poder alcanzar la traslación de beneficios que busca combatir esta norma y, en ese contexto, la adopción de este tipo de medidas estaría justificada solo si fuera imposible identificar a tales actores o esquemas, o si no es posible que el contribuyente acredite que el endeudamiento fue incurrido en condiciones de mercado.

En tiempos como los actuales en los que las autoridades tributarias pueden acceder a la información financiera de los contribuyentes, a través de mecanismos de intercambio de información o de levantamiento del secreto bancario, no parece adecuada la adopción, *per se*, de una medida de este tipo que, a ciegas, limite la capacidad de endeudamiento de una compañía y, con ello, sus expectativas de crecer e, incluso, de sobrevivir. Tampoco podría ser calificada de razonable o proporcional una medida como esta si es que no incluye, por lo menos, un mecanismo de prueba en contrario que permita acreditar la existencia de necesidad de endeudamiento, y si, además, no contempla excepciones amplias a su aplicación, que deben estar relacionadas con el tipo de endeudamiento y el tipo de acreedor. Volveremos sobre estos aspectos más adelante.

En cuanto a la tercera de las razones alegadas, debemos decir que el hecho de que, de modo indiciario, se pueda asumir que algunos contribuyentes adoptan mecanismos sofisticados de elusión a través del empleo de endeudamientos con terceros no es suficiente para desconocer,

9. Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1424, 48 y 49.

iuris et de iure, la realidad de aquellos endeudamientos y/o de la necesidad de financiamiento detrás de esos endeudamientos. Es principio en la lógica jurídica que no es posible, a partir de premisas individuales, arribar a una conclusión de carácter general.

Hasta aquí, puede concluirse *a priori* que ninguna de las razones mencionadas por el legislador delegado puede ser catalogada como suficiente para justificar la introducción de una medida tan extrema como la limitación de la deducción de intereses de endeudamientos reales en casos de financiamientos obtenidos de terceros. Surge, así, la necesidad de revisar si una medida como la que entró en vigor en 2021 constituye una afectación razonable a la capacidad contributiva de los contribuyentes.

Para responder a esa inquietud, debemos recordar qué grava el impuesto a la renta: la utilidad de un período tributario, que, en nuestro país, coincide con el año calendario. Para computar esa utilidad, no se consideran los gastos que no sean necesarios para la obtención de la renta gravada o el mantenimiento de su fuente generadora.

La regla que condiciona la deducción de un gasto a la existencia de una vinculación de necesidad con la obtención de una renta o el mantenimiento de su fuente no es otra cosa que una regla de gestión: de esa forma, el Estado asume, en los hechos, el papel de socio oculto y partícipe de la gestión de los contribuyentes, y exige el manejo eficiente de sus recursos, con el fin de obtener una adecuada participación en los resultados a través del impuesto a la renta que le corresponde. Se evita con ella, pues, que el Estado-socio asuma las consecuencias del empleo no diligente de recursos o que estos se destinen a fines distintos de los propios del giro de la empresa, tal como lo exigiría cualquier socio minoritario en el contexto de una sociedad o compañía bien gestionada.

Con esa premisa en mente, si bien resulta justificado condicionar la deducción de un gasto a que este sea necesario para obtener la renta gravada —pues, en definitiva, el impuesto grava la renta—, toda limitación a la deducción de gastos que sean necesarios para obtener las rentas gravadas o para mantener su fuente generadora tiene que fundarse en razones de última ratio, y debe cuidarse que, con su imposición, se causen perjuicios mayores que los beneficios fiscales y extrafiscales que se perseguía conseguir. En otras palabras, una regla de este tipo solo puede ser adoptada cuando ello sea inevitable, es decir, cuando no puedan implementarse otros mecanismos con los cuales se pueda cumplir con los mismos fines fiscales o extrafiscales.

Cuando nos referimos a la deducción de intereses, hablamos del tratamiento de la remuneración de los recursos financieros, elemento indispensable para el funcionamiento y la supervivencia de cualquier empresa y que, por ende, requiere del legislador tener sumo cuidado al momento de adoptar medidas que lo regulen. A diferencia de otras situaciones en nuestra legislación, como puede ser la relativa a la deducción de gastos de representación, respecto de los que sí puede ser adecuado, por lo menudo de su importe y el número de operaciones realizadas, fijar límites monetarios para la deducción, cualquier medida que limite, a ciegas, la deducción de intereses de financiamientos que sean necesarios para la obtención de rentas gravadas o el mantenimiento de su fuente será desproporcionada —y, por ende, confiscatoria— si es que desconoce la deducción de intereses de financiamientos reales, y tal desconocimiento no está fundado en la realización real de prácticas elusivas por parte del contribuyente o, lo que es lo mismo, no se ha permitido al contribuyente demostrar lo contrario. En dichas situaciones, mal podría calificarse a esta medida como de última ratio.

Veamos, a continuación, cómo las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo 1424 consagran un tratamiento que, a todas luces, resulta desproporcionado en atención al fin que, en apariencia, busca cautelar:

a) En primer lugar, el límite de intereses deducible ha sido fijado en un monto equivalente al 30% del EBITDA del ejercicio an-

terior, pero este EBITDA se calcula a partir de elementos distintos a los de carácter financiero.

Si bien hay quien podría alegar que el empleo de indicadores de carácter tributario y no financiero se justifica en su objetividad y simple determinación, el considerado por nuestra legislación está lejos de poder servir de medida de la real capacidad de financiamiento de una empresa, y mucho menos de indicio de la existencia de transacciones encubiertas con terceros, o de pauta para conocer cuáles son los endeudamientos contraídos en términos de mercado.

No es secreto para nadie que, cuando una entidad financiera cualquiera califica una posible operación de crédito evalúa el EBITDA financiero del solicitante, no el tributario. Resulta incorrecto, entonces, crear una presunción de endeudamiento incurrido con fines elusivos con base en un concepto que en nada interviene en la aprobación de un financiamiento a un contribuyente.

Por otro lado, es, por decir lo menos, arbitrario que, en todos los casos, la capacidad de endeudamiento del contribuyente haya sido establecida en un 30% del EBITDA. Por encima de ese límite, el legislador entendería que el financiamiento, o no es necesario para la compañía, o excede su capacidad de endeudamiento. Se olvida, sin embargo, que, en la actualidad, son comunes, por no decir usuales, los esquemas de endeudamiento de proyectos, en donde se otorgan financiamientos por un número de veces que puede exceder, largamente, el EBITDA financiero completo de una compañía, pues lo que se evalúa en esos casos es la capacidad de generación de flujos futuros financieros de ésta y/o de un proyecto que busca ejecutarse con cargo al financiamiento. ¿Quiere esto decir que una empresa no podría sobre endeudarse para poder ampliar su capacidad y generar más rentas en un futuro?

No está de más señalar que en la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1424 no existe ninguna mención que permita concluir que la fijación en un 30% del EBITDA tributario de la capacidad "adecuada" de endeudamiento financiero de una compañía tiene correlato con lo que ocurre en la realidad, en condiciones de mercado, en financiamientos con terceros. Esto, por sí solo, sería más que suficiente para cuestionar la pertinencia de esta medida.

b) En segundo lugar, cuando se revisan las exclusiones a la aplicación de esta regla, notamos que se ha excluido a los contribuyentes cuyos ingresos netos sean menores o iguales a 2,500 UIT, pero no se ha excluido a aquellos contribuyentes que, encontrándose en operaciones, buscan financiar nuevos proyectos y pueden demostrar que el financiamiento les ha sido otorgado en función de la capacidad de generación de flujos de esos proyectos, no obstante que, en ambos casos, estamos ante situaciones similares y es muy probable que, en la evaluación financiera del crédito, la institución de financiamiento haya tomado en cuenta la capacidad de generación de flujos del nuevo proyecto.

c) En tercer lugar, notamos que, en cuanto al tipo de endeudamientos excluidos, se ha considerado únicamente a los obtenidos mediante emisiones de valores mobiliarios por oferta pública en el mercado local, y se ha excluido a los obtenidos de esa misma forma en el mercado internacional, así como a los financiamientos por parte de entidades financieras locales y del exterior.

No existe ninguna justificación objetiva que permita sostener por qué solo la obtención de financiamiento mediante emisión local pública de bonos tendría propósitos no elusivos, y se descarta, de plano, otros mecanismos de financiamiento equivalentes, más aun cuando, en todos los casos, la Administración Tributaria podría siempre requerir al contribuyente o a terceros información que permita verificar la

existencia de real necesidad y capacidad de endeudamiento. Esto, sin duda, no resiste ningún análisis de proporcionalidad.

d) Por último, como medida para morigerar los efectos de la limitación, la norma permite que los intereses que no hubieran podido ser deducidos en el ejercicio de su devengo por exceder el límite, sean adicionados a aquellos correspondientes a los cuatro ejercicios inmediatos siguientes. Esto, sin embargo, no es una solución adecuada para el problema de afectación concreta a la capacidad contributiva, que obliga a pagar, en el año de generación del interés, un impuesto mayor que el que se habría obtenido de haberse determinado sobre la real utilidad de la compañía. Como bien indican Falcón y Tella y Pulido Guerra[11],

"el hecho de que los intereses no deducidos ese año puedan computarse en los ejercicios siguientes (con el límite de 30 por 100 del beneficio operativo de ese ejercicio) no soluciona el problema porque el principio de capacidad contributiva exige gravar una capacidad actual y no futura, aparte de que puede no llegar a producirse una situación de beneficios, e incluso la norma puede llevar a la quiebra de la empresa".

Vemos, en definitiva, que la solución adoptada por nuestro legislador delegado no estuvo adecuadamente sustentada —basta la lectura de la exposición de motivos para sostenerlo—, y que no puede ser calificada de proporcional ni mucho menos de inevitable, pues, como hemos visto, podían haberse incorporado medidas que amplíen el ámbito de las exclusiones, y que permitan, caso por caso, al contribuyente demostrar la realidad del financiamiento y la inexistencia de fines elusivos detrás.

Mientras no se adopten mecanismos que permitan al contribuyente justificar, en el contexto de endeudamiento con terceros independientes, la deducción de intereses caso por caso, y mientras no se efectúen exclusiones amplias que garanticen, en definitiva, que los únicos intereses no deducibles sean aquellos de endeudamientos incurridos en situaciones ajenas a la de mercado, la solución adoptada por nuestro legislador, a todas luces, es una grave e intolerable afectación al principio de capacidad contributiva, que podría afectar no solo la forma cómo la empresa realiza sus actividades —pues limitaría su capacidad de endeudamiento no solo para llevar a cabo nuevos proyectos, sino, incluso, su capacidad de pago y generación de flujos futuros.

En un contexto como el actual, de marcada recesión y en el que incluso la deducción de los intereses de los préstamos otorgados bajo el programa Reactiva Perú se sujetará a la aplicación de esta regla, préstamos a los que, por cierto, no podría atribuírseles propósitos elusivos; es evidente que no hay justificación alguna para la aplicación de esta regla. Esperamos que el legislador la derogue, o que las autoridades judiciales declaren su inconstitucionalidad.

11. *Op. Cit.*: 296 *infra.*

DOI 10.26439/advocatus2021.n040.5284

Propuestas para incrementar la recaudación tributaria

Alexa Adriazola Burga(*)

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Magíster en Derecho y Economía por la Queen Mary University of London.
Profesor en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SUMARIO:

I. Introducción.
II. Propuestas.
1. Primera propuesta: identificación nacional y registro tributario.
1.1. Desventajas.
1.2. Ventajas.
2. Segunda propuesta: trámites administrativos y de acceso a servicios públicos.
2.1. Trámites administrativos.
2.2. Servicios privados.
2.2.1. Empresas que prestan servicios telefónicos con contratos de largo plazo —planes *postpago*—.
2.2.2. Servicios bancarios y financieros.
2.3. Desventajas.
2.4. Ventajas.
3. Tercera propuesta: asociaciones profesionales.
3.1. Desventajas.
3.2. Ventajas.
4. Cuarta propuesta: matrícula en las escuelas y universidades privadas.
4.1. Desventajas.
4.2. Ventajas.
5. Quinta propuesta: incentivos para la salud pública y privada.
5.1. Desventajas.
5.2. Ventajas.
III. Conclusiones.

El presente artículo fue recibido por el Comité Editorial con fecha 2 de marzo de 2020 y fue aceptado con fecha 14 de marzo de 2021.

(*) Este artículo ha sido elaborado para ***ADVOCATUS*** teniendo como fuente el trabajo realizado por la autora para obtener el título de magíster en Derecho y Economía. Un agradecimiento especial a Nicolás Vásquez De la Gala, quien colaboró en la actualización y traducción del artículo.

RESUMEN:

La autora plantea cinco propuestas con el fin de acortar la brecha económica y social que hay en el Perú —representada por el acceso a servicios públicos y privados— al aumentar el número de contribuyentes, y con ello la recaudación tributaria, para obtener así una mayor cantidad y calidad de servicios públicos. De este modo, se generaría confianza en los ciudadanos peruanos ante el Gobierno y se crearía una cultura tributaria que paulatinamente aumente la recaudación tributaria.

Palabras clave: brecha económica y social, contribuyentes, recaudación tributaria, servicios públicos, cultura tributaria.

ABSTRACT:

The author puts forward five proposals in order to shorten the economic and social gap that exists in Peru —represented by the access to public and private services— by increasing the number of taxpayers, and thus tax collection, in order to obtain a higher quantity and quality of public services. Therefore, confidence would be generated in Peruvian citizens towards the Government and a tax culture that gradually increases tax collection would be created.

Keywords: economic and social gap, taxpayers, tax collection, public services, tax culture.

I. INTRODUCCIÓN

Perú es un país rico en recursos naturales, cultura y biodiversidad; sin embargo, también se caracteriza por ser desequilibrado en el desarrollo económico y social, lo que se refleja en zonas de pobreza y extrema pobreza, analfabetismo, desempleo, entre otros aspectos.

Si bien desde el 2001 el Perú ha experimentado un crecimiento de la economía, lo que ha reducido la pobreza en grandes porcentajes, aún existen importantes deficiencias que afectan el goce efectivo de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos.

Una prueba de lo anterior es la falta de prestación de tres servicios públicos principales como lo son el desagüe[1], el agua potable[2] y la electricidad.[3] En la siguiente tabla se muestran los porcentajes de la población que cuenta con acceso a estos servicios:

Servicio Público	Población Total	Población Urbana	Población Rural
Desagüe	72.7%	88.8%	16.6%
Agua Potable	79.5%	84.9%	62.5%
Electricidad	95.2%	99.0%	82.3%

Como podemos observar, aún existe un número importante de la población, sobre todo que vive en una zona rural, que carece de servicios públicos esenciales, por lo que su calidad de vida es reducida. Sin embargo, llama también la atención que incluso en las zonas urbanas exista deficiencia de estos tres servicios básicos.

Por otro lado, la falta de presencia del Estado ha generado un altísimo nivel de informalidad. Para fines de este artículo, se utiliza el término informal para incluir a aquellas empresas y personas que generan ingresos pero que no se encuentran registradas ante la Superintendencia

1. "Perú: Formas de Acceso al Agua y Saneamiento Básico", en *Instituto Nacional de Estadística e Informática,* acceso el 10 de septiembre de 2020, https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/boletin_agua_y_saneamiento.pdf

2. *Ibíd.*, p. 3.

3. "Disponibilidad de alumbrado eléctrico por red pública en viviendas particulares, según departamento", en *Instituto Nacional de Estadística e Informática,* acceso el 10 de septiembre de 2020, https://www.inei.gob.pe/estadisticas/indice-tematico/housing/

Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria — SUNAT es decir, que no cuentan con un Registro Único de Contribuyentes — RUC, generando una omisión total de sus ingresos tributables. Además, debemos considerar que hasta el 2014 solo el 29% de la población tenía cuentas en el sistema bancario o financiero nacional, por lo que las posibilidades que tiene la SUNAT de identificar supuestos de elusión, evasión u omisión de impuestos se reducen.[4]

En este contexto, es importante destacar que, a pesar del escenario descrito, aproximadamente el 34.2% de los ingresos obtenidos por el Gobierno provienen de la recaudación de impuestos. Principalmente la recaudación proviene del Impuesto a la Renta, que representa el 39.8%; y del Impuesto General a las Ventas — IGV, que representa el 58.0% de los impuestos[5]. Sin embargo, el nivel de evasión de estos impuestos asciende a 50% para el Impuesto a la Renta y 31.4% para el IGV.[6]

Finalmente, es importante señalar que el número total de contribuyentes registrados por la SUNAT, a diciembre de 2018, era inferior a un tercio de la población, incluyendo tanto a individuos, como a empresas y organizaciones benéficas, entre otros.

Respecto a lo anterior, observamos que, por ejemplo, en el 2018 los ingresos de la recaudación tributaria representaron solo el 20.1% del Producto Bruto Interno — PBI, importe que se encuentra debajo del promedio y de lo recaudado en otros países de la región.

Ahora bien, considerando el bajo nivel de recaudación que existe en Perú, el Gobierno se ve muchas veces imposibilitado de prestar servicios públicos de calidad o suficientes ya que, como resulta evidente, no cuenta con los fondos necesarios para satisfacer la demanda de los mismos.

Considerando la brecha económica y social que hay en Perú, representada muchas veces por los servicios públicos ofrecidos por el Gobierno y los servicios públicos ofrecidos por compañías privadas, un mecanismo para acortar o eliminar dicha brecha es incrementar la recaudación tributaria. Sin embargo, ¿cómo aumentamos la recaudación tributaria en el Perú, considerando que es un país carente de una cultura tributaria nacional y que muchas veces los ciudadanos consideran que pagan impuestos sin recibir nada a cambio del Gobierno?

La pregunta del párrafo anterior es una interrogante sin una respuesta única y con diferentes aristas que exigen una visión integral. A través de este artículo se busca proponer, mediante un ensayo de laboratorio y sujeto a todas las críticas de quienes tienen la capacidad de implementar decisiones económicas y sociales desde el lado gubernamental, algunas propuestas a través de las cuales se aprueben incentivos y obligaciones que puedan ayudar a aumentar el número de contribuyentes y, por consiguiente, aumentar la recaudación tributaria. Ello, seguido de una buena gestión y políticas estatales, debería significar un incremento en la calidad y cantidad de servicios públicos prestados a favor de los ciudadanos.

Estas propuestas se centrarán en incorporar nuevas políticas que incentiven el pago de impuestos y, en algunos casos, políticas que generen que los ciudadanos se vean obligados a re-

4. Cabe señalar que en algunas ocasiones, la SUNAT identifica supuestos de omisión de impuestos mediante el cruce de información que realiza con información financiera relacionada al Impuesto a las Transacciones Financieras. Es decir, este impuesto sirve para detectar, en algunas ocasiones, supuestos que, estando gravados según la legislación, no representaron ingresos para el fisco.

5. "Ingresos tributarios del gobierno central, según tipos de impuestos", *Instituto Nacional de Estadística e Informática,* acceso el 10 de septiembre de 2020, https://www.inei.gob.pe/estadisticas/indice-tematico/public-finance

6. "Marco Macroeconómico Multianual 2017-2019", en *Ministerio de Economía y FInanzas,* acceso el 10 de julio de 2021, https://www.mef.gob.pe/contenidos/pol_econ/marco_macro/MMM_2017_2019_Revisado.pdf

gistrarse ante la SUNAT, mediante la obtención de su Registro Único de Contribuyentes.

El objetivo de estos incentivos es generar confianza de los ciudadanos peruanos ante el Gobierno, con el fin de crear una cultura tributaria que aumente, progresivamente, la recaudación tributaria.

II. PROPUESTAS

A continuación se desarrollarán las cinco propuestas, detallando en cada una aspectos positivos y negativos previamente identificados, con alternativas de solución sobre los mismos.

1. Primera propuesta: identificación nacional y registro tributario.

Como se sabe, en Perú la mayoría de edad se alcanza a los 18 años. A partir de esta edad, los ciudadanos están obligados a registrarse como mayores de edad ante el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil — RENIEC, obteniendo así su Documento Nacional de Identidad — DNI. A partir de entonces, se debe cumplir con una serie de obligaciones civiles para las cuales es necesario contar con este documento, entre ellas la capacidad de elegir a los representantes políticos, acceder a financiamientos, entre otros.

La propuesta consiste en que, al momento de obtener el DNI, las personas se registren de forma automática ante la SUNAT mediante la obtención de su RUC, de forma tal que esto incentive a que los ciudadanos tengan la posibilidad y facultad de pagar sus impuestos desde que cumplen la mayoría de edad. Con relación a esto, el mensaje que se busca internalizar es que la mayoría de edad conlleva obligaciones con el Estado como lo es el pago de impuestos. Si bien es cierto que en Perú y según nuestra norma del Impuesto a la Renta, un menor de edad podría estar obligado al pago de sus impuestos, esta obligación es cumplida por los padres en representación de los primeros, pero no es que exista una particular conciencia de esta obligación por parte de los jóvenes que se incorporan activamente a la vida económica.

Cabe destacar que en el año 2016, 550,169 peruanos tenían 18 años y 573,680 tenían 17 años. Esto significa que anualmente la SUNAT tendría la posibilidad de agregar aproximadamente un 2% de la población nacional —aproximadamente la población nacional es cercana a los 31 millones— como contribuyentes. Por supuesto, esto no implicará un aumento inmediato de la recaudación tributaria, pero ayudará a generar una cultura tributaria nacional. Nuevamente, resaltar el mensaje de que los más jóvenes aprendan que uno de sus deberes como ciudadanos es pagar impuestos sin importar a la actividad económica que se dediquen.

Ahora bien, en el caso de personas mayores de 18 que ya tienen su DNI, la medida podría aplicarse cuando ocurra alguna de las siguientes situaciones:

a) Renovación del DNI: es un deber legal renovar los DNI cada 8 años.
b) Cambio de datos: toda persona que cambie los datos –dirección, estado civil, apellidos, donación de órganos, entre otros– debe renovarlo.
c) Obtener un nuevo DNI por pérdida.

En atención a lo anterior, cuando ocurra cualquiera de estas situaciones, automáticamente los ciudadanos obtendrían su RUC.

En línea con lo descrito, debemos indicar que según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos — OCDE, *"el registro de contribuyentes es una clave para aumentar los ingresos fiscales"* [7], por lo que es muy importante

7. OECD & ITC, *Examples of successful DRM Reforms and the Role of International Co-operation* (2015), acceso el 9 de julio de 2021, https://www.oecd.org/ctp/tax-global/examples-of-successful-DRM-reforms-and-the-role-of-international-co-operation.pdf

implementar medidas que ayuden a la Administración Tributaria a identificar los potenciales contribuyentes, puesto que de forma directa debería aumentar también la recaudación tributaria.

Por ejemplo, en Burundi, país africano, se aplicaron políticas similares. En ese país el objetivo era reducir el sector informal, por lo que en los centros comerciales se instaló un equipo de funcionarios de registro que ayudaron a los comerciantes a registrarse y les explicaron la importancia del pago de los impuestos. Esta medida generó que más de 7000 personas se registren como contribuyentes durante el tiempo que duró la campaña.[8]

En esta propuesta, el registro sería obligatorio en tanto contar con él sería un requisito para mantener, renovar u obtener el DNI, y sin este documento son muy limitadas las acciones civiles, administrativas y comerciales que se pueden realizar, por lo que el impacto debería ser importante y cubrir progresivamente a toda la población activa económicamente.

1.1. Desventajas.

Con el registro masivo de ciudadanos ante la SUNAT, podría ocurrir que esta entidad tenga un gran número de contribuyentes registrados en su base de datos sin que ello implique una recaudación de todos ellos, considerando los evidentes límites en la recaudación, y esta situación podría interferir con las acciones de auditoría y fiscalización, pues la cantidad de información por procesar sería mayor a la actual.

Sin embargo, los avances tecnológicos permiten contar con las herramientas suficientes para seleccionar la información más importante de una base de datos. Eso, evidentemente, es solo posible luego de formar esa base de datos y esta propuesta tendría por finalidad ayudar justamente a ello.

1.2. Ventajas.

La información es una de las herramientas más poderosas para cualquier Administración Tributaria. En un país en vías de desarrollo como el nuestro, un aspecto importante del fracaso en la recaudación de impuestos es la falta de información. Teniendo en cuenta esta situación, brindar a la Administración Tributaria más información generará, tarde o temprano, la posibilidad de aumentar la recaudación de impuestos.

Es importante indicar que uno de los principales problemas en la recaudación en Perú no son solo las personas que no pagan impuestos, sino también la imposibilidad que tiene la SUNAT para identificar quienes son los potenciales contribuyentes, dado que ni siquiera cuentan con RUC.

2. Segunda propuesta: trámites administrativos y de acceso a servicios privados.

2.1. Trámites administrativos.

En Perú, como en muchos otros países, el Gobierno presta diversos servicios públicos como la emisión de antecedentes penales, apostillado de documentos, entre otros. Esta medida estaría orientada a que, para realizar estos procedimientos, sea un requisito identificarse con el RUC, en lugar de solo ser necesario identificarse con el DNI.

De igual forma que en la medida anterior, esta segunda medida estaría orientada a aumentar la cultura tributaria y el número de contribuyentes inscritos ante la Administración Tributaria. Lo más probable es que las personas que realizan estos procedimientos administrativos lo hagan porque les servirán para sus actividades económicas. Por ejemplo, para solicitar un nuevo empleo, para realizar actividad económica en el extranjero, entre otras. Por tanto, la SUNAT podrá tener mayor información sobre qué actividades

8. Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico y Fundación Internacional y para Iberoamérica de Administración y Políticas Públicas. *Building Tax Culture, Compliance and Citizenship: A Global Source Book on Taxpayer Education* (Primera Edición, OECD Publishing, 2015).

realizan los ciudadanos y dónde existen rentas que deberían estar tributando.

2.2. Servicios privados.

Respecto a los servicios privados, algunos de éstos solo pueden ser contratados o adquiridos por personas mayores de edad, es decir, que cuentan con plena capacidad de ejercicio, y también solo por personas que puedan acreditar solvencia económica. En consecuencia, las empresas que brindan estos servicios podrían exigirles a sus clientes que se identifiquen con su número de RUC, así como exigirles que acrediten que han presentado sus declaraciones juradas impuestos y el pago de estos.

Al respecto, sería necesario que el Gobierno determine cuáles son las empresas que pueden afrontar estas obligaciones, pues sin lugar a duda incrementarían sus gastos administrativos. No obstante, si se les otorgan incentivos como, por ejemplo, mayor deducción de gastos para efectos tributarios, no deberían surgir mayores cuestionamientos. Debemos considerar que desde el año 2000, la economía peruana está fuertemente concentrada en el sector privado. Por ejemplo, el capital nacional y extranjero privado representan aproximadamente el 28% del Producto Bruto Interno de Perú.[9]

Ahora bien, este mecanismo se podría aplicar principalmente a los siguientes dos tipos de empresas:

2.2.1. Empresas que prestan servicios telefónicos con contratos de largo plazo —planes *postpago*—.

En primer lugar, es importante señalar que este tipo de contratos pueden ser suscritos solo por personas que tienen los ingresos suficientes para asumir el pago de los mismos. Al respecto, una de las compañías que brinda este servicio menciona en su página web, de forma expresa, que este tipo de contratos están sujetos a una evaluación crediticia.[10]

En consecuencia, esta segunda propuesta podría aumentar el número de contribuyentes con determinada solvencia económica, obligándolos así a presentar sus declaraciones de impuestos, con el fin de poder suscribir este tipo de contratos.

Es importante tener en cuenta que el número de usuarios de estos servicios ha aumentado sustancialmente en los últimos años. Al respecto, observamos que, desde el año 2004 hasta el año 2015, el aumento del teléfono móvil en zonas rurales fue del 1% al 73%, mientras que en el área urbana fue del 23% al 90%.[11]

2.2.2. Servicios bancarios y financieros.

Actualmente, cuando una persona solicita un préstamo a cualquier entidad bancaria o financiera no debe identificarse con su número de RUC, ni debe acreditar que ha presentado sus declaraciones de impuestos o demostrar que no estaba obligado a hacerlo. En algunos casos, es suficiente con demostrar que el solicitante ha cumplido con pagar sus créditos anteriores de forma puntual e íntegra[12] o con aplicar sistemas de "ahorro casa" para la adquisición de inmuebles, según los cuales las personas pueden acceder a un préstamo hipotecario tan

9. John Crabtree & Francisco Durand, *Peru: Elite Power and Political Capture* (Nueva York: Bloomsbury Publishing, 2017).

10. "Tienda Claro", Claro, acceso el 10 de septiembre de 2020, https://catalogo.claro.com.pe/equipo/31302/apple/iphone-11-pro

11. Banco Mundial, *"Systematic Country Diagnostic"*, acceso el 10 de septiembre de 2020, http://documents.worldbank.org/curated/en/919181490109288624/pdf/Peru-SCD-final-3-16-17-03162017.pdf

12. Erick Lahuara, "Sistema financiero, informalidad y evasión tributaria en Perú", *Estudios Económicos* 32, (2016): 55-70.

solo acreditando depositar el monto de la cuota hipotecaria por determinado número de meses para posteriormente aprobarse el crédito hipotecario sin ser necesario presentar mayor documentación. Por tanto, es el propio sistema financiero peruano el que permite que la informalidad coexista con la formalidad, en lugar de luchar contra la primera.

Según un investigador del Banco Central de Reserva del Perú, en el año 2014 el 19.2% de los deudores registrados en el sistema bancario y financiero eran informales, es decir, no contaban con RUC y no pagaban ni declaraban impuestos ante la SUNAT. Asimismo, es importante indicar que el 59.7% de los 19.2% de los deudores financieros informales eran pequeñas empresas.[13]

Esta propuesta implica la modificación del ordenamiento jurídico con el fin de obligar a las empresas del sistema bancario y financiero a solicitar a sus clientes a identificarse con su RUC y a que acrediten que han cumplido sus obligaciones tributarias. Esta medida aumentaría el número de posibles contribuyentes y también la recaudación tributaria, pues se utilizarían las herramientas con las que ya cuentan estas empresas para acreditar los fondos necesarios para el pago de sus obligaciones financieras.

2.3. Desventajas.

Si bien es posible indicar que estos requisitos podrían perjudicar la economía, en tanto se establecerían limitaciones al acceso a los créditos y se podría generar un mercado secundario de créditos, otorgados por personas no sujetas a las regulaciones de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones — SBS; estas críticas se pueden contraargumentar mediante el establecimiento de prohibiciones en el sentido de que empresas o personas ajenas a las reguladas por la SBS no puedan otorgar créditos y el incumplimiento de estas prohibiciones tenga efectos penales y pecuniarios. Por lo tanto, la única posibilidad que tendrían los ciudadanos sería acudir a las empresas formales reguladas por la SBS y, en consecuencia, verse obligadas a cumplir sus obligaciones tributarias.

Los requisitos de identificarse con RUC y/o presentar declaraciones de impuestos podría reducir la demanda de créditos en el sistema bancario y financiero. Esto generaría que el sistema tributario nacional estaría quebrantado el principio de neutralidad de los impuestos ante la economía nacional. No obstante, la realidad nos ha demostrado que es posible utilizar los impuestos para moldear el comportamiento de los ciudadanos de manera eficaz dejando en un segundo lugar su neutralidad. Por ejemplo, podemos observar los casos de los tributos relacionados al cuidado del medio ambiente.

Otra desventaja sería el potencial e imprevisible crecimiento de un mercado de falsificación de documentos, pues muchas personas acudirían a falsificadores para no tener que cumplir sus obligaciones tributarias. En ese sentido, las empresas financieras tendrían que invertir en la especialización de sus trabajadores para la detección de documentos falsos, con el fin de evitar fraudes crediticios.[14] Sin embargo, esta desventaja también puede ser atacada desde la propia SUNAT a través de validaciones en línea.

2.4. Ventajas.

La contratación de algunos servicios públicos o privados implica, en la mayoría de los casos, una capacidad económica y, por ende, tributaria. En el caso de empresas privadas, actualmente muchas de estas realizan una evaluación crediticia personal a fin de determinar si

13. La Investigación realizada por el BCRP fue realizada con información recolectada durante el 2014. El número total de cliente del sistema bancario y financiero peruano durante ese año fue de 9,580,902.

14. "Revenue Mobilization in Developing Countries", en Fondo Monetario Internacional, acceso el 10 de septiembre de 2020, https://www.imf.org/external/np/pp/eng/2011/030811.pdf, https://www.imf.org/external/np/pp/eng/2011/030811.pdf

se obligarán a prestar los servicios. En consecuencia, esta información utilizada por las empresas privadas también podría ser utilizada por el Gobierno.

Un ejemplo sería lo que ocurre en Nigeria, pues podemos observar que el artículo 85 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de Personas Naturales de este país establece que, para el acceso a algún servicio público o privado, es necesario obtener y presentar un certificado de liquidación de impuestos de los 3 años anteriores al año en curso; algunos de los servicios comprendidos aquí son los préstamos, registros como contratistas, etc.[15] Como cualquier otra política pública, la eficiencia de esta medida y sus resultados positivos dependerá de la correcta aplicación de la ley.[16]

En síntesis, algunos servicios demuestran una capacidad tributaria evidente de las personas, por lo que en estos casos el gobierno podría y debería imponer como obligación que las empresas proveedoras tengan que exigirle a sus clientes que se identifiquen con un número de RUC y/o que acrediten la declaración y el pago de impuestos de los años anteriores.[17]

3. Tercera propuesta: asociaciones profesionales.

En el Perú existen 35 asociaciones de profesionales. Cada una de estas asociaciones otorga un número de identificación a cada miembro con la finalidad que estos puedan ejercer legalmente sus actividades profesionales en el Perú. Para obtener estos números de identificación, cada miembro debe cumplir con una serie de requisitos dependiendo de cada asociación. Además, para mantener activa la membresía, es necesario que los miembros paguen cuotas mensuales o anuales.

Asimismo, alrededor del 70% de las personas activas económicamente no tiene un trabajo formal, es decir, que no declara ni paga impuestos. Ahora, si bien no todos los trabajadores informales son profesionales miembros de estas asociaciones, sí es posible afirmar que parte de ellos son profesionales, ya sea que trabajan de forma independiente o para empresas informales.

En atención a lo anterior, la propuesta consiste en que las asociaciones profesionales exijan a sus miembros —actuales y futuros— que se identifiquen con RUC y que acrediten el cumplimiento de sus obligaciones tributarias pues, de lo contrario, no podrían ejercer sus actividades profesionales de manera íntegra. Dicho lo anterior, los miembros de las asociaciones profesionales se verían obligados a obtener su RUC y/o a cumplir sus obligaciones tributarias, es decir, a presentar sus declaraciones de impuestos, salvo que no estuviesen obligados.

Respecto a lo indicado, corresponde señalar que en el 2014 estaban registrados en asociaciones profesionales alrededor de 130,000 abogados[18], 65,000[19] médicos y a mediados del

15. *Personal Income Tax Act of 2011,* Nigeria.

16. Chukwuebuka Uyanwa, "10 Steps Nigeria Should Take to Increase its Tax Revenue", 9 de junio de 2016, https://www.linkedin.com/pulse/10-steps-nigeria-should-take-increase-its-tax-revenue-uyanwa/

17. Es importante mencionar que en Perú existe un derecho constitucional al secreto bancario, según el cual para ver el detalle de las operaciones financieras realizadas por una persona la Administración Tributaria debe requerir una autorización judicial o que los contribuyentes se la otorguen de forma voluntaria. En consecuencia, para aplicar esta medida sería necesario eliminar o relativizar este derecho, ya que no solo permite la evasión tributaria, sino también la corrupción. No obstante, el argumento que muchas personas suelen utilizar para oponerse a esta medida es la prevalencia de la seguridad personal.

18. "En el Perú hay más de 130,000 abogados colegiados", La Ley, acceso el 10 de septiembre de 2020, http://laley.pe/not/1215/los-abogados-en-el-peru/

19. "Número de médicos según departamento", Instituto Nacional de Estadística e Informática, acceso el 10 de septiembre de 2020, https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/indices_tematicos/orden-2_23.xls

2017 había 201,000 ingenieros.[20] Estos números representan aproximadamente el 1.44% de los peruanos, en consecuencia, por lo menos este número de personas estarían obligados a cumplir sus obligaciones tributarias.

3.1. Desventajas.

La desventaja de esta propuesta es la falta de especialización y práctica en la identificación de documentos falsos —constancias con sellos falsos de la SUNAT o de declaraciones que nunca fueron presentadas—. No obstante, dado que en esta medida las entidades obligadas a verificar la veracidad de los documentos serían entidades con obligaciones públicas o sociales, sí se les podría exigir que identifiquen cuando un sujeto está presentando documentos falsos o adulterados.

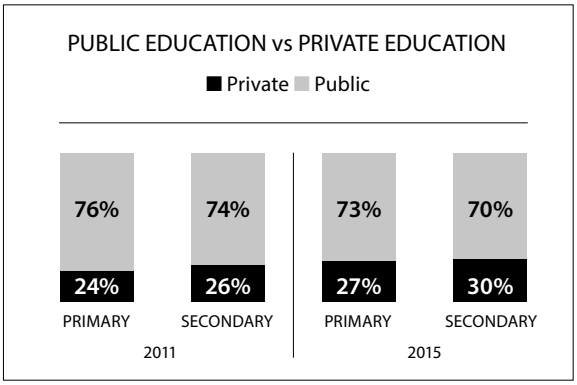
3.2. Ventajas.

La Administración Tributaria tendría mayores indicadores para identificar los potenciales contribuyentes de impuestos. Así, es más eficiente económicamente que sean las asociaciones profesionales las entidades encargadas de recolectar la información de sus miembros y no la Administración Tributaria.

4. Cuarta propuesta: matrícula en las escuelas y universidades privadas.

En el Perú las escuelas públicas brindan un servicio educativo de muy baja calidad, razón por la cual las familias prefieren que sus hijos asistan a escuelas privadas. Ahora bien, dentro de las familias que envían a sus hijos a escuelas privadas se encuentran, sin lugar a dudas, familias que obtienen sus ingresos de economías informales pero que tienen suficientes recursos para afrontar los gastos correspondientes a escuelas privadas, es decir, a pesar de contar con suficiente capacidad económica contributiva, no declaran ni pagan sus impuestos.

Para contextualizar esta medida, debemos considerar que hasta el 2015, 1,764,205 estudiantes asistían a escuelas privadas, mientras 4,430,765 lo hacían a escuelas públicas.[21] El gráfico a continuación demuestra una comparación entre estudiantes que asistían a escuelas públicas y privadas entre los años 2011 y 2015.



Como podemos observar, con el transcurso de los años son más las personas que asisten a escuelas privadas y menos las que asisten a escuelas públicas. Esto tendría sustento en el crecimiento económico parejo que experimenta el Perú, no obstante, ello no ha representado un aumento sustancial en la recaudación tributaria.

Así, considerando los números detallados, es posible hacer un cálculo referencial. Al respecto, considerando que existen un promedio de dos niños por cada familia peruana, existirían entonces un aproximado de 882,102 familias que pudieron solventar el pago de una escuela privada. En consecuencia, es probable que por lo menos estas familias hayan tenido que pagar impuestos, pero esto no significa que lo hayan hecho.

20. "Ingenieros colegiados por Capítulos y por sedes del 01/01/1962 al 30/06/2017", Colegio de Ingenieros del Perú, acceso el 9 de julio de 2021, https://www.cip.org.pe/publicaciones/estadisticas/documentos/sis2017-06.pdf

21. "National Monitoring: Distribution of enrolment by type of institution", Unesco Institute for Statistics, acceso el 9 de julio de 2021, http://data.uis.unesco.org/

Bajo estas circunstancias, la propuesta es establecer una obligación para las escuelas privadas consistente en que soliciten, como un requisito necesario para la matrícula de los niños, que los padres se identifiquen con su número de RUC y que acrediten que han presentado sus declaraciones de impuestos o que no estaban obligados a hacerlo. Esta medida podría ser aplicada incluso para universidades privadas y este caso la obligación sería aplicable tanto a los padres como a los estudiantes que pagan sus propias pensiones universitarias.

Es pertinente mencionar que algunas entidades educativas cuentan con beneficios tributarios, por ende, es posible establecer como un requisito para que estas entidades continúen con estos beneficios tributarios que cumplan con exigir las formalidades antes descritas.

Ahora bien, para evitar que las obligaciones mencionadas generen una restricción o imposibiliten el derecho fundamental a la educación que tienen los niños, las consecuencias de que los padres no cumplan con las obligaciones mencionadas no sería la imposibilidad de matricular a los niños, sino que los padres deban afrontar el pago de multas o que se les restrinja el ejercicio de algunas acciones civiles, como la prohibición de salida del país, de votación, de suscripción de escrituras públicas, entre otros.

Con el fin de que esta medida sea más atractiva para la población, también sería posible brindarles incentivos tributarios a los padres, como permitirles deducir como gastos el íntegro o parte de las matrículas y pensiones pagadas a los colegios y universidades, del mismo modo que sucede con otros gastos, como los gastos en hoteles, restaurantes, médicos, dentistas, entre otros.

Esta alternativa no solo ayudaría a identificar nuevos contribuyentes, sino que también ayudaría a promover la educación, lo cual es esencial para el futuro desarrollo económico del país.

4.1. Desventajas.

Como lo hemos mencionado, las entidades dedicadas a los servicios educativos privados tendrían que revisar si los datos o declaraciones presentados por los padres son verdaderos o falsos, lo que significaría trasladarles un gasto y responsabilidad importante. Esto podría verse reflejado en un incremento de las pensiones educativas, lo que, sin lugar a duda, causaría un perjuicio mayúsculo en un país en vías de desarrollo como Perú, dado que podría reducir el nivel de educación y alfabetización.

Además, teniendo en cuenta que el sector relacionado a esta medida es el educativo, sería indispensable que la Administración Tributaria, el Ministerio de Economía y Finanzas y el Ministerio de Educación regulen al detalle la implementación de las obligaciones e incentivos que se otorguen, a fin de evitar este riesgo.

4.2. Ventajas.

En términos generales, es más fácil la recaudación de impuestos cuando se establece la obligación de efectuar retenciones por determinados sujetos. En relación con esto, con la propuesta planteada sería más fácil para la Administración Tributaria obtener información de potenciales contribuyentes mediante la información con la que cuentan y pueden obtener las instituciones educativas, considerando que casi todas las personas buscan que sus descendientes reciban educación, por lo tanto, se verían obligados a obtener un RUC.

Ahora bien, dado que la educación es la piedra angular del desarrollo económico y social de los países, considero que si los padres asocian sus obligaciones de dar educación a sus hijos con sus obligaciones tributarias, la cultura tributaria se incrementaría y, de esa forma, también se incrementará la recaudación. En el mismo sentido, los niños y jóvenes, al ver que sus padres cumplen con sus obligaciones tributarias, seguirán sus ejemplos en el futuro.

5. Quinta propuesta: incentivos para la salud pública y privada.

Actualmente en Perú existen dos sistemas de

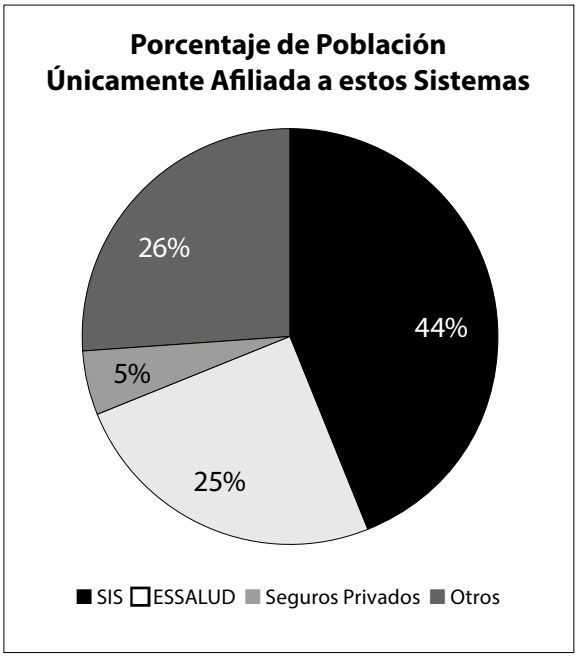
salud pública, el Seguro Integral de Salud — SIS y EsSalud. El primero de estos es el sistema de salud pública destinado a los sectores más pobres del país, es decir, a aquellas personas que no pueden solventar un gasto destinado a un sistema de salud, ya sea público o privado. Mientras que el segundo de estos es el sistema de salud diseñado para empleados formales de entidades públicas o privadas, o para personas que trabajan de forma independiente pero que pagan una cuota. El precio por el SIS es mínimo y en el caso de EsSalud son los empleadores quienes asumen el pago o los trabajadores independientes directamente.

Respecto a la calidad de los hospitales y demás centros médicos en los cuales los afiliados al SIS y EsSalud se pueden atender, existe una gran insatisfacción respecto al número de personas atendiendo y respecto a la calidad de los servicios —malas instalaciones, falta de equipos médicos, falta de insumos, entre otros—. Un ejemplo de estas deficiencias es que para obtener una cita con un doctor en un centro médico público se deben esperar entre 16 días y 3 meses desde la solicitud, en promedio.[22]

Por otra parte, el sistema privado de salud es costoso, por lo cual solo el 5.1% de la población nacional tiene acceso a él. Asimismo, solo el 3% de la población tiene acceso a las Entidades Prestadoras de Salud — EPS, sistema de salud privado que asumen los empleadores en adición al aporte al EsSalud, es decir, estas personas están aseguradas tanto ante el sistema de salud pública como al sistema privado de salud. Con relación a esto, la mayoría de las empresas prefieren afiliar a sus trabajadores la EPS dada la buena calidad de servicios sanitarios que brinda; sin embargo, la EPS es, en principio, asumida directamente por el trabajador.

En este contexto, es importante indicar que hasta el 2018, por lo menos el 75% de la población tenía acceso a sistemas de salud, sea mediante sistemas privados o de los sistemas públicos.[23]

Ahora bien, según el gráfico a continuación, realizado por información publicada por el INEI[24], podemos observar que el 44,4% de la población asegurada en sistemas de salud, está afiliada únicamente al SIS:



Como podemos observar, alrededor del 44.4% de la población está inscrita en el SIS, sin embargo, esta población corresponde a los sectores pobres y extremadamente pobres.

Sobre lo anterior, el Banco Mundial ha afirmado

22. Elizabeth Huana, "Atenderse en EsSalud supone esperar 16 días", El Pueblo, 20 de marzo de 2016. Acceso el 9 de julio de 2021 (mediante Internet Archive), https://web.archive.org/web/20160806023430/http://elpueblo.com.pe/noticia/primera/atenderse-en-essalud-supone-esperar-16-dias

23. Instituto Nacional de Estadística e Informática, *Población afiliada a algún seguro de salud* (Lima: INEI, 2018), https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1587/libro01.pdf

24. *Ibíd*., p. 14.

que en el Perú existe un gran número de trabajadores informales que no son pobres pero carecen de cobertura de salud.

De acuerdo con el contexto detallado, finalmente debemos considerar los siguientes porcentajes[25]:

a) Un aproximado del 20% de la población nacional no tiene cobertura de salud.
b) Aproximadamente, el 22% de la población que tiene acceso al SIS no califica como pobre u extremadamente pobre, por lo cual, es posible que pudieran solventar otro tipo de sistema de salud, sea público o privado.
c) Aproximadamente, el 5% de la población —conformada por el 20% de los afiliados a EsSalud— desearían afiliarse a un sistema de salud privado.

Como podemos ver, aproximadamente el 47% de los peruanos pueden estar interesados en afiliarse a un sistema de salud privado para acceder a servicios sanitarios de calidad.

Considerando la posible demanda que existiría por los seguros de salud privados, el incentivo que se propone es que cada contribuyente que cumpla con presentar sus declaraciones de impuestos según las formas y plazos que establezca la SUNAT se encuentre posibilitado a contratar un seguro de salud privado con una tarifa general negociada por el Gobierno frente a las compañías privadas de seguros.

Algunas precisiones al respecto serían que cada contribuyente pagaría por el seguro de salud que le convenga, dependiendo de los ingresos que tenga y los gastos que pueda solventar en este concepto. Por su parte, el Gobierno negociaría con las compañías de seguros privadas las tarifas por los seguros que se ofrecerían, con el fin de que éstas no sean excesivas. Ahora bien, considerando que el negociador por los contribuyentes sería el Gobierno, es posible que las tarifas ofrecidas por las compañías de seguros sean más favorables que las tarifas que se le puedan ofrecer a los contribuyentes de forma individual.

Este incentivo beneficiaría de forma directa a las personas que se afilien a seguros de salud privados y de forma indirecta a las personas con menos recursos que permanecerán en el sistema de salud público, pues los hospitales y demás centros médicos públicos atenderán a quien realmente los necesita.

5.1. Desventajas.

Para que la implementación de la propuesta sea exitosa sería importante invertir en publicidad, mostrando testimonios de contribuyentes que recibieron un buen tratamiento. Un presupuesto público específico para esta medida tendría que ser aprobado y con el fin de reducir el importe destinado a esta medida no sea excesivo, se podrían suscribir acuerdos con compañías de publicidad y marketing para que brinden los servicios de forma gratuita o a precios reducidos a cambio de otros incentivos administrativos o tributarios.

Una gran desventaja a ser considerada es la corrupción que podría suscitar la medida propuesta, pues, según lo ocurrido en los últimos años, observamos que cada negociación que realiza el Gobierno con privados tiene como riesgo general que sus funcionarios acuerden con las compañías privadas la comisión de actos de corrupción, por lo que muchas veces no se suscriben acuerdos o contratos que signifiquen las mejores alternativas para la población peruana, sino que se acuerda o suscribe el contrato que, de forma oculta, le genere mayores retribuciones a los funcionarios públicos que lo negocian, es decir, en el que se reciben ma-

25. "Población afiliada a algún seguro de salud, según ámbitos geográficos", *Instituto Nacional de Estadística e Informática,* acceso el 10 de septiembre de 2020, https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/indices_tematicos/orden-1_32.xls

yores incentivos delictuosos —coloquialmente conocidos como coimas—.

Para reducir o evitar la corrupción de esta medida, sería recomendable delegar a terceros, ya sea mediante la creación de una entidad pública o mediante una compañía privada, la negociación entre el Gobierno y las compañías de seguros, así como la fiscalización de la implementación.

Finalmente, la última desventaja es la poca confianza y credibilidad que tienen los ciudadanos en el Gobierno, ya que probablemente asocien esta medida como un "favor" económico hacia el sector de seguros, sin embargo, con una campaña de concientización y marketing, sumado a que lo que se propone es brindar servicios de salud de calidad, esta situación podría ser revertida.

5.2. Ventajas.

Esta medida definitivamente tendría un impacto positivo en la calidad de vida de los peruanos. Por un lado, se les ofrecería la posibilidad de contar con servicios de salud de calidad y, por otro lado, se les inculcaría la obligación de declarar y pagar sus impuestos, lo que aumentaría la recaudación tributaria estatal, brindándole al Gobierno mayores fondos para prestar otros servicios públicos de calidad.

III. CONCLUSIONES

a) Perú es un país que tiene gran biodiversidad humana, cuenta con una gran cultura y cuantiosas reservas de recursos naturales; sin embargo, también es un país con grandes desigualdades y desequilibrios económicos, sociales, educativos y sanitarios.

b) Una de las causas principales de las desigualdades existentes radica en que los peruanos no pueden acceder a servicios públicos básicos de calidad.

c) Si bien el Perú ha crecido económicamente durante los últimos 20 años, este crecimiento no se ha visto redituado en un incremento en la recaudación tributaria. Es importante recalcar esto porque, teóricamente, a mayores ingresos mayores impuestos se deberían pagar.

d) Algunas medidas que podrían utilizarse para aumentar la recaudación tributaria son las descritas en el presente artículo: (i) obligatoriedad de tener RUC, tanto como tener DNI; (ii) trámites administrativos y contratación de servicios privados previa acreditación de inscripción en el RUC y pago de impuestos; (iii) asociaciones profesionales que controlen el pago de impuestos; (iv) obligaciones de pagar impuestos para los padres que matriculan a sus hijos en entidades educativas privadas; y, (v) mejoras en el sistema nacional de salud.

e) Las propuestas descritas, si bien tienen desventajas, presentan mayores ventajas, pues a corto, mediano y largo plazo, generarán que el nivel de vida la población y el desarrollo económico y social del país mejoren.

APRENDE

con los mejores

- A tu propio ritmo
- Con ejemplos prácticos
- Con un lenguaje sencillo

Si eres estudiante cuentas con **15% de descuento** en todos los cursos. Escríbenos a

cursos@vinateatoyama.com

CURSOS | Vinatea & Toyama

cursos.vinateatoyama.com

CC BY
DOI 10.26439/advocatus2021.n040.5285

Análisis desde una perspectiva tributaria de la implementación de negocios de *crowdfunding* o financiamiento participativo basados en el modelo de préstamo

Wilfredo Mego Chavez

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
Maestrando de la Maestría de Economía con Mención en Finanzas en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

El presente artículo fue recibido por el Comité Editorial con fecha 21 de febrero de 2021 y fue aceptado con fecha 14 de marzo de 2021.

SUMARIO:

I. Introducción.
II. Aproximación conceptual al negocio de *crowdfunding*.
III. Experiencia en el Perú en la estructuración de negocios de *crowdfunding* bajo el modelo de préstamo.
IV. Principales aspectos tributarios a tener en consideración.
1. Respecto a la relación jurídica realizada entre el promotor y los inversionistas.
2. Respecto a las relaciones jurídicas realizadas entre el administrador de la plataforma, el promotor y los inversionistas.
3. Respecto a la obligación de emitir comprobantes de pago.
4. Consideraciones adicionales.
V. Conclusiones.

RESUMEN:

Para la implementación de nuevos negocios y proyectos mediante el uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones —TIC—, resulta necesario contar con un soporte tributario adecuado y permanente, puesto que la inobservancia de los aspectos fiscales de una operación podría determinar sobrecostos para los emprendedores al generarse cargas impositivas muy elevadas o incluso la pérdida de beneficios.

En ese contexto, el presente artículo tiene como objetivo analizar desde una perspectiva tributaria la implementación de negocios de *crowdfunding* o financiamiento participativo bajo el modelo de préstamo; toda vez que constituye un mecanismo de financiamiento emergente, en el cual los fundadores de nuevos negocios y proyectos han encontrado una alternativa atractiva frente a los modelos convencionales —p.e. préstamos bancarios—.

Palabras clave: Financiamiento participativo, *crowdfunding*, impuestos, mercado financiero, *fintech*, servicios financieros, Impuesto a la Renta, Impuesto General a las Ventas.

ABSTRACT:

For the implementation of new businesses and projects with Information and Communication Technologies —ICT—, it is necessary to have an adequate and permanent tax support, since the non-compliance of the tax aspects of an operation could result in cost overruns for entrepreneurs by generating very high tax burdens or even the loss of benefits.

In this context, the purpose of this article is to analyze from a tax perspective the implementation of *crowdfunding* or participatory financing businesses under the loan model; since it constitutes an emerging financing mechanism, in which the founders of new businesses and projects have found an attractive alternative to conventional models —e.g. bank loans—.

Keywords: Participative financing, *crowdfunding*, taxes, financial market, fintech, financial services, Income Tax, General Sales Tax.

I. INTRODUCCIÓN

El acercamiento al mundo digital mediante la utilización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones — TIC en la realización de los negocios se ha acelerado en los últimos años de tal manera que actualmente es usual utilizar un medio digital para contratar un servicio o adquirir algún bien. Esta situación no es ajena al mercado financiero. Éste se ha visto ampliamente influenciado por las innovaciones tecnológicas al momento de implementar diferentes modelos de negocios que son recogidos bajo el concepto de *fintech*.[1]

Así pues, las *fintech* se manifiestan en el mercado financiero de dos formas: por un lado, las Empresas del Sistema Financiero[2] están integrando las TIC en la ejecución de sus actividades —por ejemplo, implementando sistemas de pago digitales, aplicativos móviles, *Big Data*, entre otros—; y por otro lado, nuevas empresas han visto la posibilidad de competir mediante su uso con las entidades financieras tradicionales, ya que las innovaciones tecnológicas están permitiendo reducir las limitaciones que restringían su acceso a competir en el mercado financiero.

En este segundo grupo se presentan diferentes tipos de iniciativas —por ejemplo, soluciones de pago, casas de cambio *online*, entre otros— siendo una de ellas el *crowdfunding* o financiamiento participativo —por su traducción al es-

1. Giorgio Beretta, "VAT on Financial and Insurance Services at the Dawn of the Fourth Industrial Revolution", *International VAT Monitor 29* nº4 (2018): 143.

2. El sistema financiero es definido por la Ley 26702 - Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros como: *"El conjunto de empresas, que debidamente autorizadas operan en la intermediación financiera; se incluye a las subsidiarias que requieran de autorización de la SBS para constituirse".*

pañol[3]—, mediante el cual una persona natural o jurídica —usualmente empresas que recién están iniciando operaciones— busca financiarse por un gran grupo de inversores.[4] Este modelo de negocio ha crecido de forma exponencial debido a que permite a los usuarios acceder a servicios de financiamiento alternativo de forma ágil y sencilla, puesto que se realiza a través de una plataforma digital.[5]

No obstante, en tanto se trata de un modelo de negocio relativamente nuevo, éste trae consigo una serie de riesgos para los partícipes, puesto que no cuentan aún con un marco normativo consolidado que regule todos los elementos propios de este tipo de *fintech*, siendo uno de ellos el aspecto tributario.

Tener claro el marco normativo tributario al momento de estructurar un negocio resulta necesario[6] para cualquiera que desee desarrollar un nuevo emprendimiento; por dicha razón, consideramos importante abordar desde esta perspectiva la implementación del negocio de *crowdfunding*, analizando el impacto que eventualmente podría tener en cada uno de los partícipes según las relaciones jurídicas que se lleven a cabo.

Para efectos de determinar dichas relaciones jurídicas, se partirá de un análisis conceptual del alcance del negocio de *crowdfunding*, así como de los modelos bajo los cuales se han estado estructurando en el mercado peruano.

II. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL AL NEGOCIO DE CROWDFUNDING

El *crowdfunding*[7], de manera general, es defi-

3. Para efectos del presente trabajo adoptaremos el término original en inglés.

4. Cathalene Bowler y Dennis Schmidt lo definen en ese sentido: *"Crowdfunding is the process of asking a large number of people to contribute money to fund a particular activity. Typically, fundraisers do this via the Internet through a third-party intermediary called a "platform." Crowdfunding campaigns vary widely and include endeavors such as donating to a charity, covering personal expenses, funding a creative project, or raising debt or equity capital for a startup business —among a host of other causes—"*. Cathalene Bowler y Dennis Schmidt, "Crowdfunding: Tax Issues and Strategies", *Practical Tax Strategies 99* nº 3, (2017): 20.

5. De acuerdo con el Decreto Supremo Nº 255-2019-EF —Aprueban la Política Nacional de Inclusión Financiera y modifican el Decreto Supremo Nº 029-144-EF— aunque incipiente, el desarrollo de las *fintech* en el Perú reviste gran potencial. Así, además de otros servicios financieros, las *fintech* ofrecen financiamiento sea con recursos propios, actuando como intermediario —P2P—, o a través de financiamiento participativo financiero —*crowdfunding*—, con el cual las personas o empresas pueden acceder a fondos provistos por una pluralidad de pequeños inversionistas.

6. Los cambios en los modelos de negocio —como es el caso de las *fintech*— como resultado de la digitalización de la economía mediante la utilización de las TIC representan un desafío para las políticas tributarias y fiscales de los Estados, toda vez que los sistemas tributarios se adecúan con lentitud y muchas veces de forma inadecuada generando espacios que permiten la erosión de ingresos fiscales. Así por ejemplo la Comisión Económica para América Latina y el Caribe — CEPAL señala que *"la digitalización ha permitido que algunas empresas participen activamente en determinados sectores económicos de varios países, sin tener necesariamente una presencia física significativa en ellos. Por el lado del impuesto al valor agregado —IVA—, surge la dificultad para gravar las operaciones en el lugar de consumo, sobre todo en el caso de servicios digitales, toda vez que el vendedor reside en otra jurisdicción. En el caso del impuesto a la renta, al no existir un establecimiento permanente en el país en que se realizan las operaciones, las rentas de la empresa solo pueden gravarse en el país en que reside. En este sentido, la digitalización de la economía exacerba el desvío de las utilidades hacia jurisdicciones de baja tributación, por la facilidad para escoger cualquier jurisdicción como país de residencia y centro de operaciones"*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe, *Panorama Fiscal de América Latina y el Caribe 2019: políticas tributarias para la movilización de recursos en el marco de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible* (Santiago: CEPAL, 2019): 49.

7. Según el Banco Mundial, el financiamiento participativo se originó como consecuencia de la crisis del 2008, como un mecanismo para la canalización de donaciones o aportes voluntarios. *Crowdfunding's Potential for Developing World*, (Washington, D.C.: World Bank Group, 2013): 14.

nido como aquel modelo de financiamiento que se lleva a cabo mediante una plataforma digital donde pequeñas cantidades de dinero provenientes de un gran número de personas —naturales o jurídicas— financian un proyecto, negocio u otra necesidad ya sea con fines altruistas o a cambio de obtener cierta rentabilidad.[8]

Para su implementación[9] se requiere la intervención de tres sujetos que se interrelacionan constantemente en el desarrollo del negocio: la plataforma —que usualmente es administrada por una persona jurídica— viene a ser el soporte digital a través del cual se contactan el promotor, como agente deficitario que busca financiamiento, y el inversionista que actuará como agente superavitario.

Así pues, la plataforma digital actúa como un medio para conectar la oferta con la demanda de fondos, permitiendo realizar a los inversionistas aportes dinerarios a favor de los promotores y, de ser el caso, transferir la rentabilidad obtenida —intereses o dividendos— una vez concluido el negocio o la operación a favor de aquellos. Es así como la plataforma podrá actuar únicamente como intermediaria, o bien desarrollar actividades adicionales como recibir el dinero de los inversionistas y transferirlo al promotor o inclusive realizar acciones de cobranza cuando correspondan.[10]

La única característica estándar del *crowdfunding* será la participación de dichos sujetos, siendo que los demás elementos —por ejemplo, tipo de rentabilidad, tipo de negocio o proyecto, etc.— dependerán de sus necesidades y objetivos, no existiendo un modelo bajo el cual puedan regirse o establecerse las reglas de su operatividad.

Una forma de clasificar las diferentes maneras bajo las cuales se han venido estructurando este tipo de negocio es en base al tipo de retorno esperado por parte de los inversionistas, dividiéndose en no financieros y financieros. En el primer grupo encontraremos los denominados de donación y de recompensa, y en el segundo grupo estarán el de capital y préstamo —esta última categoría se puede presentar de diferentes maneras, como por ejemplo mediante operaciones de *factoring*—.[11] Esta clasificación puede ser esquematizada de la siguiente manera:

---

8. El Inter-American Development Bank define al crowdfunding de la siguiente manera: *"It consists of enterprises, namely platforms or originators, using electronic means to match supply from investors or donors with the demand for funds, represented by promoters (individual or enterprises) who have specific projects to be funded"*. Diego Herrera, *Alternative Finance (Crowdfunding) Regulation in Latin America and the Caribbean*, (Inter-American Development Bank, 2016): 3.

9. Como señalan Rafael J. Sáenz Gómez y Manuel Lucas Durán: *"Las operaciones de financiación colectiva obedecen a esquemas que conllevan una cierta complejidad, de manera que para proceder a su análisis es conveniente desentrañar las relaciones jurídicas que se presentan en tales supuestos. Así pues, puede indicarse que habitualmente existirán al menos 3 sujetos implicados: quien realiza la aportación, quien la recibe y quien pone en contacto a uno y a otro sujeto (plataforma mediadora)"*. Rafael Sáenz Gómez y Manuel Lucas Durán, "Implicancias tributarias del Crowdfunding o financiación colectiva", *Quincena Fiscal* 9 (2015): 24.

10. Madeleine Merkx, "The VAT Consequences of Crowdfunding", *International VAT Monitor* 27 nº 1 (2016): 12.

11. Dicha clasificación es la que se recoge con mayor frecuencia a nivel doctrinario: *"Depending on the return that can be obtained by the investor, one can widely classify crowdfunding using the following forms: donation, loan based, reward based and equity based"*. Gramage, F. y Beltran, J., "Spain - Tax Implications of Various Crowdfunding Models: A General Overview from a Spanish Perspective", *Finance and Capital Markets* 16 nº 1, (2014): 3.

12. La intención de incorporar un marco normativo aplicable a las operaciones de financiamiento participativo viene desde el 2017, mediante los Proyectos de Ley Nº 3080/2017-CR del 27 de junio de 2018, 3403/2018-CR, del 18 de setiembre de 2018, 4324/2018-CR, del 13 de mayo de 2019, y 4421/2019-CR, del 05 junio de 2019.

Fines	Modalidad de *Crowdfunding*	Tipo de proyecto y/o negocio	Retribución para los inversionistas
No financieros	De donación —*donation-based crowdfunding*—	• Proyectos sociales y/o humanitarios. • Sin fines lucrativos, no hay un beneficio para los inversionistas.	No
	De recompensa —*reward-based crowdfunding*—	• Proyectos culturales o creativos. • Los inversionistas obtienen una recompensa que está materializada en un bien o servicio.	No
Financieros	De capital —*equity-based crowdfunding*—	• Proyectos de índole empresarial. • El beneficio de los inversionistas puede constituir la participación en los rendimientos de un negocio o en el capital social de la empresa.	Sí
	De préstamo —*lending-based crowdfunding*—	• Diferentes tipos de proyectos. • Bajo esta modalidad los proyectos ofrecen como beneficio el pago de un interés por el uso del dinero en el tiempo; en base a ello bajo esta modalidad la relación jurídica sería la equivalente a un préstamo o mutuo.	Sí

Para efectos del presente trabajo, nos centraremos en el análisis fiscal del *crowdfunding* bajo el modelo de préstamo, puesto que como se evidenciará más adelante, es el modelo utilizado por las plataformas digitales existentes en el mercado peruano, además que viene a ser una de las modalidades recogidas por el marco regulatorio vigente.

En efecto, desde el 23 de enero de 2020 se encuentra vigente el Decreto de Urgencia 013-2020 que promueve el financiamiento de la MIPYME —micro, pequeña y mediana empresa—, emprendimientos y *Startups*; y como parte de sus objetivos busca promover e impulsar la actividad de financiamiento participativo financiero como instrumento que permita un mayor acceso al financiamiento, estableciendo un marco jurídico para regular y supervisar su actividad, así como a las sociedades autorizadas para administrar las plataformas a través de las cuales se realizarían dichas actividades.[12]

Para dichos efectos, se define como tal a la actividad en la que a través de una plataforma pone en contacto a personas naturales domiciliadas en el país o personas jurídicas constituidas en el país, que solicitan financiamiento a nombre propio, denominados receptores, con una pluralidad de personas naturales, jurídicas o entes colectivos, denominados inversionistas, que buscan obtener un retorno financiero. Se excluye expresamente de su alcance a aquellos donde los inversionistas —u ofertantes— no persigan un retorno financiero y en los cuales no se pueda evidenciar la existencia del aspecto colectivo de la operación.

En cuanto a las modalidades bajo las cuales se puede llevar a cabo, se ha recogido de forma expresa la realizada mediante valores representativos de capital y/o deuda y la de préstamo; no obstante, se deja abierta la posibilidad que la Superintendencia de Mercado de Valores peruana — SMV regule otras modalidades mediante normas de carácter general.

Respecto a los partícipes, se ha dispuesto que la administración de la plataforma únicamente puede ser llevada a cabo por sociedades anónimas constituidas en el Perú[13] que tengan como objeto social la administración de dichas plataformas y estén debidamente autorizadas por la SMV; además de las Empresas del Sistema Financiero comprendidas en el artículo 16 de la Ley 26702 – Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.[14]

En relación con los promotores, se tiene que estos serán personas naturales o jurídicas que deberán calificar como sujetos domiciliados en el Perú según la definición de financiamiento participativo financiero recogida, la cual únicamente hace alusión expresa a personas naturales domiciliadas en el país o personas jurídicas constituidas en el país. Por su parte, tratándose de los inversionistas se tiene que estos podrán ser personas naturales, personas jurídicas y entes colectivos —fondos de inversión, fondos mutuos de inversión en valores, así como fideicomisos bancarios y de titulización—, y no se excluye a los sujetos no domiciliados.

III. EXPERIENCIA EN EL PERÚ EN LA ESTRUCTURACIÓN DE NEGOCIOS DE *CROWDFUNDING* BAJO EL MODELO DE PRÉSTAMO

Una de las particularidades de los negocios de *crowdfunding* es que no existe una modalidad típica. Por lo tanto, pueden ser estructurados de diferente manera y bajo diferentes tipos de relaciones jurídicas entre el promotor, los inversionistas y el administrador de la plataforma. Dicha estructura deberá ser claramente identificada a efectos de determinar las implicancias fiscales.

Si bien las ideas expuestas en el punto II nos dan un marco general de cómo se estructura este tipo de negocios, consideramos oportuno revisar la experiencia del mercado peruano a fin de tener un panorama más amplio.

Para dichos efectos, hemos revisado algunas plataformas que actualmente operan en el Perú, tales como: Afluenta[15], Facturedo[16], Di-

13. Sin perjuicio de ello, mediante su Decimocuarta Disposición Complementaria Final, ha previsto que tratándose de la administración de plataformas por empresas no constituidas en el Perú, el requisito de que la administración de las plataformas se lleve a cabo por sociedades anónimas constituidas en el país es aplicable en tanto no contravenga los tratados internacionales de los cuales el Perú es parte y siempre que la sociedad administradora o su equivalente se encuentre constituida en el país con el cual el Perú haya celebrado dichos tratados. Agrega que la sociedad administradora o su equivalente debe encontrarse bajo el ámbito de un organismo supervisor de los servicios señalados en el numeral 24.1 de su artículo 24.

14. En el citado artículo se regula a las empresas de operaciones múltiples, empresas especializadas, bancos de inversión y empresas de seguros.

15. "Afluenta | Finanzas colaborativas ", Afluenta, acceso el 21 de marzo de 2021, https://www.afluenta.pe/

16. "Facturedo – Factoring online en Perú – Descuento de facturas online Perú", Facturedo, acceso el 21 de marzo de 2021, https://facturedo.pe/

fondy[17], AirOrHouse[18], Prestamype[19], Agroinvesting[20], Finsmart[21] y Creafunding[22], las cuales son manejadas por empresas domiciliadas en el Perú y buscan permitir interactuar a los inversionistas y promotores con el objetivo de realizar operaciones de préstamos, y en algunas operaciones de *factoring*.

Respecto a la modalidad bajo la cual se han procedido a estructurar, se tiene que en general han optado por suscribir contratos de mandato —esencialmente con representación— entre los inversionistas y el administrador de la plataforma, en virtud del cual este último recibe instrucciones de aquellos a efectos realizar préstamos. De forma similar, en algunos casos se ha evidenciado que también se procede a suscribir contratos de mandato con el operador.

Por su parte, a efectos de garantizar el adecuado control de los flujos de dinero del inversionista y el promotor —transferencias de dinero, pago de rentabilidad, etc.—, se tiene que los administradores de las plataformas han optado por realizarlo a través de una cuenta bancaria —por ejemplo, una cuenta *escrow*— o constituir un fideicomiso de administración con una entidad financiera.

Como se puede inferir, se tendrá como relación jurídica principal la producida entre el promotor y los inversionistas que tendrá la naturaleza de un contrato de mutuo o préstamo dinerario, en virtud del cual este último otorga una suma dineraria a favor del promotor a cambio de obtener una rentabilidad que se encuentra materializada en el pago de intereses.

De otro lado, las relaciones jurídicas producidas entre el administrador de la plataforma con el promotor y los inversionistas, las mismas que se canalizan mediante contratos de mandato[23] con representación[24], son las siguientes: (a) mediante un contrato de mandato suscrito entre el administrador de la plataforma y los inversionistas, este último autoriza a aquella a que con sus fondos, a su nombre, cuenta y riesgo lleve a cabo operaciones de préstamo; y, (b) mediante un contrato de mandato suscrito entre el administrador de la plataforma y el promotor —receptor de la inversión—, este último autoriza a aquella a solicitar financia-

17. "Difondy", Difondy, acceso el 21 de marzo de 2021, https://www.difondy.com/

18. "Plataforma de inversión | AirOrHouse", AirOrHouse, acceso el 21 de marzo de 2021, https://airorhouse.com/

19. "Prestamype | Financiamiento accesible y justo para mypes", Prestamype, acceso el 21 de marzo de 2021, https://www.prestamype.com/

20. "Préstamos agrícolas digitales", Agroinvesting, acceso el 21 de marzo de 2021, https://www.agroinvesting.lat/

21. "Finsmart – Factoring hecho simple – 100% peruano", Finsmart, acceso el 21 de marzo de 2021, https://finsmart.pe/

22. "Creafunding | F6S", Creafunding, acceso el 21 de marzo de 2021, https://www.f6s.com/creafunding

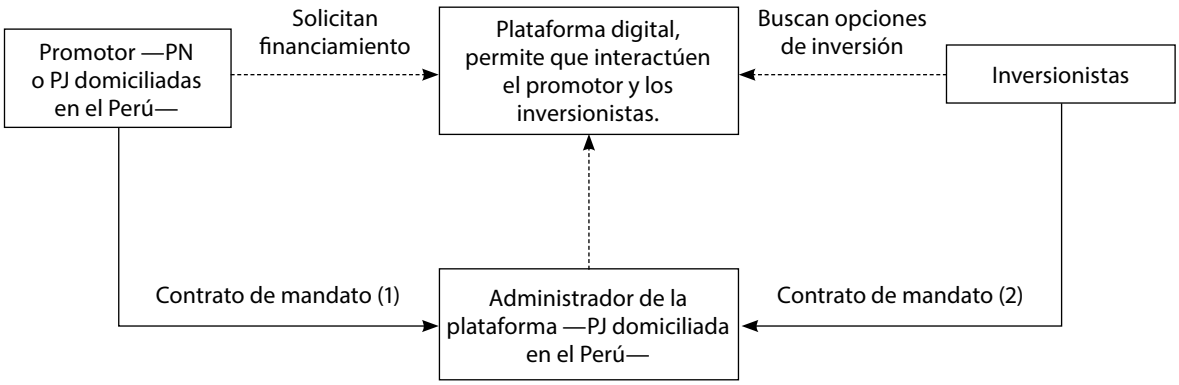
23. En el artículo 1790 del Código Civil se define al contrato de mandato como una modalidad del contrato de prestación de servicios nominados, en tanto el mandatario asume la obligación de realizar uno o más actos jurídicos, por cuenta y en interés del mandante. Tratándose del caso específico del contrato de mandato con representación, se tiene que el mandatario actúa en nombre del mandante para representarlo en todo aquello que le sea atribuido por el mandatario; de tal forma que los derechos y obligaciones derivados actos recaen directamente en el mandante.

24. Excepcionalmente se han evidenciado algunos casos en los cuales se suscribe un mandato sin representación; en cuyo caso será de aplicación lo previsto en el artículo 1809 del Código Civil, en virtud del cual el mandatario actuará en nombre propio para realizar los actos que hayan sido determinados por el mandante, adquiriendo derechos y asumiendo obligaciones derivadas del mandato.

mientos dinerarios a su nombre y por su cuenta y riesgo.

Para tal efecto, el administrador de la plataforma cobrará comisiones como contraprestación por las actividades llevadas a cabo en nombre y por cuenta y riesgo del operador y los inversionistas —por ejemplo, comisión por traslado de fondos, comisión de adhesión, comisión de mantenimiento, comisión por gestión de cobranza, comisión por intercambio de portafolios, entre otros—.

Atendiendo a las consideraciones de las secciones II y III se puede esquematizar la estructura del negocio de *crowdfunding* —bajo la cual se estaría operando en el mercado peruano— de la siguiente manera:



IV. PRINCIPALES ASPECTOS TRIBUTARIOS A TENER EN CONSIDERACIÓN

Como se señaló anteriormente, el impacto tributario asociado a una operación de *crowdfunding* variará dependiendo de los sujetos que participen y el tipo de relaciones jurídicas existentes dentro de su estructura. Tomando en consideración las afirmaciones anteriores, nos parece conveniente realizar este análisis en primer lugar tomando en consideración la relación jurídica existente entre el promotor y los inversionistas y; en segundo lugar, las relaciones jurídicas que se llevarían a cabo con el administrador de la plataforma.

4.1. Respecto a la relación jurídica realizada entre el promotor y los inversionistas.

Como primer punto se deberá determinar la naturaleza de la operación. Así, se tiene que el inversionista transferirá dinero a favor del promotor para que a su vez éste lo utilice como capital para el desarrollo de su proyecto, la constitución de una nueva empresa o haga crecer su negocio ya existente. Ello calificará como un contrato de mutuo de acuerdo con lo previsto en los artículos 1648 y 1663 del Código Civil.

Por lo tanto, nos encontraremos frente a un préstamo de dinero en virtud del cual la rentabilidad obtenida por los inversionistas estará dada por el pago adicional que realice el promotor por el uso del dinero en el tiempo, el mismo que calificará como un interés[25] para efectos del Impuesto a la Renta — IR.

Desde la perspectiva tributaria, se deberá tener en consideración la característica del promotor y de los inversionistas. Tratándose del primero,

25. De acuerdo con lo previsto en el artículo 1242 del Código Civil, el interés compensatorio constituye la contraprestación por el uso del dinero o cualquier otro bien. Dicha definición ha sido recogida por la Administración Tributaria en los Informes N° 36-2017-SUNAT/34000, 103-2007-SUNAT/2B0000, 140-2009-SUNAT/2B0000, 099-2015-SUNAT/5D0000 y 32-2007-SUNAT/2B0000.

según lo revisado en las secciones II y III, se trataría de una persona jurídica domiciliada en el Perú. Por su parte, los inversionistas podrían ser personas naturales o jurídicas domiciliadas o no domiciliadas en territorio peruano —eventualmente podría presentarse el caso que sea un ente jurídico—.[26]

Tratándose de personas naturales domiciliadas, dichos ingresos calificarán como rentas de segunda categoría gravadas con la tasa efectiva de 5%, las mismas que deberán ser imputadas al ejercicio gravable en el cual se perciban. Por su parte, tratándose de personas jurídicas constituidas en el país los intereses que cobren constituirán rentas de tercera categoría gravadas con la tasa de 29.5% —que se imputarán cuando se devenguen— siempre que se trate de una empresa sujeta al Régimen General del IR; y en caso se trate de una empresa sujeta el Régimen MYPE —mediana y pequeña empresa— Tributario, las primeras 15 UIT[27] se encontraran gravadas con la tasa de 10%.[28]

De otro lado, tratándose de sujetos no domiciliados, los intereses[29] que sean pagados se encontrarán gravados vía retención aplicando la tasa de 4.99%; ya sea que se trate de una persona natural[30] o una persona jurídica[31] —siempre que se cumplan con los requisitos expresamente previstos en la Ley del IR y su Reglamento—. En el caso en particular donde coincidan como promotor e inversionistas personas naturales la tasa aplicable será de 5%.[32,33]

---

26. Entiéndase como entes a los fondos de inversión, fondos mutuos de inversión en valores, así como fideicomisos bancarios y de titulización.

27. Nota del Editor: Unidad Impositiva Tributaria, que para el ejercicio 2021 asciende a s/ 4,400.

28. Ello de acuerdo con lo previsto en el Decreto Legislativo 1269 que crea el Régimen MYPE Tributario del IR.

29. De acuerdo con lo previsto en el inciso c) del artículo 9 de la Ley del IR, se consideran como rentas de fuente peruana las producidas por capitales, así como los intereses, comisiones, primas y toda suma adicional al interés pactado por préstamos, créditos u otra operación financiera, cuando el capital esté colocado o sea utilizado económicamente en el país; o cuando el pagador sea un sujeto domiciliado en el país.

30. El inciso d) del artículo 54 de la Ley del IR ha previsto que la tasa de 4.99% es aplicable a los intereses cuando los pague o acredite un generador de rentas de tercera categoría que se encuentre domiciliado en el país. Dicha tasa será aplicable siempre que entre las partes no exista vinculación o cuando los intereses no deriven de operaciones realizadas desde o a través de países o territorios de baja o nula imposición, en cuyo caso se aplicará la tasa de 30%.

31. El inciso e) del artículo 56 de la Ley del IR establece que los requisitos para aplicar la tasa de 4.99% se deberá observar entre otros los siguientes requisitos: (a) los créditos se encuentren destinados a cualquier finalidad relacionada con el giro del negocio o actividad gravada; (b) en caso de préstamo en efectivo, que se acredite el ingreso de la moneda extranjera al país; (c) que el crédito no devengue un interés anual a rebatir a la tasa preferencial predominante en la plaza de donde provenga más tres puntos, y; (d) no aplica para los intereses que abonen al exterior las empresas privadas del país por créditos concedidos por una empresa del exterior con la cual se encuentren vinculadas, o de los intereses que abonen al exterior las empresas privadas del país por créditos concedidos por un acreedor cuya intervención tiene como propósito encubrir una operación de crédito entre partes vinculadas.

32. El inciso e) del artículo 54 de la Ley del IR señala que, tratándose de otras rentas provenientes de capital, la tasa aplicable será de 5%.

33. El tratamiento tributario aplicable a los inversionistas que tengan la calidad de sujetos no domiciliados para efectos de la Ley del IR podría variar sustancialmente en caso sean residentes de países con los cuales el Perú haya suscrito Convenios Para Evitar la Doble Imposición. Actualmente —a la fecha de edición de este artículo, 21 de marzo de 2021—, el Perú ha suscrito Convenios con los siguientes países: Chile, Canadá, Brasil, México, Corea, Suiza, Portugal, y es parte de la Comunidad Andina conformada por Bolivia, Colombia, y Ecuador.

Por otro lado, tratándose del promotor y siempre que se trate de una persona jurídica domiciliada en el Perú, los intereses pagados podrán ser deducidos para efectos de la determinación de su renta neta.[34,35] Ello también se aplicará aún en el supuesto que se encuentre acogida al Régimen MYPE Tributario. Nótese que, de acuerdo con lo previsto en el Decreto de Urgencia 013-2020, los promotores deberán ser sujetos domiciliados en el país —personas naturales o jurídicas—.

En cuanto al Impuesto General a las Ventas —IGV, la operación de financiamiento se encontrará gravada con dicho impuesto aplicando la tasa de 18% siempre que se presenten las siguientes situaciones: (a) el inversionista se encuentre domiciliado en el país y sea perceptor de rentas de tercera categoría, en cuyo caso tendrá la calidad de contribuyente o; (b) el inversionista sea una persona no domiciliada que desarrolla actividad empresarial, y el promotor sea una persona jurídica domiciliada —en caso sea una persona natural domiciliada deberá cumplir con el criterio de habitualidad previsto en la Ley del IGV y su Reglamento—, en estos casos la calidad de contribuyente la tendrá el promotor.

4.2. Respecto a las relaciones jurídicas realizadas entre el administrador de la plataforma, el promotor y los inversionistas.

Generalmente, el administrador de la plataforma digital opta por suscribir contratos de mandato con representación en virtud de los cuales en su calidad de mandatario se compromete a realizar diferentes operaciones a nombre y por cuenta y riesgo del promotor y de los inversionistas, a efectos de llevar a cabo las operaciones de préstamo.

Al respecto, el artículo 1790 del Código Civil señala que, por el mandato, el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos por cuenta y en interés del mandante. Respecto al caso específico del mandato con representación, en su artículo 1806 precisa que le serán aplicables las normas correspondientes a la representación y que el mandatario debe actuar en nombre del mandante.

Conforme a ello, en un contrato de mandato con representación resultará de aplicación lo previsto en el artículo 160 del Código Civil, el cual prevé que el acto jurídico celebrado por el mandatario dentro de los límites de las facultades que se hayan conferido produce efectos directamente respecto del mandante.

Por lo tanto, las implicancias fiscales que se desprendan de los actos jurídicos realizados por el administrador de la plataforma en su calidad de mandatario producirán sus efectos directamente sobre el promotor y los inversionistas —mandantes—.

En el caso en concreto, se tiene que como contraprestación por las diferentes actividades llevadas a cabo —por ejemplo, gestión de cobranza, promoción de oportunidades de inversión, etc.— a favor del promotor y de los in-

34. Tomando en consideración que generalmente serán promotores empresas en etapas iniciales, se deberá tener en consideración lo previsto en el inciso g) del artículo 37 de la Ley del IR, el cual establece que serán deducibles para efectos de la determinación de la renta los gastos de organización, los gastos preoperativos iniciales, los gastos preoperativos originados por la expansión de las actividades de la empresa; los intereses devengados durante el periodo preoperativo, a opción del contribuyente, podrán deducirse en el primer ejercicio o amortizarse proporcionalmente en el plazo máximo de diez años.

35. No resultarán deducibles los intereses netos provenientes de endeudamientos —sean estos efectuados entre partes independientes o vinculadas— que excedan el 30% del EBITDA —*Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation, and Amortization*— del ejercicio anterior. A tal efecto, se entenderá por interés neto el monto de los gastos por intereses neto del monto de los ingresos por intereses, computables para determinar la renta neta; y por EBITDA la renta neta luego de efectuada la compensación de pérdidas más los intereses netos, depreciación y amortización.

versionistas, el administrador de la plataforma cobraría una comisión, la que calificaría como un ingreso por servicios que se encontrará gravado con el IR con la tasa de 29.5% siempre que se trate de una empresa sujeta al Régimen General del IR. En el supuesto que se trate de una compañía dentro del Régimen MYPE Tributario, el impuesto a pagar se determinará aplicando las tasas de manera progresiva; esto es, primero se aplicará la tasa de 10% hasta las primeras 15 UIT y superado dicho importe se aplicará la tasa de 29.5%.

De otro lado, tratándose del IGV, toda vez que nos encontraríamos frente a la prestación de un servicio, las comisiones cobradas se encontrarán gravadas con dicho impuesto con la tasa de 18%, siendo el contribuyente el administrador de la plataforma.

Finalmente, se deberá tener en especial consideración lo previsto en el artículo 16 del Código Tributario, el cual dispone que los mandatarios se encontrarán obligados a pagar los tributos y cumplir con las obligaciones formales en calidad de representantes, con los recursos que administren o dispongan.

En ese sentido, los mandatarios en su calidad de representantes estarán obligados al cumplimiento de obligaciones y deberes tributarios, en la medida en que tienen responsabilidad de manejo y disposición de los recursos del mandante. Dicho criterio ha sido compartido por la Administración Tributaria en el Informe Nº 103-2016-SUNAT, en el cual concluyó que los mandatarios deberán cumplir con retener el IR que grave aquellas rentas correspondientes a sus mandantes, en aquellos casos en los cuales califiquen como rentas de segunda categoría.[36]

4.3. Respecto a la obligación de emitir comprobantes de pago.

De acuerdo con el Reglamento de Comprobantes de Pago — RCP éstos se emitirán cada vez que se lleve a cabo, entre otros, una prestación de servicios como es el caso de un financiamiento o la prestación de servicios por parte del administrador de la plataforma tratándose de las operaciones de *crowdfunding*.

Se deberá tener en consideración que, en operaciones de préstamo de dinero, quien realiza la emisión del comprobante de pago es quien efectúa el financiamiento; por lo tanto, en el caso en concreto serían los inversionistas quienes deberán emitir los comprobantes de pago a favor del promotor.

En caso el promotor sea una persona jurídica domiciliada, contar con el comprobante de pago resulta de especial importancia, ya que el mismo le permitirá deducir como gasto los intereses pagados a los inversionistas. En el supuesto que se trate de una persona jurídica domiciliada deberá emitir una factura, y tratándose de una persona natural domiciliada que no realice dichas operaciones de forma habitual, deberá emitir el Formulario Nº 820 – Comprobante por operaciones no habituales.

El cumplimiento de la obligación formal de emisión de comprobantes de pago tiene especial complejidad en el caso de los negocios de *crowdfunding* debido la pluralidad de inversionistas, y más cuando algunos sean personas naturales o jurídicas no domiciliadas. A efectos de mitigar ello, eventualmente el administrador de la plataforma podría ser quien emita los comprobantes de pago a favor del promotor, a

36. Adicionalmente, el Código Tributario imputa responsabilidad solidaria al mandatario cuando por dolo, negligencia grave o abuso de facultades se dejen de pagar las deudas tributarias. Cabe tener presente que la Administración Tributaria, mediante el Informe Nº 339-2003-SUNAT, ha establecido que la responsabilidad solidaria en los supuestos a que se refieren los numerales 2, 3 y 4 del artículo 16 del Código Tributario —dentro del cual se encuentra la responsabilidad solidaria del mandatario— solo podrá alcanzar al pago de las obligaciones tributarias a las que estaban obligados a cumplir dichos sujetos en su calidad de representantes; esto es, aquellas cuyo incumplimiento se haya verificado durante su gestión, independientemente de la fecha de emisión y notificación del acto mediante el cual se exija su cumplimiento.

nombre y por cuenta de los inversionistas en virtud de los contratos de mandato con representación suscritos.

Sin perjuicio de ello, se deberá tener en consideración que los inversionistas no domiciliados deberán emitir comprobantes de pago observando los siguientes requisitos: (a) nombre, denominación o razón social; (b) domicilio, (c) naturaleza u objeto de la operación; (d) fecha; y, (d) monto de la operación.[37]

Por último, tratándose de los servicios prestados por parte del administrador de la plataforma a favor del promotor y de los inversionistas, este deberá emitir los comprobantes de pago correspondientes por las comisiones cobradas en calidad de contraprestación.

4.4. Consideraciones adicionales.

Ahora bien, de nuestra revisión de un grupo de plataformas digitales de *crowdfunding* que operan en el mercado peruano se observa que en algunos casos se ofrece acceder a financiamientos participando en operaciones de *factoring*, esto es mediante la cesión de documentos de crédito —facturas negociables[38]— a múltiples inversionistas.

Si bien el propósito de este artículo no es ahondar en el tratamiento tributario aplicable a las operaciones de *factoring* que eventualmente se lleven a cabo, consideramos pertinente señalar las principales implicancias fiscales que se originarían para cada uno de los partícipes.

Para efectos del IR, la naturaleza de la rentabilidad obtenida por los inversionistas dependerá si al momento de adquirir los documentos de crédito asume el riesgo del deudor cedido o no. En el primer caso, la diferencia entre el valor nominal del crédito y el valor de transferencia constituirá un ingreso por servicios, caso contrario dicha diferencia será considerando como un ingreso por intereses.

Respecto a la tasa aplicable, se deberá tener en consideración que si el inversionista es una persona natural domiciliada en el Perú el ingreso obtenido estará gravado con la tasa definitiva de 5%.[39] Por su parte, en caso el inversionista sea una persona jurídica domiciliada en el país la rentabilidad obtenida como interés o como contraprestación por un servicio constituirá una renta empresarial gravada con la tasa de 29.5%.

En la misma línea, en el caso de sujetos no domiciliados, bajo la calificación de la cesión de

37. El artículo 51-A de la Ley del IR ha establecido que, como mínimo, dichos requisitos deberán encontrase en los comprobantes emitidos en el exterior a efectos de que permitan acreditar los gastos incurridos en el extranjero.

38. De acuerdo con la Ley 29623 —Ley que Promueve el Financiamiento a través de la Factura Comercial—, la Factura Negociable es un título valor a la orden transferible por endoso o un valor representado y transferible mediante anotación en cuenta en una Institución de Compensación y Liquidación de Valores —ICLV— como CAVALI. Dichas facturas negociables se originan en la compraventa u otras modalidades contractuales de transferencia de propiedad de bienes o en la prestación de servicios e incorporan el derecho de crédito respecto del saldo del precio o contraprestación pactadas por las partes.

39. De acuerdo con lo previsto en el artículo 5 de la Ley 30532 —Ley que promueve el desarrollo de mercado de capitales, modificada por el Decreto Legislativo 1371 publicado el 2 de agosto de 2018 y vigente desde el 01 de enero de 2019—, los ingresos por servicios obtenidos por el factor o adquirente de una factura negociable está sujeto a una tasa de retención definitiva del IR de 5% siempre que sea una persona natural, sucesión indivisa o sociedad conyugal que optó por tributar como tal, domiciliada en el país o una empresa unipersonal constituida en el exterior. Agrega que la misma tasa será aplicable cuando la operación es realizada a través de un fondo de inversión, fideicomiso bancario y de titulización, siempre que dichos ingresos sean atribuidos a una persona natural, sucesión indivisa o sociedad conyugal que optó por tributar como tal, domiciliada en el país, o una empresa unipersonal constituida en el exterior.

créditos sin recurso como un servicio el gravamen aplicable será de 30%; y tratándose de una cesión de créditos con recurso la tasa aplicable sería de 4.99%.[40]

Tratándose del IGV, únicamente se encontrarán gravadas las operaciones de *factoring* en las cuales el adquirente sea una persona jurídica y no asuma el riesgo crediticio del deudor en tanto se entenderá que nos encontramos frente a un servicio. Nótese que, en este caso en particular, se entenderá que el servicio se configura a partir del momento en que se produzca la devolución del crédito al transferente o este recompre el mismo. Caso contrario, no se configuraría y la operación no se encontraría gravada.[41]

Por su parte, respecto a las operaciones llevadas a cabo entre el administrador de la plataforma con el promotor y los inversionistas, se tiene que la operatividad es similar a la llevada a cabo cuando se trata de un financiamiento mediante un préstamo de dinero; esto es, se suscriben contratos de mandato a efectos de que el administrador de la plataforma pueda llevar a cabo todas las acciones necesarias para realizar las operaciones de *factoring*, cobrando para dichos efectos una comisión.

V. CONCLUSIONES

La utilización de las TIC en el mercado financiero ha cobrado notoriedad en Perú, toda vez que vienen siendo incorporadas tanto por las Empresas del Sistema Financiero —por ejemplo: empresas bancarias, empresas financieras, cajas municipales de ahorro y crédito, etc.—, así como por otras empresas que mediante nuevos modelos de negocio ofrecen servicios de financiamiento, como son las plataformas digitales de *crowdfunding*.

El modelo de negocio de *crowdfunding* permite acceder a financiamientos mediante el cual las personas o empresas —sobre todo orientado a los nuevos emprendimientos o *startups*— puedan acceder a fondos provistos por una pluralidad de pequeños inversionistas; y que además se caracteriza por que la operación se lleva a cabo esencialmente a través de una plataforma digital.

Tomando en consideración que nos encontramos frente a un modelo de negocio relativamente nuevo, resulta esencial tener claro las implicancias tributarias para las empresas que han visto una alternativa atractiva a donde recurrir para obtener un financiamiento, así como para los inversionistas que buscan obtener algún tipo de rentabilidad y desean tener seguridad respecto al retorno de su inversión.

Toda vez que no existe una modalidad típica bajo la cual se lleve a cabo los negocios de *crowdfunding*, las implicancias fiscales estarán dadas por las relaciones jurídicas que se lleven a cabo y el tipo de sujetos que participen en ellas. De nuestra revisión se han evidenciado que en general se presentan las siguientes: (a) contrato de préstamo o mutuo dinerario entre el promotor y los inversionistas, y (b) prestación de servicios por parte del administrador de la plataforma a favor del promotor y los inversionistas.

Es pertinente evaluar algunas propuestas de incentivos fiscales con el objetivo de promover la participación de inversionistas en operaciones de *crowdfunding*: en otras legislaciones se están evaluando opciones para incentivar la inversión en nuevas empresas otorgando ciertas ventajas fiscales como deducciones adicionales o una imposición limitada —tasa reducida— sobre la rentabilidad obtenida por los inversionistas.

40. La tasa de 4.99% se encontrará condicionada al cumplimiento de los requisitos expresamente recogidos en el artículo 54 y 56 de la Ley del IR, caso contrario la tasa de retención aplicable sería de 30%.

41. En ese sentido se ha pronunciado la Administración Tributaria mediante el Informe N° 124-2020-SUNAT/7T0000 concluyendo que la devolución del crédito o su recompra dan forma, en este caso, a la operación gravada; constituyendo, por tanto, parte del aspecto material del hecho imponible, de modo tal que si no acontece la devolución o recompra de crédito no habrá operación gravada.

VARELA & FONSECA

ABOGADOS

Av. Del Pinar 180, Oficina 203, Chacarilla del Estanque, Surco, Lima 33, Perú
(511) 267-0004 / (511) 267-0558 / (511) 267-0608
cfonseca@varelafonseca.com
www.varelafonseca.com

CC BY
DOI 10.26439/advocatus2021.n040.5286

Análisis del precedente vinculante en materia tributaria en el Perú(*)

César Dávila Alvarado(**)

Abogado por la Universidad de Piura.
Miembro del Instituto Peruano de Derecho Tributario.

SUMARIO:

I. Introducción.
II. Distinciones conceptuales.
1. Interpretación cognitiva vs. Interpretación decisoria.
2. Efectos *inter partes* y *erga omnes*.
3. Norma y metanorma.
4. Fuerza vinculante y fuerza justificativa.
4.1. Con relación a las reglas sobre fuerza vinculante.
4.2. Con relación a las reglas sobre la fuerza justificativa.
5. *Ratio decidendi* y *obiter dicta*.
5.1. Razón suficiente y/o necesaria.
5.2. Razón explícita e implícita.
5.3. Interpretando la *ratio decidendi*.
6. Justificación externa y justificación interna.
III. Interpretación de la regla del *stare decisis* en perú en materia tributaria.
1. Precedentes vinculantes de la Corte Suprema: principios jurisprudenciales.
1.1. ¿Qué precedentes vinculantes emite la Corte Suprema?
1.2. ¿En qué sentido son vinculantes?
1.3. ¿Qué parte es vinculante?
1.4. ¿A quiénes vincula?
2. Precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional: jurisprudencia vinculante, precedente vinculante.

El presente artículo fue recibido por el Comité Editorial con fecha 17 de enero de 2021 y fue aceptado con fecha 14 de marzo de 2021.

(*) Nota del Editor: La versión digital del presente artículo ha sido corregida luego de la publicación de la Edición N° 40 de ***ADVOCATUS***, debido a un error del Editor, motivo por el cual difiere de la versión impresa. Entre otros ajustes menores, en la versión impresa, cuando en el artículo se hace referencia, erróneamente, al Código Procesal Civil, esta corresponde al Código Procesal Constitucional.

(**) El presente trabajo fue realizado, en gran medida, gracias al meticuloso cuidado y las atentas sugerencias de Fátima Moquillaza Robatty, alumna del noveno ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

RESUMEN:

El presente trabajo tiene como objetivo realizar un análisis de diversos problemas prácticos a los que se enfrentan los operadores jurídicos cuando trabajan con *precedentes*, en especial, en materia tributaria. Las interrogantes que se tratará de analizar son: (i) ¿Cuáles de las interpretaciones realizadas por el Tribunal Constitucional y Corte Suprema son vinculantes? (ii) ¿En qué sentido son vinculantes? (iii) ¿En qué extensión son vinculantes? y, (iv) ¿a quiénes vinculan?

Se mostrará como el *approach* desde la filosofía analítica del derecho y sus distinciones conceptuales resulta fructífera para la tarea señalada.

Palabras clave: precedente vinculante, interpretación jurídica, *inter partes*, *erga omnes*, *ratio decidendi*, *obiter dicta*, Tribunal Constitucional, Corte Suprema.

ABSTRACT:

The present work aims to carry out an analysis of various practical problems that legal operators face when working with precedents, especially in tax matters. The questions to be analyzed are: (i) Which of the interpretations made by the Constitutional Court and the Supreme Court are binding? (ii) In what sense are they binding? (iii) To what extent are they binding? and, (iv) who do they link?

Keywords: binding precedent, legal interpretation, *inter parts*, *erga omnes*, *ratio decidendi*, *obiter dicta*, Constitutional Court, Supreme Court.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo principal del presente trabajo es determinar cuáles de las interpretaciones de los textos jurídicos[1] —constitución, leyes, reglamentos, etc.—, que realizan el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema del Perú en materia tributaria son, en algún sentido, vinculantes.

Para dicho objetivo usaremos dos tipos de análisis. En primer lugar, nos valdremos de algunas distinciones conceptuales: interpretación cognitiva vs. interpretación decisoria, los efectos *inter partes* y *erga omnes*, norma y metanorma, *ratio decidendi* y *obiter dicta*, justificación externa e interna.

Segundo, tomaremos las definiciones arribadas en el plano conceptual, para verificar como han sido recogidas en nuestro derecho positivo o, siguiendo una línea más realista, en nuestro "*derecho viviente*".[2]

Finalmente, trataremos de analizar algunos problemas concretos: (i) cuales son las interpretaciones vinculantes de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, (ii) en qué sentido son vinculantes, (iii) en qué extensión es vinculante, es decir qué parte de los textos que son considerados precedentes es vinculante y, (iv) cuál es su alcance institucional, es decir, quiénes se vinculan a aquellas interpretaciones.

II. DISTINCIONES CONCEPTUALES

Una primera aproximación conceptual al término "precedente" sería definirlo como el conjunto de las interpretaciones realizadas por los funcionarios públicos —de la Administración, Poder Judicial, Tribunal Constitucional, etc.—

1. Esta vez solo abarcaremos la vinculatoriedad de las decisiones interpretativas de textos jurídicos. Aunque, sin duda, es posible ampliar el alcance y analizar la vinculatoriedad de las decisiones sobre los hechos. En esta dirección puede revisarse el trabajo de Núñez Vaquero de 2018.
   Por textos jurídicos entendemos el conjunto de documentos que contienen mensajes escritos que, en un contexto histórico dado —espacio, tiempo y lugar—, son considerados como portadores de normas jurídicas. *Cfr.* Tarello (1980), 38. Se podría utilizar como sinónimos: disposición o disposición jurídica o normativa, enunciado o enunciado jurídico o normativo.

2. Guastini usa ese término para referirse al derecho que es efectivamente aplicado por los órganos de aplicación: —administración, jueces, Tribunal Constitucional, entre otros— Guastini (2014), 353-354.

que aplican el derecho y que, de alguna forma —aún por explicitar—, vinculan las decisiones de ellos mismos y otros funcionarios.[3] Esta incipiente definición nos permitirá usar las siguientes distinciones que, de forma progresiva, irán precisando el concepto de precedente:

1. Interpretación cognitiva vs interpretación decisoria.[4]

Se trata de una distinción por demás conocida:

a) Una cosa es explicitar el conjunto de interpretaciones o significados posibles o, dicho menos metafóricamente, el conjunto de normas que podrían derivar de los textos jurídicos[5] en función a las reglas lingüísticas, técnicas argumentativas, o doctrinas jurídicas, etc.;

b) otra, es elegir entre una de aquellas normas, descartando las demás.

Lo primero es un acto de cognición y es denominado interpretación cognitiva. Lo segundo una decisión y, por ello, es denominado interpretación decisoria.

Los precedentes se reconstruyen a partir de actos de aplicación del derecho en casos particulares.[6] En aquellos casos, el aplicador debió decidir entre una de las varias normas posibles, es decir, realizó una interpretación decisoria.[7] En ese sentido, podría afirmarse que un precedente es una interpretación decisoria —en sentido amplio—. [8]

2. Efectos *inter partes* y *erga omnes*.

Qué se entiende por vinculante será analizado

3. Para la misma aproximación véase, entre varios otros: Gascón Abellán y García Figueroa (2003), 207 y ss.; Taruffo M. (2016), 332; y, en el ámbito nacional Castillo Córdova (2008), 96-99.
Aun cuando sería conceptualmente posible, tratar con una definición de "precedente" que no incluya como propiedad "vinculatoriedad", una definición como ésa no sería útil para representar el uso común del término y su alcance sería tan amplio que no podría diferenciarse entre la jurisprudencia en general y los precedentes —Tarruffo M. en 2016, por ejemplo, sugiere la importancia de esta distinción—.

4. Esta distinción forma parte de las lecciones propedéuticas del realismo de Guastini (2011), 45 y ss. en donde, luego de diferenciar entre disposición y la norma obtenida por interpretación, distingue distintas operaciones que usualmente son designadas bajo el término interpretación, a saber: interpretación cognitiva, decisoria, y creadora.

5. Vale decir, o de un fragmento de textos jurídicos, o un conjunto de dichos fragmentos, o de un conjunto de textos jurídicos, etc.

6. Con esto nos referimos a la solución de un caso particular, independientemente de si lo que se trate sea un juicio de la validez de un acto jurídico —público o privado— no normativo, o de uno, más bien, normativo —como sucede por ejemplo en los procesos de acción de inconstitucionalidad o acción popular—.

7. Veamos un caso de aplicación del derecho que es un buen candidato para ser considerando "precedente":
El Decreto Legislativo 1113, vigente desde el 28 de setiembre de 2012, modificó las reglas de prescripción del Código Tributario, señalando que el plazo de prescripción de la acción de cobro iniciaría —obviamente, desde su entrada en vigencia—, con la notificación de las resoluciones de determinación. La estructura lógica de lo anterior, podría representarse como: "D significa N1".
Sin embargo, quedaba la "duda" de si dicha modificación, también expresaba que los plazos de prescripción ya iniciados, más bien "reiniciarían", con la notificación de las resoluciones de determinación. La estructura lógica de lo anterior, podría representarse como: "D significa N1 y N2".
La explicitación de ambos posibles resultados: (i) "D significa N1", (ii) "D significa N1 y N2", constituiría interpretación cognitiva. Decidir entre una de esas alternativas, sería interpretación decisoria.
En este caso, el Tribunal Constitucional, mediante Sentencia recaída en el Expediente Nº. 0004-2019-PI, realizó interpretación decisoria eligiendo la segunda alternativa (ii).

8. No se nos escapa el hecho que el precedente podría provenir no de una *interpretación decisoria* en *sentido estricto*, sino más bien estar precedida de una interpretación creadora o construcción normativa.

(Continúa en siguiente página)

a lo largo del presente trabajo. Sin embargo, aunque a primera vista parezca trivial, es importante realizar la siguiente precisión: la vinculación a la que se refiere la definición del término "precedente" es aquella que va más allá de la simple eficacia *inter partes*, la cual se predica del precedente, no de la sentencia o resolución que la pueda incorporar.

Nótese que no es conceptualmente necesario que se trate de una eficacia *erga omnes* o *para todos* —pues es posible pensar en precedentes con alcances más restringidos—, pero sí que la interpretación decisoria que constituye precedente pueda, al menos, contribuir en la decisión de otros casos.[9]

3. Norma y metanorma.[10]

También resultará útil distinguir entre:

a) Por un lado, el precedente como norma, es decir: la interpretación decisoria llevada a cabo en el caso particular, en otras palabras, la norma que resultó de aquella decisión interpretativa.

b) Y, por otro, la metanorma del precedente, es decir: la norma o conjunto de ellas, que en un determinado ordenamiento jurídico establecen el régimen legal de la técnica del precedente. En el lenguaje común de los juristas, esta sería la regla del *stare decisis*.[11]

   A su vez, la regla del *stare decisis* metanorma, puede ser entendida como una regulación dirigida: (i) al acto de producción del precedente, lo que constituiría un "régimen de producción del precedente", o (ii) al resultado del acto de producción, esto es, cómo el precedente —como norma— debe incluirse en las decisiones jurisdiccionales[12] de los aplicadores del derecho: i.e., de los jueces y demás funcionarios públicos, lo que constituiría el "régimen legal de aplicación del precedente".

   Por ello, esta metanorma podría contener cuando menos, las siguientes reglas[13]:

(i) Una regla de producción, que comprendería,

Por medio de la interpretación creadora, los aplicadores suelen construir los siguientes resultados: (i) la existencia de una laguna axiológica; (ii) la formulación de normas implícitas, con el fin de (ii.1) colmar una laguna y/o de (ii.2) concretar un principio; (iii) la solución de una antinomia; (iii.1) incluidas las antinomias entre principios constitucionales que se solucionan mediante ponderación; (iv) la creación de jerarquías axiológicas entre normas —esta tipología la extraigo de Guastini (2011), 49 y ss.; y, 253 y ss.—.
No analizaremos a detalle este elemento para evitar complejizar más la cuestión. Sin embargo, dejemos establecido que en el supuesto que el precedente provenga de una interpretación creadora, ésta supone que, posteriormente, también se adscriba alguno de los significados "construidos" —ya no solo los "interpretados"—. De ahí que Guastini haya afirmado que *"La única diferencia entre interpretación decisoria e interpretación creadora está no en la forma lógica de los enunciados a través de los cuales la una y la otra se expresan, sino en lo siguiente: que el significado adscrito al texto en un caso (interpretación decisoria estándar) se ubica entre aquellos identificados o identificables mediante interpretación cognitiva, en el otro caso (interpretación creadora) no."*
En consecuencia, no existiría problema en afirmar que el precedente es una interpretación decisoria en *sentido amplio*: lo que incluye los casos de mera *elección* de los significados identificados por interpretación cognitiva —interpretación decisoria— y, los casos en donde luego de *atribuir* un nuevo significado se *elige* éste —interpretación creadora—.

9. La ausencia de esta precisión, ha generado algunos problemas de ambigüedad en tesis explicativas de reconocidos autores nacionales.
Sirva de ejemplo el caso del trabajo de Castillo Córdova (2008), el cual se dedica en buena parte al tema de la vinculatoriedad de las sentencias del Tribunal Constitucional. El referido profesor en sus textos sostiene que la definición de "vinculación" podrá: *"tener efectos erga omnes (sentencia de inconstitucionalidad) o efectos inter partes (sentencias de amparo, habeas corpus, habeas data)"* (2008), 101. Si eso es así puede interpretarse de su trabajo que las *rationes decidendi*: (i) pueden ser vinculantes, sólo para las partes, en cuyo caso no se ve la utilidad de usar el término "vinculante" para describir una situación como ésa, o (ii) pueden ser vinculantes para todos. De hecho, no se entiende muy bien

(Continúa en siguiente página)

(i.1) las reglas formales: que confieren competencia a un órgano específico y determinan el procedimiento.

(i.2) las reglas sustanciales: las que en el caso del precedente estarían referidas, fundamentalmente, a que éste sea "derivado" de los textos jurídicos.

Sin duda, estas reglas contribuyen a la definición del precedente, haciendo posible su identificación entre los distintos "fenómenos" jurídicos.[14]

(ii) Otra, que califique su uso institucional —i.e. permitido, obligatorio o prohibido— y su alcance institucional que usualmente es determinado según la posición organizacional del órgano que lo emite.

Por ejemplo, en el Perú, los precedentes emitidos por tribunales administrativos como el Tribunal Fiscal solo vinculan formalmente a los órganos administrativos, no así a la judicatura, mientras que los precedentes emitidos por la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional tienen una vinculación formal mucho más amplia: los del primero no se duda que, al menos, a toda la judicatura y, los del segundo, respecto de los cuales los operadores no dudan que vincula a todo poder público y privado.

(iii) Otra, que establezca las acciones que implican emplear un precedente por parte de otro órgano —tales como: mencionar, tener en cuenta, aplicar, entre otros—.

(iv) Otra, sobre el contexto justificativo o "ubicación" en el proceso argumentativo, en el que sería eficaz —por ejemplo: podría estar ubicado al momento de la interpretación en abstracto definiendo el sentido de la norma, o interpretando en concreto el alcance de los predicados contenidos en una norma, entre otros—.

(v) Otra sobre la fuerza justificativa —es decir, si se trata de una razón concluyente, contribuyente o más bien meramente ilustrativa— y la fuerza vinculante.[15]

---

por qué el autor sostiene, inicialmente, que la *rationes decidendi* son vinculantes por el solo hecho de "ser tales" Castillo Córdova (2008), 101 y 128 para, luego, concluir que las no contenidas en un precedente vinculante *"solo vinculan a las partes en el proceso"* Castillo Córdova (2008), 129, es decir, con meros efectos *inter partes*.
Entonces, de lo anterior se seguiría más bien que: o las *rationes decidendi*, realmente, no son vinculantes por el hecho de "ser tales" —que parece una conclusión contraria a la idea central que el referido autor sostiene de manera reiterada a lo largo de su trabajo—, o son vinculantes en un sentido extraño en el contexto de la técnica del precedente, pues mantendrían simples efectos *inter partes*.

10. El término "metanorma", en "sentido amplio", comprende a toda norma que tenga por objeto no la conducta, sino: (a) actos normativos —"La función legislativa es ejercida de tal forma"—; (b) otras normas —"De acuerdo al principio de irretroactividad…"—; u (c) otras disposiciones. —"Queda derogado el artículo x de la ley y"—. Guastini (2016), 60 y ss.

11. En un sentido similar Núñez Vaquero (2016), 135 y ss.

12. En Sistemas Normativos (2017), Alchourrón y Bulygin (1975), 206, también se cuidan de utilizar el término decisiones "jurisdiccionales" para incluir a los funcionarios públicos, distintos de los jueces.

13. El contenido mínimo del precedente como metanorma que detallo es una reconstrucción de la propuesta de Núñez Vaquero (2016), 136 y ss.

14. Sobre cómo las normas de producción jurídica, a la vez, definen o contribuyen a la definición de la fuente del derecho sobre cuya producción se está regulando véase lo señalado por Guastini (2010), 69 y ss.

15. Un desarrollo de estas nociones, más adelante, en este mismo trabajo.

Es posible afirmar que la regla (i) refiere al régimen de producción del precedente dirigida al acto jurisdiccional de producción, mientras que las reglas (ii) al (v) refieren al régimen de aplicación del precedente, dirigidas a cómo los aplicadores del derecho deben operar con el precedente resultante.

Es interesante mostrar, a su vez, que, en los ordenamientos jurídicos modernos, puede identificarse un régimen de las decisiones jurisdiccionales en general, compuesto por el siguiente conjunto de reglas[16]:

(i) una que constituye la competencia para juzgar,

(ii) y otras que regulan cómo deben hacerlo. Lo que comprende los siguientes principios:

  (ii.1) principio de inexcusabilidad, el juez no puede rechazarse a resolver.

  (ii.2) principio de justificación, las decisiones judiciales deben estar justificadas —externa e internamente— y de manera expresa.

  (ii.3) principio de legalidad, la decisión se basa en normas jurídicas, que como veremos más adelante, implica disposiciones interpretadas: es decir, precedentes.

Lo anterior demostraría la siguiente relación circular: la producción del precedente, en tanto decisión jurisdiccional se rige por el régimen de la decisión jurisdiccional y, a su vez, la decisión jurisdiccional, en tanto comprende los principios de justificación y legalidad, se rige también por el régimen de aplicación del precedente. Bajo esta premisa, las decisiones jurisdiccionales deben "aplicar" el precedente —en el sentido y extensión que corresponda según cada ordenamiento—, pues de lo contrario podrían ser revocadas por incumplir el referido principio de justificación y/o legalidad.

La regla del *stare decisis*, entonces, es la que debería regular, tanto el sentido de la vinculación como su extensión —aunque, ciertamente, no es muy usual que las disposiciones jurídicas recojan un desarrollo al menos suficiente de estos aspectos, quedando en la mayoría de los casos a expensas de lo que vaya concretando la jurisprudencia—.

4. Fuerza vinculante y fuerza justificativa.

En un trabajo fundamental para la cultura jurídica moderna sobre los precedentes titulado *Interpreting Precedents*[17], el denominado *Círculo de Bielefeld*[18] nos entregó como una de sus conclusiones teóricas más importantes una completa clasificación acerca de los grados de vinculatoriedad —de mayor a menor— que los precedentes podrían tener en la práctica jurídica[19]:

(a) vinculación formal que, a su vez, podría ser:
  (i) estricta,
  (ii) derrotable, pero no derogable,
  (iii) derrotable y derogable
(b) vinculación de facto, así como
(c) vinculación como fuerza justificatoria, y
(d) valor ilustrativo

16. Ratti (2013), 108 y ss.

17. MacCormick y Summers (1997).

18. Se trata de un grupo de académicos de altísimo nivel, entre ellos: Aarnio, Alexy, Laporta, MacCormick, Peczenik, Taruffo, Troper, Summers.

19. Véase MacCormick y Summers (1997), 463.

Aun cuando dicha clasificación podría ser sometida a críticas[20], nos parece útil pues refleja dos oposiciones que refieren a una parte del contenido de la *regla del stare decisis*. Así mientras que la regla sobre la fuerza vinculante, puede explicarse mediante las nociones de vinculación formal y de facto (a y b), la regla sobre la fuerza justificativa, puede explicarse con las nociones de vinculación como fuerza justificatoria y valor ilustrativo (c y d).

4.1. Con relación a las reglas sobre fuerza vinculante.

Analicemos los tres niveles de vinculación formal, identificados en *Interpreting Precedents*:

(a) Vinculación formal estricta

Si en el ordenamiento jurídico la fuerza vinculante del precedente es estricta, aquel no es derrotable ni derogable. Esto quiere decir que los jueces deben aplicarlo siempre que se encuentren frente al mismo caso.

Ello no impide que el juez califique su caso como distinto del que versa el precedente y, en consecuencia, no aplicarlo a dicho caso. Es decir, incluso en la vinculación estricta el juez podría hacer *distinguishing*[21] y desmarcarse del alcance del precedente, naturalmente, tendrá que motivar para ello.

(b) Vinculación formal derrotable, pero no derogable

En este grado de vinculación, el juez podría, a partir de consideraciones más relevantes, apartarse del precedente. El conjunto de las excepciones que podrían producir la derrota, puede estar más o menos definido —*well-defined o not-well-defined*—.

El juez realizaría un razonamiento bastante similar o idéntico al de la derrotabilidad de normas en general. En donde, a pesar de existir una norma que *prima facie* resulta aplicable, el aplicador identifica alguna propiedad relevante que el legislador —en este caso: el órgano que estableció el precedente— no consideró, lo que generaría que la solución prevista por la norma sea considerada inadecuada por dicho aplicador, por lo que, el razonamiento concluirá que el caso ya no queda comprendido en el alcance de la norma —en este caso: el precedente—, creándose una laguna axiológica[22], que es posteriormente colmada por el referido aplicador mediante la extensión o analogía de otra norma. También se produciría una derrota del precedente en caso el aplicador realizara una nueva evaluación o ponderación de los "valores" involucrados en él, determinando que existe una más "justa" o más "correcta" o más "conforme a derecho". Así las cosas, la derrota del precedente podría ocurrir: o por la creación de una laguna axiológica o, mediante una nueva ponderación de los criterios involucrados en aquel.

---

20. Y, de hecho, así ha ocurrido a partir de las observaciones realizadas por Chiassoni P. (2018), 253 y ss.; y, (2019), 213 y ss., en donde se recogen las ideas que trabajó en un artículo publicado en la Revista Analisi e Diritto en el 2004, con el título *"Il precedente giudiziale:tre esercizi di disincanto"*.

21. Schauer (2009), 58, refleja esta idea de la siguiente forma:
"Although it might be said that a binding precedent from a higher court simply obliges the lower court to follow it, it would be more accurate to say that a binding precedent obliges a lower court to follow it or to distinguish it from the instant case. In practice, a great deal of legal argument involves the attempt by one side to claim that some higher court case controls the result in the instant case, while the other side insists that there is a sufficient distinction between the two that the outcome in the precedent case need not be the outcome in the instant case."

22. *Cfr.* Alchourrón y Bulygin (1975), 156 y la formulación de Atienza y Ruiz Manero (2000), 62.
En cualquier caso, queda claro que se trataría de un fenómeno distinto al de la laguna normativa, en donde, *prima facie* no existiría una solución aplicable al caso.

Debe dejarse dicho, sin embargo, que los tribunales jerárquicamente inferiores son, en la mayoría de sistemas jurídicos, considerados como órganos sin la competencia para realizar este tipo de operaciones.[23] Y, en el caso que, a pesar de ello, dichos tribunales derrotaran un precedente, es bastante común que los tribunales superiores revoquen esas decisiones.[24]

En el Perú, el conjunto de disposiciones normativas sobre los precedentes de la Corte Suprema en procesos contencioso administrativos, señala, por un lado, (i) que los órganos jurisdiccionales pueden "apartarse" en atención a "circunstancias particulares"[25]. Y, por otro, (ii) que la misma Corte Suprema puede "apartarse" siempre que haga "mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo"[26], en ambos casos naturalmente de manera debidamente motivada. Se trata de casos de apartamiento del precedente.

El término apartamiento, proviene del inglés "*departures*", que es una categoría que comprende a las operaciones de *distinguishing*, derrotabilidad y *overruling*, entre otras, que no son otra cosa que formas de apartamiento.

Teniendo en cuenta ello, es posible señalar que, (i) la primera disposición haría referencia más propiamente al *distinguishing* y, por ello, señala como motivo del apartamiento la atención a "circunstancias particulares", mientras que, (ii) la segunda disposición, se referiría a la técnica del *overruling* y, en esa medida, regula una potestad del mismo órgano que lo emitió, tal como es regulado en la mayoría de sistemas jurídicos, en donde aquella potestad es otorgada institucionalmente solo a los más altos tribunales.[28] Precisamente, el Tribunal Constitucional peruano, aunque para el caso de los precedentes vinculantes que éste emite, ha señalado que, a diferencia del *distinguishing* que es usado por los tribunales inferiores, el *overruling* es una técnica del "*propio Tribunal que lo ha establecido con efecto vinculante*"[29].

Asimismo, puede afirmarse que en los textos jurídicos emitidos por las autoridades normativas parece no haber referencia alguna a la operación de derrotabilidad de

---

23. MacCormick y Summers (1997), 524: *"The lower courts - the trial courts of general jurisdiction - do not, in any of the systems in our study, appear to have the power to overrule or modify a precedent in anticipation that upper courts will agree. That is, the institutional act of voiding a precedent or of officially revising a precedent is simply not within their authority"* —el subrayado es nuestro—.

24. Así lo reportan los autores por país en *Interpreting Precedents*. Sugiero revisar especialmente los reportes de los países del *civil law* y el capítulo 18.

25. Tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

26. Artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

27. Al respecto, *Cfr.* MacCormick y Summers (1997) y, Schauer (2009).

28. MacCormick y Summers (1997), 529-530:
"On the other hand, nearly all countries in the study limit the power explicitly to overrule or modify, or the like, to the highest appellate court or intermediate appellate court of the system having jurisdiction over the matter. Intermediate appellate courts may not anticipatorily overrule precedents of the highest court."

29. Sentencia recaída en el expediente Nº 3361-2004-AA/TC: *"De este modo, aun en los sistemas donde el precedente es la fuente principal de organización de su sistema jurídico, se han previsto mecanismos no sólo para 'evadir' sus efectos mediante la técnica del distinguishing en el caso de los tribunales inferiores; sino incluso para 'cambiarlo' por un nuevo precedente, en el caso del propio Tribunal que lo ha establecido con efecto vinculante."*

los precedentes, ya sea que se realice mediante argumentos dirigidos a identificar una supuesta propiedad no evaluada por el tribunal que estableció el precedente, o la evaluación de las razones —y valores involucrados— en dicho precedente.

(c) Vinculación formal derrotable y derogable

Este sería el caso de menor "vinculación formal" del precedente. Aquí los jueces pueden ya no solo hacer *distinguishing*, o inaplicar el precedente al caso concreto luego de haberlo derrotado, sino derogarlo o modificarlo: hacer *overruling*.

Sin embargo, tal como hemos adelantado el *overruling*, en casi la totalidad de sistemas jurídicos, es una competencia otorgada al tribunal que establece el precedente o a los más altos tribunales.

A la vinculación formal suele oponerse la vinculación de facto, entendida esa última como la fuerza persuasiva que produce en los destinatarios. Sin embargo, no se trata de conceptos excluyentes, sino que pueden relacionarse perfectamente. De hecho, el precedente podría, según el ordenamiento jurídico analizado, (i) deber ser vinculante formalmente y ser persuasivo, (ii) deber ser vinculante formalmente y no ser persuasivo, (iii) no deber ser vinculante formalmente y ser persuasivo, (iv) no deber ser vinculante formalmente y no ser persuasivo.

Esto demostraría que la vinculación formal y de facto, no son grados o niveles de vinculatoriedad, sino que tratan la vinculatoriedad en distintos planos, uno se refiere al régimen jurídico del *stare decisis* y, el otro a lo que en los hechos ocurre.

4.2. Con relación a las reglas sobre fuerza justificativa.

Aquí son relevantes las nociones de vinculatoriedad como fuerza justificatoria y la meramente ilustrativa. Nos parece, otra vez, que aquellas no hacen exacta referencia a "grados" de vinculatoriedad del precedente como los presenta el Círculo de Bielefeld, sino dos momentos del razonamiento jurídico en los que podría operar la vinculación, entendida en este sentido.

Se afirma que dentro del razonamiento jurídico que sustenta las decisiones jurisdiccionales, puede distinguirse el contexto del descubrimiento y el contexto de la justificación. El primero sería la forma psicológica, causal, como el juzgador llega a una decisión. El segundo en cambio, sería la labor de justificar porqué se ha tomado dicha decisión.[30] "*Una cosa son los motivos de una decisión, otra cosa son las razones que la sustentan*".[31]

Creemos que el precedente como meramente "ilustrativo" en realidad estaría haciendo referencia a un motivo que interviene en el proceso heurístico en el que se toma una decisión, mientras que al considerarlo con fuerza "justificatoria", se estaría haciendo referencia a los esfuerzos de motivación de las decisiones judiciales, de proporcionar razones —jurídicas—, de porqué se decidió entre una de las varias soluciones posibles.

5. *Ratio decidendi* y *obiter dicta*.

Aun superado el tema de qué se entiende por "vinculatoriedad", queda responder en qué extensión se entendería vinculante un precedente o qué parte de éste es vinculante.

30. Véase lo fructífero de dicha distinción en el clásico trabajo de Taruffo, La Motivación de la Sentencia Civil (1975), pues partir de ella, lo divide, para analizar por un lado la "lógica del juicio" y, por otro, la "lógica de la motivación". Esta distinción también es utilizada con bastante provecho por Comanducci en su Razonamiento Jurídico. Elementos para un modelo (1999). Esta distinción ha llevado a los estudios modernos a concentrar el análisis en el contexto de la justificación, pues lo que importa no es cual haya sido el proceso psicológico del decisor o cuales sean sus verdaderas intenciones, sino si dicha decisión está justificada conforme al principio de legalidad. Sin embargo, *Cfr.* Redondo (2009).

31. Guastini (2011), 233.

La respuesta usual de los juristas es que es vinculante la "*ratio decidendi*". Pero el término *ratio decidendi* tiene múltiples significados, por lo que no termina siendo suficientemente útil o explicativo si con él se pretende otorgar un criterio "seguro" para determinar qué parte del precedente es vinculante. Por ejemplo, Chiassoni[32] ha identificado once nociones de *ratio decidendi* distintas y, cada una de ellas, indeterminadas en algún sentido.

Una noción bastante generalizada en el lenguaje de los juristas, es la que define a la *ratio decidendi* como la razón, máxima, principio, regla, norma, que puede ser necesaria y/o suficiente para arribar a la decisión del caso; mientras que, por oposición, *obiter dicta* sería todo aquello que no queda comprendido como *ratio*.

Sin embargo, dicha noción dejaría abiertas, cuando menos, las siguientes interrogantes:

a) ¿Se trata de una razón suficiente, o necesaria, o suficiente y necesaria?[33]
b) ¿Se trata de una razón explícita o implícita?
c) ¿Se trata de las razones que el juez intencionalmente —subjetivamente— pretendía establecer como *ratio*, o las que independientemente de ello —objetivamente— se implican del texto de la decisión jurisdiccional?
d) ¿Se trata de las razones "correctas" —conforme a determinada técnica interpretativa, dogmática, etc.— o, independientemente de ello, las establecidas como *ratio*?

De hecho, en la doctrina nacional puede evidenciarse cómo la noción de *ratio decidendi* oscila alrededor de dichas interrogantes. En este trabajo, por cuestiones de extensión, analizaremos solo las dos primeras.

5.1. Razón suficiente y/o necesaria.

Según Castillo Córdova[36], quien prudentemente se remite a las definiciones realizadas por el Tribunal Constitucional peruano, la *ratio decidendi* debe ser entendida como "la base de la

32. Chiassoni P. (2018), 266.

33. Pese a las evidentes distinciones de la estructura lógica entre razones suficientes —que por sí solas explican una conclusión—, o las necesarias —aquellas que no lo hacen por sí solas pero que es imprescindible que concurran—, o las suficientes y necesarias —las que "si y solo si" concurren explican la conclusión—; la dogmática suele utilizar estos términos de manera más metafórica que precisa.
Véase, por ejemplo, Castillo Córdova (2008), 111, cuando trata sobre lo que en su trabajo denomina "base objetiva" para diferenciar la *ratio* del *obiter*: *"Si la relación es necesaria, de modo que el fallo hubiese tenido otro contenido y sentido si faltase esa razón o fundamento, entonces la razón es una razón suficiente o ratio decidendi."* Se evidencia que los términos son utilizados de manera indistinta, quedando privados de utilidad explicativa.

34. De acuerdo con Grández Castro (2007), 99 parecería inclinarse por la "corrección" como elemento definitorio del precedente. No obstante, no brinda mayor explicación sobre qué parámetros o criterios de corrección aplicaría.

35. En este apartado, analizaremos los ejemplares trabajos de Castillo Córdova en 2008 y Grández Castro en 2007 acerca del precedente en materia constitucional.
Ambos trabajos constituyen una excelente demostración de aquellos en donde el lenguaje descriptivo y prescriptivo se sintetiza de manera que no es posible, posteriormente, separar que función se estaría realizando en uno u otro pasaje. A ese respecto, véase como Castillo Córdova a partir de lo que presenta como una descripción acerca de lo que la ratio decidendi es, señala que esa constatación es razón suficiente para concluir "pacíficamente" que debe ser vinculante Castillo Córdova (2008), 10. O como Grández Castro, quien luego de poner en evidencia la vinculación "necesaria" entre la ratio decidendi y el caso, señala que, por esa razón, aquellos textos que sean anunciados formalmente como ratio decidendi, pero que materialmente no lo sean, no vinculan. En ambos casos se trata de conclusiones normativas, extraídas a partir de meras descripciones conceptuales, sin remitirse, al menos no directamente, a los textos jurídicos de las autoridades normativas.

36. Castillo Córdova (2008), 100.

decisión", "la consideración determinante para la decisión", "la regla indispensable y justificante para resolver la litis". Como expresa Grández Castro[37], estas nociones constituyen *"límites (que) apuntan, básicamente, a la necesidad de vincular la regla del precedente con el caso decidido por Tribunal"*. Lamentablemente, estas paráfrasis utilizadas como definiciones son tan amplias que se tornan inoperantes para los aplicadores jurídicos —o bien, nos les permite hacer nada, o bien se les permite hacer todo con ellas—.

Veamos el siguiente ejemplo. Imaginemos que la Corte Suprema decidió para un caso particular, que no aplican intereses moratorios respecto de pagos a cuenta del Impuesto a la Renta Anual en el supuesto que se modifiquen los elementos establecidos por ley para su cálculo, luego de la oportunidad en que surge su obligación. Para ello, no obstante, dicha Corte, en el ejemplo planteado, realiza interpretaciones decisorias sobre varias cuestiones "necesarias" para su conclusión: por ejemplo, (i) sobre la extensión de las causales de casación invocadas por el recurrente —independientemente de su fundabilidad o no—, (ii) sobre los elementos definitorios de un tributo, excluyendo como tal la propiedad de poder ser usado como crédito por el contribuyente, por lo que, en tanto el pago a cuenta es usado como crédito contra el Impuesto a la Renta Anual, no calificaría como un tributo, (iii) sobre la forma correcta, o conforme a ley, de determinar los pagos a cuenta, (iv) sobre la extensión de la regla de intereses moratorios, (v) sobre las reglas generales de interpretación de las normas tributarias. Así, además, la Corte Suprema del ejemplo, aprovecha el caso para establecer explícitamente como precedente vinculante que "la interpretación de las normas tributarias debe realizarse no extensivamente respecto de normas que establecen obligaciones, ni de forma restrictiva respecto de normas que establecen derechos" —que sería una formulación más fina de (e)—.

Como puede evidenciarse, todas las razones anteriores serían "necesarias" para la solución dada por la Corte Suprema. Un aplicador que tuviera que decidir cuál es la *ratio decidendi* de la sentencia de la Corte Suprema, haciendo sólo uso de la noción de "necesidad"[38], (i) o no podría elegir entre cualquiera de ellas, en tanto todas serían igualmente necesarias, (ii) o bien, elegir cualquiera de ellas por la misma razón, naturalmente, operando con alguna preferencia respecto alguna de ellas, sin explicitarlo.

Además, si en el ordenamiento jurídico del ejemplo, como ocurre en el Perú, existiera alguna disposición o norma que establezca que "son vinculantes las razones explícitamente establecidas como tales", y otra disposición o norma que señale que "son vinculantes las rationes decidendi establecidas por tal órgano que cumplan con el criterio de necesidad", el aplicador tendría otro problema más, pues se vería en la disyuntiva de considerar como ratio vinculante: (i) o solo la explícitamente establecidas, o (ii) las explícitamente establecidas junto con las que sin serlo, igual constituyan *ratio decidendi* por ser "necesarias" para la decisión.

5.2. Razón explícita e implícita.

En esa misma línea, que la *ratio decidendi* oscila entre razones explícitas o implícitas puede mostrarse en el hecho cómo la dogmática constitucional peruana[39], diferencia entre la "jurisprudencia constitucional vinculante o doctrina jurisprudencial" y el "precedente vinculante constitucional", definiendo la primera como las tendencias de solución o decisiones interpretativas reiteradas realizadas por el máximo tribunal en materia constitucional

37. Grández Castro (2007), 101.

38. O, cualquiera de sus enésimas formulaciones: "la base de la decisión", "la consideración determinante para la decisión", "la regla indispensable y justificante para resolver la litis".

39. Rodríguez Santander (2007), 59 y Grández Castro (2007), 94-95.

—i.e. el Tribunal Constitucional peruano— a las que se refería el tercer párrafo del artículo VI del Código Procesal Constitucional[40] peruano y, lo segundo, a la ratio explícitamente establecida como precedente vinculante por aquel tribunal, supuesto al que se referiría el artículo VII del Código Procesal Constitucional.[41]

5.3. Interpretando la *ratio decidendi*.

Si entiendo bien, la propuesta dogmática antes señalada se dirigiría a afirmar que ambas nociones, jurisprudencia constitucional vinculante y precedente vinculante, son "vinculantes", no obstante, en el primero corresponde a los aplicadores identificar qué parte es vinculante, es decir, la *ratio decidendi* implícita y, en el segundo el Tribunal Constitucional señala directamente qué parte es la vinculante, esto es, la *ratio decidendi* explícita.

Si esto es así, no se comprende como a partir de dicha premisa se podría concluir: (i) que la *ratio decidendi* explícita tiene por sí sola "nivel de norma constitucional", (ii) o que solo el Tribunal Constitucional sea el único que pueda variar su "contenido normativo", como concluye Grández Castro.[42]

La primera de las conclusiones, no es la que nos interesa tratar, así que basta con dejar establecido que aquella sólo podría ser válida en la parte del precedente vinculante que interprete una disposición constitucional, pero no tendría por qué ser así si se tratara de una interpretación de una ley o, más aún, de un reglamento.

La segunda sería una proposición más interesante para nuestros fines. Se trataría de una proposición que no logra captar la forma como los operadores jurídicos realmente aplican la *ratio decidendi* explícita, esto es, previa interpretación del precedente.[43] Es decir, incluso una *ratio decidendi* explícita, para ser aplicada es —no pueden no ser— sometida a interpretación. Lo anterior, por la sencilla razón que todos los textos jurídicos —incluidos los precedentes vinculantes— no son entidades auto-interpretativas —*self-interpreting en-*

40. Código Procesal Constitucional:
"Artículo VI.- Control Difuso e Interpretación Constitucional
(…)
Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional."

41. Código Procesal Constitucional:
"Artículo VII.- Precedente
Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.
(…)"

42. Grández Castro (2007), 96.

43. Lo que Tarello y La interpretación de la Ley (2013), (1980), 38-39, llamaría "interpretación de la jurisprudencia": *"Las atribuciones de significado a documentos, que por brevedad llamamos normativos, pueden concretarse a su vez — y ello es habitual — en documentos susceptibles de ulterior interpretación. Los documentos de segundo grado se consideran dotados de fuerza normativa mayor o menor según la posición institucional de sus autores14. Según la fuerza normativa de los documentos de segundo grado, y según las concepciones jurídicas de que se parte, se tiende a incluir en el área semántica de «interpretación de la ley» también a la interpretación de tales documentos normativos de segundo grado. En cambio, cuando es necesario, u oportuno o deseable distinguir, se contraponen a la «interpretación de la ley», de ocasión en ocasión, la «interpretación de la jurisprudencia», la «interpretación de la práctica administrativa», la «interpretación de los dictámenes del Consejo de Estado», y así en adelante."*

tities—[44] y, dado que no son autosuficientes antes de ser aplicados requieren ser refinados o reformulados para ser útiles para el aplicador en el caso concreto. Sólo si se acepta la tesis de la "claridad o sencillez" de los enunciados jurídicos, podría sostenerse que, al menos aquellos que tengan dichas propiedades, no requieren interpretación. Pero esa tesis, hoy en día es muy difícil de mantener en el plano teórico[45] y más aún en los hechos, pues es fácil constatar cómo en los distintos ordenamientos jurídicos que cuentan con un sistema de precedentes, existen discrepancias al momento de su aplicación referidas, por lo menos, a qué parte es vinculante. Y resuelto lo anterior, ¿qué expresa el precedente vinculante, esto es, cual es la premisa normativa que establece?

Haciendo uso de las categorías recién analizadas, podría afirmarse que se interpreta un precedente cuando: (i) se interpreta el texto de la sentencia, para extraer la *ratio decidendi* implícita[46], o (ii) se interpreta el texto de la *ratio decidendi* implícita obtenida, o la *ratio decidendi* explicita, para en ambos casos extraer el argumento o la premisa normativa que se incluiría en el razonamiento jurídico del aplicador.[47]

Puede conjeturarse que la ausencia de este tipo de operaciones de interpretación de los precedentes en la reconstrucción conceptual realizada por el profesor Grández Castro, es lo que le llevaría a afirmar que *"tiene pleno sentido, también en nuestro entorno, el saber diferenciar entre el obiter y la ratio en una decisión, de modo que lo que a todas luces es un obiter, no puede constituir la regla vinculante que el Tribunal anuncie"* [48]. Esa afirmación podría resultar engañosa pues implicaría que los precedentes serían enunciados jurídicos "claros" en los que es suficiente una sucesión de actos de conocimiento —"saber diferenciar"—, para identificar la *ratio* y el *obiter dicta* y, no pone en relieve la necesaria labor interpretativa del precedente que realizan los operadores jurídicos. Labor para la cual, se ha podido evidenciar, los conceptos de "necesidad" y sus paráfrasis, se han revelado insuficientes.

6. Justificación externa y justificación interna.

Es aceptado de manera generalizada que un

---

44. Extraemos el término de Chiassoni P. (2019), 2. Sin embargo, la idea de la falta de autosuficiencia de los textos jurídicos fue fuertemente resaltada desde Tarello, como parte de sus objetivos "desmitificadores" del pensamiento jurídico —*Cfr.* Tarello (1980), Capitulo I.4.—.

45. Ratti (2013), 179: *"como advierte SULLIVAN (1999) el «significado literal» o «significado evidente» (plain meaning) son a menudo términos vacíos, usados, por los juristas para simular haber encontrado un significado objetivo incontrovertible (determinado por reglas semánticas), cuando de hecho han elegido el significado a atribuir a un texto. La presunta sencillez de los casos claros, en efecto, depende por lo menos de cuatro factores, correlacionados con el supuesto «significado evidente» de una fuente jurídica: 1) la elección del texto a interpretar; 2) la elección del co-texto en cuyo alcance el texto es leído; 3) el mismo sentido de «significado literal o evidente», entendido en sentidos diferentes, y a veces hasta incompatibles; y 4) el contexto social e histórico en el que el texto es leído".* Agrega que, a decir de Sullivan, respecto de los términos "literal o evidente": *"is also clear that different judges mean different things by them. This ever-shifting terminology is a shell game".* En buena cuenta, afirmar que los textos tienen un "significado evidente", es sólo un argumento para soportar una determinada interpretación, y no permite ningún control inter subjetivo, es un *shell game*.
De hecho, aún en el hipotético —y por demás muy poco probable— caso, que se presente al aplicador un enunciado jurídico respecto del cual existe un acuerdo en la comunidad jurídica relevante acerca de todos los factores señalados, no podrá negarse que opera una elección – precisamente, la que decide por el significado generalmente aceptado – y, en ese sentido, una interpretación decisoria. Véase Comanducci (2016), 73.

46. Este sentido de interpretación es al que se refiere en *Interpreting Precedents*.

47. Y, este sentido, al que se refiere en Chiassoni P. (2019), 209 y ss.

48. Grández Castro (2007),106.

modelo de decisión jurisdiccional correcto, es aquel que está justificado racionalmente. Esto significa que se cumpla con las exigencias de justificación interna y externa:[49,50]

a) Justificación interna:

Implica que la decisión se infiera lógicamente de sus premisas —normativas y fácticas—. Usualmente, es entendido como una exigencia de racionalidad formal, que puede ser representada a través de la idea del principio de no contradicción. La estructura podría representarse como sigue:

(i) Premisa normativa —norma—, que es la regla general producto de una interpretación decisoria de alguna disposición normativa, o también, fruto de alguna interpretación creadora o construcción jurídica —por ejemplo: la regla por la cual "los sujetos que generan rentas empresariales, determinada conforme a ciertas reglas, deben tributar el Impuesto a la Renta Corporativo"—.

(ii) Premisa fáctica, que describe los hechos luego de comprobaciones empíricas, es decir, mediante las pruebas —en el ejemplo: "se ha probado que la empresa A ha generado utilidades operativas"—.

(iii) La subsunción genérica por la cual se interpreta —en concreto— que el enunciado de la premisa fáctica está comprendido en el alcance de la premisa normativa —en el ejemplo: "Generar utilidades operativas califica como rentas empresariales"—

Y una subsunción individual por la cual se afirma que el caso concreto queda comprendido en el alcance de la premisa normativa en el ejemplo: "la empresa A ha generado rentas empresariales"

(v) La decisión que, usualmente, es el mandato individual y concreto, que deriva de las premisas —en el ejemplo: "La empresa A debe tributar el Impuesto a la Renta Corporativo—.

b) Justificación externa:

Que refiere a la solidez —*soundness*— de las premisas —normativas y fácticas— utilizadas en la justificación interna. Esta exigencia es más bien de racionalidad sustancial que puede representarse mediante la idea del principio de razón suficiente.

En este nivel, operan (i) los distintos argumentos destinados a sustentar, la premisa normativa que es utilizada en la justificación interna, ya sea mediante argumentos "interpretativos" —por ejemplo: utilizando el argumento literal para preferir una determinada interpretación— o "constructivos"[51] —por ejemplo: utilizando la ponderación para establecer alguna jerarquía entre principios enfrentados—, según sea el resultado.

Así como, (ii) aquellos destinados a sustentar la premisa fáctica, que en muy apretado resumen implica elegir la hipótesis fáctica que mediante una valoración racional

49. Sobre la justificación interna y externa como justificación de la decisión jurisdiccional véase el ensayo pionero de Wróblewsky en 1974. Asimismo, los desarrollos de Chiassoni P. de 2007 y de Guastini de 2011.

50. Nuestro Tribunal Constitucional lo ha recogido en reiteradas oportunidades, entre ellas en las sentencias recaídas en los expedientes N° 3943-2006-PA/TC y 0896-2009-PHC/TC.

51. Sobre cómo operan los referidos argumentos, nos remitimos a Guastini en 2011.

del acervo probatorio incluido válidamente en el procedimiento supera el estándar probatorio exigido para cada caso.[52]

Pues bien, el precedente como norma, bien podría estar ubicado:

(i) a nivel de la justificación interna: si refiere a un resultado interpretativo que puede ser usado como premisa normativa o que realiza una subsunción; o

(ii) a nivel de la justificación externa: pues podría referirse a un argumento interpretativo o constructivo, antes que a una regla general o enunciado subsuntivo directamente utilizables como premisas en la justificación interna.

Teniendo en cuenta todas las distinciones conceptuales desarrolladas, el conjunto de interpretaciones vinculantes podría comprender cualquier interpretación decisoria contenida en una decisión jurisdiccional que vincule a los órganos de aplicación jurídica —administrativos o judiciales— en alguno de los sentidos analizados: formalmente —en el sentido, extensión y alcance institucional según cada ordenamiento jurídico— o *de facto*, y, que, por ello, es considerada con fuerza justificativa en el contexto de la motivación de las decisiones judiciales, la cual podrá referirse y, por ello ser incluida, tanto a nivel de la justificación interna o externa de aquellas decisiones.

Además, por lo general, se entiende que la parte vinculante del precedente es la denominada *ratio decidendi* que generalmente es definida como la razón necesaria y/o suficiente para la decisión. Sin embargo, no puede dejarse de observar que aquellos criterios de identificación no han sido aún suficientemente especificados a nivel dogmático y jurisprudencial, por lo que podrían resultar inoperantes; y que, finalmente, la determinación de qué parte es *ratio decidendi* y, más aún, de cuál es la razón o norma contenida en aquella, son operaciones fundamentalmente interpretativas.

III. INTERPRETACIÓN DE LA REGLA DEL *STARE DECISIS* EN PERÚ EN MATERIA TRIBUTARIA

En materia tributaria, la regla del *stare decisis* podría reconstruirse, fundamentalmente, a partir del artículo 36 de la Ley del Procedimiento Contencioso Administrativo, el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el tercer párrafo del artículo VI y artículo VII del Código Procesal Constitucional, que regulan los precedentes de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional.

Sin duda, también podría considerarse precedente vinculante, por ejemplo, la jurisprudencia de observancia obligatoria del Tribunal Fiscal, pero dada la mayor importancia institucional de los precedentes emitidos por la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, así como la evidente superior jerarquía de estos tribunales de vértice, frente a los tribunales administrativos, restringiremos el análisis sólo a aquellos.

A continuación, analizaremos aquellos textos jurídicos y sus interpretaciones, en donde se demostrará que todas las distinciones e interrogantes que se planteaban a nivel conceptual, están presentes en el sistema jurídico peruano:

1. Precedentes vinculantes de la Corte Suprema: principios jurisprudenciales.

1.1. ¿Qué precedentes vinculantes emite la Corte Suprema?

Veamos, el actual artículo 36 de la Ley del Procedimiento Contencioso Administrativo, modificado por el Decreto Legislativo 1067, señala:

> *"Artículo 36.- Principios jurisprudenciales.*
> *Cuando la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema fije en sus resoluciones prin-*

52. Sobre el tema de la actividad probatoria, en especial sobre el esquema de valoración racional sugiero remitirse a Ferrer Beltrán en 2007 y, para la noción de estándar probatorio Ferrer Beltrán (2018).

cipios jurisprudenciales en materia contencioso administrativa, constituyen precedente vinculante.

Los órganos jurisdiccionales podrán apartarse de lo establecido en el precedente vinculante, siempre que se presenten circunstancias particulares en el caso que conocen y que motiven debidamente las razones por las cuales se apartan del precedente.

El texto íntegro de todas las sentencias expedidas por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República se publicará en el Diario Oficial El Peruano y en la página web del Poder Judicial. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad. (…)" [53]

La disposición señala que constituye precedente vinculante los principios jurisprudenciales "fijados" por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema. De una revisión de los precedentes emitidos en base a esta normativa, considero que, para nuestro sistema jurídico, puede concluirse que los términos "principios jurisprudenciales" y "precedente vinculante", son coextensionales, es decir designan el mismo conjunto, en este caso, de decisiones de la Corte Suprema. Ello pues en casi la totalidad de los casos, en donde la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema ha designado expresamente que un pasaje de su resolución constituye un "principio jurisprudencial", en la misma resolución, lo ha señalado también expresamente como "precedente vinculante".[54,55]

53. Antes de la modificatoria efectuada por el Decreto Legislativo 1067, publicado el 28 de junio de 2008, la disposición señalaba:
"Artículo 34.- Doctrina jurisprudencial
Las decisiones adoptadas en casación por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República constituirán doctrina jurisprudencial en materia contencioso administrativa.
Los órganos jurisdiccionales inferiores podrán apartarse de lo establecido por la doctrina jurisprudencial, siempre que se presenten circunstancias particulares en el caso que conocen y que motiven debidamente las razones por las cuales se apartan de la doctrina jurisprudencial.
El texto íntegro de todas las sentencias expedidas por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República se publicarán en el Diario Oficial El Peruano. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad."
De acuerdo a la exposición de motivos de dicho decreto ello fue así pues: "Una de las deficiencias actuales del proceso contencioso es la virtual clandestinidad de los pronunciamientos judiciales sobre la legalidad de la actuación de la administración pública. Con el objeto de provocar la mayor difusión de la jurisprudencia existente derivada de procesos contenciosos administrativos, se modifica del artículo 34° vigente, con el objeto de precisar que cuando la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema fije en sus resoluciones principios jurisprudenciales en materia contencioso administrativa, constituyen precedente vinculante."
La modificatoria parece atacar dos puntos específicos: (i) se cambia el término "doctrina jurisprudencial" por "precedente vinculante", se puede conjeturar, para darle mayor institucionalidad, y, (ii) se señala que ello será así cuando el tribunal "fije" en sus resoluciones "principios jurisprudenciales".

54. Esto puede verificarse de una revisión de la sección "Ejecutorias Vinculantes" en la página web "Jurisprudencia Nacional Sistematizada": https://jurisprudencia.pj.gob.pe/jurisprudenciaweb/faces/page/inicio.xhtml
Naturalmente, si se definiera estipulativamente el término "principio jurisprudencial" como el conjunto de las *rationes decidendi* o de las interpretaciones decisorias de la Corte Suprema, podría afirmarse que podrían existir "principios jurisprudenciales" —explícitos o implícitos, según hemos analizado en la parte conceptual de este trabajo— que vinculan, a pesar de no ser declarados expresamente también "precedentes vinculantes" —de hecho, esa forma de entenderlo, tendría sentido con la disposición que exige la publicación de todas las sentencias pues ¿cuál sería la utilidad de que se publiquen todas sino para que vinculen de alguna forma?—. Sin embargo, esa no es la forma como ha sido usado/aplicado el término en la gran mayoría de casos por la Corte Suprema.

55. La excepción más resaltante es, precisamente, el conocido caso de la Casación Nº 4293-2013-Lima. En donde la Corte Suprema señala un "precedente vinculante", sin señalar que se trate también de un "principio jurisprudencial". Pero, sin duda, este es un caso aislado.

1.2. ¿En qué sentido son vinculantes?

Naturalmente, la disposición citada estaría haciendo referencia a una vinculación institucional de los principios jurisprudenciales o precedentes vinculantes —en adelante, "PrJ"—, es decir, en sentido formal. Ello, sin perjuicio del nivel de vinculación de facto, es decir, de cuanta persuasión efectivamente generen.

Tal como hemos analizado antes, podría dudarse acerca de las formas de apartamiento que la regla del *stare decisis* en Perú admite respecto de los PrJ. La interrogante es ¿si los tribunales inferiores tienen la potestad de derrotar el PrJ?

De hecho, de la disposición que señala que los órganos jurisdiccionales pueden apartarse atendiendo a "circunstancias particulares", podría interpretarse que ello implica:

a) sólo aplicando el *distinguishing*, a partir de las diferencias entre el caso del precedente y el caso concreto,

b) o, apartándose, atendiendo a cualquier circunstancia particular, ya sea una supuesta propiedad relevante no atendida por la Corte Suprema, o realizando una completa nueva ponderación, para derrotar el precedente.

Vale adelantar que, en la dogmática y jurisprudencia peruana, no conocemos de algún caso en donde esa interrogante haya sido planteada, al menos en esos términos. Es decir, si los tribunales inferiores pueden "derrotar" el PrJ. En cambio, lo que sí hemos podido identificar es más bien un argumento que se refiere muy genéricamente y, a veces implícitamente, a valores como la independencia judicial y separación de poderes, para sostener que los jueces "sólo" están vinculados a la "ley" —independencia judicial—[56], la cual es creada únicamente por el poder legislativo —separación de poderes—[57] y, así, justificar mayores posibilidades de apartamiento en general —en donde pueden encontrarse casos de operaciones en las que se derrota un precedente—. Planteándose, además, un dilema entre dichos valores y el principio de igualdad que, mediante la generalidad en la aplicación de la ley, se alcanzaría con el precedente.

En nuestra opinión, los argumentos de la independencia y separación de poderes, tendrían el problema de no tomar en cuenta una de las distinciones más importantes de la cultura jurídica moderna, aquella entre disposición y norma.[58]

Si por "ley" se entiende exclusivamente el texto jurídico emitido por el poder legislativo y que es ese texto el que disciplina las conductas de los ciudadanos, entonces: (i) los precedentes afectan la independencia, pues habría un elemento "distinto" a la ley al que estarían sometidos los

56. Un excelente ejemplo de este argumento es el comunicado que el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial publicara en el Diario Oficial "El Peruano", el miércoles 5 de abril de 2006 en la página 15, en pretendida respuesta a la Resolución Jefatural N° 021-2006-J-OCMA/PJ, expedida por la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial, la cual establecía que todos los órganos jurisdiccionales peruanos, bajo responsabilidad funcional, *"den cabal cumplimiento a los precedentes vinculantes señalados por el Tribunal Constitucional"*.
El comunicado, entonces, replicaría que *"Con arreglo a los artículos 138 y 139 inciso 1 de la Constitución y artículo 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial la potestad de administrar justicia se ejerce a exclusividad por el Poder Judicial a través de los órganos jerárquicos conforme a la Constitución y a las leyes (...) Los magistrados judiciales sólo están sometidos a la Constitución y a la ley, y el Estado les garantiza su independencia jurisdiccional, consagrada en el inciso 1 del artículo 146 de la Carta Fundamental y en el artículo 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial"*

57. Véase, por ejemplo, en defensa del argumento de separación de poderes Ariano Deho (2006).

58. Para un análisis detallado de esta distinción *Cfr.* Pozzolo y Escudero (2011). Esta distinción, además, ha sido recogida con utilidad por la Corte Suprema en varias resoluciones —entre ellas: Casación N° 17939-2015, 5233-2016 y 21375-2017—, y por el Tribunal Constitucional —entre ellas: Exp. N° 010-2002-AI/TC, 00013-2017-PI/TC y 00015-2018-PI/TC—.

jueces, y (ii) sin duda, el precedente supondría también una superposición en la separación de poderes, pues la potestad exclusiva de crear leyes para disciplinar la conducta de los ciudadanos podría verse sustancialmente afectada por la interpretación contenida en los precedentes.

En cambio, si por "ley" se entiende ya no el texto jurídico, sino la norma que de éste se obtiene mediante la interpretación de las autoridades jurisdiccionales, entonces, el precedente, en tanto especie del género interpretación jurisdiccional, (i) ni afecta la independencia judicial pues seguirlo sería, precisamente, seguir la "ley" resultante de la interpretación decisoria que constituye el precedente, (ii) ni la separación de poderes, pues así entendida la "ley", sería más bien un producto que se obtiene necesariamente del ejercicio conjunto de dos poderes estatales, el legislativo emitiendo el texto y el judicial interpretándolo. Como se evidencia, aplicando la distinción entre disposición y norma, los argumentos de la independencia judicial y separación de poderes, para justificar mayores ámbitos de apartamiento del precedente como la derrota del mismo, resultan muy poco convincentes[59] y, además, el dilema con el principio de igualdad queda disuelto.

Descartados aquellos argumentos jurídicos y valores, quedaría entonces plantearse cuáles serían los otros objetivos o valores que pretenderían realizar aquellos que defienden el otorgamiento a los tribunales inferiores de la potestad de derrotar los precedentes. Quizás, la respuesta de aquellos sería permitir que los tribunales inferiores realicen la "justicia"[60] del "caso particular", para lo cual, el precedente sería un obstáculo.

La idea de "justicia formal"[61], puede ser satisfactoriamente definida como la exigencia de igualdad, de *"que nadie, en forma arbitraria o sin razón suficiente para ello, sea sometido a un trato que difiera del que se acuerda a cualquier otra persona"*[62], lo cual, *"no es más que una demanda de que el trato concreto se presente bajo la forma de la aplicación de una regla general (cualquiera sea ésta)"*[63]. Así entendida la justicia, el precedente más bien permite su realización, fortaleciendo institucionalmente la aplicación de una regla general a un mismo caso.

Sin embargo, aquellos defensores parecen estar refiriéndose más bien a la denominada "justicia material", que usualmente es presentada como (i) una entidad "evidente" que se alberga en algún lugar de nuestra conciencia, naturaleza o sociedad, (ii) o como algo que puede conocerse mediante la argumentación racional conforme a ciertos criterios —cánones— y, que además surge como una "necesidad imperativa

59. De hecho, esta no es la única objeción que podría realizarse contra aquellos argumentos. Para un análisis detallado de las tensiones entre precedente, independencia judicial y separación de poderes sugiero revisar Nuñez Vaquero en 2020.

60. Para un análisis detallado sobre el concepto de justicia y sus implicaciones en el razonamiento jurídico en general *Cfr.* Kelsen (1971).

61. Es mi impresión que, este sentido de justicia es al que se refiere Kelsen cuando concluye en su ensayo "What is justice?", lo siguiente:
"It would have been more than presumptuous to make the reader believe that I could succeed where the most illustrious thinkers have failed. And, indeed, I do not know, and I cannot say what justice is, the absolute justice for which mankind is longing. I must acquiesce in a relative justice and I can only say what justice is to me. Since science is my profession, and hence the most important thing in my life, justice, to me, is that social order under whose protection the search for truth can prosper. "My" justice, then, is the justice of freedom, the justice of peace, the justice of democracy—the justice of tolerance."

62. Ross (1958), 263.

63. Ross (1958), 265.

a *priori*"[64]. Pese a ello, en ambos casos, existe un problema epistemológico, pues lo justo ni pertenece al "dominio objetivo"[65], ni existe consenso sobre la posibilidad de identificar de manera intersubjetivamente controlable aquellos criterios[66]. Lo cual, haría imposible una discusión racional con quien invoque una pretendida "justicia material".

En otras palabras, ¿Qué es lo justo? ¿Lo justo conforme a qué criterio o parámetro? ¿Según el mérito, según las necesidades, según la capacidad, según el rango y condición —y así sucesivamente—?[67] ¿y más aún, lo justo para quién? La justicia material, para tener algún contenido necesita precisar estos aspectos y justificar a la luz de sus consecuencias prácticas la elección de algún parámetro. Pues de lo contrario, invocarla no sería más que dar *"un golpe sobre la mesa"*.[68]

Y aún en ese caso, es difícil ver las ventajas de la aplicación de la doctrina de una justicia material al precedente, (i) a nivel de las partes es seguro que la parte derrotada en un litigio, muy difícilmente aceptará que la decisión fue justa "materialmente", (ii) a nivel del sistema, la legitimación de realizar ese tipo de operaciones en oposición a la justicia formal —es decir, en oposición a las exigencias de igualdad entendida como aplicación de una norma general a los mismos casos—, parece tener costos muy altos para la noción occidental del Estado de Derecho, debido al debilitamiento cuando menos de: (ii.1) la seguridad jurídica que se produciría causa de la "mayor indeterminación ex ante" y, (ii.2) del elemento democrático a causa de promover el "Derecho" del juez de cada caso —órgano no electo democráticamente— por sobre el "Derecho" de un Estado. Estos costos se asumirían sin tener mayores garantías de alcanzar lo "justo"[69], debido a los problemas epistemológicos de aquella empresa, que ya hemos resaltado.

Entonces, que los tribunales inferiores tengan la potestad de derrotar el precedente en atención a la justicia del caso particular, significaría (i) o bien promover la eliminación de la justicia —formal—, (ii) o bien sólo una expresión emotiva sin contenido —el "golpe sobre la mesa"—, (iii) o en el mejor de los casos, una doctrina que parece tener más costos que beneficios, para los individuos y el Estado de Derecho. Quizás por todas estas razones, es que casi la totalidad de los sistemas jurídicos en el mundo no recojan institucionalmente la potestad de los tribunales inferiores de derrotar un precedente. Corresponderá a la judicatura peruana tomar partido en esta cuestión, teniendo en cuenta estos aspectos analizados.

Finalmente, con relación a la operación de *overruling*, nos parece no es controvertido en nuestra comunidad jurídica que ella se encuentra recogida en el tercer párrafo del artículo 22 de Ley Orgánica del Poder Judicial[70] y es entendida como una facultad del propio tribunal que estableció el precedente.

---

64. La frase es de Ross (1958), 266.

65. Como resalta Ratti (2013), 205.

66. Como resalta Comanducci (2016), 97.

67. De hecho, Tarello identifica siete parámetros de justicia distintos utilizados en las sociedades históricas en Tarello (1988), 251 y ss.

68. Ross (1958), 267.

69. Comanducci (2016), 100.

70. Ley Orgánica del Poder Judicial
"Carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial. Artículo 22.-
Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario

(Continúa en siguiente página)

1.3. ¿Qué parte es vinculante?

Prima facie, no existe mayor controversia, al menos no la hemos identificado de nuestro estudio, respecto a que la parte vinculante es la establecida explícitamente como PrJ. Las interrogantes que se plantean son más bien: (i) si además del PrJ explícito, también son vinculantes las *rationes decidendi* de la sentencia; y (ii) si es posible restringir el PrJ explícito, limitándolo sólo a la parte de éste que constituya *ratio decidendi*.

Esto sin duda, remite nuevamente hacia la noción de *ratio decidendi*, con todos los problemas que ello supone y que ya hemos desarrollado.

Como advertía en el ejemplo sobre los intereses moratorios de pagos a cuenta, inspirado por la Casación Nº 4293-2013-Lima, un aplicador que responda afirmativamente a la primera interrogante planteada, si utilizara la noción de *ratio decidendi* como razón "necesaria", no tendría problema en considerar como tal a cualquiera de las razones que cumplan con dicha propiedad.

Por otro lado, algunos aplicadores del precedente, proclives a responder afirmativamente la segunda interrogante, podrían estar tentados a restringir el alcance del PrJ explícito, a lo que consideren la ratio, es decir sólo a una de las razones necesarias —cualquiera de ellas—. De esa forma, podrían obtenerse resultados como la inaplicación del precedente vinculante al caso concreto o, su aplicación únicamente de ciertos aspectos de éste.

Un buen ejemplo de este tipo de operación, se encuentra en la Sentencia Nº 11548-2017 emitida por una Sala Superior[71] al afirmar que la Casación Nº 4293-2013-Lima sólo establece criterios generales de interpretación de normas tributarias —i.e. el criterio que prohíbe la interpretación extensiva y restrictiva de obligaciones y derechos de los contribuyentes—, pero nada sobre la interpretación de las reglas específicas de pagos a cuenta —es decir, nada respecto del artículo 85 de la Ley del Impuesto a la Renta y 34 del Código Tributario—. Valga enfatizar que, en el caso de la Casación Nº 4293-2013-Lima el PrJ explícito hace referencia directa a las reglas de pagos a cuenta, por lo que, la argumentación de la Sala Superior se enmarca

---

Oficial "El Peruano" de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales.
Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.
Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el Diario Oficial "El Peruano", en cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan."

71. La Sexta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Sub Especialidad en Temas Tributarios y Aduaneros, señaló:
"Este colegiado, concuerda con las reglas determinadas por la Corte Suprema, esto es, que los puntos 5.2.1 y 5.2.2, han sido concebidas en base a los alcances de la Norma VIII del Título Preliminar del Código Tributario; sin embargo, en el ejercicio de sus facultades, analizando los actuados administrativos judiciales, así como las posiciones adoptadas por las partes, llega a la conclusión que existen otros métodos de interpretación de los mencionados textos normativos, a efectos de resolver la presente controversia, como son el literal, sistemático por ubicación de la norma y teleológico, lo que se pasará a examinar."
Se puede evidenciar que la Sala en realidad realiza dos operaciones: (i) reduce el alcance del PrJ de la Casación Nº 4293-2013-Lima y (ii) luego, simplemente, lo derrota proponiendo "nuevas consideraciones" a las señaladas en el PrJ.
El primer tipo de operación es al que nos referimos en este apartado II.1.3. ¿Qué parte es vinculante? El segundo tipo de operación corresponde al apartado anterior II.1.2. ¿En qué sentido son vinculantes?

claramente como una operación destinada a restringir el alcance del PrJ explícito.

Ahora bien, lo cierto es que el concepto de *ratio decidendi*, entendido como razón necesaria, tal como hemos demostrado[72], es tan amplio que no es posible, al menos no lógicamente, realizar una operación restrictiva, como la realizada por la Sala Superior. Una operación restrictiva como ésa solo es posible mediante un razonamiento que oculte una preferencia, ideología, o doctrina subyacente, la que, precisamente sirva de criterio de selección, es decir, mediante un entimema.

Siendo ése el escenario, conviene recordar lo que sostenía Tarello[73] para situaciones como esas, en donde el juez tiene que realizar una elección sin más, y por ello, recomienda que esa operación sea "explícita" y "consciente". Debe ser explícita, pues solo de esa forma se asegura el control de la decisión por la comunidad jurídica. Esta exigencia, además, es usualmente entendida como parte de las garantías de debida motivación, en especial, en lo que respecta a la justificación interna, que no permite razonamientos entimemáticos.

Y, consciente, es decir que la decisión sea tomada luego de evaluar los *"efectos económicos, sociológicos, políticos, (…) como elementos de juicio"* , *"ya que es preferible que los operadores realicen elecciones políticas a la vista de resultados prácticos previstos y deseados, antes de que decidan ciegamente -por ejemplo, en atención a una construcción dogmática elegante- sin representarse con claridad las posibles consecuencias de sus decisiones"*[74]. Esta exigencia también puede ser entendida como parte de las garantías de debida motivación, en este caso, en lo que respecta a la justificación externa, que exige la solidez del argumento.

Las sentencias que realicen este tipo de operaciones restrictivas y no cumplan con las exigencias de debida motivación descritas, precisamente por esa razón, podrían ser revocadas por los tribunales superiores.

1.4. ¿A quiénes vincula?

No existe controversia de que los PrJ vinculan formalmente a los jueces —sin perjuicio de las operaciones de apartamiento que podrían realizar —ver apartado II.1.2. ¿En qué sentido son vinculantes?— o las de restricción de su alcance —ver apartado II.1.3. ¿Qué parte es vinculante?—. Sin embargo, existen dudas de si también vinculan a la administración pública y sus tribunales: en este caso, a la administración tributaria —SUNAT, Municipalidades, etc.— y Tribunal Fiscal.

Tal como ha señalado el Tribunal Fiscal, el PrJ —refiriéndose al de la Casación Nº 4293-2013-Lima— *"sólo resulta vinculante para los órganos jurisdiccionales y no para los administrativos"* —Resolución del Tribunal Fiscal Nº 09516-2-2016—, más aún *"no tiene carácter vinculante para este Tribunal, al no ser dependiente del Poder Judicial"* —Resolución del Tribunal Fiscal Nº 00508-8-2017—. Por ello, que incluso el Tribunal Fiscal haya emitido con fecha posterior a la Casación Nº 4293-2013-Lima una resolución de "observancia obligatoria", la contenida en la Resolución Nº 5359-3-2017, en contra de lo señalado en dicha casación.

Las razones pragmáticas usualmente invocadas a favor del precedente[76], tales como, la

72. Ver apartado II.5. Ratio decidendi y obiter dicta.

73. Según indica Guastini sobre Tarello Guastini (1996), 54.

74. Tarello (1988), 495.

75. Guastini (1996), 54.

76. Sobre estas razones en favor del precedente véase a nivel teórico Núñez Vaquero (2016), 140-154, y a nivel de la dogmática nacional Castillo Córdova (2008), 97, así como el interesante trabajo de Nina Nina y Chancafe Rosas en 2021.

reducción de los costos —de litigios y de la decisión— y el incremento de la capacidad de orientación del comportamiento que obtiene el ordenamiento jurídico que lo incorpore, así como las razones ideológicas, tales como la mayor realización de la justicia formal y con ello del principio de igualdad , mayor seguridad jurídica debido a la mayor previsibilidad, limitación de la discrecionalidad judicial y administrativa y la realización de la noción de Estado de Derecho; podrían argumentarse, sin problemas, como fundamentos para sostener que el PrJ también debe vincular a los órganos administrativos.

Pero más allá de lo anterior, considero que los argumentos del Tribunal Fiscal para desmarcarse, podrían resultar engañosos cuando menos por lo siguiente:

a) Pues, no toma en cuenta para su análisis lo señalado de manera general por el artículo 384 del Código Civil que establece como fines de la casación: *"la uniformidad de la jurisprudencia nacional"*.

   Si esa es una función general del recurso de casación, entonces con mayor razón, debería afirmarse ello del precedente vinculante regulado en el artículo 36 de la Ley del Procedimiento Contencioso Administrativo.

   Asimismo, tampoco introduce en su análisis la regla establecida en la Norma III Código Tributario[77] que establece a la "jurisprudencia", sin distinguir entre judicial y administrativa, como fuente de derecho, y la regla de jerarquía de fuentes establecidas en el artículo V de la Ley del Procedimiento Administrativo General[78] que parece privilegiar la jurisprudencia judicial por encima de la emitida por los órganos administrativos.

b) Por otro lado, se estaría realizando, sin explicitarlo, una interpretación evidentemente manipuladora del artículo 36 de la Ley del Procedimiento Contencioso Administrativo.

   En efecto, el segundo párrafo de dicho dispositivo señala que los *"órganos jurisdiccionales podrán apartarse de lo establecido en el precedente vinculante"*.

   Literalmente, dicho párrafo solo recoge una facultad excepcional de apartamiento

77. Código Tributario:
Norma III: Fuentes del derecho tributario
Son fuentes del Derecho Tributario:
(…)
f) La jurisprudencia;
g) Las resoluciones de carácter general emitidas por la Administración Tributaria; y,
h) La doctrina jurídica.

78. Ley del Procedimiento Administrativo General:
"Artículo V.- Fuentes del procedimiento administrativo
(…)
2. Son fuentes del procedimiento administrativo:
(…)
2.7. La jurisprudencia proveniente de las autoridades jurisdiccionales que interpreten disposiciones administrativas.
2.8. Las resoluciones emitidas por la Administración a través de sus tribunales o consejos regidos por leyes especiales, estableciendo criterios interpretativos de alcance general y debidamente publicadas. Estas decisiones generan precedente administrativo, agotan la vía administrativa y no pueden ser anuladas en esa sede.
2.9. Los pronunciamientos vinculantes de aquellas entidades facultadas expresamente para absolver consultas sobre la interpretación de normas administrativas que apliquen en su labor, debidamente difundidas.
(…)

en favor de los órganos jurisdiccionales, es decir, señala que ellos son los únicos que pueden apartarse —"facultad de apartamiento"—. De manera que, con relación al Tribunal Fiscal debería interpretarse que no tienen dicha facultad de apartamiento, por lo cual, se encuentran definitivamente vinculados.

Sin embargo, según el Tribunal Fiscal, de dicho texto debería entenderse más bien que, dado que aquella facultad de apartamiento la tienen sólo los "órganos jurisdiccionales", entonces, por esa razón, sólo a ellos vincula los precedentes y no los órganos administrativos.

No obstante, como es evidente, este segundo resultado interpretativo, solo podría obtenerse en caso se introdujera una norma que señale algo similar a: *"los órganos administrativos no están vinculados al precedente judicial"*. Sin embargo, es muy difícil afirmar que dicha norma se encuentre en el segundo párrafo del artículo 36 de la Ley del Procedimiento Contencioso Administrativo, que como hemos visto, solo recoge una facultad de apartamiento del precedente en favor de los órganos jurisdiccionales y no regula nada sobre qué sujetos, poderes u órganos están vinculados.

c) Por otro lado, tampoco analiza la diferencia entre los distintos sentidos del término jurisdicción y órganos jurisdiccionales.

   Es posible diferenciar entre: (i) jurisdicción como aquel poder distinto al poder administrativo, que entre sus funciones se encuentra la de revisar la legalidad de los actos del segundo, y (ii) jurisdicción como la facultad de aplicar derecho de manera institucional. En el primer sentido jurisdicción se identifica con los jueces, mientras que en el segundo se encuentran comprendidos los órganos administrativos que sin duda aplican el derecho y deben motivarlo, ello aun cuando no ostenten jurisdicción en el primer sentido del término.

   Si eso es así, es posible interpretar que dentro de la noción de órgano jurisdiccional se encuentran también los órganos administrativos, quienes, a pesar de estar vinculados, también podrían apartarse —por ejemplo: mediante el *distinguishing*—.

   Esta diferenciación del término jurisdicción revela su utilidad pues hace viable una conclusión más armonizada del segundo párrafo del artículo 36 y la función uniformadora del recurso de casación, aunque, a la vez, diluye el argumento del Tribunal Fiscal.

d) Finalmente, el argumento del Tribunal Fiscal, se encuentra viciado por la ausencia de diferenciación entre disposición y norma.

   Como ya hemos explicado: si por "ley" se entiende ya no el texto jurídico es decir la disposición, sino la norma que se obtiene mediante la interpretación de las autoridades jurisdiccionales, entonces, seguir el precedente vinculante de mayor alcance institucional, como el emitido por la Corte Suprema, es seguir la "ley" misma, hacer lo contrario en cambio sería quebrantarla.

   De hecho, el Tribunal Fiscal parece declararse a sí mismo facultado a no observar un "precedente", pero creemos que no estaría inclinado a declarase facultado a no observar la "ley". Ello aun cuando, lo uno y lo otro, signifiquen lo mismo, una vez que se aplica la distinción entre disposición y norma que hemos expuesto.

2. Precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional: jurisprudencia vinculante, precedente vinculante.

Sobre los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional no nos extenderemos como hicimos para el caso de la Corte Suprema, por dos razones. La primera, porque creemos que lo señalado para la Corte Suprema acerca de, el sentido en que son vinculantes sus precedentes, en especial lo analizado sobre la derrotabilidad

de los mismos —II.1.2—, el alcance del precedente, en especial su vinculación con la noción de *ratio decidendi* —II.1.3—, podría aplicarse, sin mucha dificultad, al caso del Tribunal Constitucional. La segunda, porque sobre el precedente del Tribunal Constitucional la dogmática nacional ha sido bastante más prolífica, por lo que nos parece un interesante ejercicio dejar al lector aplicar los conceptos desarrollados en este trabajo como herramientas de contraste o análisis de aquella.[79]

Entonces, sólo quisiéramos restringir nuestros comentarios a una interrogante particular ¿Cuáles de las interpretaciones del Tribunal Constitucional son vinculantes en sentido formal?

Parece no existe controversia en reconocer tres resultados vinculantes del Tribunal Constitucional, estos serían, cuando menos: el derivado de los procesos de inconstitucionalidad —segundo párrafo del artículo VI del Código Procesal Constitucional—, el denominado precedente vinculante constitucional: "PV" —artículo VII del Código Procesal Constitucional— y la denominada jurisprudencia constitucional vinculante o doctrina jurisprudencial: "JV" —tercer párrafo del artículo VI del Código Procesal Constitucional—.[80]

Ya hemos señalado también, que la posición mayoritaria en la doctrina[81], se inclina por considerar al PV y JV vinculantes en el mismo sentido, aunque la diferencia sería que en el primero la *ratio decidendi* debe ser explicitada por el Tribunal Constitucional —*ratio decidendi* explicita— y en el segundo corresponde al aplicador identificar la *ratio decidendi* vinculante —*ratio decidendi* implícita—. Cabe precisar que, no vemos una necesidad conceptual de que la JV sea "reiterada" o requiera constituir una "tendencia", de forma que solo así adquiera su carácter vinculante.[82] Y, de hecho, el tercer párrafo del artículo VI del Código Procesal Constitucional, tampoco lo exige expresamente.

En la misma línea, el Tribunal Constitucional ha justificado la vinculatoriedad de sus interpre-

79. Nos referimos fundamentalmente a Castillo Córdova (2008), Carpio Marcos y Grández Castro (2007), el conocido trabajo de Landa Arroyo (2010), y, para un análisis detallado sobre las reglas de producción del precedente López Flores (2016).

80. No analizaremos la vinculación de *facto*, pues ello ameritaría otro de tipo de investigación sociológica y psicológica incluso, que se encuentra fuera de nuestro alcance, por supuesto.

81. En mayoría Rodríguez Santander (2007), 59, Grández Castro (2007), 94-95, López Flores (2016) e incluso en la formulación algo confusa de Castillo Córdova (2008).
Una posición contraria, es sostenida por Landa Arroyo en 2010 quien propone que existen por los menos tres grados distintos de vinculación. Nos parece que la propuesta de Landa, no diferencia entre vinculación formal y de facto, por lo que su propuesta de *grados* de vinculación incurre en la misma imprecisión que *Interpreting Precedents*.

82. Contrariamente a lo señalado por Rodríguez Santander (2007), 59 y Grández Castro (2007), 94-95.

83. Expediente Nº 03950-2012-PA/TC:
"Queda claro para este Tribunal que el principio de predictibilidad y certeza de las decisiones judiciales se ve seriamente afectado, siendo no menos evidente la afectación del derecho a la igualdad en la aplicación del derecho allí donde en el lento jurídico se producen dos o más interpretaciones dispares (que en son forzadas, distorsionadas y antojadizas) en torno al sentido de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, establecida en virtud del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y la Primera Disposición Final de la Ley 28301, Orgánica del Tribunal Constitucional, o simplemente, cuando se omite o inobserva deliberadamente la aplicación de dicha doctrina jurisprudencial. En consecuencia, en situaciones en las cuales el principio de seguridad jurídica se vea afectado por la existencia de una disparidad de criterios interpretativos en torno al sentido de la doctrina jurisprudencial o se produzca la inaplicación de la misma, este Tribunal está llamado a reparar dicha afectación, pues así lo exige no sólo el mencio-

(Continúa en siguiente página)

taciones según el artículo VI del Código Procesal Constitucional, en función a los principios de predictibilidad y certeza de las decisiones judiciales, seguridad jurídica y su "supremacía interpretativa", concluyendo por todo ello, en la necesidad de que sus interpretaciones sean vinculantes a "todo poder público"[83].

Pese a la aparente posición mayoritaria en la doctrina y lo señalado por el Tribunal Constitucional, cabe analizar si podrían existir razones para realizar una construcción normativa del tercer párrafo del artículo VI del Código Procesal Constitucional restrictiva o reductiva de la vinculatoriedad de la JV. Es decir, una construcción en el sentido que dicho dispositivo, aun cuando no lo dice su texto[84], se refiere: (i) o sólo a la vinculatoriedad de las interpretaciones contenidas en los PV, (ii) o a una vinculación de menor "grado".[85]

Pero, ¿cuáles serían los valores que pretenderían realizarse mediante esa reducción del alcance del precedente? ¿Serían los valores de independencia judicial, separación de poderes, justicia material? Aquellos que, según ya hemos analizado[86], no resultan convincentes para ese fin reductivo. Nos parece, entonces que lo anterior no podrá solucionarse con referencias o citas genéricas a dichos valores, sino que, de nuevo, debería tratarse de un decisión explícita y consciente, tal como exige el principio de debida motivación.

En tanto decisión consciente, por supuesto, deberá ser evaluada a la "vista de resultados prácticos" —por ejemplo: el impacto en los costos de litigio y decisión, el incremento o no de la función orientación del comportamiento, entre otros factores— y no decidir "ciegamente en atención a una construcción dogmática elegante". Una construcción normativa que "reduzca" el alcance del tercer párrafo del artículo VI del Código Procesal Constitucional y, con ello el alcance general de la regla del *stare decisis* en el país, sólo podría estar justificada de manera sólida, en la medida que ello sea soportado en función a los resultados prácticos que se espera deriven de aquella.

---

nado principio constitucional, sino también la supremacía interpretativa que ostenta este Colegiado.
De otra parte, no escapa a la consideración de este Tribunal que, si bien es cierto que las sentencias expedidas por este Tribunal en los procesos de tutela de derechos no pueden invalidar retroactivamente las interpretaciones de otros poderes públicos que, no obstante ser disconformes con las interpretaciones vinculantes establecidas en aquélla, ostenten la calidad de cosa juzgada, no lo es menos que, en virtud del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y la Primera Disposición Final de la Ley 28301, Orgánica del Tribunal Constitucional, antes reseñadas, las sentencias expedidas por este Tribunal en el marco de tales procesos, en razón de su efecto vinculante, generan la obligación inmediata de todo poder público de inaplicar las decisiones de otro órgano estatal que representen una interpretación contraria a los criterios establecidos en las sentencias del Tribunal Constitucional."

84. Recuérdese que dicho dispositivo señala:
"Artículo VI.- Control Difuso e Interpretación Constitucional
(…)
Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional."
Es decir, no establece ninguna de las "reducciones" o "restricciones" que analizaremos a continuación.

85. Como se expresa en Landa Arroyo (2010), y que ya hemos advertido es un planteamiento que se encuentra viciado, pues no advierte que antes que "grados" de vinculación, sus categorías se refieren a distintos "sentidos" de vinculación, los cuales no pueden "graduarse" pues se ubican en distintos planos. Ver apartado II. 4. Fuerza vinculante y fuerza justificante.

86. Ver apartado I.1.2. ¿En qué sentido son vinculantes?

Bibliografía

Alchourrón, C. y Bulygin, E. 1975. *Sistemas normativos (Segunda ed. 2017)*. Buenos Aires: Astrea

Alchourrón, C. y Bulygin, E. 1991. *Análisis lógico y derecho.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Ariano Deho, E. 2006. Precedentes vinculantes y pirámide normativa. Los frenesíes del Poder del Tribunal Constitucional. 75-90. *Diálogo con la Jurisprudencia.*

Arraigada Cáceres, M. 2017. "Normas de competencia y normas acerca de la competencia. Eludiendo las reglas constitutivas", *DOXA,* 93-121.

Atienza, M. y Ruiz Manero, J. 2000. *Ilícitos atípicos.* Madrid: Trotta.

Caracciolo, R. 2009. *El derecho desde la filosofía.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Carpio Marcos, E. y Grández Castro, P. 2007. *Estudios al precedente constitucional.* Lima: Editorial Palestra.

Castillo Córdova, L. 2008. *El tribunal constitucional peruano y su dinámica jurisprudencial.* México: Porrúa.

Castillo Córdova, L. 2008. *El Tribunal Constitucional peruano y su dinámica jurisprudencial.* Lima: Editorial Palestra.

Chiassoni, P. 2007. *Técnicas de interpretación jurídica: brevario para juristas (2011)*. Madrid: Marcial Pons.

Chiassoni, P. 2018. *Ensayos de metajurisprudencia analítica.* México: Derecho Global.

Chiassoni, P. 2019. *Interpretation without truth: A realistic enquiry.* Cham-Switzerland: Springer.

Comanducci, P. 1999. *Razonamiento Jurídico. Elementos para un modelo (Segunda reimpresión ed. 2009).* México: Fontanamara.

Comanducci, P. 2016. *Apuntes sobre la teoría del Derecho contemporánea (Ed. 2018).* México: Derecho Global.

Ferrer Beltrán, J. 2000. *Las normas de competencia. Un aspecto de dinámica jurídica.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Ferrer Beltrán, J. 2007. *La valoración racional de la prueba.* Madrid: Marcial Pons.

Ferrer Beltrán, J. 2018. Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. En D. Papayannis, y E. Pereira Fredes, *Filosofía del derecho privado.* 402-430. Madrid: Marcial Pons.

Gascón Abellán, M., y García Figueroa, A. 2003. *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales.* Lima: Editorial Palestra.

Grández Castro, P. 2007. Peculiaridades del precedente constitucional en el Perú. En E. Carpio Marcos, y P. Grández Castro, *Estudios al precedente constitucional.* 79-106. Lima: Palestra.

Guastini, R. 1996. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho (1999).* Barcelona: Gedisa.

Guastini, R. 2010. *Las fuentes del derecho. Fundamentos teóricos (Segunda ed. 2017).* Lima: Legales Ediciones.

Guastini, R. 2011. *Interpretar y argumentar (Segunda ed. 2018).* Madrid: Centro de Estudio Políticos y Constitucionales.

Guastini, R. 2014. *Otras distinciones.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Guastini, R. 2014. Realismo jurídico redefinido. En R. Guastini, *Otras distinciones*, 337-367. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Guastini, R. 2016. *La sintaxis del derecho.* Madrid: Marcial Pons.

Guibourg, R. 1999. *Pensar en las normas (2016).* Buenos Aires: Eudeba.

Kelsen, H. 1971. *What is justice? Justice, Law, and Politics in the mirror of science.* Los Angeles: University of California Press.

Landa Arroyo, C. Los precedentes constitucionales: el caso del Perú. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* (2010): 193-234

López Flores, L. "¿Interpretaciones no vinculantes de un 'supremo interprete' reflexiones sobre el rol del Tribunal Constitucional peruano a propósito de una reciente modificación de su reglamento normativo". *VOX JURIS* (2016): 59-70.

MacCormick, N., y Summers, R. 1997. *Interpreting Precedents (2016).* New York: Routledge.

Mendonca, D. 1992. *Introducción al análisis normativo.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Nina Nina, P., y Chancafe Rosas, D. El precedente tributario como instrumento para evitar el inicio de procesos repetitivos en el Perú. En F. Nuñez del Prado, y L. Ghersi Murillo, *Justicia de Papel. Reformas disruptivas al sistema de justicia.* Lima: Palestra, 2021: 509-531

Núñez Vaquero, Á. 2016. *Sin precedentes: una mirada escéptica a la regla del stare decisis.* Alicante: DOXA.

Núñez Vaquero, Á. "Precedente en materia de hechos", *Revista de Derecho Valdivia* (2018): 51-78.

Nuñez Vaquero, Á. "¿Violan los precedentes la IJI? Desencuentros", *Revista Derecho PUCP* (2020), 303-336.

Pozzolo, S., y Escudero, R. 2011. *Disposición vs. Norma.* Lima: Palestra.

Ratti, G. B. 2013. *El gobierno de las normas.* Madrid: Marcial Pons.

Ratti, G. B. Un poco de realismo sobre inconstitucionalidad y derogación. *Discusiones* XIV (2014): 253-276.

Redondo, M. C. Sobre la justificación de la sentencia judicial. En M. Redondo, J. Sauca, y P. Ibáñez, *Estado de Derecho y decisiones judiciales.* Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009: 63-100.

Rodríguez Santander, R. El precedente constitucional en el Perú: Entre el poder de la historia. En E. Carpio Marcos, y P. Grández Castro, *Estudios al precedente constitucional.* Lima: Palestra, 2007: 15-78

Ross, A. 1958. *Sobre el Derecho y la Justicia (1963 ed.).* Buenos Aires: Eudeba.

Schauer, F. 2009. *Thinking like a lawyer. A new introduction to legal reasoning.* Harvard University Press.

Tarello, G. 1980. trad. L'interpretazione della legge, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1980. *La interpretación de la Ley (2013).* Lima: Palestra.

Tarello, G. 1988. *Cultura jurídica y Politica del derecho (2002 ed.).* Granada: Comares.

Taruffo, M. 1975. *La motivación de la sentencia civil (2011).* Madrid: Trotta.

Taruffo, M. "Consideraciones sobre el Precedente", *IUS ET VERITAS* (2016): 330-342.

Wróblewsky, J. "Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision", *Rechtstheorie* (1974): 33-46

CC BY
DOI 10.26439/advocatus2021.n040.5287

La cláusula de no-discriminación en la Decisión 578: ¿un laberinto sin salida?

Jorge Liendo Tejada

Abogado por la Universidad de Lima.
Máster en Asesoría Fiscal de Empresas
por el Instituto de Empresas – IE Law School.

El presente artículo fue recibido por el Comité Editorial con fecha 5 de abril de 2021 y fue aceptado con fecha 14 de abril de 2021.

SUMARIO:

I. Introducción.
II. La cláusula de no-discriminación en la Decisión 578 de la Comunidad Andina.
1. La Decisión 578 como norma comunitaria.
2. El régimen tributario de la Decisión 578.
3. Estructura del artículo 18 de la Decisión 578.
3.1. Países miembros de la Comunidad Andina y la Decisión 578.
3.2. Domicilio en alguno de los Países Miembros de la Comunidad Andina.
3.3. Tratamiento menos favorable.
3.4. Impuestos cubiertos por la Decisión 578.
III. Consideraciones para la aplicación del artículo 18 de la Decisión 578.
IV. Problemática en la aplicación del artículo 18 de la Decisión 578 en los pronunciamientos de la SUNAT: ¿un laberinto sin salida?
1. Primer caso: rentas de trabajo obtenidas en el Perú por un trabajador dependiente domiciliado en otro País Miembro de la Comunidad Andina —Informe Nº 183-2010-SUNAT/2B0003—.
2. Segundo caso: Informe Nº 144-2020-SUNAT/7T0000.
2.1. Primer supuesto.
2.2. Segundo supuesto.
2.3. Tercer supuesto.
V. Conclusiones.

RESUMEN:

A través de este artículo, el autor desarrolla las problemáticas en la aplicación de la Decisión 578 en los pronunciamientos de SUNAT y llega a la conclusión de que existe una necesidad de explorar y darle mayor contenido a la relación existente entre el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina y la Decisión 578, pues ésta suele revisarse esta de manera aislada y verla como "un convenio más" para evitar la doble imposición.

Palabras clave: Cláusula de no discriminación, Decisión 578, CDI, OCDE, Comunidad Andina, domicilio, TJCAN.

ABSTRACT:

In this article, the author develops the problems in the application of Decision 578 in the pronouncements of the Peruvian Tax Administration and concludes that there is a need to explore and give greater content to the relationship between the legal system of the Andean Community and the Decision 578, since the latter is usually studied in isolation and seen as "another treaty" to avoid double taxation.

Keywords: Non-discrimination clause, Decision 578, CDI, OECD, Andean Community, address, TJCAN.

I. INTRODUCCIÓN

Los diversos modelos de convenios internacionales para evitar la doble imposición[1] contienen disposiciones que protegen a los "contribuyentes transfronterizos" de tratamientos tributarios discriminatorios en uno de los países contratantes. La doctrina ha denominado a estas disposiciones como "cláusulas de no-discriminación".

En función a políticas fiscales, los sistemas tributarios de cada país establecen tratamientos diferenciados en base a, por ejemplo, la residencia, la nacionalidad, la capacidad contributiva, entre otros. Y es que algunos principios elementales del Derecho Tributario son, entre otros, la equidad vertical y horizontal.

El principio de equidad vertical implica que contribuyentes con diferente capacidad contributiva deben ser tratados de manera diferenciada. Por su parte, bajo el principio de equidad horizontal se establece que contribuyentes bajo condiciones iguales deben ser tratados de igual manera.

Las cláusulas de no-discriminación en los convenios internacionales en materia tributaria tratan de balancear la necesidad de prevenir una situación injustificada de discriminación y la necesidad de tomar en cuenta las distinciones legítimas en la diferenciación de tratamientos tributarios en función a los referidos principios. La Decisión 578 es el régimen para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal aprobado por la Comunidad Andina y aplicable a sus países miembros o contratantes; esto es, Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Esta Decisión tiene en su artículo 18 una prohibición de discriminación basada en la fórmula del domicilio.

El objetivo del presente artículo es volver abrir el debate y el estudio sobre la cláusula de no-discriminación de la Decisión 578 y, por qué no, también sobre el íntegro de esta norma comunitaria, cerca de 17 años desde su expedición.

En tal sentido, abordaremos la composición del artículo 18 de la Decisión 578 para luego analizar su aplicación tomando como referencia los dos únicos pronunciamientos de la Administración Tributaria peruana —SUNAT—, con el propósito de revelar la existencia o no de

1. Los modelos más conocidos y estudiados son los de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos — OECD y el modelo de convenio de las Naciones Unidas. Por ejemplo, el modelo de la OECD incluye cláusulas de no-discriminación para nacionales, personas sin residencia, establecimientos permanentes, para la deducción de gastos y para la tenencia de propiedad sobre ciertos activos. Por cuestiones de especificidad y de espacio, no haremos referencia a las cláusulas de no-discriminación contenidas en el modelo OECD.

lineamientos interpretativos sobre el referido artículo, contrastando con lo que creemos es la metodología razonable que debería emplearse al aplicar la cláusula de no-discriminación.

Finalmente, resaltaremos nuestras conclusiones incluyendo puntos que consideremos que deben ser analizados y estudiados a mayor profundidad.

II. LA CLÁUSULA DE NO-DISCRIMINACIÓN EN LA DECISIÓN 578 DE LA COMUNIDAD ANDINA

1. La Decisión 578 como norma comunitaria.

Es importante hacer referencia a un punto que, muchas veces, se suele dejar de lado. La Decisión 578 no es un tratado, es una norma del Derecho Comunitario.

El Derecho Comunitario es la producción normativa, en tanto ordenamiento jurídico, de la voluntad política de diversos Estados de crear un sistema de integración que responde a intereses políticos, económicos y sociales propios de una región y que tiene por principal objetivo, entre otros, facilitar la libertad de movimiento y establecimiento de los ciudadanos de esa región y la libre movilidad de servicios y capitales dentro de la misma.

Como tal, el Derecho Comunitario tiene primacía sobre el derecho nacional para poder garantizar su uniformidad en todos los países miembros. La Unión Europea es, por excelencia, el ejemplo de integración comunitaria de referencia.

En efecto, la supranacionalidad del Derecho Comunitario se manifiesta en dos principios fundamentales: la aplicación directa de la norma comunitaria, que significa que produce efectos jurídicos en los países miembros sin requerir para ello un complemento normativo del derecho interno; y, la preeminencia, que es la virtud que tiene el ordenamiento comunitario de primar sobre una norma de Derecho interno que se le oponga.[2]

En el caso de la Comunidad Andina, son dos los principales cuerpos normativos que establecen el ordenamiento jurídico comunitario de la región andina: el Acuerdo de Integración Subregional Andino —en adelante, "Acuerdo de Cartagena"— y el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina —en lo sucesivo, el "Tratado del TJCAN"—.

El Acuerdo de Cartagena crea la Comunidad Andina y establece las normas para su funcionamiento. Los actuales países miembros de la Comunidad Andina son: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. En adelante, nos referiremos a ellos como los "Países Miembros" o el "País Miembro".

El Tratado del TJCAN señala los órganos e instituciones que conforman el Sistema Andino de Integración; entre ellos, la Comisión de la Comunidad de la Comunidad Andina —en adelante, la "Comisión"—. La Comisión tiene funciones normativas y expresa su voluntad mediante Decisiones, estas forman parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.[3]

En el Derecho Comunitario se distingue entre

2. Luis Carlos Plata López & Donna Yepes Ceballos, "Naturaleza jurídica de las normas comunitarias andinas", *Revista de Derecho* 31 (2009): 196-223, http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972009000100008&lng=en&tlng=es. Como bien anotan los autores, la primacía del Derecho Comunitario no implica una confusión ni mucho menos la derogación implícita o tácita del Derecho interno de los países miembros; por el contrario, existe una relación de "autonomía recíproca" entre la fuente normativa de la organización supranacional —por ejemplo, la Comunidad Andina— y la de los países miembros. No obstante, en caso de contradicción, se aplica el principio de la primacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho interno de los países miembros.

3. Existe otro órgano con atribuciones normativas que también emite Decisiones: el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores.

normas de Derecho originario o primario y normas de Derecho derivado o secundario. En el caso de la Comunidad Andina, el Acuerdo de Cartagena y el Tratado del TCJCAN son normas de Derecho originario, pues son una suerte de "Constitución" del ordenamiento jurídico comunitario; y, por su lado, la Decisiones son normas de Derecho derivado.

La Comisión adopta sus Decisiones con el voto favorable de la mayoría absoluta de los Países Miembros, y éstas obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por la Comisión.[4] Es decir, las Decisiones serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación, a menos que las mismas señalen una fecha posterior.[5]

Esto último es importante puesto que es la expresión del principio de aplicación directa, al que hemos hecho referencia.

Entonces, la regla es que la Decisión aplica de manera directa desde su fecha de publicación, y no solo ello, sino que también genera lo que se conoce en doctrina como el "principio efecto directo", según el cual, los ciudadanos de los países miembros de la Comunidad Andina pueden exigir antes las cortes nacionales en cuanto les beneficien y sean aplicables.

La excepción al principio de aplicación directa es la exigencia de transponer la norma comunitaria en el ordenamiento jurídico nacional de cada uno de los Países Miembros. En efecto, el Tratado del TJCAN establece que, cuando su texto así lo disponga, las Decisiones requerirán de incorporación al Derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro.[6]

En los casos en que así la Decisión lo señale, es necesario que antes de que ésta sea efectivamente aplicable, los Países Miembros la incorporen a su normativa nacional, ya sea mediante la creación de nuevas leyes o la modificación de leyes existentes.

La Decisión 578 establece un régimen para evitar la doble tributación y prevenir la evasión fiscal. Esta Decisión se publicó el 4 de mayo de 2004 y su vigencia empezó el 1 de enero de 2005.[7]

La Decisión 578 no dispuso que deba ser incorporada a la normativa interna de los Países Miembros de la Comunidad Andina, en tal sentido, bajo el principio de aplicación directa, es aplicable y surte plenos efectos para aquellos y sus ciudadanos desde el 1 de enero de 2005.

2. El régimen tributario de la Decisión 578.

La Decisión 578 tiene como uno de sus principales objetivos evitar la doble tributación de unas mismas rentas o patrimonios a nivel comunitario que puede surgir cuando una persona o empresa realiza sus actividades económicas en dos o más de los Países Miembros.

Para evitar la doble tributación, como regla general, la Decisión 578 ha recogido la fórmula de la "tributación en la fuente". Esto es, la renta que genere una persona o empresa domiciliada en alguno de los Países Miembros solo podrá estar sujeta a tributación por el País Miembro en donde se haya generado esa renta.

Por ejemplo, si una persona domiciliada en Ecuador realiza un trabajo en Bolivia para una empresa domiciliada en ese país, y este último somete a tributación la contraprestación que

4. Artículo 2 del Tratado del TJCAN.

5. Primer párrafo del Artículo 3 del Tratado del TJCAN.

6. Segundo párrafo del Artículo 3 del Tratado del TJCAN.

7. La Decisión 578 sustituyó a la Decisión 40 que estableció un régimen distinto para evitar la doble tributación.

aquella pague por el trabajo realizado, solo tributaría en Bolivia y no en Ecuador.

Salvo Bolivia, el resto de los Países Miembros someten a tributación a personas y empresas domiciliadas por sus rentas locales mundiales; y a aquellos que no son domiciliados solo por sus rentas locales.[8] Así, si un peruano con domicilio en Perú realiza trabajo en ese país, pero obtiene dividendos en Ecuador, en ausencia de la Decisión 578, debería tributar en Perú por el trabajo realizado y por los dividendos percibidos y sobre estos últimos también tendría que tributar en Ecuador. Esta última situación es evitada por la Decisión, al disponerse, siguiendo el criterio de tributación en la fuente, que los dividendos solo tributan en Ecuador y no en Perú —este último deberá reconocer tales dividendos como exonerados del Impuesto a la Renta—.

La ecuación es sencilla: primero debemos revisar las normas tributarias internas de cada País Miembro para saber si una determinada renta está gravada o no. Si la renta se encuentra gravada en más de un País miembro, entonces debemos recurrir a la Decisión 578 y determinar el lugar de fuente de dicha renta. La renta tributará en el País Miembro en donde se encuentre la fuente y el otro País Miembro deberá considerar la misma renta como exonerada. El siguiente paso es revisar la cláusula de no-discriminación.

3. Estructura del artículo 18 de la Decisión 578.

La cláusula de no-discriminación de la Decisión 578 la encontramos en su artículo 18 que establece lo siguiente:

> *"Ningún País Miembro aplicará a las personas domiciliadas en los otros Países Miembros, un tratamiento menos favorable que el que aplica a las personas domiciliadas en su territorio, respecto de los impuestos que son materia de la presente Decisión".*

Para analizar esta regla, podemos descomponer su lenguaje o redacción de la siguiente manera:

- ningún país miembro;
- aplicará a las personas domiciliadas en los otros países miembros;
- un tratamiento menos favorable;
- que el que aplique a las personas domiciliadas en su territorio; y,
- respecto de impuestos que son materia de la presente Decisión.

3.1. Países miembros de la Comunidad Andina y la Decisión 578.

Hemos mencionado que los actuales Países Miembros de la Comunidad Andina son Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.

Sobre este punto vale la pena hacer una acotación. Adolfo Martín señala que el principio de no-discriminación en los Convenios para Evitar la Doble Imposición no opera al margen de tales convenios; es decir, no existe un principio general de no-discriminación en Derecho Tributario internacional.[9] Esto es cierto en la medida en que dichos convenios se suscriben de manera bilateral entre dos países y es el instrumento que regula las relaciones tributarias entre ambos.

No obstante, ello no es de todo cierto en el caso que analizamos. Hemos precisado en detalle que la Decisión 578 no es un tratado internacional, sino es parte de un ordenamiento jurídico supranacional, dentro del cual existen principios generales que buscan asegurar la misión de la Comunidad Andina. En tal sentido, la cláusula de no-discriminación de la Decisión 578 no solo se circunscribe al resto de sus disposicio-

8. En Bolivia aplica un sistema de tributación territorial; donde, tanto para domiciliados como para no domiciliados, solo se gravan las rentas que tengan su origen en Bolivia.

9. Adolfo Martín Jiménez, "El principio de no discriminación en el artículo 24 del modelo de convenio de la OCDE de 2008", *Revista de Derecho Fiscal* 5 (1) (2011), https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/fiscal/article/view/2751.

nes, sino también a las normas comunitarias y a la jurisprudencia del TJCAN.

3.2. Domicilio en alguno de los Países Miembros de la Comunidad Andina.

Para estar ante un supuesto de aplicación del citado artículo 18 de la Decisión 578, es necesario que hablemos de personas domiciliadas en los Países Miembros de la Comunidad Andina y no de un tercer país.

En otras palabras, podemos ver que la cláusula de no-discriminación de la Decisión 578 ha tomado como elemento de referencia el domicilio fiscal de las personas. Esta cláusula proscribe la discriminación en función al domicilio fiscal de las personas domiciliadas en algunos de los Países Miembros de la Comunidad Andina.

El domicilio de las personas viene, en primer lugar, determinado por la norma interna de cada País Miembro. Así, por ejemplo, en el caso de Perú, se considera que, para efectos tributarios, las personas naturales de nacionalidad peruana son domiciliadas siempre que tengan domicilio en el país de acuerdo con las reglas de derecho común.[10]

Por otro lado, una persona natural extranjera es domiciliada en el país cuando haya residido o permanecido en Perú más de 183 días calendario dentro de un período cualquiera de 12 meses.[11]

Las reglas de domicilio fiscal en Perú son relativamente sencillas. Esto no es así en todos los países. Por ejemplo, Colombia establece reglas de domicilio fiscal para nacionales colombianos que tengan el 50% o más de sus activos poseídos en Colombia.

Así, podríamos tener un caso en el que un nacional colombiano permanece en Perú por más de 183 días, pero tiene todos sus bienes y propiedades en Colombia. Estamos ante un caso de doble domicilio fiscal.

Este conflicto de domicilio fiscal es resuelto por la misma Decisión 578 en su artículo 2(e), mediante la siguiente regla: una persona física o natural será considerada domiciliada en el País Miembro en que tenga su residencia habitual.

Si el criterio de "residencia habitual" no es suficiente para resolver el conflicto de domicilio fiscal, las autoridades tributarias de los Países Miembros deberán resolver el caso de común acuerdo.

3.3. Tratamiento menos favorable.

Específicamente, la cláusula de no-discriminación proscribe un "tratamiento menos favorable" que el que aplique a las personas domiciliadas en un País Miembro cuando en éste se genere una renta en cabeza de una persona domiciliada en otro País Miembro.

Dicho de otra forma, dicha cláusula cubre la discriminación impuesta por y manifestada en uno de los Países Miembros con respecto a una persona domiciliada en otro País Miembro.

Es importante destacar que la frase "tratamiento menos favorable" es evidencia de que el artículo 18 ha sido redactado en una terminología de no discriminación, en oposición a una terminología igualitaria o equitativa. Nótese que la regla no obliga a los Países Miembros a tratar a una persona domiciliada en otro País Miembro de manera igual a la que trata a sus domiciliados. El artículo 18 de la Decisión 578 prohíbe un tratamiento menos favorable y no uno más favorable en perjuicio de las personas domiciliadas en el País Miembro que se analice.

Si bien es cierto que esta distinción parece ser solo teórica, sí es relevante, pues nos informa sobre el alcance del artículo 18.

---

10. Artículo 7, inciso a) del Decreto Supremo N° 179-2004-EF, Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta —LIR.

11. Articulo 7, inciso b) de la LIR.

En la misma línea, Tulio Tartarini explica que del artículo 18 de la Decisión 578 no emana un tratamiento equitativo entre personas domiciliadas en la Comunidad Andina. Señala que sostener esta postura nos llevaría a pensar que una persona domiciliada en uno de los Países Miembros debe ser sometida a imposición bajo los mismos términos en todos los otros Países Miembros. El efecto sería que los domiciliados en los Países Miembros de la Comunidad Andina sean tratados como domiciliados en todos esos países.[12]

Coincidimos con la opinión de que este no es el caso y que lo que persigue el artículo 18, siguiendo al mismo autor, es que las rentas estén sometidas a imposición en una sola jurisdicción y de la forma en que dicha jurisdicción las grava para sus propios domiciliados.

Cada País Miembro sigue siendo libre de determinar los supuestos que generan una renta gravada bajo su jurisdicción; los cuales, naturalmente, deben luego contrastarse con la Decisión 578.

Por otro lado, la Decisión 578 no define qué debe entenderse por "menos favorable"; en ese sentido, a falta de indicación expresa en contrario y en base a prácticas internacionales, el tratamiento menos favorable no solo debe constituir el pago o determinación de un mayor impuesto; sino también, la imposición de mayores cargas formales.

3.4. Impuestos cubiertos por la Decisión 578.

Finalmente, la cláusula de discriminación de la Decisión solo aplicará respecto de los impuestos cubiertos por la misma; esto es, según su artículo 1, a los impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio.

En el caso de Perú, esta disposición alcanza a aquellas obligaciones tributarias que se deriven de la aplicación del Impuesto a la Renta. No existe en nuestro país un impuesto al patrimonio.

Así, por ejemplo, la Decisión y su cláusula de no-discriminación no alcanza a impuestos como el Impuesto General a las Ventas, Impuesto de Alcabala, entre otros.

III. CONSIDERACIONES PARA LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 18 DE LA DECISIÓN 578

Es ampliamente aceptado que una situación de discriminación solo puede existir cuando todos los factores a tomar en cuenta son similares y el trato diferenciado —o trato menos favorable en los términos de la Decisión 578— se basa exclusivamente en la diferencia que es prohibida por la norma en cuestión; en nuestro caso, el artículo 18 de la Decisión 578 que incluye al domicilio como "diferencia prohibida".

Siguiendo al académico Niels Bammens[13], que nos presenta una aproximación aristotélica de una cláusula de no-discriminación, cuatro elementos se pueden distinguir en la concepción de discriminación: (i) dos situaciones (ii) son tratadas de manera diferente (iii) a pesar de ser comparables, (iv) resultando en una desventaja para una de esas situaciones.

Conceptualmente, es importante llamar la atención sobre el primero de los elementos mencionados, puesto que para poder hablar de dos situaciones al menos una característica de estas debe ser diferente; de lo contrario no sería posible hablar de discriminación. Es por ello también que hablamos de situaciones comparables y no de situaciones idénticas o iguales.

12. Tulio Tartarini Tamburini, "El principio de no discriminación contenido en la Decisión 578 de la Comunidad Andina de Naciones y las rentas de capital", *THEMIS Revista De Derecho* 64 (2013): 181-195. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9581.

13. Niels Bammens, "The principle of non-discrimination in international and European tax law", *IBFD Doctoral Series* Volumen 24 (2012): 9, https://books.google.com.pe/books?id=b3LGM41RpdMC&pg=PA9&source=gbs_toc_r&cad=4#v=onepage&q&f=false.

Para la aplicación de una cláusula de discriminación, siguiendo doctrina y jurisprudencia europea, se requiere de dos *tests*: (i) *test* de comparabilidad; y, (ii) y *test* de desventaja[14]:

(i) *Test* de comparabilidad: una cláusula de no-discriminación solo aplica si hay dos sujetos que son comparables entre sí, en situaciones comparables.

(ii) *Test* de desventaja: si las situaciones son comparables, uno de los elementos de comparación conlleva a un tratamiento diferente que es menos favorable para uno de los sujetos comparados, únicamente por disposición expresa de una norma específica que toma en cuenta dicho elemento —en nuestro caso, el domicilio—.

Estando a ello, a continuación analizaremos los dos únicos casos en los que la SUNAT se ha pronunciado sobre la aplicación del artículo 18 de la Decisión 578.

IV. PROBLEMÁTICA EN LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 18 DE LA DECISIÓN 578 EN LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA SUNAT: ¿UN LABERINTO SIN SALIDA?

1. Primer caso: rentas de trabajo obtenidas en el Perú por un trabajador dependiente domiciliado en otro País Miembro de la Comunidad Andina —Informe Nº 183-2010-SUNAT/2B0003—.

La pregunta planteada a SUNAT fue qué tratamiento tributario aplica en nuestro país a la renta obtenida por la persona indicada. Para efectos prácticos, supongamos que se trata de una persona nacional y domiciliada en Ecuador.

Para empezar, recodemos que, de acuerdo con la LIR, se consideran rentas de fuente peruana las obtenidas por el trabajo personal, en el ejercicio de una profesión.

Sobre este tipo de rentas, las personas domiciliadas en el país tributan con una escala acumulativa progresiva que va desde el 8% al 30%, previa deducción de algunos conceptos establecidos por la referida Ley, como las conocidas 7 Unidades Impositivas Tributarias —UIT— de "supervivencia".

En cambio, tratándose de personas naturales no domiciliadas en el Perú que obtengan la misma renta de trabajo, tributan con una tasa del 30% sobre el monto bruto de la remuneración que perciban por el trabajo realizado en el país, sin la posibilidad de aplicar deducción alguna.

En el presente caso tenemos como sujeto comparable a la persona domiciliada en Ecuador y como objeto comparable a la persona domiciliada en el Perú —es esta última contra quien hacemos la comparación de la persona domiciliada en Ecuador—. Siguiendo la línea de análisis que proponemos, veamos como resuelve SUNAT.

a) Sujeto comparable: trabajador dependiente domiciliado en Ecuador.

b) Objeto comprable: trabajador dependiente domiciliado en Perú.

c) Renta de fuente peruana sujeta a tributación: rentas de trabajo generadas en relación de dependencia.

d) Aplicación de la Decisión 578: la SUNAT determina si resulta aplicable la Decisión 578 en función al domicilio de la persona no domiciliada que genera renta de trabajo en el Perú. Concluye que sí, puesto que en el caso materia de consulta, la persona do-

14. Niels Bammens y Frans Vanistendael, *Global Tax treaty Commentaries - Article 24: Non-Discrimination,* (IBFD, 2016), citado en Francesco De Lillo, "Chapter 19: Prohibition of Discrimination", en *Roy Rohatgi on International Taxation - Volume 1: Principles, eds.* Ola Ostaszewska y Belema Obuoforibo (Amsterdam: IBFD, 2018): 357.

miciliada en Ecuador no había pasado más de 183 días en Perú.

Seguidamente, el Informe analiza el artículo 13 de la Decisión 578 para determinar qué País Miembro tiene la potestad para someter a tributación la renta de trabajo generada. Como vimos, la Decisión 578 consagra el criterio de la fuente. En este caso, la persona de nacionalidad ecuatoriana realizaba su trabajo en Perú por lo tanto, es Perú quien grava y Ecuador debe reconocer la misma renta como exonerada.

e) Aplicación del artículo 18 de la Decisión 578: la SUNAT señala que el artículo 18 *"específicamente prohíbe el trato discriminatorio en función al domicilio del sujeto, razón por la cual, en el supuesto bajo análisis, una persona natural domiciliada en un país miembro de la Comunidad Andina que esté sujeta al Impuesto a la Renta en el Perú tiene derecho a tributar, desde el primer día de su permanencia en el país, de modo equivalente a como tributan las personas naturales domiciliadas en el Perú, salvo que existiera un tratamiento diferenciado en función a alguna consideración adicional distinta al domicilio"* —el subrayado es nuestro—.

   Seguidamente, citando a Fernando Zuzunaga, la SUNAT precisa que *"para que proceda la aplicación de la Cláusula de No Discriminación de la Decisión 578 es necesario que se presenten los requisitos o características que la ley interna del país exige a sus domiciliados para la aplicación de dicha ley, excepto el ser domiciliado"*.[15]

   Comentario: nótese que la SUNAT correctamente indica que, si el único elemento diferenciador del tratamiento tributario a la persona domiciliada en Ecuador es el domicilio, entonces ésta deberá tributar en el Perú como tributa una persona domiciliada en este país.

   Si la LIR hubiese incorporado otro elemento diferenciador distinto al domicilio, el tratamiento menos favorable o la desventaja para el nacional ecuatoriano estaría permitida.

   Ahora bien, la cita de Fernando Zuzunaga empleada por la SUNAT no es desarrollada y el autor no brinda mayor detalle, aunque sí una pista. Esa cita, según el autor, atiende a los fundamentos del principio de igualdad horizontal.

   Creemos que lo que se ha tratado decir en este punto es que para aplicar el *test* de comparabilidad y desventaja que hemos mencionado, debemos partir de la ley interna del país, en este caso de Perú. Veamos.

   (i) Test de comparabilidad: los sujetos comparables en este caso son ambos personas naturales; ambos realizan un trabajo en el Perú; ambos realizan su trabajo de manera dependiente; y, ambos reciben una remuneración por el trabajo realizado, manifestando cierto grado de capacidad contributiva. La LIR grava las contraprestaciones que perciban sus domiciliados por trabajos dependientes llevados a cabo en territorio nacional; esto también es así para personas no domiciliadas. La similitud es evidente. Se cumple con el *test* de comparabilidad.

   (ii) Test de desventaja: por más que pueda resultar sencillo, es importante seguir el hilo lógico de aplicación de la cláusula de no-discriminación, pues podría haber casos más complejos, como veremos más adelante.

   En el presente caso, como ya hemos adelantado, el factor domicilio hace que el nacional ecuatoriano esté sujeto a una mayor carga impositiva que el domiciliado peruano que, en circunstancias comparables,

15. Fernando Zuzunaga del Pino, "Tema 2: Convenios para evitar la doble imposición" (ponencia general, IX Jornadas Nacionales de Tributación IFA, 4 de abril de 2008).

soporta una menor carga ya que a este último se le permite tomar deducciones y aplicar una tasa del impuesto marginal. Se verifica el *test* de desventaja.

Estando a ello, con seguridad podemos afirmar que resulta de aplicación el artículo 18 de la Decisión 578.

f) Conclusión de SUNAT: *"(…) teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 18 de la Decisión 578, dichas personas (las domiciliadas en otros Países Miembros), aun cuando no califiquen como domiciliadas en el país (Perú), tendrán derecho a determinar el Impuesto a la Renta considerando la deducción anual de siente Unidades Impositivas Tributarias establecidas en el artículo 46 del TUO de la Ley del Impuesto a la Renta y la escala progresiva acumulativa prevista en el artículo 53 del mismo TUO, toda vez que la legislación nacional del Impuesto a la Renta ha previsto diferencias para el cálculo de la obligación tributaria en función a la existencia o no de la condición de domiciliado en el Perú"* —el subrayado es nuestro—.

Comentario: la corrección de la desventaja generada por el factor domicilio es reconocer en favor del nacional ecuatoriano la deducción de las 7 UIT y la aplicación de la escala acumulativa progresiva para la determinación de su Impuesto a la Renta peruano, tal y como si se considerase domiciliado en el Perú.

Consideramos que la conclusión a la que llega la SUNAT es jurídicamente correcta. El criterio más importante que nos deja es que para el *test* de comparabilidad y desventaja debemos tomar como punto de partida la norma interna del País Miembro que está sujetando a tributación la renta en cuestión.

Ahora bien, y resulta curioso, la SUNAT no adopta todas la observaciones de Fernando Zuzunaga quien señala, poniéndose en el supuesto de que el trabajador nacional ecuatoriano solo trabaja 5 meses en el Perú, que dada la configuración del Impuesto a la Renta peruano de sujetos domiciliados, la deducción de las 7 UIT es anual y la escala progresiva acumulativa es aplicable sobre la renta anual y de fuente mundial, no existe un mecanismo previsto para aplicar la cláusula de no-discriminación en caso de rentas obtenidas por un no domiciliado en cinco meses, razón por la cual en dicho caso la referida cláusula no será efectiva.

Aunque es razonable, no compartimos esta opinión; toda vez que, si tuviéramos una persona domiciliada en el Perú que solo trabaja 5 meses y no tiene otra fuente de ingreso, ni local ni extranjera, igual tendrá derecho a la deducción de las 7 UIT, estará sujeto a la escala acumulativa progresiva y deberá presentar su declaración jurada anual del Impuesto a la Renta, de corresponder. Es decir, la forma de cálculo seguirá siendo la misma.

No obstante, si reconocemos que existen dificultades de orden administrativo para una implementación correcta del artículo 18 de la Decisión 578. La SUNAT podría establecer formularios virtuales y especiales para estos casos, así como, lineamientos informativos.

2. Segundo caso: Informe Nº 144-2020-SUNAT/7T0000.

Los tres supuestos planteados en este informe son complejos. No negamos la dificultad que enfrenta la SUNAT para resolver estos supuestos; sin embargo, buscando una solución simplista, la Administración Tributaria deja pasar una oportunidad para brindar luces sobre la aplicación e interpretación del artículo 18 de la Decisión 578. Una vez más, la SUNAT deja pasar la oportunidad de contribuir con la seguridad jurídica y de generar confianza en los contribuyentes.

2.1. Primer supuesto.

Rendimientos obtenidos por sociedad Administradora de Fondos de Pensiones —AFP colombiana como resultados de sus inversiones en el Perú, efectuadas a través de fondos de inversión o fideicomisos constituidos en Colombia.
El motivo de la consulta se debe a que tratán-

dose de AFP domiciliadas en el Perú, y que como resultado de sus inversiones en el país, efectuadas a través de fondos de inversión o fideicomisos constituidos en el Perú, obtienen rendimientos que no se encuentran gravados con el Impuesto a la Renta en Perú: ¿debe otorgarse el mismo tratamiento para AFP y fondos de inversión o fideicomisos constituidos en Colombia que obtienen rentas en Perú?

Resulta un poco complicado seguir la ilación de la lógica empleada por la SUNAT, pero para una mayor claridad, sigamos con nuestro método propuesto:

a) Sujeto comparable: fondos de inversión o fideicomisos domiciliados en Colombia

   Comentario: como bien apunta la SUNAT, el sujeto que obtiene rentas de fuente peruana en el supuesto de la consulta es el fondo de inversión o fideicomiso constituido en Colombia, no las AFP.

b) Objeto comparable: fondos de inversión o fideicomisos domiciliados en Perú.

c) Renta de fuente peruana sujeta a tributación: en este extremo hay silencio de la SUNAT, quien se limita a señalar que *"siendo que en el supuesto consultado no se precisa el tipo de rentas que obtiene el fondo de inversión o fideicomiso constituido en Colombia, por lo que dicha situación deberá evaluarse en cada caso en particular"* —el subrayado es nuestro—.

   Comentario: esta posición de SUNAT nos imposibilita a continuar con nuestro análisis pues si no conocemos de qué renta hablamos ¿cómo determinamos si se sujeta a tributación en el Perú o no?

   Sin perjuicio de ello, la SUNAT pudo muy bien haber asumido las rentas que generan los fondos de inversión o fideicomisos. Principalmente, en base a la naturaleza de estos vehículos, las rentas que estos generan son rentas pasivas: intereses, dividendos y ganancias de capital.

Como bien indica la SUNAT, el artículo 14 de la LIR establece que son contribuyentes de dicho impuesto entre otros, las personas jurídicas, siendo que el inciso f) precisa que se consideran personas jurídicas a las empresas unipersonales, las sociedades y las entidades de cualquier naturaleza, constituidas en el exterior, que en cualquier forma perciban renta de fuente peruana.

Bajo el derecho común, los fondos de inversión y fideicomisos se caracterizan por ser patrimonios autónomos, es decir, entidades sin personería jurídica; no obstante, para efectos tributarios, este tipo de entidades se consideran como personas jurídicas —empresas—.

Por lo tanto, los fondos de inversión y fideicomisos extranjeros estarán sujetos al Impuesto a la Renta por sus rentas de fuente peruana. La consulta sí es clara en el sentido de que las inversiones de estos fondos se realizan en Perú.

Si bien la consulta no especifica la renta pasiva exacta, ésta tiene su origen en Perú y, como bien precisa la SUNAT, adelantándose al análisis de la potestad tributaria en la Decisión 578, a pie de página: *"con el artículo 10 los intereses y demás rendimientos financieros sólo serán gravables en el País Miembro en cuyo territorio se impute y registre su pago; mientras que conforme al artículo 11 los dividendos y participaciones sólo serán gravables por el País Miembro donde estuviera domiciliada la empresa que los distribuye. Por su parte, el artículo 12 establece que las ganancias de capital sólo podrán gravarse en el País miembro en cuyo territorio estuvieran situados los bienes al momento de su venta. Con excepción de las ganancias de capital obtenidas por la enajenación de: (i) naves, aeronaves, autobuses y otros vehículos de transporte, que sólo serán gravables por el País Miembro donde esta domiciliado el propietario, y (ii) títulos, acciones, otros valores, que sólo serán gravables por el País Miembro en cuyo territorio se hubieran*

emitido". Si, como veremos, la SUNAT agota su análisis ¿por qué hacer referencia a estos artículos de la Decisión 578?

Consideramos que con estas precisiones la SUNAT pudo continuar con el análisis del presente caso.

d) Aplicación de la Decisión 578: en sus conclusiones la SUNAT señala que *"para efectos de la aplicación de la cláusula de no discriminación se debe establecer en cada caso en particular si el fondo de inversión o fideicomiso califica como "empresa" domiciliada en Colombia, así como el tratamiento tributario de acuerdo al tipo de renta que se obtenga"*.

Comentario: nuevamente la SUNAT nos lleva a un callejón sin salida.

Si superamos el hecho de que no se especifica la renta en particular del presente caso y que esta se encuentra gravada en Perú, el paso siguiente es determinar si resulta aplicable la Decisión 578; y primero debemos revisar si los fondos de inversión o fideicomisos colombianos son residentes en Colombia para efectos de dicha Decisión.

El artículo 1 de la Decisión 578 establece que esta es aplicable a las personas domiciliadas en cualquiera de los Países Miembros de la Comunidad Andina.

El literal c) del artículo 2 de la Decisión 578 prevé que el término "persona" servirá para designar a:

(i) Una persona física o natural.
(ii) Una persona moral o jurídica.
(iii) Cualquier otra entidad o grupo de personas, asociadas o no, sujetas a responsabilidad tributaria.

Hemos mencionado que los fondos de inversión y fideicomisos tienen una categoría especial. Es necesario conocer cuál su tratamiento en la normativa interna colombiana para saber si califican como persona jurídica, en cuyo caso sí aplicaría la Decisión; o, si de lo contrario, son entidades sujetas al pago de impuestos en Colombia, siendo que, de igual manera, resultaría de aplicación la Decisión.

La SUNAT se limita a mencionar que este análisis de domicilio se debe hacer caso por caso y así evita pronunciarse sobre el fondo de la consulta.

Consideramos que, en aras del cumplimiento de los fines del sistema comunitario andino, particularmente de la libertad de movimiento de capitales, la SUNAT pudo confirmar con la autoridad tributaria colombiana el tratamiento que reciben los fondos de inversión y fideicomisos en Colombia para confirmar si son domiciliados según la Decisión 578; con una simple carta hubiese bastado. Ahora, si esto representaba una dificultad insuperable para la SUNAT, bien pudo asumir que los fondos de inversión y fideicomiso colombianos sí son domiciliados bajo la Decisión 578 y continuar con el análisis.

e) Aplicación del artículo 18 de la Decisión 578: sin perjuicio de lo anterior la SUNAT establece que *"en caso se cumpla con la premisa de que el fondo de inversión o fideicomiso califica como empresa domiciliada en Colombia de acuerdo con los términos de la Decisión 578, a fin de evaluar la aplicación de la cláusula de no discriminación se debe comparar el tratamiento tributario que recibe la empresa domiciliada en Colombia con el otorgado a una persona jurídica domiciliada en el Perú* por el mismo tipo de renta, *siendo que en el supuesto consultado no se precisa el tipo de rentas que obtiene el fondo de inversión o fideicomiso constituido en Colombia, por lo que dicha situación deberá evaluarse en cada caso en particular"* —el subrayado es nuestro—.

Comentario: por un momento la SUNAT asume que los fondos de inversión y fideicomiso colombianos sí son domiciliados bajo la Decisión 578 pero decide no continuar con el análisis porque la consulta no

especifica la renta que estas entidades obtienen en el Perú. Otro callejón sin salida. Seguimos sin escapar del laberinto.

Con ello, la SUNAT se escapa de aplicar los *tests* de comparabilidad y de desventaja.

f) Conclusión de SUNAT: *"los rendimientos obtenidos por inversiones en el Perú de fondos de inversión o fideicomisos domiciliados en Colombia se encuentran gravados con el Impuesto a la Renta en el Perú, siempre que correspondan a supuestos gravados en la LIR, calificando el referido fondo de inversión o fideicomiso como contribuyente del impuesto en calidad de persona jurídica no domiciliada, resultando irrelevante que dichas rentas sean atribuidas a terceros bajo la legislación colombiana como sería el caso de una AFP; siendo que para efectos de la aplicación de la cláusula de no discriminación se debe establecer en cada caso en particular si el fondo de inversión o fideicomiso califica como "empresa" domiciliada en Colombia, así como el tratamiento tributario de acuerdo al tipo de renta que se obtenga"* —el subrayado es nuestro—.

   Comentario: esto es simplemente el resumen de los puntos antes mencionados. La SUNAT no brinda una respuesta a la consulta.

2.2. Segundo supuesto.

Rendimientos obtenidos por los activos que respaldan las reservas técnicas de las compañías de seguros de vida constituidas o establecidas en Colombia, como resultado de sus inversiones en el Perú, efectuadas a través de fondos de inversión o fideicomisos constituidos en Colombia.

Al igual que el caso supuesto anterior, la SUNAT se limita a señalar que para que aplique la Decisión deberá estudiarse cada caso en particular. En tal sentido, para este segundo supuesto, nuestros comentarios son los mismos a los arriba expuestos.

2.3. Tercer supuesto.

Fundaciones legalmente establecidas en Colombia cuyo instrumento de constitución comprenda exclusivamente alguno o varios de los fines contemplados en la LIR que permiten considerar a fundaciones domiciliadas como entidades exoneradas de dicho impuesto.

a) Sujeto comparable: fundaciones domiciliadas en Colombia que tienen los mismos fines sociales que otorgan la exoneración tributaria en Perú a este tipo de entidades.

b) Objeto comparable: fundaciones domiciliadas en Perú exoneradas del Impuesto a la Renta por cumplir con los fines sociales reconocidos por la LIR.

   Comentario: para recordar, la LIR establece una inafectación de dicho impuesto para las fundaciones legalmente establecidas que se dediquen exclusivamente a alguno o varios de los fines señalados en el inciso c) del artículo 18 de dicha Ley.[16]

c) Renta de fuente peruana sujeta a tributación.

   Comentario: no hay referencia alguna en el informe sobre el tipo de renta que generan las Fundaciones.

d) Aplicación de la Decisión 578.

   Comentario: la SUNAT no hace un examen de domicilio como si lo hace para los anteriores supuestos. Por el contrario, deja entrever que considera a las fundaciones legalmente establecidas en Colombia como domiciliadas para efecto de la Decisión 578.

16. Los fines previstos por la norma son los siguientes: cultura, investigación superior, beneficencia, asistencia social y hospitalaria y beneficios sociales para los servidores de las empresas.

e) Aplicación del artículo 18 de la Decisión 578: como premisa, la SUNAT señala, citando nuevamente a Fernando Zuzunaga, que *"dado que la exigencia de no discriminación es aplicable únicamente al factor domicilio fiscal, es posible otorgar un tratamiento diferenciado en función a otros factores, como por ejemplo los fines de la sociedad, calificación de persona jurídica y persona física, etc. Así, si la legislación de un País Miembro otorga a un domiciliado en otro País Miembro un tratamiento diferenciado que se sustenta no sólo en la diferente condición de domicilio sino en algún otro factor, no aplica la Cláusula de No Discriminación"* —el subrayado es nuestro—.

Continúa señalando que *"(…) no se transgrede el principio de no discriminación contenido en la Decisión 578, cuando el País Miembro que resulte competente para gravar con el impuesto sobre la renta a un sujeto no domiciliado en ese país, no aplique a dicho sujeto la legislación que le corresponde a sus domiciliados, debido a factores diferentes al domicilio"*.

Entrando al supuesto planteado, la SUNAT hace referencia a que, en base al inciso f) del artículo 14 de la LIR al que hemos hecho mención antes, *"las fundaciones legalmente establecidas en Colombia que perciben rentas de fuente peruana son consideradas contribuyentes del Impuesto a la Renta en calidad de personas jurídicas no domiciliadas y, por ende, sujetos pasivos del referido impuesto"*.

Para la aplicación del artículo 18 de la Decisión 578, la SUNAT señala que *" (…) debe verificarse si existe un trato discriminatorio atendiendo a la calidad de persona jurídica no domiciliada de la fundación legalmente establecida en Colombia (sujeto que percibe las rentas), en comparación con el tratamiento que sería aplicable a una persona jurídica domiciliada en el Perú, respecto del mismo tipo de renta y operaciones, careciendo de objeto analizar los fines establecidos en el instrumento de constitución de la fundación establecida en Colombia, pues el factor a evaluar es la discriminación en función del domicilio del sujeto"* —el subrayado es nuestro—.

Comentario: Traduzcamos el análisis de SUNAT en base a los *tests* de comparabilidad y desventaja:

(i) Test de comparabilidad: tanto las fundaciones colombianas como las peruanas tienen el mismo propósito; esto es, son entidades sin fines de lucro y persiguen alguno de los fines señalados en la Ley del Impuesto a la Renta. Ambas son consideras para efectos tributarios como personas jurídicas. Ambas se encuentran sujetas a tributación en Perú por sus rentas de fuente peruana. Consideramos que el grado de comparabilidad es razonable y que, por lo tanto, se cumple este *test*.

(ii) Test de desventaja: las fundaciones que cumplan con los requisitos —fines— se encuentran infectas del Impuesto a la Renta; sin embargo, la norma no deja en claro si dicha inafectación —no sujeción— es solo aplicable a fundaciones domiciliadas.

El inciso c) del artículo 18 de la LIR señala que, no son sujetos pasivos del impuesto (…) las *"fundaciones legalmente establecidas, cuyo instrumento de constitución comprenda exclusivamente alguno o varios de los siguientes fines (…); fines cuyo cumplimiento deberá acreditarse con arreglo a los dispositivos legales vigentes sobre la materia"* —el subrayado es nuestro—.

La norma menciona "fundaciones legalmente establecidas". No dice establecidas en Perú. Tampoco dice establecidas en cualquier jurisdicción.

Parece que hemos llegado a un punto en nuestro laberinto en el que no sabemos qué dirección tomar.

Por un lado, siguiendo el criterio de SUNAT de que carece de objeto analizar los fines del referido artículo, solo tendríamos dos resultados posibles pero que nos llevan a la misma conclusión. Primero, si el inciso c) del artículo 18 de la LIR se refiere a fundaciones domiciliadas y no domiciliadas —no distinguiendo donde la ley no lo hace—, entonces no habría desventaja alguna, puesto que las fundaciones legalmente establecidas en Colombia y en Perú, ambas estarían inafectas del Impuesto a la Renta. Esta no pareciera ser la interpretación de SUNAT. Segundo, el inciso c) del artículo 18 de la LIR solo se refiere a fundaciones legalmente establecidas y domiciliadas en el Perú, en cuyo caso sí existiría una desventaja basada en el domicilio, pues por ello las fundaciones colombianas no pueden acceder a la inafectación, en cuyo caso esto debe ser corregido por el artículo 18 de la Decisión 578 y concluir que éstas también se encuentran inafectas del Impuesto a la Renta. No creemos que esta sea la conclusión de la SUNAT.

Por otro lado, podría tomarse la posición de que el inciso c) del artículo 18 de la Ley del Impuesto a la Renta solo se refiere a fundaciones legalmente establecidas y domiciliadas en Perú. En este caso, ¿se verificaría el test de desventaja por que en base al domicilio la fundación colombiana no accedería a la inafectación? La respuesta tendría que ser que no. En efecto existe una desventaja, pero esta se concibe en base a los fines a que se refiere dicha disposición y no al domicilio; entonces, los fines sí importan, no tanto por su contenido sino como factor o presupuesto para la aplicación del inciso c) del artículo referido. No es claro, pero creemos que esta es la posición de la SUNAT.

f) Conclusión de la SUNAT: *"(…) las fundaciones legalmente establecidas en Colombia que perciben rentas de fuente peruana, son consideradas contribuyentes del Impuesto a la Renta en el Perú y sujetos pasivos de dicho impuesto, por lo que el impuesto que se aplica sobre estos sujetos no debe ser más gravoso que aquel que se aplica a una persona jurídica domiciliada en el Perú por el mismo tipo de renta, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 18 de la Decisión 578, lo cual debe evaluarse en cada caso en particular"* —el subrayado es nuestro—.

Comentario: la SUNAT no se arriesga a ser categórica pero se sigue de su conclusión que, en su opinión, no existe discriminación bajo el artículo 18 de la Decisión 578 al comparar una fundación colombiana y una fundación peruana exonerada del Impuesto a la Renta pese a existir una clara desventaja para la primera, toda vez que esta no se debe a un criterio de domicilio sino al objeto o fines de la fundación, supuesto que no ha sido recogido por la Decisión 578 en tanto es distinto al factor domicilio.

Lo que si señala la SUNAT es que el gravamen que debe soportar las fundaciones no debe ser menos favorable que el que soportan las personas jurídicas —empresas— en Perú. Debiendo referirse al gravamen bajo el régimen general de rentas de tercera categoría; es decir, las fundaciones colombianas, bajo el artículo 18 de la Decisión 578, tienen derecho a tributar sobre renta neta —deduciendo costos y gastos— a una tasa del 29.5%, en lugar de una tasa del 30% sobre renta bruta.

V. CONCLUSIONES

a) A 17 años de su publicación, el artículo 18 de la Decisión 578 sigue siendo un laberinto sin una salida clara y que brinde seguridad tributaria a los contribuyentes. La falta de jurisprudencia y de pronunciamiento de las autoridades tributarias de los Países Miembros hace necesario que el medio académico retome el análisis de este artículo.

b) Es necesario explorar y darle mayor conte-

nido a la relación existente entre el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina y la Decisión 578. Esta última suele revisarse de manera aislada y verse como "un convenio más" para evitar la doble imposición. Esto no es correcto.

c) De igual manera, es importante revisar el concepto de no-discriminación desarrollado por el TJCAN en otros casos diferentes al tributario y ver cómo los criterios de este tribunal pueden encajar en el planteamiento de una metodología para aplicar la cláusula de no-discriminación de la Decisión 578.

d) Debe hacerse un llamado a la Comunidad Andina y las autoridades tributarias de sus Países Miembros para que, en aras de las libertades comunitarias, se establezcan guías y lineamientos no solo para la aplicación del artículo 18 de la Decisión 578, sino también de las otras disposiciones contenidas en esta Decisión.

e) Por último, la SUNAT debe implementar medidas administrativas que faciliten el control y la declaración de aquellos casos en los que resulta aplicable la cláusula de no-discriminación.

CC BY
DOI 10.26439/advocatus2021.n040.5288

El saldo a favor del impuesto a la renta y la compensación - límites

Marisela Gallardo Quiroz(*)

Abogada por la Universidad San Martín de Porres.
Especialización en Tributación Internacional por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas — UPC y Leiden University.
Maestría en Derecho Tributario en la Universidad San Martín de Porres.

El presente artículo fue recibido por el Comité Editorial con fecha 17 de enero de 2021 y fue aceptado con fecha 14 de marzo de 2021.

(*) Este artículo fue realizado gracias a la ayuda de Araceli Ayala, alumna del décimo ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Sedes Sapientiae.

RESUMEN:

La autora, a través de este ensayo, pretende exponer acerca del Crédito Tributario, explicando su relación con el Impuesto Valor Agregado y, sobre todo, con el concepto de saldo a favor del impuesto a la renta y su compensación. De este modo, se menciona el peso de la declaración del deudor y de la participación de la Administración Tributaria en este proceso.

Palabras clave: Crédito Tributario, Impuesto Valor Agregado, Impuesto a la Renta, saldo a favor, compensación, SUNAT, declaración del deudor, IGV

ABSTRACT:

The author, through this essay, intends to expose about the Tax Credit, explaining its relationship with the Value Added Tax and, above all, with the concept of the balance in favor of income tax and its compensation. Therefore, the weight of the declaration of the debtor and the participation of the Tax Administration in this process are mentioned.

Keywords: Tax Credit, Value Added Tax, Income Tax, balance in favor, compensation, SUNAT, declaration of the debtor, IGV

Primero, pasaremos a definir el concepto de Crédito Tributario. En ese sentido, tenemos por ejemplo en relación al Impuesto Valor Agregado — IVA que, para el Sistema Tributario Ecuatoriano[1], éste es un *"(…) elemento destacado y esencial del IVA que denota su esencia para gravar el consumo, en la medida que admite descontar el impuesto pagado en las compras (…)"*. Además, aplicado a las retenciones se indica que *"(…) El valor retenido constituye un crédito para quien fue objeto de la retención, para deducirse del IVA percibido en sus ventas por pagar al Estado (…)"*. Es decir, el crédito tributario será aquello que puede ser aplicado por el contribuyente contra un impuesto para reducir el importe a pagar. Sin embargo, si el crédito es mayor que el impuesto, el resultado que se obtendrá será un saldo a favor, el cual a su vez constituye un crédito tributario, ya que es un remanente del crédito inicialmente aplicado.

En ese sentido, la Ley de Régimen Tributario Interno del mismo país, establece que:

> *"Cuando por cualquier circunstancia evidente se presuma que el crédito tributario resultante no podrá ser compensado con el IVA causado dentro de los seis meses inmediatos siguientes, el sujeto pasivo podrá solicitar al Director Regional o Provincial del Servicio de Rentas Internas la devolución o la compensación del crédito tributario originado por retenciones que le hayan sido practicadas (…)".*[2]

Esto es, que al haber un crédito tributario que no puede ser aplicado contra el impuesto, se podrá solicitar la devolución o compensación.

Ahora bien, el crédito tributario es entendido del mismo modo en la legislación peruana, por ejemplo, a través del Impuesto a la Renta. Así, el inciso b) del artículo 88 de la Ley del Impuesto a la Renta — LIR señala que *"Los contribuyentes obligados o no a presentar las declaraciones a que se refiere el artículo 79, deducirán de su impuesto, entre otros, los pagos efectuados a cuenta del impuesto liquidado en la declaración y los créditos contra dicho tributo"*. Asimismo, el artículo 52 del Reglamento de la LIR indica que *"Los conceptos previstos en el Artículo 88 de la Ley constituyen crédito contra el Impuesto"*. Efectivamente, los pagos a cuenta vendrían a ser un crédito

1. Xavier Fernando Molina Herrera, "Crédito tributario: el problema de liquidez en las empresas" (tesis de maestría, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales sede Ecuador, 2010), 91, https://repositorio.flacsoandes.edu.ec/bitstream/10469/5431/2/

2. *Ibíd.*

aplicable contra el impuesto a la renta determinado en la declaración jurada anual, resultando al final en un menor importe a pagar, o en un saldo a favor del contribuyente en caso de que el monto de los pagos a cuenta sea mayor al determinado en el impuesto. Siendo que, el saldo a favor también constituiría un crédito al ser un remanente del inicialmente aplicado, en este caso, los pagos a cuenta. Por lo tanto, éste podría ser objeto de una devolución o compensación.

Así lo establece el artículo 87 de la LIR cuando señala con respecto al saldo a favor generado que *"(…) la SUNAT, previa comprobación, devolverá el exceso pagado", agregando que, "los contribuyentes que así lo prefieran podrán aplicar las sumas a su favor contra los pagos a cuenta mensuales que sean de su cargo, por los meses siguientes al de la presentación de la declaración jurada, de lo que dejarán constancia expresa en dicha declaración, sujeta a verificación por la SUNAT".* Asimismo, el numeral 4 del artículo 55 del Reglamento del Impuesto a la Renta, indica que:

> *"El saldo a favor originado por rentas de tercera categoría generado en el ejercicio inmediato anterior deberá ser compensado sólo cuando se haya acreditado en la declaración jurada anual y no se solicite devolución por el mismo y únicamente contra los pagos a cuenta cuyo vencimiento opere a partir del mes siguiente a aquél en que se presente la declaración jurada donde se consigne dicho saldo".*

Entonces, cabe preguntarnos si de acuerdo a estos artículos, el saldo a favor del impuesto a la renta únicamente podría compensarse con los pagos a cuenta y no con otros tributos.

Al respecto, el Tribunal Fiscal se ha pronunciado a través de la Resolución N° 08679-3-2019 que constituye jurisprudencia de observancia obligatoria, estableciendo como criterio que:

> *"Si bien el deudor tributario no puede efectuar la compensación automática del saldo a favor del impuesto a la renta con deudas distintas a los pagos a cuenta de dicho impuesto, ello no implica una prohibición para que, a solicitud de parte, la Administración efectúe la referida compensación, conforme con lo previsto por el artículo 40 del Código Tributario".*

En ese sentido, coincidimos con el Tribunal al señalar que los artículos 87 de la LIR y 55 del Reglamento, hacen referencia a una compensación automática, toda vez que ésta, a diferencia de las otras formas de compensación contempladas en el Código Tributario, no requiere que la Administración Tributaria —en el caso peruano la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria — SUNAT— reconozca el crédito determinado, bastando la sola declaración del deudor. Así lo hace notar el profesor Hernández Berenguel[3], cuando indica que, si bien después de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 769 ya no se condiciona la compensación a que el crédito se encuentre liquidado y sea exigible; es decir, que sea reconocido por la Administración Tributaria, debe interpretarse que esta exigencia se mantiene, *"(…) salvo los casos en que la compensación automática ha sido regulada, siendo suficiente, la simple declaración del deudor y sin necesidad del reconocimiento del crédito(…)".* Esto lo podemos observar al indicarse que, los contribuyentes *"podrán aplicar las sumas a su favor contra los pagos a cuenta mensuales (…)"* y sobre esto *"dejarán constancia expresa en la declaración jurada".*

Por lo tanto, si bien los artículos en mención señalan que la compensación automática únicamente se puede realizar contra los pagos a cuenta, esto no quiere decir, tal y como lo ha señalado el Tribunal Fiscal, que se excluya la posibilidad de realizar una compensación a solicitud de parte o inclusive una de oficio, considerando otras deudas tributarias.

Cabe precisar que, el artículo 40 del Código Tributario señala que:

3. Luis Hernández Berenguel, "La compensación en el Código Tributario vigente", *Thēmis* 26 (1993): 97.

> *"La deuda tributaria podrá compensarse total o parcialmente con los créditos por tributos, sanciones, intereses y otros conceptos pagados en exceso o indebidamente, que correspondan a períodos no prescritos, que sean administrados por el mismo órgano administrador y cuya recaudación constituya ingreso de una misma entidad".*

Asimismo, ésta puede realizarse en cualquiera de las siguientes formas: 1) compensación automática, en los casos establecidos por ley[4]; 2) compensación de oficio, donde la Administración será quien señale los supuestos en los que opera; 3) compensación a solicitud de parte, la que será efectuada por la Administración Tributaria previo cumplimiento de los requisitos, forma, oportunidad y condiciones que ésta señale.

Es así que mediante Resolución de Superintendencia N°175-2007/SUNAT, la Administración Tributaria estableció los requisitos, forma, oportunidad y condiciones que deben cumplirse para que la compensación a solicitud de parte se realice. Así, el numeral 1 del artículo 5 de la mencionada norma señala como uno de los requisitos, la presentación del Formulario virtual N°1648 por cada Crédito Materia de Compensación, el cual en el presente caso vendría a ser el saldo a favor del Impuesto a la Renta. Se debe tener en cuenta que, para registrar el concepto de deuda a compensar, ésta debe estar consignada en una Declaración Jurada o en un valor —Resolución de determinación, multa u orden de pago entre otros—.

Entonces, el saldo a favor del Impuesto a la Renta puede compensarse a solicitud de parte contra otras deudas tributarias, siempre que, entre otros requisitos legales, sean administradas por la SUNAT y correspondan a tributos que constituyan ingreso del tesoro público, como el Impuesto General a las Ventas — IGV o el Impuesto Temporal a los Activos Netos — ITAN.

Sobre este punto es necesario señalar que, cuando se hace referencia a ingresos del tesoro no en todos los casos se puede aplicar el saldo a favor; es decir, no se puede compensar contra cualquier tributo del tesoro público, pues esto dependerá también de las normas aplicables al impuesto contra el que se desea realizar la compensación.

Un ejemplo de ello es el IGV por utilización de servicios de no domiciliado, en donde la calidad de contribuyente la asume el sujeto domiciliado que utilizó el servicio y es quien deberá realizar el pago del IGV a la SUNAT. En ese sentido el artículo 21 del Texto Único Ordenado — TUO de la ley del IGV señala que *"(…) el crédito fiscal podrá aplicarse únicamente cuando el Impuesto correspondiente hubiera sido pagado"*; es decir, si quiero hacer uso del crédito fiscal primero debo pagar el referido impuesto a la SUNAT. A razón de ello se le exime al contribuyente de presentar declaración jurada de este impuesto[5].

Ahora, la norma señala el pago como la forma de extinción de la obligación tributaria por lo que no se podría aplicar la compensación ya que ésta es otra forma de extinción diferente al pago. En ese sentido, nos preguntamos al no presentarse declaración jurada para este impuesto, no se puede realizar una compensación a solicitud de parte a través del formulario virtual N°1648 ya que es necesario que la deuda a compensar esté consignada en una declaración jurada o en un valor. Siendo así, no se podría compensar el saldo a favor del Impuesto a la Renta con el IGV por utilización de servicios de no domiciliado.

4. Por ejemplo, la aplicación del Saldo a Favor Materia del Beneficio — SFMB contra los pagos a cuenta del Impuesto a la Renta conforme a lo establecido en el artículo 34 del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto General a las Ventas.

5. Artículo 5 de la Resolución de Superintendencia N° 087-99/SUNAT.

No obstante, es importante tener en cuenta que lo que si se encuentra regulado es la compensación del Saldo a Favor Materia del Beneficio contra el IGV por utilización de servicios de no domiciliado, señalándose para ello, en la Resolución de Superintendencia N°087-99/SUNAT, que se deberá presentar una comunicación por escrito a la SUNAT; para solicitar la compensación. Hecho que no se encuentra regulado para otros créditos a pesar de que estamos ante un tributo que constituye ingreso del tesoro público.

De otro lado, es importante precisar en relación al tema expuesto que tenemos que, acuerdo lo establecido en el último párrafo del artículo 43 del Código Tributario, la acción para solicitar o efectuar la compensación prescribe a los cuatro años, por lo que éste es el tiempo que tienen los contribuyentes para realizar una compensación a solicitud de parte o automática, tomando en cuenta que existen causales de interrupción y suspensión de la prescripción.[6] De esta manera, se pueden utilizar los créditos tributarios de acuerdo a la planificación fiscal que se tenga; siendo que, transcurrido dicho periodo de prescripción, los créditos ya no podrán deducirse del impuesto a pagar.

Finalmente cabe señalar que de acuerdo al artículo 162 del Código Tributario, cuando se trate de un procedimiento no contencioso, en este caso una solicitud de compensación de parte, la Administración tributaria tendrá un plazo no mayor a 45 días hábiles para evaluar y resolver sobre la procedencia de la solicitud de compensación.[7] Si ésta fuera declarada improcedente, y el contribuyente no estuviera de acuerdo con la decisión, tendrá expedito su derecho de interponer un recurso de apelación conforme a lo establecido en el artículo 163 del mismo código. Si, por otro lado, no obtuviera pronunciamiento vencido el plazo indicado, se entenderá que ha sido denegada su solicitud —silencio administrativo negativo— por lo que tendrá que interponer una reclamación por denegatoria ficta.

6. Contempladas en el numeral 4 del artículo 45 y el numeral 3 del artículo 46 del Código tributario.

7. Procedimiento 59 regulado en el Texto Único de Procedimientos Administrativos de la SUNAT.

creativa

hello

SURCO

Jr. Tomasal 320
(Alt. Av. Primavera Cuadra 17)

touch
• SURCO •

T*DAY
• SAN ISIDRO •

POISE
• MIRAFLORES •

hacemos
dueños
orgullosos

969 719 177
grupocreativa.pe

creativa

CC BY
DOI 10.26439/advocatus2021.n040.5289

¿Impuesto a la Riqueza en el Perú? Reflexiones sobre su posible re-incorporación al Sistema Tributario Peruano

Michael Fernando Morales Gamarra

Abogado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.
Magíster en Docencia para la Educación Superior por la Universidad Andrés Bello de Chile.
Postgrado en Derecho Tributario Internacional por la Universidad Austral de Buenos Aires.
Profesor de Legislación Tributaria en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.
Miembro del Instituto Peruano de Derecho Tributario.
Miembro del International Fiscal Association.

Nataly Daniela Aspinwall Mejía

Abogada por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.
Postgrado en Derecho Tributario Internacional por la Universidad Austral de Buenos Aires.
Miembro del Instituto Peruano de Derecho Tributario.
Miembro del International Fiscal Association.

El presente artículo fue recibido por el Comité Editorial con fecha 18 de enero de 2021 y fue aceptado con fecha 25 de enero de 2021.

SUMARIO:

I. Introducción.
II. El Impuesto al Patrimonio y la Riqueza.
III. Experiencia Comparada.
1. El impuesto a la riqueza en los países europeos miembros de la OCDE.
1.1. Suiza.
1.2. España.
1.3. Noruega.
2. El impuesto a la riqueza en Sudamérica.
2.1. Argentina.
2.2. Bolivia.
2.3. Colombia.
2.4. Uruguay.
3. Problemas presentados en la gestión del impuesto.
IV. El Impuesto a la riqueza en el Perú.
V. Análisis de las propuestas legislativas presentadas ante el Congreso de la República.
1. Proyecto de Ley 4887/2020-CR.
2. Proyecto de Ley 5081/2020-CR.
3. Proyecto de Ley 5163/2020-CR.
4. Proyecto de Ley 6615/2020-CR.
5. Nuestros comentarios y/o apreciaciones sobre los proyectos presentados.
VI. Conclusiones.

RESUMEN:

A través del presente artículo, los autores analizan la naturaleza del impuesto a la riqueza, su historia en el sistema tributario peruano, su aplicación en la legislación comparada así como diversas iniciativas legislativas presentadas en el Congreso de la República.

Palabras clave: Impuesto, patrimonio, riqueza, legislación comparada.

ABSTRACT:

In this article, the authors analyse the nature of the wealth tax, its history in the Peruvian tax system, how it has been applied in different jurisdictions and several legislative initiatives introduced to the Congress of Peru.

Keywords: Tax, estate, wealth, compared law.

I. INTRODUCCIÓN

Con motivo de la pandemia que afecta al mundo, causada por la enfermedad por coronavirus —COVID-19—, diversas jurisdicciones a nivel mundial se han visto obligadas a adoptar medidas sanitarias drásticas que han afectado e inclusive llevado al cierre de muchos establecimientos comerciales —debido a las medidas de cuarentena, por ejemplo—, lo cual ha devenido en una ola de suspensiones laborales, despidos masivos, disminución en el consumo interno, la producción de bienes y servicios, entre otros efectos adversos; lo cual a su vez ha generado la necesidad por parte de los Estados de otorgar subsidios a ciertos sectores a fin de no socavar enteramente sus economías.

De acuerdo con el Informe Anual del Fondo Monetario Internacional, correspondiente al año 2020[1], actualmente la economía mundial se encuentra atravesando una profunda recesión a consecuencia del impacto persistente de la COVID-19. Así, se tiene que la incertidumbre aún se cierne sobre las perspectivas económicas, y paralelamente actúan fuerzas de largo plazo que determinan e influyen en la respuesta de los países al virus y en la recuperación proyectada para los ejercicios siguientes.

En ese contexto, muchos países de Latinoamérica han visto la oportunidad ideal para aplicar o crear un impuesto dirigido a las personas con altos niveles patrimoniales —impuesto a la riqueza—.

Los argumentos planteados para el sustento de este tipo de imposiciones tributarias básicamente se encuentran en el nivel de inequidad que existe en la región en cuanto a la distribución de la riqueza y en la necesidad de obtener una mayor recaudación tributaria, toda vez que la emergencia sanitaria en la que se vive actualmente así lo ameritaría.

Sobre el particular, nuestro país no viene siendo ajeno a tal contexto regional, motivo por el cual se han presentado varios proyectos de ley en el Congreso de la República, los mismos que buscan gravar —a nivel de gobierno central— la riqueza de los ciudadanos.

En vista de lo anterior, el presente artículo ha sido redactado con el propósito de reflexionar sobre la conveniencia de reincorporar al sistema jurídico peruano un impuesto dirigido a gravar la riqueza de las personas; teniendo en cuenta que la gran mayoría de países avanzados en materia económica, ha renunciado a la aplicación de este tipo de gravámenes por los problemas que la gestión de los mismos implica y su ineficacia en términos de recaudación.

1. "Un año sin igual: Informe Anual del FMI de 2020", Fondo Monetario Internacional, acceso el 21 de marzo de 2021, https://www.imf.org/external/pubs/ft/ar/2020/eng/downloads/imf-annual-report-2020-es.pdf

II. EL IMPUESTO AL PATRIMONIO[2]

Para efectos de entender el concepto de Impuesto al Patrimonio, primero resulta conveniente poder definir la palabra patrimonio.

Así, tenemos que, la palabra patrimonio proviene del latín *patri*, que significa "padre" y *monium* que significa "lo que recibo por línea paterna", siendo que el término posee distintas acepciones, tales como "la herencia que deja una persona a sus familiares" o "las propiedades que adquiere o puede adquirir una persona".[3]

Sobre el particular, la Real Academia Española de la Lengua[4] define al término patrimonio como el *"conjunto de bienes pertenecientes a una persona natural o jurídica, o afectos a un fin, susceptibles de estimación económica"*.

A decir de Diego Quiñones[5], el Impuesto sobre el Patrimonio no resulta novedoso, toda vez que ha sido una figura utilizada, incluso, desde el periodo grecorromano clásico.

Sin embargo, no todo Impuesto al Patrimonio necesariamente implica un impuesto a la riqueza.[6]

Adina Luminita[7] en relación con el Impuesto a la Riqueza señala que éste es un impuesto que grava mayormente la riqueza neta en cabeza de una persona o entidad. Por ejemplo, el monto de riqueza de un tercero menos sus acreencias. Así, muchos países alrededor del mundo usan este impuesto para recaudar fondos para el gobierno, usando varios tipos de bases imponibles.

Para Thuronyi[8], un Impuesto a la Riqueza neta puede distinguirse de un impuesto a la propiedad en el hecho en que el segundo grava el importe bruto del valor de una propiedad sin la reducción de la base —no se admiten deducciones— y usualmente son impuestos respecto de ciertos tipos de bienes; mientras que el Impuesto a la Riqueza se encuentra más relacionado a una base neta. Por ejemplo, el valor de una propiedad menos créditos.

Por otro lado, de acuerdo con la Tax Foundation[9], este tipo de impuestos gravan el valor de mercado de los activos totales, menos el valor de mercado de los pasivos totales, de propiedad de los hogares, siendo los impuestos sobre la propiedad, superficialmente similares a un impuesto sobre el patrimonio, sin restar los pasivos.

---

2. Existen diferencias conceptuales entre el impuesto al Patrimonio propiamente dicho y aquél que busca gravar la riqueza. Sin embargo, en el transcurso del artículo, salvo en este apartado; el término impuesto al Patrimonio será equivalente al de Impuesto a la Riqueza.

3. Margarita Melo Casas, Laura Pinilla Parra y Cristian Uribe Roa, "Impuesto a la riqueza: análisis crítico de su nacimiento, vigencia, efectividad y cumplimiento de los principios tributarios en Colombia." (tesis de grado, Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, 2016).

4. "patrimonio", Real Academia Española, acceso el 21 de marzo de 2021, https://dle.rae.es/patrimonio

5. Diego Quiñones Cruz "El mito del eterno retorno: impuesto sobre el patrimonio en Colombia." *Revista de Derecho Privado* 42 (2009): 2-48: https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=3600/360033191009

6. Como en el caso peruano el impuesto predial o vehicular.

7. Luminita Ristea y Adina Trandafir, "Wealth tax within Europe in the context of a possible implementation in Romania — The existing wealth tax and its decline in Europe", *Annals of the University of Petrosani* 10 (2010): 300.

8. Victor Thuronyi, *Comparative Tax Law* (Kluwer Law International, 1° ed. 2003): 329.

9. Huaqun Li y Karl Smith, "Analysis of Sen. Warren and Sen. Sanders' Wealth Tax Plans", *Tax Foundation*, 28 de enero de 2020, acceso el 21 de marzo de 2021, https://taxfoundation.org/wealth-tax/#Basics

Otra de las características propias de este tipo de impuestos es el referente a sus exclusiones. De acuerdo con la Dirección de Estudios e Investigaciones Tributarias del Centro Interamericano de Administraciones Tributarias — CIAT[10], no existe Impuesto a la Riqueza que no contenga exclusiones o excepciones, siendo las más frecuentes las de la vivienda habitual, activos financieros públicos, ciertos elementos de ahorro previsional o el ajuar doméstico. Asimismo, se señala que un mínimo imponible es imprescindible para que el impuesto sea operativo.

A pesar de que existen diferencias entre un impuesto que grava el patrimonio respecto de uno que grava la riqueza de los individuos, en los siguientes párrafos y en lo que resta del artículo, nos referiremos a ambos términos de manera equivalente.

Ahora bien, de acuerdo con el Proyecto de Ley que implementó el Impuesto al Patrimonio en España, los objetivos primordiales de éste son: (i) la búsqueda de una mayor equidad en la carga tributaria; (ii) el fomento de un uso más productivo del patrimonio; (iii) el que el impuesto sirva como complemento del impuesto a la renta; y, (iv) que se genere un efecto redistribuidor de riqueza.[11]

En efecto, el caso español refleja lo que los Estados típicamente buscan con la imposición de este tipo de gravámenes, lo cual es principalmente generar un efecto redistribuidor en la riqueza.

Así, por ejemplo, Diego Quiñones[12] señala, al analizar el caso colombiano, que la función que cumplen este tipo de impuestos es básicamente: (i) equitativa —vertical— redistributiva; (ii) recaudatoria; (iii) de control y complemento dentro del sistema tributario; y, (iv) productista.

A decir de Pablos[13], este tipo de imposiciones encuentra su fundamento en temas relacionados con la equidad, la distribución de la renta y riqueza, y una de sus principales defensas es la creencia de que, en sí mismo, el patrimonio —riqueza—, es un índice de capacidad de pago y, como tal, ha de ser gravado. Por otro lado, quienes se oponen al tributo señalan que existe una escasa recaudación, produce efectos de desincentivo sobre el trabajo, ahorro e inversión.

No obstante lo loable de los fines buscados con este tipo de tributos, la experiencia internacional ha mostrado dificultades a la hora de gravar el patrimonio. Dificultades que encuentran su origen en la valuación de los activos, actualización de los mínimos imponibles, sistemas de control y fiscalización, entre otros. Ello, aunado a la baja recaudación que su existencia implicaba, hizo que los tributos al patrimonio hayan caído en desuso.[14]

---

10. Juan Carlos Benites y Fernando Velayos, *Impuestos a la Riqueza o al Patrimonio de las Personas Físicas con especial mención a América Latina y El Caribe*, (Centro Interamericano de Administraciones Tributarias, 2018): 23 y 44.

11. Carlos Martínez Sánchez, "La imposición sobre el patrimonio como instrumento para una distribución equitativa de la riqueza", *Estudios de Progreso* 58 (2011).

12. Diego Quiñones, *Op. Cit.* p. 21.

13. Laura De Pablos Escobar, "Alternativas a la Supresión del Impuesto sobre el Patrimonio", *Documentos de Trabajo* 2009-006 6.

14. Sergio Paez y Guillermo Oglietti, "¿Cuánto podría recaudar el impuesto a las grandes fortunas en América Latina?", *celag.org*, 01 de junio de 2020, acceso el 21 de marzo de 2021, https://www.celag.org/cuanto-podria-recaudar-el-impuesto-a-las-grandes-fortunas-en-america-latina/

15. OECD, "The Role and Design of Net Wealth Taxes in the OECD", *OECD Tax Policy Studies* 26 (2018), https://doi.org/10.1787/9789264290303-en.

Efectivamente, de acuerdo con la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos —OCDE[15], actualmente el Impuesto sobre el Patrimonio neto está mucho menos extendido de lo que solía estar en la OCDE, siendo que las decisiones relacionadas con su extinción encuentran lugar en el hecho de que existían problemas relacionados con la eficacia esperada con relación a una mejora en las metas redistributivas. Así, los ingresos recaudados por este impuesto generalmente han sido muy bajos.

III. EXPERIENCIA COMPARADA

Esta sección del artículo tiene como objeto servir como apoyo al debate público, considerando la experiencia internacional comparada en la aplicación del Impuesto a la Riqueza.

A continuación, describiremos las características principales del Impuesto a la Riqueza vigente en siete países —tres países europeos y cuatro sudamericanos—; y mostraremos los efectos de este impuesto en la recaudación de cada uno de esos países.

1. El impuesto a la riqueza en los países europeos miembros de la OCDE.

La OCDE recomienda la implementación del impuesto sobre el patrimonio neto únicamente cuando no se ha implementado un impuesto sobre las ganancias y activos y/o cuando las tasas de estos sean bajas. Aún así, la OCDE recomienda que antes de su implementación se analice la interacción de este con el actual sistema tributario de cada país, cuidando que la carga tributaria total no sea excesiva.

Para tales efectos, la OCDE recomienda excluir del ámbito de aplicación del Impuesto a la Riqueza a los bienes destinados al comercio o al ejercicio profesional, los bienes de uso personal y/o domésticos, permitir la deducción de deudas para adquirir los activos, establecer normas para prevenir la doble tributación internacional sobre la riqueza, entre otros aspectos.[16]

Teniendo en cuenta ello, debemos precisar que los países europeos miembros de la OCDE que han implementado el Impuesto a la Riqueza —lo mantengan vigente o no— son los siguientes:

TABLA 1: Comparación países europeos miembros de la OCDE[17]

País	Año de establecimiento	Estado actual	Detalle impositivo
Alemania	1952	Derogado	1.0%
Austria	1954	Derogado	1.0%
Dinamarca	1903	Derogado	Sin información
Finlandia	1919	Derogado	0.8%
Francia	1982	Derogado	0.5% - 1.5%
Holanda	1965	Derogado	0.7%
Irlanda	1975	Derogado	1.0%
Luxemburgo	1934	Derogado	0.5%
Suecia	1947	Derogado	1.5%
Islandia	1970	Derogado	1.5%
Suiza	1840	Vigente	0.05% - 0.5%
España	1977	Vigente	0.2 - 2.5%
Noruega	1892	Vigente	0.85%

FUENTE: CAVADA HERRERA (2020:4), PWC (2021), OCDE (2021)

16. Juan Pablo Cavada Herrera y Pablo Morales, *Impuesto a los altos patrimonios personales - Legislación y experiencia extranjera* (Santiago: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile | Asesoría Técnica Parlamentaria, 2020), 1.

17. En el continente europeo impuestos similares han sido implementados en Bélgica, Francia, Países Bajos e Italia. Sin embargo, la configuración de los mismos no es propia de un Impuesto a la Riqueza, motivo por el cual no han sido considerados en el cuadro.

De este cuadro, se puede concluir que la mayoría de los países OCDE que implementaron este impuesto, con el tiempo, han decidido derogarlo, estando vigente al día de hoy únicamente en tres países, los mismos que a continuación pasaremos a desarrollar.

1.1. Suiza.[18]

En Suiza, todos los cantones[19] han implementado un Impuesto sobre el Patrimonio neto, el cual se calcula sobre la base del importe resultante de la diferencia entre el saldo de los activos brutos mundiales menos las deudas —por ejemplo, hipotecas o préstamos—, las cuales resultan ser deducibles sin límites aplicables. En ciertos cantones, se permiten deducciones adicionales en función al concepto.

Cabe mencionar que, entre los activos a reportar ante la Administración Tributaria Suiza se encuentran los siguientes:

a) Saldos de las cuentas bancarias, bonos, acciones, fondos y otros.
b) Seguros de vida con un valor de rescate.
c) Coches, barcos, aviones, entre otros.
d) Propiedades inmobiliarias.
e) Otros activos de valor; estos son, pinturas, colecciones de arte, joyas, entre otros.

Los bienes de uso domésticos no se encuentran sujetos al impuesto.

Finalmente, las tasas aplicables van desde 0.15% hasta 1.01% dependiendo del cantón. Asimismo, se hacen diferencias —en relación con la franja impositiva— entre si el contribuyente es soltero, casado, o posee otra condición en particular.

1.2. España.[20]

En España, el Impuesto sobre el Patrimonio es un tributo de carácter directo y naturaleza personal que grava el patrimonio neto de las personas físicas. Este impuesto grava todos los activos mantenidos por los contribuyentes al 31 de diciembre de cada ejercicio.

El impuesto se determina aplicando la tasa establecida por la Comunidad Autónoma. En caso la Comunidad Autónoma no hubiese aprobado una tasa a aplicar, el impuesto se calculará aplicando la siguiente escala progresiva:

TABLA 2: Escala Progresiva Acumulativa

Base imponible (hasta EUR)	Cuota (Euros)	Resto de base imponible (hasta EUR)	Tasa aplicable (%)
0.00	0.00	167,129.45	0.2
167,129.45	334.26	167,123.43	0.3
334,252.88	835.63	334,246.87	0.5
668,499.75	2,506.86	668,499.76	0.9
1,336,999.51	8,523.36	1,336,999.50	1.3
2,673,999.01	25,904.35	2,673,999.02	1.7
5,347,998.03	71,362.33	5,347,998.03	2.1
10,695,996.06	183,670.29	en adelante	2.5

Fuente: PWC

18. "Worldwide Tax Summaries - Switzerland", en *PwC*, 27 de enero de 2021, acceso 21 de marzo de 2021, https://taxsummaries.pwc.com/switzerland/individual/other-taxes

19. Los cantones constituyen los entes administrativos y políticos sobre los que se ha constituido el Estado Suizo.

20. "Worldwide Tax Summaries - Spain", en *PwC*, 27 de enero de 2021, acceso 21 de marzo de 2021, https://taxsummaries.pwc.com/spain/individual/other-taxes

Cabe mencionar que, la base imponible se reducirá —mínimo exento— en el importe que haya sido aprobado por la Comunidad Autónoma. En caso la Comunidad Autónoma no haya regulado el mínimo exento, la base imponible se reducirá en EUR 700,000.[21]

Como se puede observar, las Comunidades Autónomas cuentan con la posibilidad de establecer su propia reducción a la base imponible del impuesto; así como las tasas a aplicar para la determinación de este.

1.3. Noruega.[22]

En Noruega, se implementó el Impuesto sobre el Patrimonio a nivel municipal y estatal; lo que significa que las personas naturales pagan un impuesto municipal y otro estatal sobre el patrimonio.

Estos impuestos se calculan de la siguiente manera:

a) El impuesto municipal sobre el patrimonio se determinará aplicando un 0.7% sobre la base de activos que exceden una base neta del impuesto sobre el capital de 1.5 millones de coronas noruegas —NOK—[23] para los contribuyentes solteros y de 3 millones de NOK[24] para las parejas casadas.

b) El impuesto estatal sobre el patrimonio se calculará aplicando una tasa de 0.15% sobre la base de activos que exceden una base neta del impuesto sobre el capital de 1.5 millones de NOK para los contribuyentes casados y de 3 millones de NOK para las parejas casadas.

Finalmente, se debe advertir que la tasa máxima del impuesto será del 0.85%.

2. El impuesto a la riqueza en Sudamérica.

En Sudamérica el impuesto se encuentra vigente en Argentina, Bolivia, Colombia, Uruguay y Venezuela.

En Chile, con fecha 1 de junio del 2020, se ha presentado un Proyecto de Reforma Constitucional a fin de establecer por única vez un Impuesto al Patrimonio de personas que cuenten con altos patrimonios.

En Ecuador se creó, en el ejercicio 2016, por única vez, una Contribución Solidaria sobre el patrimonio que gravó aquellos patrimonios mayores a USD 1 millón con una tasa del 0.90%.

A continuación, pasaremos a observar las características que posee este impuesto respecto de los países en los que se encuentra vigente —excepto Venezuela—:

2.1. Argentina.[25]

En diciembre de 2020, se creó[26] con carácter de emergencia y por única vez, un aporte extraordinario sobre grandes fortunas, también conocido como el Impuesto a la Riqueza.

21. Artículo 28 de la Ley 19/1991.

22. "Worldwide Tax Summaries - Norway", en *PwC*, 06 de febrero de 2021, acceso 21 de marzo de 2021, https://taxsummaries.pwc.com/norway

23. Aproximadamente USD 175,600.00 a la fecha de la edición de este artículo —21 de marzo de 2021—.

24. Aproximadamente USD 351,200.00 a la fecha de la edición de este artículo —21 de marzo de 2021—.

25. En el caso particular de Argentina, adicionalmente, desde el año 1991 existe el impuesto a los activos personales cuyas características son propias de un Impuesto a la Propiedad.

26. A través de la Ley 27605.

Para tales efectos, la base imponible está dada por los aportes a *trusts*, fideicomisos o fundaciones de interés privado y demás estructuras análogas, participación en sociedades u otros entes de cualquier tipo sin personalidad fiscal y participación directa o indirecta en sociedades u otros entes de cualquier tipo, existentes.[27]

Teniendo en cuenta ello, el importe a cancelar por parte de los contribuyentes es el que resulte de aplicar, sobre el valor total de los bienes, la siguiente escala[28]:

TABLA 3: Escala Progresiva Acumulativa

Valor Total de los bienes		Pagarán	Más el	Sobre el excedente de ARS
más de ARS[29]	a ARS			
ARS 0	ARS 300,000,000 inclusive	ARS 0	2.00%	ARS 0
ARS 300,000,000	ARS 400,000,000 inclusive	ARS 6,000,000	2.25%	ARS 300,000,000
ARS 400,000,000	ARS 600,000,000 inclusive	ARS 8,250,000	2.50%	ARS 400,000,000
ARS 600,000,000	ARS 800,000,000 inclusive	ARS 13,250,000	2.75%	ARS 600,000,000
ARS 800,000,000	ARS 1,500,000,000 inclusive	ARS 18,750,000	3.00%	ARS 800,000,000
ARS 1,500,000,000	ARS 3,000,000,000 inclusive	ARS 39,750,000	3.25%	ARS 1,500,000,000
ARS 3,000,000,000	en adelante	ARS 88,500,000	3.50%	ARS 3,000,000,000

Fuente: LEY No. 27605

Adicionalmente, se establece que por los bienes situados en el exterior se deberá calcular el aporte a ingresar conforme a la siguiente tabla:

TABLA 4: Escala Progresiva Acumulativa por bienes del exterior

Valor total de los bienes del país y del exterior		Por el total de los bienes situados en el exterior, pagarán el
más de ARS	a ARS	
ARS 200,000,000	ARS 300,000,000 inclusive	3.00%
ARS 300,000,000	ARS 400,000,000 inclusive	3.375%
ARS 400,000,000	ARS 600,000,000 inclusive	3.75%
ARS 600,000,000	ARS 800,000,000 inclusive	4.125%
ARS 800,000,000	ARS 1,500,000,000 inclusive	4.50%
ARS 1,500,000,000	ARS 3,000,000,000 inclusive	4.875%
ARS 3,000,000,000	en adelante	5.25%

Fuente: LEY No. 27605

27. Artículo 3 de la Ley 27605.

28. Artículo 4 de la Ley 27605.

29. Para efectos referenciales, ARS 100,000.00 equivalen aproximadamente a USD 1,099.00 a la fecha de la edición de este artículo —21 de marzo de 2021—.

Como se señaló anteriormente, este impuesto fue creado de manera excepcional, por lo que su aplicación fue por única vez.

2.2. Bolivia.

Con fecha 28 de diciembre de 2020, se creó el Impuesto a las Grandes Fortunas — IGF, el cual se aplica al patrimonio de las personas naturales. Para tales efectos, el patrimonio gravable de las personas naturales es el comprendido por los bienes inmuebles, bienes muebles, bienes suntuarios, activos financieros, derechos, dinero y todo otro bien material o inmaterial con valor económico, de los cuales sea titular el contribuyente o cuando esté en posesión de estos.[30]

Cabe mencionar que la hipótesis de incidencia del impuesto se perfeccionará cuando el patrimonio neto acumulado al 31 de diciembre de cada año, de los sujetos pasivos, sea mayor a los BOB 30,000,000.00[31] o su equivalente en moneda extranjera.[32]

Finalmente, debemos mencionar que para determinar el IGF, la base imponible estará constituida por el valor neto del patrimonio, el cual es el resultado de la sumatoria de todo el patrimonio acumulado menos los saldos de capital pendientes de pago por préstamos obtenidos de entidades financieras reguladas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero. Sobre dicha base imponible se aplica progresivamente la siguiente escala de alícuotas[33]:

TABLA 5: Escala Progresiva Acumulativa

Base imponible en BOB	Alícuota
30,000,001 a 40,000,000	1.4%
40,000,001 a 50,000,000	1.9%
50,000,001 en adelante	2.4%

Fuente: LEY No. 1357

2.3. Colombia.

Actualmente, de acuerdo con la Ley 2010, el Impuesto al Patrimonio tendrá una vigencia hasta el presente ejercicio —2021—.[34]

Este Impuesto al Patrimonio tiene las siguientes características:

a) Sujetos pasivos:

El impuesto recae sobre[35]:

(i) Las personas naturales;
(ii) Las sucesiones ilíquidas;
(iii) Los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios o de regímenes sustitutivos del impuesto sobre la renta; y,
(iv) Las sociedades o entidades extranjeras que no sean declarantes del impuesto sobre la renta en el país, y que posean bienes ubicados en Colombia diferentes a acciones, cuentas por cobrar y/o inversiones de portafolio.

b) Hecho generador:

El hecho generador del impuesto es la pose-

30. Artículo 1 de la Ley 1357.

31. Aproximadamente USD 4,346,000.00 a la fecha de edición del presente artículo —21 de marzo de 2021—.

32. Artículo 5 de la Ley 1357.

33. Artículos 7 y 9 de la Ley 1357.

34. Anteriormente, mediante Ley 1739 el impuesto había tenido una aplicación temporal por los ejercicios 2015 al 2018, siendo que esta abarca los ejercicios 2019, 2020 y 2021.

35. Artículo 292-2 del Estatuto Tributario.

sión al 01 de enero del 2021 de un patrimonio, cuyo valor sea igual o superior a cinco mil millones de pesos.[36] Para tales efectos, el concepto de patrimonio es equivalente al patrimonio líquido, calculado considerando el total del patrimonio bruto menos las deudas vigentes a esa fecha.[37]

c) Base imponible:

La base gravable del impuesto al patrimonio es el valor del patrimonio bruto de los sujetos pasivos poseído al 01 de enero de 2021 menos las deudas a cargo de estos, vigentes en esas mismas fechas.[38]

d) Tasas del impuesto:

La tasa del impuesto es del 1% por cada año, del total de la base gravable antes descrita.[39]

2.4. Uruguay.[40]

El Impuesto al Patrimonio se aplica a los contribuyentes al final de cada año calendario y en una escala móvil de tasas que dependerá del estado de residencia de la persona.

Las personas naturales residentes tienen una tasa que va desde el 0.3% al 0.6%, en tanto que los no residentes tienen una tasa que va desde el 0.7% al 1.5%.

Uruguay aplica el impuesto únicamente a los activos ubicados o utilizados económicamente en su territorio.

Actualmente, el mínimo exento aplicable al impuesto asciende a la suma de UYU 4,491,000.[41]

3. Problemas presentados en la gestión del impuesto.

Como hemos podido observar en los párrafos precedentes, la gran mayoría de países europeos miembros de la OCDE que, en su oportunidad, decidieron implementar el Impuesto a la Riqueza como parte de su sistema tributario nacional, actualmente lo han derogado.

Ello se debe a los diversos problemas que existen en el diseño, implementación y control de este tipo de impuestos, entre los cuales podemos mencionar los siguientes:

a) Fuga de capitales: la implementación del Impuesto a la Riqueza puede generar efectos nocivos sobre la economía de un país, por cuanto podría generar una fuga de capitales porque este tipo de impuesto castiga a los ahorradores.

Para César Martínez[42], esta afirmación debe ser matizada, teniendo presente que este tipo de impuesto grava tanto bienes muebles como inmuebles, de los cuales respecto a los inmuebles no podría alegarse ningún tipo de fuga de capitales; sin embargo, ello no podría afirmarse respecto de los bie-

36. Aproximadamente USD 1,415,000.00 a la fecha de edición del presente artículo —21 de marzo de 2021—.

37. Artículo 294-2 del Estatuto Tributario.

38. Artículo 295-2 del Estatuto Tributario.

39. Artículo 296-2 del Estatuto Tributario.

40. "Worldwide Tax Summaries - Uruguay", en *PwC*, 05 de enero de 2021, acceso 21 de marzo de 2021, https://taxsummaries.pwc.com/uruguay/individual/other-taxes

41. Aproximadamente USD 101,000.00 a la fecha de edición del presente artículo —21 de marzo de 2021—.

42. César Martínez, "¿Tiene sentido que exista un impuesto sobre la riqueza?" *Razón y Fe* 277, 143, (2018): 8.

nes muebles. No obstante, no compartimos esta afirmación, toda vez que, en el caso de los bienes inmuebles, la fuga del capital tendrá lugar con motivo de la enajenación o abandono del inmueble.

Adicionalmente, el autor señala que, se puede advertir que otra forma en la que los sujetos no califiquen como contribuyentes del Impuesto a la Riqueza sería dejar de calificar como un sujeto domiciliado del Estado, dándose así también la famosa fuga de capitales.

b) Dificultades en la valoración de los activos: actualizar el valor de mercado de los activos que forman parte de la base imponible de este impuesto no resulta ser una tarea fácil.[43]

Ello no sólo se encuentra relacionado con el establecimiento de los diferentes métodos de valoración para cada uno de los activos que forman parte de la base imponible, sino que al existir activos gravados con el impuesto que no se encuentran dentro del territorio, resulta difícil conseguir la base de datos para la aplicación de estos métodos de valoración. Esto sin tomar en cuenta los problemas inherentes a la valoración de bienes o derechos que no cotizan en un determinado mercado.

c) Altos costos de gestión y control: como lo hemos indicado anteriormente, este impuesto grava los bienes muebles ubicados en el exterior, lo cual genera altas dificultades al momento de verificar su efectiva tributación.

La solución a esta problemática podría estar avanzando con los famosos acuerdos de intercambio de información tributaria suscritos entre los Estados —por ejemplo, la reciente suscripción por parte del Perú de la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Tributaria, en el marco de la OCDE—.[44]

De esta manera, pese a los esfuerzos por reducir los costos de gestión y control de este impuesto, la complejidad de éste y la falta de claridad en su entorno trae como consecuencia que se requiera de un gran número de funcionarios para realizar las verificaciones de una correcta tributación.

d) Baja recaudación: está demostrado que la recaudación obtenida por el Impuesto a la Riqueza resulta ser irrelevante en la recaudación total de los que hemos venido analizando. Ello se puede acreditar con la siguiente tabla:

TABLA 6: Nivel de recaudación

Países	2017		2018	
	Total recaudación	% de recaudación del Impuesto al patrimonio	Total recaudación	% de recaudación del Impuesto al patrimonio
Suiza	191,119	3.83	194,391	3.81
España	393,529	0.53	416,692	0.52
Noruega	1,277,949	1.21	1,397,206	1.13
Argentina	3,202,629	0.69	4,203,894	0.34
Bolivia	67,072	0	70,634	0
Colombia	174,735,823	2.21	190,299,911	0.24
Uruguay	494,580	0.14	534,208	0.14

Fuente: OECD (2020)

43. Alexander Krenek y Margit Schratzenstaller. "Sustainability-oriented Future EU. Funding: A European Net Wealth Tax", *Fairtax Working Paper Series* 10 (2017): 13

44. César Martínez, *Op. Cit.*, 9.

Como se puede observar, existe una serie de problemas en el diseño, implementación y control en el Impuesto a la Riqueza, lo cual originó que la mayoría de los países europeos —que en su oportunidad decidieron implementarlo en su sistema tributario— eliminaran dicho impuesto.

Finalmente, no existe prueba empírica en la experiencia comparada que demuestre contundentemente que la imposición de este tipo de tributos genere un impacto sustancial en la lucha contra la inequidad en términos de distribución de la riqueza. Más aún, se encuentra acreditado que el impacto de su recaudación no es material.

IV. EL IMPUESTO A LA RIQUEZA EN EL PERÚ

A través del Decreto Ley 19654 del 12 de diciembre de 1972, el entonces Gobierno Revolucionario del General Juan Velasco Alvarado reestructuró el sistema tributario, vigente en ese entonces, creando el Impuesto al Patrimonio Empresarial[45], el cual gravaba el patrimonio neto de las empresas con una tasa progresiva que iba —inicialmente— desde el 0.6% al 1.20%. El impuesto establecido tenía una periodicidad anual y era pagado, originalmente, en 4 cuotas y su base imponible se calculaba a partir del exceso de S/. 1,000,001.00.[46]

A decir de Hernández[47], este impuesto tiene como antecedente inmediato al Impuesto al Patrimonio Accionario, que gravaba el patrimonio de las sociedades por acciones y de las sucursales de empresas extranjeras. Como podemos observar, ese impuesto únicamente gravaba el patrimonio de las personas jurídicas mas no de las naturales.[48]

Por otro lado, a través del Decreto Legislativo 451, promulgado el 30 de diciembre de 1987[49], se creó el "Impuesto que grava al patrimonio neto de las personas naturales y sucesiones indivisas"; teniéndose así ya este gravamen afectando el patrimonio de las personas naturales. Las disposiciones reglamentarias del presente Decreto estuvieron dadas por el Decreto Supremo Nº 176-88-EF.

El tributo referido anteriormente gravaba básicamente los patrimonios netos[50] de las personas naturales y sucesiones indivisas cuyo valor computable hubiera excedido las doscientas Unidades Impositivas Tributarias — UIT. La tasa aplicable al impuesto era una de carácter progresiva acumulativa que llegaba hasta el 3%.[51]

Posteriormente, se emitió el Decreto Legislativo 620, promulgado el 29 de noviembre de 1990.[52] El presente decreto sustituyó el régimen vigente para personas naturales y sucesiones indivisas establecido a través del Decreto Legislativo 451;

45. Vigente desde el 1 de enero de 1973.

46. Soles de Oro de la época.

47. Luis Hernández Berenguel, "El impuesto a los Activos", *IUS ET VERITAS* 3 (1991): 41

48. De acuerdo con el artículo 3 del Decreto Ley 19654 se entendía como empresas a las personas naturales, sucesiones indivisas y personas jurídicas que se dediquen a alguna actividad lucrativa de extracción, producción, comercio o servicios industriales, comerciales y similares; con excepción de las asociaciones y fundaciones por actividades lucrativas que realicen para el cumplimiento de sus fines.

49. Vigente desde el 1 de enero de 1988.

50. Entendidos estos —de acuerdo con el artículo 1 del Decreto Legislativo 451— como la diferencia entre los bienes ubicados territorialmente en el país y las deudas en el país computables al cierre del ejercicio.

51. Ver artículo 7 del Decreto Legislativo 451.

52. Vigente desde el 1 de enero de 1991.

incorporando como sujetos pasivos a las sociedades conyugales.

Asimismo, el nuevo régimen establecía que el patrimonio afecto era aquel constituido únicamente por predios, vehículos automotores, aeronaves, embarcaciones de recreo y deportivas, créditos en moneda nacional o extranjera otorgados a personas naturales, entre otros; en tanto el valor total del patrimonio exceda la suma de 10 UIT correspondientes al mes de enero de cada año y únicamente por dicho exceso.

Estos regímenes no tuvieron mucho tiempo de vigencia, toda vez que fueron derogados a través de la Primera Disposición Transitoria del Decreto Ley 25988. Sobre este punto cabe indicar que de acuerdo con Jorge Bravo Cucci[53], las bases normativas de nuestro actual sistema tributario se sustentan en la reforma llevada a cabo a inicios de 1990 cuando se derogó una exorbitante cantidad de tributos ineficientes y de baja recaudación que distraían y complicaban la labor de la Administración Tributaria sin generar mayores recursos para el Estado.

Al día de hoy, las personas naturales se encuentran afectas a impuestos que gravan su patrimonio sólo a nivel municipal, a través de la aplicación del impuesto vehicular o del impuesto predial, no existiendo un impuesto que grave el patrimonio ni la riqueza a nivel de gobierno central.

V. ANÁLISIS DE LAS PROPUESTAS LEGISLATIVAS PRESENTADAS

Como lo mencionamos anteriormente, actualmente en el Perú existen 4 proyectos de ley que buscan la reincorporación del Impuesto a la Riqueza en el sistema tributario vigente.

En el presente apartado, pasaremos a ver las principales características de cada proyecto de ley presentado ante el Congreso de la República y cuyos debates aún no han sido agendados[54]:

1. Proyecto de Ley 4887/2020-CR.[55]

a) Denominación: Impuesto Solidario a las Grandes Fortunas.

b) Contribuyentes[56]:

(i) Personas naturales que hayan obtenido durante el año ingresos a partir de S/ 1,000,000.00 o que los montos de sus inmuebles asciendan a dicha suma.
(ii) Personas jurídicas que hayan facturado durante el año fiscal ingresos a partir de S/ 10,000,000.00 o que su patrimonio inmobiliario posea en libros tal monto.
(iii) Grupos económicos que hayan facturado durante el año fiscal ingresos a partir de S/ 50,000,000.00 o que su patrimonio inmobiliario posea en libros tal monto.

c) Tasa aplicable:

(i) Personas naturales: de 0.22% a 1%.
(ii) Personas jurídicas: de 1% a 2%.
(iii) Grupos económicos: de 2% a 3%.

d) Base Imponible:

(i) Personas naturales: ingresos obtenidos durante el ejercicio o valor de sus inmuebles.
(ii) Personas jurídicas: facturación o valor en libros de sus inmuebles.

53. Jorge Bravo Cucci, "Sistema Tributario Peruano: Situación Actual y Perspectivas", *Derecho y Sociedad* 27 (2006): 86.

54. Nota del Editor: a la fecha de edición del presente artículo, 21 de marzo de 2021, todos los proyectos aquí desarrollados aún permanecen en Comisión.

55. Presentado el 24 de marzo del 2020.

56. Proyecto no distingue si el aspecto subjetivo únicamente se circunscribe a los sujetos domiciliados en el país.

(iii) Grupos económicos: facturación o valor en libros de sus inmuebles.

e) Aspecto Territorial: no indica si se trata de ingresos de fuente peruana o mundial. Igualmente, el proyecto no señala si sólo se encontrarán gravados los inmuebles ubicados en territorio nacional. Sin embargo, al señalar que el valor considerado es el que consta en los libros, da a entender que se trata de inmuebles ubicados en territorio de la República.

f) Aspecto Temporal: permanente.

g) Exposición de Motivos:

(i) El artículo 61 de la Constitución Política del Perú no ha cumplido su cometido, toda vez que existen fallas en el reparto de nuestra riqueza.
(ii) Los impuestos en el Perú son únicamente indirectos, por lo que corresponde al Estado dotarse de mayores ingresos a través de este gravamen.

2. Proyecto de Ley 5081/2020-CR.[57]

a) Denominación: Ley de Impuesto a las Ganancias.

b) Contribuyentes[58]: personas naturales y jurídicas cuyas ganancias durante el ejercicio sean mayores a S/ 10,000,000.00.

c) Tasas aplicables:

Ganancia imponible		Tasa
Más de S/	A S/	%
10 millones	50 millones	1
51 millones	1 mil millones	2
1 mil millones	A más	3

d) Base Imponible: total de utilidades netas, rentas y enriquecimientos susceptibles de una periodicidad que implique la permanencia de la fuente que los produce. Asimismo, se incluyen los beneficios obtenidos por la enajenación de bienes; que, para estos efectos es la venta, permuta, cambio, expropiación, aporte a sociedades y, en general, todo acto de disposición por el que se transmite el dominio a título oneroso.

e) Aspecto Territorial: proyecto no señala tratamiento diferenciado para ganancias obtenidas de fuente extranjera.

f) Aspecto Temporal: únicamente por los ejercicios 2020 y 2021.

g) Exposición de Motivos:

(i) En el Perú existe una alta concentración de la riqueza.
(ii) El impuesto a las ganancias se justifica en que, uno de los objetivos centrales de la política fiscal de los Estados es la redistribución equitativa de la riqueza y el acceso justo a la distribución del ingreso.
(iii) La carga del impuesto a la renta en promedio es del 1.4% frente al 8.4% de los países miembros de la OCDE.

El proyecto dispone adicionalmente la creación de un bono universal en periodos de emergencia sanitaria, el mismo que sería otorgado a todo ciudadano peruano que viva en condiciones de extrema pobreza, pobreza o que sea trabajador independiente en situación de vulnerabilidad. El monto del bono equivaldrá a la suma que represente el 25% de una UIT.

3. Proyecto de Ley 5163/2020-CR.[59]

a) Denominación: Ley del Impuesto a las Grandes Fortunas.

57. Presentado el 27 de abril del 2020.

58. Proyecto no distingue si el aspecto subjetivo únicamente se circunscribe a los sujetos domiciliados en el país.

59. Presentado el 12 de mayo del 2020.

b) Contribuyentes: personas naturales domiciliadas en el país cuyos patrimonios superan las 400 UIT.

c) Tasa aplicable:

Patrimonio neto	Tasa
Hasta 400 UIT	0
Por el exceso de 400 UIT hasta 700 UIT	1%
Por el exceso de 700 UIT hasta 1000 UIT	2%
Por el exceso de 1000 UIT hasta 1300 UIT	3%
Por el exceso de 1300 UIT hasta 1600 UIT	4%
Por el exceso de 1600 UIT	5%

d) Base Imponible: conformada por el valor de los activos gravables dentro de los cuales se encuentran los inmuebles, vehículos automotores, acciones y bonos, depósitos bancarios, objetos de colección, obras de arte y joyas cuyo valor supere el equivalente a dos UIT, más otros títulos financieros que establezca el reglamento.

Al valor de los activos antes referidos se les deducirán los créditos existentes al 1 de enero del año al que corresponda la obligación tributaria. Asimismo, se admite la posibilidad de deducir los pasivos asociados a los activos anteriormente señalados según se establezca en el reglamento.

e) Aspecto Territorial: no se señala, por lo que se entiende que no existe diferencia en cuanto a la ubicación de los activos gravables.

f) Aspecto Temporal: Permanente.

g) Exposición de Motivos:

(i) El dinero generado por el impuesto será destinado a la satisfacción del ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales.

(ii) Se busca reducir los niveles de desigualdad en el país.

(iii) El Perú tiene las tasas de desigualdad y de concentración patrimonial más altas de América Latina.

Cabe indicar que el proyecto de ley dispone la creación de un padrón de riqueza que registre la información contenida en las declaraciones juradas patrimoniales de cada contribuyente. Dicho padrón se encontrará a cargo de la Administración Tributaria.

4. Proyecto de Ley 6615/2020-CR.[60]

a) Denominación: Impuesto de Solidaridad Sobre la Fortuna.

b) Contribuyentes: personas naturales, sociedades conyugales y sucesiones intestadas domiciliadas en el país que posean un patrimonio neto mayor a 250 UIT. En el caso de sociedades conyugales el patrimonio neto debe ser mayor a 500 UIT.

c) Tasas aplicables:

Tramos		Tasa
Hasta 250 UIT		0%
Más de 250 UIT	Hasta 500 UIT	0.5%
Más de 500 UIT	Hasta 750 UIT	1%
Más de 750 UIT	Hasta 1000 UIT	2%
Más de 1250 UIT	Hasta 1500 UIT	3%
Más de 1500 UIT		4%

d) Base Imponible: estará constituida por el valor de mercado de los bienes inmuebles con excepción de la casa habitación, vehículos automotores, embarcaciones de recreo, obras de arte, depósitos bancarios, inversiones en acciones o participaciones.

e) Aspecto Territorial: proyecto no hace distinción sobre la fuente o ubicación del patrimonio a gravar.

60. Presentado el 5 de noviembre del 2020.

f) Aspecto Temporal: permanente.

g) Exposición de Motivos:

(i) OXFAM ha señalado que en el Perú, la reducción de las brechas de desigualdad en el campo social y laboral se encuentra estancada desde el año 2014. Asimismo, se afirma que el sistema tributario se ha tornado más inequitativo y regresivo, pues pagan más quienes menos tienen.

(ii) La creación de un impuesto solidario a la riqueza busca una distribución más adecuada de los ingresos y una legislación tributaria más justa que no castiga a quienes tienen menos recursos.

5. Nuestros comentarios y/o recomendaciones sobre los proyectos presentados.

Resulta innegable, en todo sentido, que en nuestro país existe desigualdad en lo que respecta a la distribución de riqueza.

Al margen de que resulte discutible si esa desigualdad pueda ser combatida con la imposición de mayores gravámenes a los contribuyentes y no a través de políticas de formalización que coadyuven a generar una ampliación de la base tributaria, o generar una mayor eficiencia en la administración de los recursos por parte del Estado; en esta sección brindaremos comentarios generales en relación a los proyectos de ley existentes en el Congreso de la República que buscan crear un Impuesto a la Riqueza:

a) Con respecto al Impuesto Solidario a las Grandes Fortunas:

(i) No se establece la posibilidad de deducciones a la base, con lo cual se puede ver perjudicada la capacidad contributiva de las personas.

(ii) Como contribuyente del impuesto se incorpora a la figura del grupo económico. Sin embargo, se inobserva que este concepto carece de personería jurídica; por lo que su tributación devendría en impracticable.

(iii) Se grava a las personas jurídicas, lo cual puede generar un efecto no deseado. Efectivamente, recordemos que las cargas impositivas usualmente son trasladadas por las empresas al consumidor final, vía el incremento en los precios de venta. En ese sentido, la imposición de este gravamen podría generar un alza de precios al consumidor. En todo caso, si se incorporan a las personas jurídicas, deberían de excluirse de las personas naturales el valor de las acciones que éstas posean a efectos de evitar una doble imposición.

(iv) El impuesto está diseñado para gravar los ingresos superiores a S/ 1,000,000.00 en el caso de personas naturales y S/ 10,000,000.00 para el caso de las personas jurídicas; inobservando que ya existe el impuesto a la renta que grava la misma manifestación de capacidad contributiva.

(v) No se hace referencia al momento en que nace la obligación tributaria ni la fuente de los ingresos o la ubicación de los inmuebles sujetos al gravamen.

(vi) No se establecen mínimos exentos ni supuestos de inmuebles no gravados, como la casa habitación lo cual inobserva las recomendaciones efectuadas por la CIAT sobre el particular.

b) Con respecto al Impuesto a las Ganancias:

(i) El proyecto señala que la naturaleza del impuesto sería temporal —por los ejercicios 2020 y 2021— y su periodicidad anual. Tal disposición, desconoce el hecho de que los tributos de periodicidad anual —para que puedan ser aplicables— tienen que ser aprobados antes del ejercicio en el cual pretenden entrar en vigencia. Por tanto, si se buscaba la vigencia del mismo para el presente ejercicio 2021, el proyecto

debió de convertirse en ley antes del 01 de enero del 2021.[61]

(ii) Al igual que en el caso el Impuesto Solidario a las Grandes Fortunas, se genera una doble imposición al gravar hechos ya contemplados en el ámbito de aplicación del impuesto a la renta.

(iii) Se comete el mismo error de gravar a las personas jurídicas con los efectos ya mencionados.

c) Con respecto al Impuesto a las Grandes Fortunas:

(i) Se grava el patrimonio neto desde una suma superior a los 400 UIT[62], con lo cual claramente el impuesto resultaría aplicable a la mayoría de personas que son de clase media alta sin que ello implique que se trate de personas que posean fortunas en términos estrictos de la palabra.

(ii) La tasa más alta del proyecto es de 5%, lo cual la convertiría en una de las tasas más altas del mundo en comparación con los países que aún aplican este tipo de impuestos. Ello podría representar un cuestionamiento relativo a la capacidad contributiva de los sujetos pasivos.

(iii) En cuanto a los activos a ser gravados por el impuesto, el proyecto dispone que el mismo será de aplicación a otros títulos financieros que establezca el reglamento, lo cual claramente viola el principio de reserva de ley, por tratarse de una norma relativa al aspecto objetivo de la hipótesis de incidencia. Recordemos que el Tribunal Constitucional admite este tipo de delegaciones siempre y cuando la norma con rango de ley haya establecido los parámetros para tal desarrollo; lo cual no sucede en el presente caso.

(iv) Resulta altamente cuestionable el hecho de que se disponga la creación de un padrón de riqueza administrado por la Administración Tributaria, en donde se tenga que consignar, por ejemplo, el detalle de las joyas de uso personal cuyo valor —¿de mercado?— supere las dos UIT.

(v) No se establecen mínimos exentos ni supuestos de inmuebles no gravados como la casa habitación.

d) Con respecto al Impuesto de Solidaridad sobre la Fortuna:

(i) De acuerdo con el presente proyecto, se entenderá que una persona natural posee una fortuna —y por lo tanto, se encontrará afecto— cuando su patrimonio neto sea mayor a 250 UIT, es decir aproximadamente unos USD 303,000.00; con lo cual se gravaría a la gran mayoría de la clase media en el país.

(ii) En la fórmula de la escala progresiva acumulativa, existe un error al haberse omitido la franja que va desde los 1,000 a 1,250 UIT que no tiene una tasa aplicable.

Como se puede observar existen serias falencias e inobservancias a los proyectos de ley presentados. Dado lo anterior, nos permitimos brindar algunas recomendaciones:

a) Se debe tener claro si lo que se desea es crear un impuesto que grave el patrimonio o la riqueza de las personas. En función a ello, se debe establecer la fórmula legal aplicable —mínimos exentos, activos no gravados, entre otros—.

b) En relación con la valuación de los bienes que conformarán la base imponible, se tie-

61. Cabe indicar que este proyecto fue presentado en el ejercicio 2020 y tenía como propósito entrar en vigencia en dicho ejercicio.

62. Para el ejercicio 2021, S/ 1,760,000.

ne que ésta debería realizarse a valores de mercado, y no por su valor o costo histórico; ya que tales valores no representan la verdadera capacidad de pago del contribuyente. Sobre este punto, debemos mencionar que ningún proyecto ha abordado claramente la metodología que se aplicará para la determinación del valor de los activos materia de gravamen.

c) No resulta recomendable configurar como sujeto de gravamen a las personas jurídicas, por los efectos que ello puede tener a la economía a través del aumento de precios al consumidor.

d) En caso se intente gravar el patrimonio global, resultará recomendable establecer un mecanismo de crédito para evitar la doble imposición. En ese sentido, ninguno de los proyectos ha sido capaz de abordar esta posible problemática.

e) Algunos de los proyectos de ley presentados establecen el destino que tendrán los montos recaudados —para el otorgamiento de un bono universal, por ejemplo—. Sin embargo, tal disposición contraviene lo dispuesto por el artículo 79 de la Constitución Política del Perú, el cual dispone que el Congreso de la República no puede aprobar tributos con fines predeterminados, salvo por solicitud del Poder Ejecutivo, lo cual no sucede en el presente caso.

f) Finalmente, recomendamos incorporar como mecanismo para evitar la doble imposición un sistema de créditos respecto del impuesto pagado por concepto de predial y vehicular.

Recordemos que hoy existen esos dos impuestos que gravan el patrimonio a nivel de gobierno municipal. En vista de que el tributo propuesto sería un impuesto del gobierno central, —lo que generaría una doble imposición—, el mecanismo anteriormente señalado podría eliminar la eventual doble carga tributaria.

VI. CONCLUSIONES

El Impuesto a la Riqueza no resulta novedoso en el sistema jurídico peruano, pues ya se encontraba vigente antes de la reforma tributaria llevada a cabo a inicios de la década de los noventa del siglo pasado.

A pesar de lo que se busca con este tipo de gravámenes[63] —el incremento en la recaudación dado el contexto de pandemia—, existe evidencia empírica en términos de legislación comparada, que demuestran que la recaudación asociada no resulta material.

Los países económicamente desarrollados han ido renunciando a la aplicación de este tipo de gravámenes por los problemas que su existencia implicaban, siendo que en Sudamérica se está desarrollando el fenómeno a la inversa.

En los proyectos de ley presentados ante el Congreso de la República se denotan serias falencias u omisiones que deberían ser subsanadas, con miras a que no se planteen acciones de inconstitucionalidad, una vez que los mismos se incorporen al sistema jurídico doméstico.

Finalmente, se puede observar que la mayoría de los proyectos presentados se encuentran enfocados en gravar a la clase media del país, no siendo su objetivo aquellos sujetos que realmente poseen altos niveles de patrimonio personal; para lo cual por ejemplo se podrían tomar en consideración variables tales como aquellas contenidas en la ENAHO —Encuesta Nacional de Hogares— realizada por el RENIEC o la propia base de datos de la Administración Tributaria respecto a la calificación que posee de todos los contribuyentes —Principales Contribuyentes nacionales, por ejemplo—.

63. De acuerdo a lo observado en las exposiciones de motivos que acompañan a los cuatro proyectos de ley comentados.

CC BY
DOI 10.26439/advocatus2021.n040.5290

Impuestos a los juegos de apuesta y principios constitucionales tributarios

Carlos Alberto Fonseca Sarmiento

Abogado por la Universidad de Lima.
Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Máster en Administración Pública por el Instituto Ortega y Gasset de Madrid.

SUMARIO:

I. Introducción.
II. ¿Qué son los juegos de apuesta?
III. ¿Es una actividad lícita en el Perú?
IV. Clasificación de los juegos de apuesta.
- **1. Los juegos de casino.**
- **2. Las máquinas tragamonedas.**
- **3. Las loterías.**
- **4. Las apuestas sobre carreras de caballos.**
- **5. Otros juegos de apuestas presenciales.**
- **6. Los juegos de apuestas *online*.**

V. La Potestad Tributaria y los Principios Constitucionales Tributarios.
- **1. La Potestad Tributaria.**
- **2. El Principio de Reserva de Ley.**
- **3. El Principio de Igualdad.**
  - **3.1. Principio de Igualdad ante la Ley.**
  - **3.2. Principio de Igualdad en la Ley.**
- **4. El Principio de No Confiscatoriedad.**
  - **4.1. Confiscatoriedad cuantitativa.**
  - **4.2. Confiscatoriedad cualitativa.**

VI. Los impuestos a los juegos de apuesta en el Perú.
- **1. La prohibición de impuestos a las ganancias brutas y el Impuesto a los juegos de casino y máquinas tragamonedas.**
- **2. La naturaleza tributaria de los pagos forzosos de los operadores de los juegos de lotería.**
- **3. Violación de los principios de reserva de ley, de igualdad y efectos confiscatorios en el impuesto a las apuestas hípicas y similares.**
- **4. Las ambigüedades del impuesto municipal a los juegos.**
- **5. Los errores del Impuesto Selectivo al Consumo a los juegos de azar.**

VII. Conclusiones.

El presente artículo fue recibido por el Comité Editorial con fecha 9 de diciembre de 2020 y fue aceptado con fecha 25 de enero de 2021.

RESUMEN:

En el presente artículo el autor analiza las deficiencias detectadas en la legislación tributaria sobre los juegos de apuesta en base a los principios tributarios recogidos en el artículo 74 de la Constitución. El autor elabora un concepto y clasificación de los juegos de apuesta en función de sus características técnicas y su regulación en el Perú. El autor recomienda homogenizar la tributación sectorial de los juegos de apuesta mediante la creación de un único impuesto y utilizando la misma metodología.

Palabras clave: Principios tributarios, reserva de ley, igualdad, no confiscatoriedad, juegos de apuesta, máquinas tragamonedas y loterías.

ABSTRACT:

In this article, the author analyzes the deficiencies detected in the tax legislation on gambling based on the tax principles set forth in article 74 of the Constitution. The author develops a concept and classification of gambling based on their technical characteristics and their regulation in Peru. The author recommends homogenizing the sectoral taxation of gambling by creating a single tax and using the same methodology.

Keywords: Tax principles, reserve of law, equality, non-confiscation, gambling, slot machines and lotteries.

I. INTRODUCCIÓN

En estos últimos años, los juegos de apuesta han tenido un desarrollo vertiginoso en todo el mundo. El dinamismo, la dependencia a la tecnología y la internacionalidad son factores relevantes de esta actividad. Cada vez hay más países interesados en regular esta industria. Muchas razones son invocadas: aumento de la oferta laboral, reducción de los efectos nocivos del juego al estar controlado, protección a los usuarios, desarrollo de infraestructura turística, mejoramiento de sectores desatendidos, etc. Sin embargo, hay una que siempre estará en cualquier modelo regulatorio asociado a esta actividad: la creación de impuestos. La receta será económicamente exitosa cuando los ingresos sean significativamente mayores a los costos de fiscalización y será jurídicamente legítima cuando sean exigidos dentro los límites de la Constitución.

Sobre este segundo punto se han reparado graves problemas, causados por la complejidad técnica de la actividad y los prejuicios que algunas autoridades presentan contra esta industria, los cuales provocan muchas veces restricciones irrazonables a los derechos fundamentales de los actores involucrados —empresarios, trabajadores y jugadores— lo que ha generado permanentes conflictos requiriendo la intervención del Poder Judicial o el Tribunal Constitucional.

Y este fenómeno no es privativo del Perú. En Latinoamérica, en los últimos años, hemos sido espectadores de una abundante actividad de jueces constitucionales para resolver conflictos entre autoridades y empresarios en torno a la tributación de los juegos de apuesta, causando no pocas veces la inaplicación de leyes. Algo debe estar ocurriendo con nuestras legislaciones. Es imposible que los Poderes Judiciales y Tribunales Constitucionales de la región estén en pie de guerra contra las políticas públicas sobre juegos de apuestas implementadas. Esta situación nos motiva a analizar nuestra propia legislación tributaria y descubrir todos los vicios constitucionales que continúan existiendo al excederse de los límites fijados por los principios tributarios reconocidos por nuestra Constitución.

II. ¿QUÉ SON LOS JUEGOS DE APUESTA?

Los juegos son actividades sujetas a reglas cuyo propósito principal es constituir un pasatiempo para quien lo realiza. Son de apuesta cuando las reglas exigen a los participantes la obligación de arriesgar una cantidad de dinero u otro bien económicamente valorable como condición para jugar. Además, el resultado de estos juegos genera obligaciones y derechos a sus participantes —por ejemplo, el ganador recibe un premio o el perdedor se queda sin el dinero arriesgado—. Los juegos de apuesta son jurídicamente relevantes pues hay un interés público

derivado del dinero involucrado por los usuarios. El interés público se encuentra en garantizar las reglas imparciales y transparentes del juego, en el interés fiscal por la capacidad contributiva exhibida por los jugadores o en reducir cualquier riesgo social que pudiera provocar su práctica.

Los juegos de apuesta usualmente se clasifican, por el grado de intervención del participante en su resultado, en dos categorías: pueden ser preponderantemente de azar o de habilidad. Utilizamos la palabra "preponderantemente" porque la tecnología, en algunos casos, borra los límites claros entre estas dos categorías.

Son de azar aquellos cuyo resultado está determinado principalmente por circunstancias imprevistas e inevitables sobre las que los jugadores no tienen control y van a ser esenciales para el resultado final. Por ejemplo, en la ruleta, el resultado final depende del casillero numerado donde la bolita se detendrá luego de haber sido girada la rueda horizontal, por el representante —*dealer*— del casino. Ningún jugador tiene el control del movimiento de la bolita y nadie puede tener certeza del casillero donde se detendrá.

Son de habilidad aquellos cuyo resultado depende principalmente de la capacidad física o intelectual del jugador. En estos casos, el participante si tiene la posibilidad de controlar las variables del juego, haciendo uso de sus fortalezas, inteligencia y técnica. Por ejemplo, si los contrincantes en una partida de ajedrez apuestan, la mayor destreza de uno de ellos determinará al ganador.

Desde el punto de vista jurídico, es irrelevante si el resultado depende del azar o de la habilidad. Lo determinante es la existencia de una apuesta. Si hay dinero del público comprometido en el funcionamiento de un juego, no interesa como se determina el resultado, pues sea de azar o habilidad, la legislación aplicable establecerá las reglas para que el juego se realice con imparcialidad y transparencia y no se afecte la confianza del público.

Hay dos elementos adicionales y característicos de los juegos de apuesta: la pluralidad y la competencia. Para que un juego sea jurídicamente relevante es necesario contar con al menos dos personas. Los juegos individuales, en la medida que son realizados y sus efectos recaen en una sola persona, no generan interés público. Por otro lado, el juego siempre tiene que ser de competencia. Esto ocurre si el juego produce un efecto en la situación de sus participantes, por ejemplo, declarándolos ganadores o perdedores. Si el juego es sin competencia y se realiza por el mero pasatiempo, no origina ningún cambio en el estatus jurídico de los jugadores y por lo tanto es intrascendente para la ley.

Cuando los juegos de apuesta se realizan de manera empresarial aparece la figura del "Operador": aquel sujeto que organiza el juego de apuesta y en virtud de quien pueden existir juegos de contrapartida, cuando el operador se enfrenta a uno o más jugadores; o juegos de círculo o juegos cruzados, cuando los jugadores se enfrentan entre sí y el operador como coordinador y garante del juego recibe una comisión de las apuestas efectuadas.

La actividad del operador genera interés público pues produce una relación asimétrica con sus consumidores, revela una exteriorización de capacidad contributiva, pues el público destina dinero en una actividad de ocio que no satisface necesidades básicas y puede provocar externalidades negativas a la sociedad. Este genera costos de regulación y fiscalización para el Estado quien usualmente realiza el control a través del otorgamiento de licencias y cubre el presupuesto de esta actividad estatal mediante impuestos especiales.

Dicho esto, podemos definir a los juegos de apuesta como aquella actividad de entretenimiento en la que participa más de una persona, donde los participantes arriesgan dinero u otro bien económicamente valorable, que se encuentra sujeto a reglas que generan obligaciones y derechos y como consecuencia de su resultado, se determinan ganadores o perdedores.

III. ¿ES UNA ACTIVIDAD LÍCITA EN EL PERÚ?

Nuestra actual Constitución Política, vigente desde 1993, contiene 4 artículos relevantes para determinar si es posible o no ofrecer juegos de apuesta en el Perú. Estos son los artículos 2, numeral 24, inciso a)[1], 58[2], 59[3] y 62[4]:

El régimen económico de la Constitución tiene su columna vertebral en la libre iniciativa privada y en consecuencia toda actividad económica está permitida a menos que una ley impida su desarrollo. En otras palabras, para ofrecer juegos de apuesta en el país no es necesario "legalizar" la actividad sino sólo cumplir con cualquier regulación requerida de manera general, salvo que una ley especial disponga requisitos adicionales —por ejemplo, la obtención de un título habilitante— y el pago de impuestos adicionales a los generales.

Actualmente no existe una ley donde se regule de manera integral y coherente la provisión de juegos de apuestas en el territorio peruano. Por el contrario, existe una dispersa regulación sin ningún criterio técnico, provocando excesivas regulaciones para algunos juegos —por ejemplo, las máquinas tragamonedas— y laxas para otros —por ejemplo, las apuestas *online*—. Sin embargo, cualquier juego de apuesta puede ser operado empresarialmente en el país excepto cuando exista una ley expresa proscribiendo su desarrollo, la cual deberá estar debidamente justificada. Actualmente, solo dos juegos de apuesta están expresamente prohibidos. La explotación del juego de las carreras de perros, en virtud de una ley muy antigua, la Ley 10293 de 1945; y, la explotación de máquinas tragamonedas *"que, por sus características o presentación, la Dirección General de Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo determine que se encuentran destinadas al juego de menores de edad"*, conforme lo prescrito por la Ley 29149 de 2007.[5]

IV. CLASIFICACIÓN DE LOS JUEGOS DE APUESTA

Hacer una clasificación técnica de los juegos de apuesta es una tarea complicada justamente por uno de sus rasgos: su dependencia a la tecnología, la cual siempre está en permanente evolu-

1. Principio de Libertad —Artículo 2, numeral 24, inciso a)—:
"Toda persona tiene derecho: 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:
a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

2. Principio de Libre Iniciativa Privada para ejercer actividades económicas —Artículo 58—:
"La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura".

3. Libertades económicas reconocidas en la Constitución —Artículo 59—:
"El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no deber ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades".

4. Libertad de contratar —Artículo 62—:
"La libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. (…)".

5. Esta Ley revela notorios defectos al legislar sobre un juego de apuesta. Resulta curioso por no decir incongruente, no definir el juego materia de la prohibición con elementos objetivos y en lugar de ello, tomar como elemento central a su destinatario —menores de edad— y en virtud de una decisión subjetiva que le corresponde a un órgano técnico normativo de línea de un Ministerio —es decir, ni a su máxima autoridad—. ¿Qué propiedades o cualidades debería presentar dicho juego para reconocer que no están destinados a los mayores de edad?

ción. Esto hace cada vez más difícil establecer límites claros entre un tipo de juego y otro. Por ello, vamos a hacer un intento por clasificar a los juegos de apuesta en función no sólo del evento técnico que provoca su resultado, sino también por la forma como en el país se han regulado —o dejado de regular— tanto en el ámbito tributario como el de las licencias. De esta manera, podemos agruparlos en 6 categorías.

1. Los juegos de casino.

Están definidos en el artículo 4 inciso a) de la Ley 27153 de 1999, Ley que regula la Explotación de Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas, como: *"Todo juego de mesa en el que se utilicen naipes, dados o ruletas y admitan apuestas del público, cuyo resultado dependa del azar, así como otros juegos a los que se les otorgue esta calificación de conformidad con la presente Ley"*.

Se caracterizan por ser "juegos localizados", es decir, requieren un establecimiento físico permanente —generalmente denominado casino o sala de juego— del operador, en donde se desarrolla todo el proceso del juego. En consecuencia, también son "juegos presenciales" pues el usuario tiene que asistir a dicho lugar para poder apostar. Son "juegos de interacción humana" pues para su desarrollo es necesaria la intervención de un representante del operador —el *dealer*— quien conduce el juego, sea este de contrapartida —por ejemplo, el *blackjack*, donde la "casa" compite contra los jugadores— o de círculo —por ejemplo, el póker americano, donde los jugadores compiten entre sí y la "casa" recibe una comisión por organizar el juego—. El resultado del juego está determinado por un evento aleatorio manual: el lanzamiento de los dados, el giro del disco de la ruleta o el barajo de naipes —aunque existen barajadores automáticos pero el *dealer* tiene que repartir las cartas—. Son de resultado inmediato, pues se hace la apuesta y el proceso de juego se inicia y se resuelve en el acto.

2. Las máquinas tragamonedas.

Están definidas en el artículo 4 inciso b) de la citada Ley 27153 de 1999, como: *"Todas las máquinas de juego, electrónicas o electromecánicas, cualquiera sea su denominación, que permitan al jugador un tiempo de uso a cambio del pago del precio de la jugada en función del azar y, eventualmente, la obtención de un premio de acuerdo con el programa de juego"*.

Las máquinas tragamonedas también son "juegos localizados", que al igual que los juegos de casino solo pueden funcionar en salas de juego autorizadas por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. De igual modo son "juegos presenciales", pues el usuario tiene que estar sentado frente a la máquina para poder jugar. Son "juegos de interacción electrónica" donde el usuario sólo se interrelaciona con la máquina durante el proceso de juego. Generalmente son juegos de contrapartida pues el individuo compite con la "máquina" del operador, aunque la tecnología permite juegos de círculo —por ejemplo, hay máquinas tragamonedas de póquer americano—. El resultado del juego está determinado por un programa electrónico, aunque también existen máquinas tragamonedas de habilidad, cuyo desarrollo se basa también en un *software*, pero el resultado depende de la destreza del usuario. Esto sería un "videojuego de apuesta". Finalmente, son un juego de resultado inmediato, pues la decisión de si se ganó es al instante.

3. Las loterías.

Son juegos regulados por el Decreto Ley 21921 de 1977, expedido por el Gobierno Militar y posteriores normas modificatorias que incluyen al Decreto Legislativo 1411 de 2018 y Decreto de Urgencia 009-2020. Se encuentran bajo el ámbito de control del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables —en adelante, "MIMP"—.

Su marco legal tiene una extraña particularidad: carece de una definición normativa. Y no existe unidad conceptual respecto de este juego. Las imprecisiones se encuentren prioritariamente para determinar si la lotería es una especie, un concepto similar al de "sorteo" o abarcan a todo juego de apuesta cuyo evento definitorio es justamente el sorteo. Considerando todos los juegos que pueden estar alcanzados por este

término, al menos como se entiende predominantemente en la industria, podríamos definir a la lotería como un juego de carácter colectivo y de naturaleza pública donde se determinan números o símbolos mediante sorteo, otorgándose un premio al titular del número, símbolo o combinación de éstos que hubiera sido extraído u obtenido de acuerdo con las reglas del juego. Entre las modalidades que pueden presentar podemos mencionar a la lotería de billetes, rifa, bingo, keno, lotería electrónica, tómbola, lotería presorteada o instantánea y videolotería.

Actualmente en el Perú estos juegos sólo pueden ser operados por las Sociedades de Beneficencia Pública —en adelante, "SBP"—, lo cual es una barrera a la libre iniciativa privada. Podría sostenerse que las SBP no son "entidades del Estado" sino únicamente personas jurídicas de derecho público interno y por lo tanto no hay actividad empresarial del Estado, pero no obstante ello, lo razonable sería que cualquier empresa privada —cumpliendo las regulaciones especiales— pueda realizar esta actividad económica y no restringir su ejercicio a las SBP cuyas autoridades son designadas con la intervención del Estado y se crean por Ley.

Dicho esto, debemos señalar que algunos juegos de lotería son "localizados", por ejemplo, el juego del bingo, mientras que otros son "deslocalizados", por ejemplo, las loterías electrónicas cuyo sorteo no requiere de un establecimiento físico permanente. Son juegos "presenciales" porque el usuario tiene que acudir al establecimiento físico —el cual puede ser un módulo o kiosko inclusive— para hacer su apuesta y recibir la constancia del juego —billete, *ticket*, etc.—. Pero también existe la posibilidad de juegos "no presenciales" pues la tecnología permite adquirir un billete de lotería a través del internet. Generalmente son "juegos de interacción humana" pues la constancia de participar se recibe de un representante del operador al adquirir el boleto de juego; sin embargo, tanto por internet como en los propios establecimientos físicos pueden existir terminales automáticos de billetes de lotería sin la participación de un representante del operador. Son juegos de contrapartida pues se compite contra el operador.

El resultado del juego está determinado por el sorteo que alcanza a todos los participantes. El sorteo puede ser previo cuando se trata de una lotería instantánea —pues el resultado no visible del juego ya está en la tarjeta. Por último, los juegos de lotería se caracterizan por no ser de resultado inmediato pues generalmente los sorteos se hacen con frecuencia diaria o semanal, pero se tiene que respetar un plazo para que los participantes puedan adquirir sus boletos. No obstante ello, en juegos como la tómbola, el bingo, la lotería instantánea o el keno el resultado es inmediato.

4. Las apuestas sobre carreras de caballos.

Su regulación se sustenta en la Ley 15224 de 1964, la cual dispone en su artículo 2 que:

> *"Las carreras de caballos y las actividades del Stud Book, se regirán por los Reglamentos de Carreras, de Apuestas y del Stud Book del Jockey Club del Perú en la ciudad de Lima o el de la entidad organizadora del espectáculo en los Hipódromos de provincias, con excepción del Stud Book, que queda centralizado en el Jockey Club del Perú, debiendo sujetarse obligatoriamente a sus disposiciones los propietarios de caballos, los criadores de caballos y propietarios de Haras, los apostadores, los preparadores, jockeys, vareadores, y en general, todos los profesionales y todas las personas y entidades que tengan relación con las actividades hípicas".*

Son apuestas sobre competencias —pugnas de velocidad— de caballos montados por un jinete —*jockey*—, las cuales se realizan en un recinto específico denominado hipódromo, por ello son "juegos localizados". Son "presenciales" pues el jugador tiene que estar en el hipódromo o en una agencia concesionaria de éste —usualmente denominada en nuestro país como "telepódromo"— para poder apostar. Generalmente son de "interacción humana" pues un representante del organizador es el que recibe el pago del boleto, pero también

existen máquinas expendedoras electrónicas donde no ocurre esta interacción. Son "juegos de contrapartida" pues si ganan los jugadores, el operador responde por el pago; pero la principal modalidad del juego se denomina técnicamente "apuestas mutuas", donde los premios se distribuyen entre los jugadores ganadores en un porcentaje del total del dinero apostado en el juego y cuya determinación del porcentaje a distribuir se encuentra en el Reglamento del Juego, previamente establecido. La diferencia entre el total del dinero apostado y el porcentaje distribuido constituye la ganancia del operador. El evento que determina el resultado es uno de carácter físico, el orden de llegada de los caballos a la meta. Finalmente, el resultado del juego no necesariamente es inmediato pues el apostador puede adquirir su boleto de participación con anticipación a la carrera. Las apuestas sobre carreras de caballos son un espectáculo además de un juego. Muchas personas asisten al hipódromo para ver el evento sin apostar.

5. Otros juegos de apuestas presenciales.

La tecnología deja abierta a innumerable tipo de otras apuestas que no están contenidas en las categorías anteriores y actualmente no tienen ninguna regulación especial. A este grupo las denominaremos "otras apuestas presenciales". Son todos aquellos juegos de apuesta —distintos a los anteriores— que se realizan de manera personal por el usuario, en un establecimiento o "Punto de Juego" del operador —el cual generalmente no es el organizador del evento sobre el cual se apuesta—, en el que el usuario realiza una apuesta en dinero o susceptible de valorización económica y que le otorga la posibilidad de obtener un premio, de acuerdo a las reglas del juego. Son "juegos localizados", pues las apuestas se captan en el Punto de Juego del operador. Se consideran juegos de apuesta "presencial" pues se requiere acudir el Punto de Juego del operador para concretar la apuesta. Y como la variedad es grande, pueden ser de interacción humana o electrónica, de resultado inmediato o mediato y de contrapartida o de círculo. El evento que determina el resultado es uno desconocido por las partes y es un hecho real que puede ser físico —por ejemplo, el resultado de un partido de fútbol— o virtual —por ejemplo, el resultado de una carrera de galgos virtual.

6. Los juegos de apuestas *online*.

Tampoco cuentan con una regulación especial en el país, entonces carecemos de una definición normativa; sin embargo, podemos describirlos como todos aquellos juegos de apuesta desarrollados mediante un dispositivo de acceso remoto a internet —por ejemplo, una computadora, tableta o teléfono inteligente—, en el que el usuario realiza una apuesta en dinero o susceptible de valorización económica y que le otorga la posibilidad de obtener un premio, de acuerdo a las reglas del juego. Los juegos de apuesta *online* presentan dos modalidades: juego de internet y juego con internet. Los primeros son los que nacen, se desarrollan y concluyen en el internet —por ejemplo, las máquinas tragamonedas virtuales que aparecen en un sitio web— y los segundos, son aquellos que utilizan el sitio web para recibir la apuesta e interactuar con el jugador, pero el desarrollo y resultado obedece a un evento externo —por ejemplo, el de un partido de fútbol, como en el caso de los juegos de apuestas presenciales, donde la única diferencia es el canal, en uno de manera presencial y en este por internet—.

La principal característica de estos juegos es que son "deslocalizados". Con sólo tener el dispositivo de acceso remoto se puede jugar, sea cual sea el lugar donde físicamente se encuentre el usuario. Por lo tanto, son "juegos remotos" pues el usuario no tiene que estar en un establecimiento físico del operador para poder jugar, no obstante que en algunas jurisdicciones comenzaron a usarse las denominadas "cabinas de internet" como recintos para hacer apuestas *online* utilizando las computadoras que el propietario alquila a los usuarios. Son "juegos de interacción electrónica" pues el usuario sólo se interrelaciona con el dispositivo de acceso remoto durante el proceso de juego. Generalmente son "juegos de contrapartida", pues el individuo compite contra el operador; aunque la tecnología permite "juegos de círcu-

lo" donde el operador cobra una comisión del dinero jugado.

El resultado del juego está determinado por un programa electrónico que se encuentra en el servidor, en el caso de los juegos de internet, mientras que, en los juegos con internet, el resultado depende de un evento real —puede ser una competición real, por ejemplo, un partido de tenis entre Federer y Nadal o de una competición virtual, por ejemplo, cuando se apuesta en una competencia de *e-sports*—. Las apuestas *online* son un juego de resultado inmediato cuando son generalmente juegos de internet y de resultado mediato cuando son juegos con internet.

V. LA POTESTAD TRIBUTARIA Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES TRIBUTARIOS

1. La potestad tributaria.

A rasgos generales, se entiende por potestad tributaria a la facultad que tiene el Estado de crear, modificar, suprimir o establecer la exoneración de tributos. Antiguamente, fue utilizado de manera ilimitada y arbitraria por el gobernante, pero con la aparición del constitucionalismo y el Estado de Derecho se sometió a las reglas y limitaciones contenidas en los preceptos constitucionales. El artículo 45 constitucional dispone: *"El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen"*. Este ejercicio de poder se realiza en distintos campos y bajo diversas reglas. Aquel que se lleva a cabo en el campo tributario recibe el nombre de potestad tributaria.

La potestad tributaria es una facultad exclusiva del Estado, pero dentro de su estructura generalmente existen varias autoridades con porciones determinadas de poder. En un Estado unitario pero descentralizado como el nuestro, por ejemplo, hay distintos niveles de gobierno. En estos casos, la potestad tributaria puede ser ejercida por varios órganos de poder. De acuerdo a nuestro marco constitucional, puede producirse una de estas modalidades:

a) Potestad Tributaria Inmediata: Cuando es ejercida por un titular de poder tributario únicamente con los límites y condiciones fijados en la Constitución.

b) Potestad Tributaria Mediata: Cuando es ejercida por un titular de poder tributario, pero con los límites constitucionales y los que le fije el titular de la potestad tributaria inmediata con competencia para delegarle esta facultad. Los límites y condiciones establecidos por el órgano con potestad tributaria inmediata al órgano con potestad tributaria mediata se efectúan a través del instrumento normativo idóneo para ejercer su potestad tributaria inmediata.

El artículo 74 de nuestra Constitución[6] establece la regla general para el ejercicio de la potestad tributaria del Estado. Se reconoce potestad tributaria a cuatro órganos del Estado: el Congreso, el Presidente de la República, los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales, al disponer lo siguiente:

> *"Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo.*
>
> *Los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de éstas, dentro de su jurisdicción, y con los límites que señala la ley. El Estado, al ejercer potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de*

6. Sin embargo, un exacto alcance de este concepto solo puede ser obtenido con la lectura complementaria de los artículos 56, 79, 118 numeral 20, 195 y 196 de la Constitución.

los derechos fundamentales. Ningún tributo puede tener carácter confiscatorio. (…)".[7]

La ausencia de una definición de tributo puede generar incertidumbres y arbitrariedades. Para garantizar la seguridad jurídica, en una eventual reforma constitucional será recomendable contar con conceptos precisos de las tres especies tributarias: impuestos, contribuciones y tasas; identificándose la exacta porción de poder tributario respecto de ellas que corresponde a los distintos órganos estatales designados por la Constitución. La búsqueda de interpretaciones al borde del límite es una consecuencia de esta omisión. Por ejemplo, con la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 03283-2007-AA sobre la naturaleza no tributaria de la Contribución al FONAVI.[8]

Los principios tributarios son para los contribuyentes, garantía de sus derechos fundamentales; y para el Estado, límites al ejercicio de su poder tributario. Al estar fijadas en la Constitución ostentan la máxima jerarquía normativa dentro del ordenamiento jurídico de un país y en consecuencia toda expedición de una norma con rango de ley o de inferior jerarquía debe efectuarse conforme a estos principios. La Constitución de 1993 recoge cuatro: (i) Reserva de Ley, (ii) Igualdad, (iii) No Confiscatoriedad y (iv) Respeto de los derechos fundamentales de la persona. Los principios tributarios son en realidad especificaciones en el campo tributario de la protección de determinados derechos fundamentales de los contribuyentes, principalmente los derechos de libertad, igualdad y propiedad, que son impactados usualmente por el ejercicio del poder tributario. El último principio citado, denominado de "respeto de los derechos fundamentales" no es particular del poder tributario. En general, todo ejercicio de poder exige reverencia a los derechos constitucionales de las personas, así que solo nos concentraremos en los tres primeros.

2. El principio de reserva de ley.

También se lo conoce como Principio de Legalidad en materia tributaria y se considera una de las bases sobre las que se estructura el derecho tributario en general. Constituye una precisión en el ámbito tributario de aquel derecho fundamental de toda persona consagrado en el artículo 2, numeral 24, inciso a) de nuestra Constitución, el cual prescribe: *"Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe"*. Por este principio debe entenderse que la facultad del Estado de crear, modificar, suprimir o establecer la exoneración de un tributo sólo está reservada a la "Ley"; entendiéndose por "Ley" para estos efectos a toda categoría normativa por la que conforme a la Constitución se puede ejercer la potestad tributaria. Los instrumentos normativos habilitados constitucionalmente para el ejercicio de la potestad tributaria y que por lo tanto deben considerarse "Ley" para este propósito, son los siguientes:

a) La Ley del Congreso de la República, para cualquier tributo.
b) El Decreto Legislativo del Poder Ejecutivo, para cualquier tributo establecido de acuerdo a las materias delegadas por la Ley autoritativa.
c) El Decreto Supremo del Poder Ejecutivo, para las tasas del gobierno central y los aranceles.
d) La Ordenanza de los Gobiernos Locales: Para sus contribuciones y tasas.
e) La Ordenanza de los Gobiernos Regionales: Para sus contribuciones y tasas.

7. Texto vigente según la modificación introducida por el artículo único de la Ley 28390, publicada el 17 de noviembre de 2004 en el diario oficial El Peruano.

8. Con el propósito que se pueda hacer un referéndum sobre la Contribución al FONAVI, creada por el Decreto Ley 22591 de 1979, en su Sentencia 03283-2007-PA/TC, el Tribunal Constitucional interpretó que tal aporte obligatorio no constituía un tributo y de esta manera removía el impedimento de llevar a cabo dicho referéndum, pues el artículo 32 de la Constitución no lo autoriza respecto de normas de carácter tributario. Con ello se modificó la interpretación predominante en la doctrina y la anteriormente sostenida por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 001-1999-AT/TC, según la cual, este ingreso era un tributo.

Se viola entonces este principio cuando:

a) Otra autoridad del Estado distinta a las anteriormente indicadas establece un tributo. Ejemplo: las tasas creadas por una Institución Pública Descentralizada mediante la norma de mayor jerarquía de dicha institución.
b) Cuando una de las autoridades con poder tributario crea un tributo que no es de su competencia. Ejemplo: el Gobierno Local que crea un Impuesto.
c) Cuando un órgano con poder tributario hace uso de éste mediante una categoría normativa inadecuada. Ejemplo: el Poder Ejecutivo crea una tasa mediante Resolución Ministerial.
d) Cuando un órgano con poder tributario crea un tributo con la categoría normativa idónea, pero sin incluir todos los elementos esenciales de la obligación tributaria. Ejemplo: el Congreso crea un impuesto, mas no su alícuota, la cual se crea por Decreto Supremo.

En efecto, si el principio exige que el tributo esté reservado a "Ley", entonces todos los elementos de la hipótesis de incidencia deben ser establecidos por la categoría normativa competente. En otras palabras, no debe dejar duda al momento de crearse un tributo sobre lo siguiente: acreedor tributario, deudor tributario, hecho generador de la obligación tributaria, base imponible y alícuota del mismo, el momento en que esta nace y el ámbito espacial en que se aplica. Si no indicara estos elementos, habría vulnerado este principio y por lo tanto sería inconstitucional. Respecto a un principio constitucional no se puede condescender, se cumple o se incumple.

3. El principio de igualdad.

Este principio puede resumirse en dos conceptos: Igualdad ante la Ley e Igualdad en la Ley. A continuación, los desarrollamos.

3.1. Principio de Igualdad ante la Ley.

En esta primera acepción, el principio constitucional tributario de igualdad es una especificación en el campo tributario del derecho fundamental establecido en el artículo 2, inciso 2 de nuestra Constitución, que prescribe: *"Toda persona tiene derecho: a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole"*. También debe tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 103 constitucional, el cual en su primer párrafo dispone lo siguiente: *"Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de las personas"*. En el ámbito tributario, este principio de Igualdad ante la Ley también recibe el nombre de Principio de Generalidad.

Este principio tiene un sentido positivo, el cual significa que todos los habitantes de un Estado están obligados a contribuir a su sostenimiento mediante el pago de tributos. Por cierto, esta generalidad de la obligación tributaria debe ser atemperada para su correcta definición. Significa esto que no todas las personas deben pagar tributos, pues sería injusto que se exigiera a aquellas personas que carecen de recursos económicos incluso para atender sus necesidades primarias. Por ello, aparece el concepto de "Capacidad Contributiva" como elemento esencial de todo tributo, en el entendido de que solo todo aquel que cuenta con aptitud de pago público debe contribuir al sostenimiento del Estado.

Por otro lado, el principio de generalidad tampoco significa que todas las personas con capacidad contributiva deban pagar todos los tributos instituidos por el Estado. Solo deben cumplir con aquellas obligaciones tributarias en las que tengan la condición de contribuyentes, es decir, cuando respecto a ellos ocurra el hecho generador del tributo previsto en la ley. Precisado de esta manera el principio, conviene advertir que los Estados no lo aplican rígidamente, pues usualmente es atenuado por las exoneraciones y beneficios tributarios en general fundados en la utilización de la tributación como instrumento de política económica y social. Entonces, si por un lado la Constitución consagra el principio de igualdad ante la ley; y por otro, las leyes disponen que algunas personas —de las que tienen capa-

cidad contributiva— no cumplan con el pago de tributos, ¿no existiría una contradicción? Es por esa razón que debe tenerse mucha cautela con las exoneraciones, pues podrían volver inoperativo el principio de generalidad.

3.2. Principio de Igualdad en la Ley.

Es también conocido como Principio de Uniformidad. Constituye una garantía sustantiva y no meramente formal para los contribuyentes, pues limita el contenido de las normas expedidas por los titulares del poder tributario. En términos generales, significa que a situaciones iguales debe darse tratamientos tributarios iguales. Ello supone también, que en situaciones desiguales el tratamiento tributario no será el mismo. Es preciso hacer notar que con este principio no se impide a los titulares del poder tributario decidir tratos diferentes para determinados contribuyentes; por el contrario, esto sí está permitido, pero siempre y cuando se funden en razones objetivas.

Las situaciones que deben ser analizadas para poder establecer si es razonable dar un tratamiento igual o desigual a los contribuyentes es el hecho generador de la obligación tributaria. Esto es, si del hecho generador resulta que pueden producirse situaciones distintas, lo lógico será aplicar tratos distintos. La manera como se aplica este principio en los impuestos es mediante la introducción de categorías de contribuyentes, estableciéndose a cada categoría de manera uniforme un mismo tratamiento tributario. Esta formulación del principio de igualdad en la ley en el ámbito de los Impuestos recibe el nombre de Principio de Capacidad Contributiva, entendiéndose por tal, que el monto de los impuestos debe ser el mismo ante situaciones iguales de capacidad contributiva. En este contexto, el término "Capacidad Contributiva" no significa riqueza mínima que debe tener una persona para considerarla contribuyente —como en el Principio de Generalidad— sino elemento objetivo que identifica a un tipo de tributos.[9]

Este principio generalmente es el más afectado en la imposición a los juegos de apuesta. Tanto en comparación con otras actividades de entretenimiento como entre los mismos juegos de apuestas que se encuentran sujetos a impuestos distintos o al mismo impuesto, pero con tasas distintas provocando distorsiones en el mercado y afectando finalmente al usuario. Como señala Cabot:

> *"(…), si el juego es una forma de actividad de ocio que compite con otras actividades de ocio, como películas, discotecas y similares, entonces gravar los juegos más que sus competidores perturba el mercado competitivo. Los impuestos adicionales que paga la industria de los casinos se transfieren a los clientes en forma de costos más altos. Esto hace que el producto de juego sea menos competitivo que otros productos de actividades de ocio con los que compite por los clientes. Esto viola una doctrina de neutralidad en el sentido de que grava los productos básicos de manera diferente y afecta las decisiones de consumidores y productores. Como resultado, los ciudadanos se ven privados del derecho a elegir entre dos productos en competencia; en lugar de tener que aceptar el sustituto favorecido por la estructura tributaria. (…)"*[10]

9. En las tasas por ejemplo, no debería existir el Principio de Capacidad Contributiva como Uniformidad pues la cuantía es en función del servicio efectivamente prestado por el Estado; pero sí el Principio de Capacidad Contributiva como Generalidad para que aquel que carece de medios no pague las tasas.

10. Anthony Cabot, *Casino Gaming. Policy, Economics and Regulation* (Nevada: Trace Publications, 1996) 436-437. Es una traducción libre de lo siguiente: *"(…), is a form of leisure activity that competes with other leisure activities such as movies, nightclubs, and the like, then taxing gaming more heavily than its competitors disturbs the competitive market. The extra taxes paid by the casino industry are passed on to the patrons in the form of higher costs. This makes the gaming product less competitive than the other leisure activity products against which it competes for customers. This violates a doctrine of neutrality in that taxes commodities differently and effects consumers and producers decisions. As a result, citizens are deprived of the right to choose between two competing products; instead having to accept the substitute favored by the tax structure (…)".*

4. El Principio de No Confiscatoriedad.

El derecho de propiedad está garantizado en nuestra Constitución en los artículos 2 inciso 16, y 70; sin embargo, este derecho no es absoluto pues debe ser ejercido en armonía con el bien común y el interés social. En síntesis, la propiedad debe cumplir una "función social". Al Estado le es permitido apropiarse legítimamente de una parte de la riqueza —propiedad— de los particulares por medio de la tributación, con el único objeto de cumplir con sus fines y promover las condiciones necesarias para el desarrollo de sus miembros y de la sociedad en general. Con el propósito de evitar que la tributación se convierta en un mecanismo indirecto de aniquilación de los derechos de propiedad de los particulares, nuestra Constitución prescribe que *"ningún tributo puede tener efecto confiscatorio"*. Es una especificación en el campo fiscal de la protección del derecho de propiedad, en consecuencia, su interpretación debe establecer hasta qué punto la propiedad puede ser restringida por los tributos sin ser subvertida. Se hacen dos enfoques del efecto confiscatorio que puede revestir el pago de un tributo: desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo.

4.1. Confiscatoriedad cuantitativa.

Se considera que un tributo tiene efecto confiscatorio en forma cuantitativa cuando absorbe una parte sustancial de la renta o el patrimonio del contribuyente. Para determinar que se entiende por "parte sustancial de la renta o patrimonio" no es conveniente establecer reglas fijas de carácter general, sino por el contrario, más acertado es analizar las circunstancias de hecho y la situación particular del obligado. En este sentido, será el criterio del Juez y no del legislador el que determinará cuando se configura la confiscatoriedad cuantitativa de un tributo, salvo que sea tan notorio que "le queme los ojos al juez" como fue el caso del impuesto a los juegos de casino y máquinas tragamonedas con la tasa del 20% de las ganancias brutas.

4.2. Confiscatoriedad cualitativa.

Desde el punto de vista cualitativo, se configurará cuando el tributo es exigido en colisión de cualquier otro principio constitucional tributario. Tal circunstancia acarrea la ilegitimidad del tributo constituyendo en un simple acto de despojo realizado por el Estado.

VI. LOS IMPUESTOS A LOS JUEGOS DE APUESTA EN EL PERÚ

Lo primero que debe tenerse en cuenta es que la exteriorización de capacidad contributiva que justifica una imposición especial y adicional al régimen general se encuentra en el dinero destinado por los usuarios a los juegos de apuesta. No son necesidades básicas. Si bien está reconocido como derecho constitucional de toda persona, disfrutar del tiempo libre, también es legítimo que el Estado pueda ejercer su poder tributario respecto de aquellas personas cuyo tiempo libre lo destinan a satisfacer sus necesidades de ocio participando en juegos de apuesta.

Los operadores de estos negocios, como cualquier otro empresario, tienen que pagar un impuesto general por sus ganancias; pero como adicionalmente estas provienen de ese dinero excedente de parte de sus consumidores y con el propósito de proteger el interés público en esta actividad, el Estado incurre en costos de fiscalización que antes no los tenía, por lo que estos operadores pueden ser sujetos pasivos de un impuesto especial. El tema discutible entonces es cuál es la mejor técnica para establecer la imposición al juego. Generalmente, las decisiones que se toman para elegir el impuesto óptimo o más adecuado se basan en los criterios de claridad, equidad, costo administrativo y fines extrafiscales —efecto en el mercado—.

Actualmente en el Perú, existen 5 impuestos a los juegos de apuestas. No existe ningún criterio técnico para su creación. Son impuestos oportunistas con el único propósito de recaudar y sin reparar en los principios constitucionales tributarios antes mencionados. Al ejercer su potestad tributaria en este sector, nuestros gobernantes nos ofrecen un ejemplo gráfico de la Paradoja de Murphy: "Siempre es más fácil hacerlo de la forma más difícil". Hagamos un

breve resumen de los actuales impuestos a los juegos de apuestas:

1. La prohibición de impuestos a las ganancias brutas y el Impuesto a los juegos de casino y máquinas tragamonedas.

Este impuesto fue creado por la Ley 27153 de 1999 y modificado por la Ley 27796 de 2002, como consecuencia de la inconstitucionalidad declarada a su versión original, mediante la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 009-2001-AI.

Realmente es un impuesto a las ganancias brutas mensuales provenientes del juego; es decir, el monto total recibido por las apuestas menos el monto total entregado en premios durante el mismo mes y sin hacerse ninguna deducción vinculada a la generación de esa ganancia —por ejemplo, el arrendamiento del local, los salarios del personal, el pago del sistema de control online exigido por ley, etc.—. Tiene una tasa del 11.76%. Sin embargo, para no calificarlo como un impuesto a las ganancias brutas, el legislador señala que la diferencia entre apuestas menos premios se llama "ingreso neto mensual" y existe un descuento del 2% —la Ley lo denomina "gastos por mantenimiento"— sobre dicha base imponible, a la cual se le aplica la tasa del 12%. Por eso la tasa efectiva del 98% de esas ganancias es el 11.76%.

Los "gastos de mantenimiento" son absolutamente irreales. Sólo se colocaron con el fin de justificar que este no es un impuesto a las ganancias brutas. Pero las cosas son lo que fluye de su naturaleza y esencia, y no lo que arbitrariamente le denominen las partes. En este caso, es objetivo afirmar que del 100% de las ganancias brutas mensuales provenientes del juego que obtengan los operadores de juegos de casino y/o máquinas tragamonedas, deberán entregar al Estado a título de impuesto, el 11.76% de dicha ganancia.

Este impuesto tiene como sujeto pasivo al que realiza la operación de los juegos de casino o las máquinas tragamonedas. Es un impuesto del Gobierno Central, el administrador tributario es la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria —en adelante, "SUNAT"— y se caracteriza por ser un impuesto de fines predeterminados, pues se distribuye de la siguiente manera: luego de descontar el 2% que corresponde a la SUNAT, el 30% constituyen ingresos de las Municipalidades Provinciales en las que se ubiquen las salas de juego, el 30% constituyen ingresos de las Municipalidades Distritales donde se ubiquen las salas de juego, el 15% son ingresos del Tesoro Público, el 15% son ingresos del MINCETUR y el 10% son ingresos del Instituto Peruano del Deporte.

Aquí es necesario recordar lo establecido en el fundamento jurídico 16 de la referida Sentencia del Tribunal Constitucional 009-2001-AI/TC que declaró la inconstitucionalidad del Impuesto original cuya tasa era el 20% de la ganancia bruta:

> *"16. Estima el Tribunal que las especiales características del impuesto a los juegos, consideradas conjuntamente, hacen que este resulte confiscatorio y, por tanto, contrario al Artículo 74° de la Constitución. En efecto: Si bien el artículo 36° de la LEY establece que el impuesto a los juegos grava "la explotación" de estos juegos, conforme se desprende de la regulación conjunta de los Artículos 38.1 y 39 de la LEY, la alícuota del impuesto asciende al 20% de la base imponible "constituida por la ganancia bruta mensual... entendiéndose por ésta a la diferencia resultante entre el ingreso total percibido en un mes por concepto de apuestas o dinero destinado al juego y el monto total de los premios otorgados el mismo mes", esto es, que con el nombre o etiqueta de impuesto "a la explotación", la metodología impositiva de la ley grava en realidad a las utilidades. Considerando, además y conjuntivamente, que la alícuota del impuesto parece ser excesiva, que recae sobre una base fijada sin deducir los gastos realizados para la obtención de las utilidades y que no es considerado, el monto pagado como pago a cuenta del impuesto a la renta, debe concluirse que el gravamen presenta una vocación confiscatoria del capital invertido, prohibida por la Constitución"* —el subrayado es nuestro—.

Como puede advertirse, para el Tribunal Constitucional, un impuesto a las ganancias brutas con una tasa del 20%, que no permita deducir gastos vinculados y que no se permite usarlo como pago a cuenta del impuesto a la renta presenta vocación confiscatoria. El actual Impuesto a los juegos de casino y máquinas tragamonedas redujo la tasa del 20% al 12%. Hemos dicho que "creó ficticiamente" una deducción de gastos por mantenimiento del 2% pero también permite su deducción del impuesto a la renta. Al final, sigue siendo un impuesto a las ganancias brutas, pero con una tasa más baja y que para efecto de la determinación de la renta bruta de tercera categoría permite su deducción. ¿Hasta qué punto se respetó la sentencia del Tribunal Constitucional? Lo que está claro es que una tasa del 20% sobre las ganancias brutas y sin deducciones es notoriamente inconstitucional y eso debería tenerse presente el legislador.

2. La naturaleza tributaria de los pagos forzosos de los operadores de los juegos de lotería.

Como se indicó, y contrario a un régimen de economía social de mercado, las únicas entidades que tienen el derecho de realizar esta actividad económica son las SBP. Pero como no están capacitadas financiera y empresarialmente para ello, lo hacen a través de operadores privados con quienes suscriben contratos de asociación en participación. El artículo 15, numerales 1 al 3, del Decreto Legislativo 1411 de 2018, dispone lo siguiente:

> *"15.1 Las Sociedades de Beneficencias están autorizadas, previa opinión técnica favorable del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, a organizar juegos de lotería y similares, en este último supuesto no se consideran los juegos de casino, máquinas tragamonedas o juegos por internet y apuestas deportivas a distancia. Pueden hacerlo por si o contratando con personas jurídicas de derecho privado, en el marco de lo dispuesto en el Código Civil y en la Ley General de Sociedades, suscribiendo en este último caso el respectivo contrato de asociación en participación.*
>
> *15.2 Las Sociedades de Beneficencia perciben no menos del 5% respecto a la venta bruta que genere el juego de lotería o similares, organizados a través de los contratos de asociación en participación.*
>
> *15.3 El 1% del porcentaje de la venta bruta que genere el juego de lotería y similares, es entregado al Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables para ser distribuidos a favor de las Sociedades de Beneficencia que presenten planes de trabajo para optimizar sus servicios de protección social para el cumplimiento de su finalidad, siempre que no cuenten con recursos para su implementación; así como al Consejo Nacional para la integración de las Personas con Discapacidad - CONADIS, para la implementación de servicios de protección social, de acuerdo a lo establecido en la normativa vigente".*

La naturaleza de estos pagos es discutible. La ausencia de un concepto constitucional de tributo genera este tipo de contingencias. Más polémico es el pago que recibe el MIMP, pues el contrato de asociación en participación se hace entre una SBP determinada y el operador que, por mandato de la ley, está obligado a un pago mínimo del 5% de su venta bruta para recibir el privilegio de poder desarrollar este negocio. Pero el 1% de la venta bruta adicional que tiene que pagar el operador es para una entidad pública con la que no contrata. Es un pago forzoso que cumple con la definición de impuesto de la Norma II del Código Tributario. Según esta norma, impuesto es el tributo cuyo cumplimiento no origina una contraprestación directa en favor del contribuyente por parte del Estado. En este caso, aquel que califique como operador está obligado a entregar el 1% de sus ventas brutas a la SBP, quien a su vez se lo traslada al MIMP. Con este Decreto Legislativo, el MIMP se convierte acreedor de ingresos brutos provenientes de estos juegos de apuesta. Conforme a nuestra Constitución, ¿no sería mejor que se permita a cualquier empresa a operar juegos de lotería con una licencia de juego otorgada por el MIMP y se establezca un impuesto? Finalmente, el Decreto Legislativo 1411 derivó de la Ley autoritativa 30823 de 2018, la cual otorgó

facultades en materia tributaria muy específicas, entre las que no se encontraban crear un "impuesto encubierto a los operadores de juegos lotería".

3. Violación de los Principios de reserva de ley, de igualdad y efectos confiscatorios en el Impuesto a las apuestas hípicas y similares.

Es un impuesto creado por el Decreto Legislativo 776 de 1993, denominado Ley de Tributación Municipal, que grava las ganancias brutas[11] de las entidades organizadoras de eventos hípicos "y similares", en las que se realicen apuestas. La frase "y similares" al constituir un texto vago incorporado en una ley que restringe derechos debe considerarse inoperativa al tener aplicaciones inestimables que afectan la seguridad jurídica. En efecto, al carecer de precisión suficiente el presupuesto de hecho que pudiera originar el pago de tributos se afecta el Principio de Reserva de Ley. Por otro lado, no hay que olvidar que es un impuesto a las ganancias brutas y no permite deducciones, por lo tanto, es a todas luces confiscatorio según el criterio adoptado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 009-2001-AI/TC. El sujeto pasivo es la institución que organiza estos espectáculos y se paga una tasa del 12% si son apuestas sobre carreras de caballos y 20% si son otras apuestas similares, pero de otro tipo de espectáculos.[12] En el hipotético caso que pudiera ser legítimo exigir este impuesto a sujetos pasivos distintos a los organizadores de eventos hípicos, resultaría violatorio del principio constitucional de igualdad exigirles a estos una alícuota mayor del 20%, más aún si ésta resulta notoriamente excesiva conforme a lo indicado por el Tribunal Constitucional.

4. Las ambigüedades del impuesto municipal a los juegos.

Es un impuesto también creado por el Decreto Legislativo 776 de 1993. Se caracteriza por sus imprecisiones. Su artículo 48 señala que *"(…) grava la realización de actividades relacionadas con los juegos tales como loterías, bingos y rifas, así como la obtención de premios en juegos de azar (…)"*. Como hemos indicado anteriormente, no existe una definición legal de loterías, pero técnicamente su elemento central es el "sorteo" y por ello hay varias modalidades de este juego, entre las que se incluyen a las loterías electrónicas, las instantáneas, los bingos y las rifas. Por lo tanto, no existe una justificación para que una actividad común: el juego de lotería en sentido genérico, tenga en algunos casos como sujeto pasivo al operador y en otros al ganador del premio.[13]

En el caso de los juegos de bingo, rifas, sorteos "y similares", se ha dispuesto que el sujeto pasivo es el organizador del juego y en el caso de los juegos de lotería el obligado es el ganador del premio. Tan ininteligible texto lo hace inoperativo. La misma norma también señala que se grava la obtención de premios en "juegos de azar", a sabiendas de que, como se ha indicado, hay una delgada línea técnica entre un juego de azar y uno de habilidad en estos tiempos de tecnología incesante. Las deficiencias se agrandan cuando incluye como contribuyentes a los

---

11. El artículo 41 de la Ley de Tributación Municipal, según el texto modificado por el artículo 1 de la Ley 27675 de 2002 dispone que: *"El impuesto es de periodicidad mensual. Se calcula sobre la diferencia resultante entre el ingreso total percibido en un mes por concepto de apuestas y el monto total de los premios otorgados el mismo mes"*.

12. El artículo 42 de la Ley de Tributación Municipal, según el texto modificado por el artículo 1 de la Ley 27924 de 2003 señala que: *"La Tasa Porcentual del Impuesto a las Apuestas es de 20%. La Tasa Porcentual del Impuesto a las Apuestas Hípicas es de 12%"*.

13. El artículo 49 de la Ley de Tributación Municipal, de acuerdo con la modificación introducida por el artículo 15 del Decreto Legislativo 952 prescribe lo siguiente: *"El sujeto pasivo del impuesto es la empresa o institución que realiza las actividades gravadas, así como quienes obtienen los premios. En caso de que el impuesto recaiga sobre los premios, las empresas o personas organizadoras actuarán como agentes retenedores"*.

operadores del juego de *pinball*, juegos de video y demás juegos electrónicos sin indicar que actividades califican como tales. Si estos juegos no califican como juegos de apuesta porque el público no arriesga dinero y no se configura un contrato de juego sino uno de locación de servicios, ¿justifica una tributación especial?

5. Los errores del Impuesto Selectivo al Consumo a los juegos de azar.

El Impuesto Selectivo al Consumo a los juegos de azar se creó mediante el artículo 50 del Decreto Legislativo 821[14] de 1996 y nació con una grosera falla de fábrica que hasta ahora lo hace constitucionalmente inexigible. En abierta violación al Principio de Reserva de Ley omitió establecer su alícuota, la cual se aprobó mediante el Decreto Supremo 095-96-EF.

En sus artículos 9 y 10 dispuso tasas diferenciadas: para las loterías, bingos, rifas y sorteos, 10%; para los juegos de casinos, 5%; para los eventos hípicos, 2%; y para las máquinas tragamonedas un impuesto fijo por máquina del 15% de una Unidad Impositiva Tributaria. Sin perjuicio de la violación sustantiva al Principio de Igualdad por un tratamiento tributario desigual injustificado, no quedaba duda de la transgresión objetiva al Principio de Reserva de Ley. Ello provocó acciones de amparo que llegaron al Tribunal Constitucional, el que obviamente las declaró fundadas.[15]

Posteriormente, se derogó el Impuesto Selectivo al Consumo —ISC—, a los juegos de azar, respecto de los juegos de casino y máquinas tragamonedas pues fue sustituido por el de Ley 27153 de 1999, anteriormente mencionada.[16] Entonces, a dicha fecha, no existía ningún ISC exigible a los juegos de azar, pues respecto de los juegos que quedaban —loterías, bingos, rifas, sorteos y eventos hípicos—, la alícuota no había sido creada por una norma con rango de Ley.

---

14. *El Decreto Legislativo 821, Nuevo Texto de la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo, dispuso lo siguiente:*
Artículo 50°. Operaciones Gravadas. El Impuesto Selectivo al Consumo grava:
(…)
c) Los juegos de azar y apuestas, tales como loterías, bingos, rifas, sorteos, máquinas tragamonedas y otros aparatos electrónicos, casinos de juego y eventos hípicos.
(…)".

15. A título de ejemplo, mencionamos la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 323-2001-AA en el caso Negocios Espinoza E.I.R.L. En su fundamento 5 señala: *"El artículo 74° de la Constitución establece que los tributos se crean, modifican o derogan exclusivamente por ley o decreto legislativo; que el Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y, que no surten efecto las normas tributarias dictadas en contravención de lo que establece dicho artículo. Asimismo, la norma IV del Título Preliminar del Código Tributario dispone que sólo por ley o decreto legislativo se puede crear, modificar y suprimir tributos; señalar el hecho generador de la obligación tributaria, la base para su cálculo y la alícuota. Por lo tanto, el establecimiento de la alícuota del Impuesto Selectivo al Consumo a las máquinas tragamonedas mediante el Decreto Supremo N°095-96-EEF vulnera el principio de legalidad o de reserva de ley, contemplado en el precitado artículo de la Constitución".*

16. El artículo 1 de la Ley 27153, Ley que regula la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas, estableció la finalidad de la ley y allí se señaló entre otros, promover el turismo receptivo y establecer el impuesto a los juegos de casino y de máquinas tragamonedas y para que no quede duda que este impuesto sustituía al inconstitucional impuesto creado por el Decreto Legislativo 821, en su Cuarta Disposición Complementaria y Final dispuso: *"Modifícase el literal c) del Artículo 50° del Decreto Legislativo N°821, Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo, recogido en el Decreto Supremo N°055-99-EF, Texto Único Ordenado de dicha Ley, el que quedará redactado de la siguiente manera:*
"c) Los juegos de azar y apuestas, tales como loterías, bingos, rifas, sorteos y eventos hípicos".
Elimínase toda referencia a la aplicación del Impuesto Selectivo al Consumo a casinos de juego, máquinas tragamonedas y otros aparatos electrónicos, contenidas en el Título II, así como en el Apéndice IV y en cualquier otra disposición de la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo, contenida en el Decreto Supremo N°055-99-EF, Texto Único Ordenado de dicha Ley".

Posteriormente, el Poder Ejecutivo pidió facultades legislativas al Congreso para incorporar nuevamente a los juegos de casino y máquinas tragamonedas e incluir por primera vez a los juegos de apuestas *online* al ISC y mediante Ley autoritativa 30823, el Congreso se lo otorgó. Es así que, mediante el Decreto Legislativo 1419 del 2018 se aprobó un nuevo impuesto, pero en lugar de crear un Impuesto Selectivo al Consumidor, estableció un Impuesto a las utilidades brutas del operador, imposible de ser trasladado a los usuarios y además excluyó de este a los juegos de apuestas *online*. Como consecuencia de ello, al día de hoy, hay un ISC únicamente para los juegos de casino y máquinas tragamonedas, pues los otros juegos incluidos —loterías, bingos, rifas, sorteos y eventos hípicos— no tienen una alícuota exigible en la Ley y los demás juegos —apuestas *online* y otros juegos de apuestas presenciales— no están ni siquiera considerados.

Para mayores vicios constitucionales, la técnica tributaria establecida en este ISC es objetivamente confiscatoria. En el caso de las máquinas tragamonedas, por ejemplo, el operador tiene que pagar un impuesto fijo en función de su "ganancia bruta mensual", aun cuando el Poder Ejecutivo lo denomine "ingreso neto mensual".[17] Se han fijado tres niveles de ganancia bruta. El primer nivel es cuando el ingreso mensual de una máquina tragamonedas fue de hasta 1 UIT, en cuyo caso pagará el 1.5% de 1 UIT. El segundo nivel es si el ingreso mensual fue más de 1 UIT hasta 3 UIT y pagará una cantidad fija de 7.5% de 1 UIT. Finalmente, el tercer nivel es si el ingreso mensual es superior a 3 UIT y pagará una cantidad fija de 27% de 1 UIT. Esta norma expresamente ordena pagar por cada máquina tragamonedas como mínimo el monto fijo establecido en el primer nivel de ingresos.[18] Esto quiere decir que si una máquina durante un mes tuvo un ingreso equivalente al 1% de la UIT, el 100% de su ingreso será para el Estado. Y si tuvo pérdida —lo cual es usual— igual tendrá que pagar ese mes a la SUNAT la suma de 1% de la UIT.

El Decreto Legislativo 1419 fue objeto de control político en la Comisión de Constitución del Congreso y esta declaró que era inconstitucional, pero aún no ha sido discutido en el Pleno. Posteriormente, fue objeto de un proceso de inconstitucionalidad que derivó en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0001-2019-PI/TC que por mayoría simple también fue declarada fundada declarándose inconstitucional en su totalidad el Decreto Legislativo 1419; sin embargo, no se logró la mayoría de 5 votos para expulsarla de nuestro ordenamiento jurídico.

Los argumentos de los magistrados del Tribunal Constitucional que consideraron constitucional al Decreto Legislativo 1419 no permiten comprender su razonamiento. Uno de los temas en cuestión es si el impuesto realmente era trasladable al consumidor o en sus hechos constituye un impuesto directo al operador. A título de ejemplo, citamos el voto singular del Magistrado Espinosa-Saldaña quien justifica que sí es un impuesto al consumidor de la siguiente manera:

> *"16. Como es de conocimiento general, con un impuesto al consumo lo que se busca es desincentivar el desarrollo de una actividad a la compra o uso de algún bien. Entonces, no es cierto que aquí se graven las utilidades del operador de casinos y tragamonedas.*

17. El artículo 4.2 del Reglamento del Impuesto Selectivo al Consumo a los juegos de casino y máquinas tragamonedas, aprobado por el Decreto Supremo N° 341-2018-EF dispone lo siguiente: *"Tratándose de máquinas tragamonedas, el impuesto se aplica por cada máquina, según su nivel de ingreso neto mensual. El ingreso neto mensual es la diferencia entre el monto total recibido por apuestas en el mes y el monto total entregado por los premios otorgados en ese mes"*. Ese es el concepto de "ganancia bruta mensual".

18. El artículo 60 de la Ley del IGV e ISC ahora dice: *"(…). El impuesto a pagar por cada mesa de juegos de casino o por cada máquina tragamonedas en ningún caso es inferior al monto fijo establecido para el primer nivel de ingresos netos"*. No interesa si el operador tuvo pérdidas, igual deberá pagar.

Este operador no se hace cargo de este impuesto, no lo paga con sus recursos. Traslada el impuesto que se plantea al usuario, quien es la persona que lo paga, la que asume el costo de realizar una actividad que se quiere desincentivar. Estamos pues ante un impuesto al consumo, que, tal como corresponde en estos escenarios, lo paga precisamente el consumidor".

Como puede notarse, no prueba su argumento de ser trasladable al consumidor. Sólo porque el impuesto se denomina "selectivo al consumo" no lo convierte en tal. El problema es grave pues debe existir un mínimo de razonabilidad en los votos de los miembros del Tribunal Constitucional. No pueden llegar a una conclusión —a todas luces contraria a la lógica— sin explicarla. No sólo desorientan a la ciudadanía, sino que no hacen interpretación constitucional.

Como señalaba el extinto y reputado Juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Antonin Scalia, *"dar sentido a lo que no tiene sentido es crear un texto en lugar de interpretarlo"*.[19]

Lamentablemente ello ocurre cuando los magistrados del Tribunal Constitucional abdican de su labor de hacer justicia y anteponen prejuicios al evaluar la constitucionalidad de un impuesto. Con la metodología establecida en el Decreto Legislativo 1419 es imposible trasladar el impuesto al jugador. Pongamos el ejemplo más sencillo: el 01 de febrero de 2020, el Sr. Pérez acude a una Sala de Juego y hace una apuesta de S/ 10.00 en la máquina N° 01. En su primera y única jugada, el Sr. Pérez gana un premio de S/ 100.00. El Sr. Pérez se retira y durante ese mes, ningún otro jugador emplea la misma máquina. Entonces, por el período tributario del mes de febrero 2020, el operador declara una pérdida de (-100.00). Conforme al Decreto Legislativo 1419, el operador está obligado a pagarle a la SUNAT la suma de 1.5% de la UIT —S/ 66.00— por esa máquina. No hay ningún escenario posible para que al Sr. Pérez se le traslade la carga económica de ese impuesto.

VII. CONCLUSIONES

La provisión de juegos de apuesta es una actividad económica perfectamente identificable para efecto del ejercicio del poder tributario del Estado. No existiendo, por regla general, razones para disponer tratamientos tributarios diferenciados —pero si los hubiera, se debería justificar objetivamente— y sabiendo que finalmente, el propósito es buscar una técnica tributaria adecuada para gravar la capacidad contributiva proveniente de aquellos usuarios que deciden satisfacer sus necesidades de entretenimiento con estos servicios y cubrir los costos de fiscalización requeridos por la naturaleza de esta actividad, se juzga conveniente que exista un único impuesto a la operación de juegos de apuesta en el país.

Este impuesto podría gravar las ganancias brutas del operador, entendiéndose por estas, a la diferencia entre las apuestas realizadas por los usuarios y los premios entregados a los usuarios. Este tributo debería ser deducible del Impuesto a la Renta, pero no sería necesario que se incluyan descuentos ficticios para reducir su base de cálculo, como actualmente ocurre con el Impuesto a los juegos de casino y máquinas tragamonedas. La alícuota debería tener en consideración que constituye un impuesto adicional y que no se les exige a otras actividades económicas, del que, además, el operador no podrá evitar su pago si es que se generó ganancia bruta.

Seguir creando Impuestos sin base técnica y transgrediendo groseramente nuestra Constitución sólo crea más conflictos y más distorsión de los principios constitucionales tributarios.

19. Antonin Scalia y Bryan Garner, *Reading Law. The Interpretation of Legal Texts* (Eagan, Minnesota: Thomson West, 2012), 134. Es una traducción libre de lo siguiente: *"To give meaning to what is meaningless is to create a text rather than to interpret one"*.

CC BY
DOI 10.26439/advocatus2021.n040.5291

Fiscalidad de la economía digital

Javier Enrique Reyes Sarmiento

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
Egresado de la Maestría en Política y Administración Tributaria de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
Post Título en Derecho Tributario por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Diplomado en Tributación por el Centro Interamericano de Administraciones Tributarias.

El presente artículo fue recibido por el Comité Editorial con fecha 30 de marzo de 2021 y fue aceptado con fecha 7 de abril de 2021.

SUMARIO:

I. La economía digital.
II. Fiscalidad directa de las rentas obtenidas por la EMNT.
1. Enfoque multilateral: modelo OCDE.
2. Enfoque multilateral: Modelo Unión Europea — UE.
2.1. Impuesto a los Servicios Digitales — ISD.
2.2. Presencia Digital Significativa.
3. Respuesta unilateral de varios países.

RESUMEN:

La globalización de la economía, el desarrollo de la tecnología y la proliferación de servicios digitales ha generado la aparición de un nuevo orden fiscal internacional, ello ante la insuficiencia de los criterios de sujeción tradicionales —fuente y residencia— con la finalidad de gravar esta fuente de riqueza.

Es en este contexto, con una acentuada necesidad de recursos de todas las naciones, que hoy se discute en el mundo la necesidad de un nuevo nexo para la economía digital; no obstante, las propuestas actuales se desarrollan en torno a la posibilidad de los países desarrollados de gravar tal fuente, que pese a ser países de la residencia de las empresas prestadoras de estos servicios digitales, hoy se identifican, además como países de la fuente de esta fuente de riqueza.

En el presente trabajo, el autor analiza el contexto actual de la tributación de las empresas digitales no domiciliadas, abordando el mismo desde un punto de vista histórico, y luego observa su desarrollo legal a nivel internacional.

Palabras clave: fiscalidad global, economía digital, servicios digitales, establecimiento permanente, empresas multinacionales.

ABSTRACT:

The globalization of the economy, the development of technology and the proliferation of digital services has generated the appearance of a new international tax order, this given the insufficiency of the traditional subjection criteria —source and residence— with the purpose of tax this source of wealth.

It is in this context, with an accentuated need for resources from all nations, that today the world is discussing the need for a new nexus for the digital economy; however, the current proposals are developed around the possibility of developed countries to tax such a source, which despite being countries of residence of the companies that provide these digital services, today are also identified as countries of the source of this source of wealth.

In the present work, the author analyzes the current context of the taxation of non-domiciled digital companies, addressing it from a historical point of view, and then observe its legal development at the international level.

Keywords: global taxation, digital economy, digital services, permanent establishment, multinational companies.

I. LA ECONOMÍA DIGITAL

Desde los inicios de la civilización, las actividades económicas más importantes se encontraban relacionadas con la subsistencia —la agricultura, la ganadería, la manufactura y el comercio—, hasta que durante los siglos XVIII y XIX se inventaron las maquinas a vapor y luego a motor durante la revolución industrial iniciada en Inglaterra, que sentó las bases de nuestro modo de vida moderno.

Sin embargo, a partir del siglo XX se dieron grandes avances en la electrónica en general, los superordenadores y el internet, lo cual generó las tecnologías de la información y la comunicación — TIC, que proporcionó la cobertura para crear el núcleo de la economía digital en el siglo XXI, como fenómeno disruptivo —que establece un nuevo paradigma de la economía—, y transversal —que afecta a todos los ámbitos de la economía—, cuya revolución nos permite intercambiar información con cualquier persona conectada a internet, realizar procesos comerciales o de servicios, impulsado la innovación en todos los sectores de la economía.

Las Empresas Multinacionales Tecnológicas — EMNT han sido los principales agentes de este proceso, las cuales han creado diversos modelos de negocios ofreciendo una serie de servicios digitales, desde sus servidores ubicados principalmente en territorio de los países tecnológicamente avanzados[1] a millones de usuarios en casi todos los países del mundo, donde

1. Estados Unidos de América, China, Corea del Sur, Alemania, Finlandia, Suecia, por citar algunos ejemplos.

no siempre tienen presencia física, ente los cuales cabe destacar los siguientes:

a) Comercio electrónico, como la venta de productos físicos o servicios a través de la red mediante plataformas específicas. Puede acontecer en entornos B2B —*Business to Business*—, B2C —*Business to Consumer*— o C2C —*Consumer to Consumer*—, en los que la empresa desarrolla el rol de intermediario y procediendo sus ingresos bien de los propios consumidores o usuarios o bien de servicios publicitarios de terceros empresarios. Incluye servicios de intermediación a través de plataformas que contactan a dos personas, tales como *Airbnb* en el arriendo de inmuebles; o contactan a empresas con usuarios, como las aplicaciones de transporte —Uber, Cabify, etc.—, o de entrega de bienes desde comercios establecidos al domicilio de los consumidores —como Rappi, UberEats, etc.—, compras en el extranjero o comercio digital a través de plataformas digitales —como Amazon, Aliexpress, eBay, etc—.

b) Servicios o plataformas de pagos, en las que el empresario digital actúa de intermediario entre comprador y vendedor.

c) Servicios de descarga de aplicaciones y productos digitales. Incluye las aplicaciones de entretenimiento y *streaming pay per view* contratadas por particulares de música o películas, tales como Spotify, Netflix, etc.; aplicaciones de telecomunicaciones —Zoom, Teams, etc.—, entre otros.

d) Publicidad *Online*.

e) Plataformas de red participativas, frecuentemente llamadas redes sociales, tales como Google, Facebook, Instagram, etc. En este caso, si bien las EMNT no les cobran a los usuarios por el uso de sus plataformas, el aprovechamiento se da por la publicidad y por la obtención de información de los usuarios, para efectos de ser vendida a terceros, con fines principalmente comerciales.

f) *Cloud Computing*: comprende la prestación de servicios digitales y estandarizados relativos a la programación informática, almacenamiento de datos en servidores ubicados fuera de la jurisdicción, gestión de software y datos y la utilización compartida de recursos físicos y virtuales.

g) Explotación de datos: La información obtenida de consumidores, usuarios y empresas a través de múltiples fuentes —como uso de buscadores y de redes sociales— constituye un activo intangible muy importante que es objeto de tratamiento de cara a su explotación comercial por empresas y organizaciones, frecuentemente en entornos internacionales.[2]

Si bien el vertiginoso crecimiento de la economía digital fue impulsado por políticas de no intervención de los Estados, en los últimos años constituye un tema de especial trascendencia en materia de fiscalidad internacional, pues ha trastocado la aplicación de los principios tradicionales de imposición —residencia, EP o nexos típicos de fuente—, por lo que surge la interrogante de establecer a qué país se debe asignar la potestad tributaria sobre los ingresos obtenidas por las EMNT que desarrollan este tipo de actividades en múltiples jurisdicciones, teniendo en cuenta que no hay presencia física de dichos proveedores en el lugar de consumo.

II. FISCALIDAD DIRECTA A LAS RENTAS OBTENIDAS POR LAS EMNT

En el Perú, el Impuesto a la Renta grava las ganancias netas generadas por los sujetos domi-

2. Información obtenida de los usuarios, tal como: ¿qué compran?, ¿cómo pagan?, ¿en qué entidad financiera tienen su dinero?, ¿qué medio de pago utilizan?, etc., y que sirve como insumo para crear —a través de la inteligencia artificial— una base de datos global con una vasta información de tales usuarios, que permite la prestación de servicios de "Big Data".

ciliados en el país, así como las rentas de fuente nacional obtenidas por los sujetos no domiciliados. Por tanto, las rentas que obtengan las EMNT no domiciliadas en el país por los servicios digitales que sean utilizados económicamente en el país, califican como rentas de fuente peruana gravadas con dicho impuesto y lo pagan a través de las empresas domiciliadas usuarias de los mismos[3]; sin embargo, cuando dichos servicios se prestan a personas naturales sin actividad empresarial, no están sujetas al pago de dicho impuesto.

Tradicionalmente, el criterio de conexión predominante del impuesto a la renta ha sido la presencia física, esto es, el "lugar físico de negocios", la residencia, la fábrica, el establecimiento comercial o similares, es decir, que los beneficios o ganancias de las empresas multinacionales sean gravados por el Estado en el cual éstas fijan su residencia, la cual generalmente está vinculada al lugar donde se encuentra su dirección efectiva.

Asimismo, se ha establecido la regla de la em-

3. De conformidad con el artículo 6 del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta aprobado por Decreto Supremo Nº 179-2004-EF, en caso de contribuyentes no domiciliados en el país, de sus sucursales, agencias o establecimientos permanentes, el impuesto recae solo sobre rentas gravadas de fuente peruana.
El inciso i) del artículo 9 de la citada ley, establece que en general y cualquiera sea la nacionalidad o domicilio de las partes que intervengan en las operaciones y el lugar de celebración o cumplimiento de los contratos, se considera rentas de fuente peruana las obtenidas por servicios digitales prestados a través del internet o de cualquier adaptación o aplicación de los protocolos, plataformas o de la tecnología utilizada por internet o cualquier otra red a través de la que se presten servicios equivalentes, cuando el servicio se utilice económicamente, use o consuma en el país.
El inciso j) del artículo 56 dispone que el impuesto a las personas jurídicas no domiciliadas en el país se determina aplicando la tasa del 30% a las otras rentas no mencionadas en los incisos anteriores, las cuales incluyen las rentas por servicios digitales.
El inciso c) del artículo 71 de la referida ley dispone que son agentes de retención las personas o entidades que paguen o acrediten rentas de cualquier naturaleza a beneficiarios no domiciliados.
El artículo 76 de la Ley, prescribe que las personas o entidades que paguen o acrediten a beneficiarios no domiciliados rentas de fuente peruana de cualquier naturaleza, deberán retener y abonar al fisco con carácter definitivo dentro de los plazos previstos por el Código Tributario para las obligaciones de periodicidad mensual, los impuestos a que se refiere el artículo 56 de la misma ley, entre otros.
Por su parte, el primer párrafo del inciso b) del artículo 4-A del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, dispone que se entiende por servicio digital a todo servicio que se pone a disposición del usuario a través del internet o de cualquier adaptación o aplicación de los protocolos, plataformas o de la tecnología utilizada por internet o cualquier otra red a través de la que se presten servicios equivalentes mediante accesos en línea y que se caracteriza por ser esencialmente automático y no ser viable en ausencia de la tecnología de la información; y que para efectos del referido reglamento, las referencias a página de internet, proveedor de internet, operador de internet o internet comprenden tanto a internet como a cualquier otra red, pública o privada.
El segundo párrafo del citado inciso b) señala que se consideran servicios digitales, entre otros, a los siguientes: (i) Mantenimiento de software; (ii) Soporte técnico al cliente en red; (iii) Almacenamiento de información —*Data warehousing*—; (iv) Aplicación de hospedaje —*Application Hosting*—; (v) Provisión de servicios de aplicación —*Application Service Provider - ASP*—; (vi) Almacenamiento de páginas de internet —*website hosting*—; (vii) Acceso electrónico a servicios de consultoría; (viii) Publicidad —*Banner ads*—; (ix) Subastas "en línea"; (x) Reparto de Información; (xi) Acceso a una página de internet interactiva; (xii) Capacitación Interactiva; y (xiii) Portales en línea para compraventa.
El numeral 1 del tercer párrafo del citado inciso b) señala que el servicio digital se utiliza económicamente, se usa o se consume en el país, cuando sirve para el desarrollo de las actividades económicas de un contribuyente perceptor de rentas de tercera categoría domiciliado, con el propósito de generar ingresos gravados o no con el impuesto, siendo que se presume que un contribuyente perceptor de rentas de tercera categoría que considera como gasto o costo la contraprestación por el servicio digital, utiliza económicamente el servicio en el país.
De lo antes expuesto se desprende que para que un servicio sea considerado como digital, deberá cumplirse con los siguientes requisitos: (i) que sea un servicio; (ii) que se preste a través del internet o de cualquier adaptación o aplicación de los protocolos, plataformas o de la tecnología utilizada por internet o cualquier otra red a través de la que se presten servicios equivalentes; (iii) que se ponga a disposición mediante accesos en línea; (iv) que se caracterice por ser esencialmente automático; y (v) que no sea viable en ausencia de la tecnología de la información.

presa separada, según la cual, en una empresa transnacional, cada empresa del Grupo, la Matriz y las Sucursales, son empresas separadas que tienen su tributación en el país donde tienen su Residencia.[4] Sin embargo, la empresa matriz y la empresa separada tienen una única excepción a la regla anterior sobre tributación en el lugar de residencia, que es la existencia de un "Establecimiento Permanente" —EP—, que permite al país de la fuente gravar rentas empresariales generadas por residentes en otro Estado, pero si no se alcanza dicho status, no se tributa en el país de la fuente sino exclusivamente en el Estado de la residencia.

Para adquirir el status de EP, el artículo 5° del Modelo de Convenio para evitar la Doble Imposición —2017— de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico — OCDE, en adelante, "MCOCDE", ha establecido que se deben cumplir los siguientes requisitos: a) Lugar fijo de negocios, entendido fundamentalmente como presencia física[5]; b) Si se tenía un agente —representante—, éste tenía que ser dependiente, es decir, con poderes para contratar en nombre y por cuenta de la Matriz, y c) Excepciones: no se considera como EP el realizar actividades auxiliares o preparatorias, como por ejemplo, solamente contar con almacenes —en el Estado de la Fuente— para la entrega de la mercaderías que comercializa.

Las reglas antes mencionadas han generado una suerte de inmunidad tributaria a los modelos de negocio que realizan las EMNT, pues en virtud al criterio de conexión predominante, tributan solamente en aquellos Estados donde han declarado o fijado su residencia o domicilio fiscal. Sin embargo se advierte que no tributan en los Estados donde obtienen sus ingresos: a) por la prestación de servicios digitales a personas naturales, o b) por la obtención y/o explotación de los datos obtenidos de los usuarios de sus plataformas[6], por cuanto: 1) no tienen residencia o tienen una presencia física reducida en los Estados donde prestan servicios u obtienen los datos, y/o 2) las actividades realizadas en la jurisdicción de la fuente escapan de la definición de EP como lugar físico de negocios.

El problema se agrava cuando las EMNT operan a través de titulares de los intangibles explotados en la economía digital que fijan su domicilio en territorios o países de baja o nula imposición, conocidos como "paraísos fiscales".

Esta situación ha generado una preocupación a nivel internacional, toda vez que las bases fundamentales de la tributación a nivel internacional —conceptos como "el criterio de la fuente" o el "establecimiento permanente"— no servirán para generar ingresos tributarios a los distintos estados en la economía digital. Países emergentes que no son miembros de la OCDE, tales como India, Brasil, México, los cuales tienen una enorme potencialidad para que las EMNT realicen sus negocios, pues son los países donde hay mayor volumen de población de consumidores, y son los que más interesados están en cambiar las reglas de localización de donde se van a gravar los beneficios por los servicios digitales, los que han solicitado que se establezca un impuesto unilateral sobre los servicios digitales; en cambio, los países donde la mayoría de EMNT tienen su residencia legal, han optado por no hacer nada.

A fin de gravar con un impuesto directo a los

4. Lo cual permite que existan erosiones de bases imponibles, así como traslados de beneficios de una jurisdicción a otra. Para evitar tales distorsiones, se estableció el régimen de precios de transferencia entre empresas vinculadas.

5. El concepto de lugar fijo de negocios deviene en obsoleto para la economía digital, dado que tiene su origen en los establecimientos de los comerciantes germanos de fines del siglo XVIII.

6. La información obtenida de los usuarios de sus plataformas permite elaborar un perfil del mismo, y se convierte en un bien intangible de propiedad de las EMNT, la cual puede comercializarse a terceros, obteniendo ganancias sin tributación alguna.

beneficios de las EMNT dedicadas a la cada vez más creciente economía digital, que hacen negocios en países donde no tienen presencia física, se han formulado las siguientes propuestas fiscales:

1. Enfoque multilateral: Modelo OCDE.

La OCDE es un organismo de cooperación internacional conformado por los Estados con mejores economías del mundo, cuyo objetivo es coordinar sus políticas económicas y sociales, para lo cual, publica constantemente documentos de trabajo en diversas materias, entre las cuales cabe destacar la de fiscalidad internacional.

En octubre de 2005, la OCDE aprobó la denominada "Acción 1 del Proyecto BEPS"[7] —2013—, en cuyo Informe Final[8] propuso como solución internacional coordinada las siguientes recomendaciones: a) la modificación de la lista de excepciones a la definición de EP, para que se excluyan a actividades previamente calificadas como preparatorias o auxiliares y que han tenido un impacto significativo en los modelos de negocio digitales, como por ejemplo el almacenamiento de productos que se venden *online*[9]; b) la modificación de la definición de EP para incluir aquellos casos en los que se utilizan estructuras artificiosas para la venta de bienes o servicios de una empresa de un grupo multinacional se traduce en la práctica, en la celebración de contratos, de modo que habrá que considerar que esas ventas han sido efectuadas por dicha empresa; c) establecer que la titularidad jurídica de los intangibles no genera, por sí sola, el derecho a percibir los beneficios de su explotación y el derecho a percibir los beneficios de su explotación.

Cabe destacar que en los Comentarios 122 a 131 del MCOCDE, se analizaron los conceptos del Sitio web y el Servidor, concluyéndose que no resultaban suficientes para calificar como EP.[10]

Ante tal situación, algunos países consideraron que la mencionada Acción 1 no cumplía el objetivo de gravar con impuesto directo los beneficios generados por los distintos servicios digitales, por lo que desde el año 2010, empezaron a formular como propuesta multilateral alternativa que se cambie el "nexo", es decir, que se sustituya la regla de residencia física de la empresa por la regla de "jurisdicción del mercado", como el territorio donde están ubicados los consumidores o usuarios, pues consideran que lo relevante en la economía digital no es

7. Denominada *"Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy"* —los desafíos de la economía digital para la tributación internacional—.

8. Disponible en: https://www.oecd.org/ctp/beps-resumenes-informes-finales-2015.pdf

9. Ello debido a la proximidad con el consumidor y la necesidad de realizar una entrega rápida al cliente son dos factores que llevarían a concluir que el almacén local constituye un EP para el vendedor. Esta modificación supondría un importante cambio en el gravamen de multinacionales como *Amazon*, que tiene importantes centros de distribución en diferentes países y que, hasta el momento, no constituían un EP.

10. Según los aludidos comentarios, se señaló que el *website* —combinación de software y datos electrónicos— *"no constituye un activo tangible como una maquinaria o un equipo informático, pues no tiene una presencia física que pueda considerarse como un lugar de negocios"*, por tanto, no constituye un EP.
En el caso del "Servidor" —en el que la *website* es almacenado—, se señaló que *"para que sea considerado un lugar fijo de negocios, se requiere demostrar una conexión entre dicho lugar fijo de negocios y la actividad empresarial de la empresa, y que, a su vez, dicha actividad no sea calificada una actividad auxiliar o preparatoria. Asimismo, se deniega la posibilidad de considerar al servidor como un agente dependiente de la entidad no residente, pues en ningún caso concluye contratos y tampoco desarrolla el rol principal de la negociación de los mismos en nombre de la empresa, mientras que el proveedor de servicios de internet puede ser considerado como un agente independiente que actúa en el ámbito ordinario de su actividad y, además, presta servicios a distintas empresas"*. Al final, se recomienda examinar caso por caso.

donde residen las EMNT sino donde se crea o genera el valor.

Por su parte, la OCDE formuló otras alternativas de carácter multilateral para la creación de normas autónomas de fiscalidad directa aplicables a la economía digital, aunque sin haber desarrollado directrices para su aplicación:

a) Presencia económica significativa que propone establecer un nuevo criterio de sujeción —nexo— en fuente que posibilite la existencia de un EP en modelos de negocio profundamente desmaterializados, como es la obtención y explotación de la información de los usuarios o consumidores de las plataformas, a fin de redistribuir las rentas del Estado de residencia de las EMNT a los distintos Estados de la fuente —donde se ubican los usuarios—. Esta figura reconoce la importancia del "Principio de Creación de Valor" de la "Jurisdicción del Mercado", vinculando la renta al lugar donde están los consumidores o usuarios de servicios, quienes generan los intangibles de comercialización.

   Esta propuesta supone asignarle un valor a la información y datos obtenidos de manera remota —pese a que las EMNT no tienen una presencia física relevante en el territorio de la fuente—, los cuales pueden ser: visitas a páginas de internet, residencia de consumidores, búsquedas efectuadas en servidores, preferencias de consumo, compras digitales, transacciones financieras y pagos digitales o mediante tarjeta bancaria, etc.

   No obstante, esta alternativa presenta dificultades en cuanto a que no se puede calcular de manera objetiva la creación de valor, toda vez que resulta difícil establecer: 1) la asignación de los beneficios obtenidos por las EMNT a cada jurisdicción, esto es, calcular el consolidado global de los beneficios antes de impuestos, así como repartir dichos beneficios en base a los importes de porcentaje del beneficio residual estimado, remuneración fija para funciones de comercialización y distribución, y retorno adicional basado en el análisis de precios de transferencia; y 2) el acceso de los Estados de la fuente —donde se ubican los usuarios— a la información relacionada con el dominio de las plataformas de las EMNT, las transacciones o medios de pago financieros realizados en el país, el volumen de datos obtenidos en el territorio, el número de usuarios, la suscripción de contratos de modo online, entre otros datos relevantes.

b) Retención en la fuente para las operaciones digitales. El uso de retenciones en la fuente sobre el importe bruto es sencillo y puede utilizarse independientemente, sin el nexo de la presencia económica significativa, como en las retenciones en la fuente sobre las rentas obtenidas por una entidad no domiciliada que sean calificadas como dividendos, intereses o regalías. En la medida en que no se permite la deducción de gastos, es recomendable que la tasa sea reducida.

   Esta alternativa implica que se designen a los sujetos que realizarán la retención, esto es, quiénes serían los denominados *"collecting agents"*, en cuyo caso, no habría grandes inconvenientes en el caso de transacciones B2B; no obstante, en los supuestos de transacciones B2C, hay que tener en cuenta las dificultades que podría suponer para un consumidor final el hecho de tener que cumplir con esta obligación, por lo que resultaría aconsejable requerir para ello a los intermediarios en el procesamiento del pago, esto es, instituciones financieras implicadas en los pagos derivados de transacciones digitales, incluyendo a las compañías de tarjetas de crédito.

   A fines del año 2019, la OCDE ha propuesto una solución consensuada en base a 2 pilares:

   (i) El Pilar I – "Enfoque Unificado", que se centra en establecer un nuevo criterio de sujeción o nexo —¿dónde deben

pagarse los impuestos?— y de asignación de utilidades —¿cuánto beneficio asignar a cada país que conforma el modelo de negocio?—. En otras palabras, el derecho que tiene un país de gravar las utilidades de determinada empresa no estará ligado a la noción de presencia física en esa jurisdicción. Por el contrario, se intenta dotar al país donde está localizado el mercado o los usuarios finales, con la potestad de gravar parte de la renta del negocio digital más allá de que la compañía que provee esos servicios no tenga presencia física —a través de una entidad legal— en dicho mercado.

(ii) El Pilar II – "Propuesta GLoBE", que se enfoca en lograr que los negocios digitales internacionales sean gravados con un impuesto mínimo global —con una tasa promedio de 15%— que desincentive la derivación de utilidades hacia jurisdicciones o regímenes fiscales preferentes. El objetivo aquí es desarticular las estructuras de planeamiento internacional bajo la utilización de derechos de propiedad intelectual hacia jurisdicciones de baja o nula tributación o la utilización abusiva de convenios para evitar la doble imposición o régimen fiscales particulares.

Si bien en octubre de 2020 la OCDE renovó su compromiso de alcanzar un acuerdo global a mediados de 2021[11], a la fecha todavía no se ha conseguido consenso en implementar estas alternativas, debido a que los principales países tecnológicamente avanzados no están interesados en que se les aplique gravamen directo a las rentas que obtienen las EMNT residentes en dichos países.

2. Enfoque multilateral: Modelo Unión Europea — UE.

La UE ha propuesto las siguientes alternativas —en marzo 2018—:

2.1. Impuesto a los Servicios Digitales — ISD.

Propuesta para que se establezca con carácter temporal —hasta que se implante una solución digital global— un ISD que grave con una tasa del 3% a los ingresos procedentes de la prestación de determinados servicios digitales caracterizados por la creación de valor por parte del usuario que constituye una contribución esencial para la empresa que realiza esa actividad y gracias a la cual puede obtener ingresos. No se requiere que el proveedor de tales servicios esté establecido físicamente en la jurisdicción donde se encuentran los usuarios y se crea el valor. Lo que está sujeto a tributación son los ingresos obtenidos de la monetización de la contribución del usuario y no su participación.

Se propone que el sujeto pasivo del ISD sea la entidad cuyo importe total de ingresos mundiales comunicado en el último ejercicio financiero completo del que se dispone de un estado financiero supera los 750 millones de euros, y además, el importe total de los ingresos imponibles que ha obtenido dentro de la UE durante ese ejercicio financiero supera los 50 millones de euros; ello independientemente de que estuviera establecida en un Estado miembro o en una jurisdicción no perteneciente a la UE.

El acreedor tributario del ISD sería el Estado o Estados miembros donde están establecidos los usuarios, independientemente de que estos últimos hayan contribuido o no pecuniariamente a la generación de la renta de la empresa. Sin embargo, para su implementación se requiere de la cooperación administrativa, es decir, del intercambio de información entre los Estados miembros, necesaria para la identificación de los sujetos pasivos y la presentación de las declaraciones del ISD, así como para la transferencia de fondos correspondientes a los pagos de

11. Documento disponible en: https://www.oecd.org/tax/beps/cover-statement-by-the-oecd-g20-inclusive-framework-on-beps-on-the-reports-on-the-blueprints-of-pillar-one-and-pillar-two-october-2020.pdf.

ISD por el Estado miembro de identificación a los demás Estados miembros en el que se adeude el impuesto.

2.2. Presencia Digital Significativa.

Propuesta similar a la de OCDE a fin que se establezca un nexo imponible para las empresas digitales que operan internacionalmente en caso de presencia comercial no física sino "presencia digital significativa" y se aplica a las entidades, independientemente del lugar en el que tengan su domicilio fiscal a efectos del impuesto sobre sociedades, si la actividad ejercida a través de la misma consiste total o parcialmente en la prestación de servicios digitales a través de una interfaz digital y siempre que la proporción de los ingresos totales obtenidos en ese periodo impositivo y resultante de la prestación de los servicios digitales a usuarios situados en dicho Estado miembro durante el mismo periodo impositivo sea superior a 7 millones de euros, y el número de usuarios de uno o más de los servicios digitales que estén situados en ese Estado miembro en dicho periodo impositivo sea superior a 100,000, y el número de contratos entre empresas para la prestación de tales servicios digitales que suscriban en ese periodo impositivo los usuarios situados en dicho Estado miembro sea superior a 3,000.

A la fecha tampoco se ha conseguido unanimidad entre los países miembros de la UE a fin de implementar estas propuestas, pues Irlanda, Dinamarca, Finlandia y Suecia se opusieron a dicha propuesta. Incluso son diez países miembros de la UE que han adoptado medidas unilaterales, por razones estrictamente recaudatorias.

3. Respuesta unilateral de varios países.

Ante la falta de consenso internacional para aceptar cualquiera de los modelos multilaterales antes expuestos, algunos países como Israel, Francia, Reino Unido, Austria, Hungría, República Checa, Bélgica, España, Italia, Malasia, Turquía, India —publicidad— y otros, han optado por establecer de manera soberana y unilateral en sus legislaciones internas, un Impuesto único a los Servicios Digitales —*Digital Services Tax*, en inglés—, que grava con una alícuota de 3% —en promedio— a los ingresos que obtengan las EMNT provenientes de sus servicios digitales que presten en el país, a fin de resolver el problema de la falta de tributación en la jurisdicción donde se produce el consumo de los bienes o servicios.

Estas medidas unilaterales han provocado conflictos con los países donde se localiza, en última instancia, el capital de las EMNT, fundamentalmente, EE.UU. o China, siendo que países como Francia e Italia tuvieron que retroceder en la implementación de dicho impuesto[12] ante amenazas de incremento de aranceles aplicables a sus productos.

Cabe indicar que en América Latina, países como Perú, Chile, México y Uruguay han recurrido a extender unilateralmente el concepto de Fuente de la renta, para incluir el uso de mercado como fuente de la renta, que le confiere jurisdicción sobre el Impuesto a la Renta al país donde se encuentra domiciliado el destinatario, cliente o usuario del servicio digital, independientemente donde se encuentre ubicado el proveedor o su Servidor, debiendo pagarse vía retención por la empresa domiciliada usuaria de los servicios digitales, quien en la práctica, asume dicho impuesto.

Dado que resulta difícil cobrarle el impuesto vía retención a las personas naturales, se está evaluando trasladarle la tarea de retención del impuesto a la renta a un tercero que por su ubicación, colabore con el Estado —podrían ser los bancos, entidades financieras que retengan el dinero, etc.—, aunque en la práctica, quien asumiría el traslado de dicho impuesto sería el consumidor, por la vía del aumento del precio de los servicios.

12. Conocido como GAFA por estar dirigido a 4 compañías norteamericanas —*Google, Apple, Facebook* y *Amazon*—.

Estas medidas unilaterales de retención en la fuente todavía están en evaluación, pues en tiempos de pandemia supone el encarecimiento del precio de los servicios digitales, y porque además generan efectos no deseables como son: 1) La doble o múltiple tributación, los conflictos del ejercicio de la potestad tributaria de uno o más Estados; 2) El incremento de costos de transacción de las empresas perceptoras o retenedoras del impuesto; 3) Dificultades operativas de los operadores para identificar las transacciones gravadas o no con el impuesto; entre otras.

Si bien la solución multilateral de fiscalidad directa a la economía digital sería lo más conveniente, a la fecha todavía no ha conseguido consenso en implementar esta propuesta de solución, por lo que se prevée que los demás países sigan adoptando medidas unilaterales por razones recaudatorias.

CC BY
DOI 10.26439/advocatus2021.n040.5292

El dominio fiduciario, los embargos en forma de retención y el deudor cedido

Diego Alberto Uribe Mendoza
Abogado por la Universidad de Lima.

El presente artículo fue recibido por el Comité Editorial con fecha 15 de diciembre de 2020 y fue aceptado con fecha 14 de abril de 2021.

SUMARIO:

I. Introducción.
II. El dominio fiduciario.
III. El embargo en forma de retención.
IV. El deudor cedido: la relevancia de la debida notificación.
V. De los embargos en forma de retención a bienes que conforman un patrimonio fideicometido.
VI. Conclusiones.

RESUMEN:

El dominio fiduciario sobre un patrimonio fideicometido no responde por las deudas que puedan tener el fideicomitente, fiduciario y, de ser el caso, fideicomisario frente a terceros. La obligación de retención emitida por medio de una resolución coactiva de embargo en forma de retención no recae sobre los bienes y/o derechos que se encuentran transferidos en dominio fiduciario de forma previa a la efectividad de la misma. La errónea interpretación de las normas tributarias y el desconocimiento de la figura del fideicomiso, no solo debilita la confianza sobre nuestras instituciones sino también pone en riesgo la seguridad del dominio fiduciario sobre un patrimonio autónomo.

Palabras clave: Dominio fiduciario, patrimonio fideicometido, embargo, retención, obligaciones.

ABSTRACT:

The trust fund cannot be affected by the debts that the settlor, the trustee, or the beneficiary, —if applicable—, may have before third parties. An order to withhold funds is not effective against assets or rights held in trust as fiduciary ownership. The misinterpretation of tax regulations and the unawareness of the trust institution, not only weakens the confidence in our institutions, but also jeopardizes the reliability of the fiduciary domain over an autonomous estate.

Keywords: Fiduciary domain, trust fund, lien, retention, obligations.

I. INTRODUCCIÓN

Si bien existen diversos artículos que desarrollan el aspecto teórico de los fideicomisos, son pocos aquellos que se detienen a regular la casuística a la que se enfrentan y los diversos aspectos que se deben tomar en cuenta al momento de estructurar una operación que tiene como garantía colateral un contrato de fideicomiso. Este artículo tiene como objeto desarrollar las contingencias que afronta un patrimonio fideicometido constituido por derechos de cobro —derecho a exigir el pago— y flujos dinerarios —dinero que proviene de dichos derechos de cobro—, frente al embargo en forma de retención al cual se ve expuesto por desconocimiento de las normas pertinentes.

Para tener claro este tema, es importante repasar la estructura básica del fideicomiso. Al respecto, resulta necesario citar el artículo 241[1] de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros —en adelante, "Ley de Bancos"— el cual desarrolla el concepto del fideicomiso, señalando en otras palabras que, con la celebración de un contrato de fideicomiso, el fideicomitente —deudor— transfiere bienes en dominio fiduciario a otra persona, denominada fiduciario —tercero ajeno a la relación entre acreedor y deudor—, para la constitución de un patrimonio fideicometido, sujeto a la administración del fiduciario y afecto al cumplimiento de un fin específico en favor del fideicomitente o un tercero denominado fideicomisario —acreedor—. En otras palabras, con la celebración de un contrato de fideicomiso, el fideicomitente transfiere bienes y/o derechos de su titularidad a un patrimonio autónomo que se denomina patrimonio fideicometido, el

1. *"Artículo 241.-*
El fideicomiso es una relación jurídica por la cual el fideicomitente transfiere bienes en fideicomiso a otra persona, denominada fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto al cumplimiento de un fin específico en favor del fideicomitente o un tercero denominado fideicomisario.
El patrimonio fideicometido es distinto al patrimonio del fiduciario, del fideicomitente, o del fideicomisario y en su caso, del destinatario de los bienes remanentes. Los activos que conforman el patrimonio autónomo fideicometido no generan cargos al patrimonio efectivo correspondiente de la empresa fiduciaria, salvo el caso que por resolución jurisdiccional se le hubiera asignado responsabilidad por mala administración, y por el importe de los correspondientes daños y perjuicios.
La parte líquida de los fondos que integran el fideicomiso no está afecta a encaje.
La Superintendencia dicta normas generales sobre los diversos tipos de negocios fiduciarios."

cual es administrado por un fiduciario, con la finalidad de cumplir un fin específico en favor del mismo fideicomitente o de un fideicomisario.

La celebración de un contrato de fideicomiso y la consecuente constitución de un patrimonio fideicometido se utiliza en nuestro país de manera frecuente en operaciones donde los fideicomisarios son, en gran mayoría, entidades del sistema financiero y del mercado de valores —bancos, cajas, fondos de inversión, entre otros—; dado que dicha figura permite que la garantía sea administrada por el fiduciario otorgándoles una protección distinta a la que pueda ofrecer las garantías tradicionales.

Teniendo claro el concepto del fideicomiso y, sobre todo, lo relevante de lo establecido en el artículo 253[2] de la Ley de Bancos, durante los últimos años los patrimonios fideicometidos que tienen como bienes fideicometidos derechos de cobro y flujos dinerarios que provienen de un tercero, se han visto expuestos a interpretaciones que transgreden lo dispuesto por nuestro ordenamiento jurídico. En muchas ocasiones, a pesar que el citado artículo de la Ley de Bancos es claro, los flujos dinerarios se han visto expuestos a embargos en forma de retención utilizando como argumentos alegaciones arbitrarias y, en ciertos casos, irrazonables.

Cabe recalcar que, si bien el embargo en forma de retención puede darse bajo un proceso judicial dictado bajo las normas competentes, el desarrollo de este artículo está enfocado en los inconvenientes que se han presentado con los ejecutores coactivos de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria —SUNAT— y la actuación de los terceros obligados a retener una vez que han sido notificados con una resolución coactiva de manera posterior a la constitución de un patrimonio fideicometido.

Para plantear el problema y su respectiva solución, se debe hacer hincapié en tres conceptos: el dominio fiduciario, el embargo en forma de retención y la participación del deudor cedido.

II. EL DOMINIO FIDUCIARIO

Es importante destacar las facultades que confiere el dominio fiduciario al fiduciario y la protección que deriva de ello, porque a pesar que la norma es clara en ese sentido, se pretende desconocer y limitar sus alcances, desnaturalizando al fideicomiso, lo cual lo afecta gravemente.

El ejercicio que realiza el fiduciario sobre los bienes que se encuentran dentro del patrimonio fideicometido es denominado dominio fiduciario, el cual tiene como fin específico lo establecido en el acto constitutivo —contrato de fideicomiso— y que se lleva a cabo a favor del fideicomisario o del propio fideicomitente. Lo comentado se encuentra desarrollado en el artículo 252 de la Ley de Bancos[3], donde el legislador estableció que el dominio fiduciario

---

2. *"Artículo 253.-*
El patrimonio fideicometido no responde por las obligaciones del fiduciario o del fideicomitente ni de sus causahabientes y, tratándose de las obligaciones de los fideicomisarios, tal responsabilidad sólo es exigible sobre los frutos o las prestaciones que se encuentran a disposición de ellos, de ser el caso."

3. *"Artículo 252.-*
El fiduciario ejerce sobre el patrimonio fideicometido, dominio fiduciario, el mismo que le confiere plenas potestades, incluidas las de administración, uso, disposición y reivindicación sobre los bienes que conforman el patrimonio fideicometido, las mismas que son ejercidas con arreglo a la finalidad para la que fue constituido el fideicomiso, y con observancia de las limitaciones que se hubieren establecido en el acto constitutivo.
Dependiendo de la naturaleza del fideicomiso, el fideicomitente y sus causahabientes son titulares de un derecho de crédito personal contra el patrimonio fiduciario.
La empresa fiduciaria sólo puede disponer de los bienes fideicometidos con arreglo a las estipulaciones contenidas en el instrumento constitutivo. Los actos de disposición que efectúe en contravención de lo pactado son anulables, si el adquirente no actuó de buena fe, salvo el caso de que la transferencia se hubiese efectuado en una bolsa de valores. La acción puede ser interpuesta por cualquiera de los fideicomisarios, el fideicomitente y aún por la propia empresa fiduciaria."

ejercido por el fiduciario sobre el patrimonio fideicometido le confiere plenas potestades, incluidas las de administración, uso, disposición y reivindicación sobre los bienes que conforman el patrimonio autónomo.

Para desarrollar este concepto, se debe tener en cuenta lo estipulado en el Reglamento del Fideicomiso y de las Empresas de Servicios Fiduciarios, aprobado por la Resolución SBS N° 1010-99, el cual en su artículo 4, indica que:

> *"El dominio fiduciario es el derecho de carácter temporal que otorga al fiduciario las facultades necesarias sobre el patrimonio fideicometido, para el cumplimiento del fin o fines del fideicomiso, con las limitaciones establecidas en el acto constitutivo, según lo señalado en el artículo 252 de la Ley General. El dominio fiduciario se ejerce desde la transferencia de los bienes objeto del fideicomiso, salvo disposición contraria establecida en el acto constitutivo, hasta el término del fideicomiso."*

Sumado a lo señalado, una vez que el fiduciario ejerce el dominio fiduciario sobre los bienes fideicometidos, tal cual lo señala el artículo 253 de la Ley de Bancos:

> *"(…) no responde por las obligaciones del fiduciario o del fideicomitente ni de sus causahabientes y, tratándose de las obligaciones de los fideicomisarios, tal responsabilidad sólo es exigible sobre los frutos o las prestaciones que se encuentran a disposición de ellos, de ser el caso."*

Según Escobar:

> *"(…) quien tiene la posibilidad de actuar sobre los activos es el fiduciario y no el fideicomitente. Por consiguiente, este último no puede ser titular de los derechos en cuestión, ya que simplemente no ostenta facultas agendi alguna sobre los mismos. Por lo demás, según el ordenamiento positivo peruano, el patrimonio autónomo es distinto al patrimonio del fideicomitente. Siendo esto así, es claro que los activos que integran el primer patrimonio no forman parte del segundo, por lo que el fideicomitente no puede tener derecho alguno sobre tales activos."* [4]

Queda claro que, una vez que el fiduciario adquiere el dominio fiduciario sobre los bienes transferidos al patrimonio fideicometido, las obligaciones del fideicomitente frente a terceros, incluido entidades del Estado, no pueden ni deben ser atendidas con los bienes transferidos en dominio fiduciario. Los bienes del patrimonio fideicometido ahora forman parte de un patrimonio autónomo que es distinto al patrimonio del fideicomitente y que solo será utilizado conforme a lo estipulado en el acto constitutivo.

III. EL EMBARGO EN FORMA DE RETENCIÓN

Conforme a lo señalado en el artículo 118 del Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado por el Decreto Supremo N° 133-2013-EF, nuestro ordenamiento le otorga al ejecutor coactivo la posibilidad de dictar medidas que aseguren la forma más adecuada para el pago de una deuda tributaria dentro de las cuales se encuentra el embargo en forma de retención. Pero, ¿qué significa el embargo en forma de retención? Tal cual lo menciona el propio nombre, la Administración Tributaria —a través del ejecutor coactivo— ordena, bajo responsabilidad, a los terceros que tengan en su poder bienes, valores y/o fondos en cuentas corrientes, depósitos, custodia y otros, así como sobre los derechos de crédito de los cuales el deudor tributario sea titular, los retengan y entreguen a la Administración Tributaria.

Es importante recalcar que los embargos en forma de retención son comunicados por la Administración Tributaria a través de resolu-

4. Freddy Escobar Rozas, "Breve ensayo sobre el dominio fiduciario en el sistema jurídico peruano", *Thēmis* 48 (2004): 85 – 103.

ciones coactivas, donde disponen claramente el monto hasta por el cual los terceros deberán retener los derechos de crédito y/o bienes de titularidad del deudor tributario. Los embargos en forma de retención son temporales y pueden ser levantados por la misma autoridad, en la oportunidad y en los casos que corresponda, liberando a los terceros de la obligación de retención. Para que surtan efectos, tanto las resoluciones coactivas como las resoluciones de levantamiento de éstas, deben ser debidamente comunicadas a los terceros.

Otra de las características relevantes de esta figura, es que en el inciso 4 del artículo 118 del Código Tributario, se establece que *"(…) el tercero no podrá informar al ejecutado de la ejecución de la medida hasta que se realice la misma"*.

De igual manera, en dicho inciso se establece que el tercero se encuentra obligado a poner en conocimiento del ejecutor coactivo si podrá llevar a cabo la retención o la imposibilidad de ésta. La imposibilidad de retención puede darse por diversos factores, dentro de los cuales, se encuentra que los bienes y/o derechos que están en poder de terceros hayan sido transferidos en dominio fiduciario por lo que no podrán ni deberán ser retenidos por dichos terceros, en virtud de que el patrimonio autónomo constituido previo a las notificaciones de los embargos en forma de retención, es el acreedor de dichos bienes y/o derechos.

IV. EL DEUDOR CEDIDO: LA RELEVANCIA DE LA DEBIDA NOTIFICACIÓN

Para entender la figura del deudor cedido, es importante desarrollar el concepto de un contrato de fideicomiso que tiene como bienes fideicometidos derechos de cobro y flujos dinerarios, también denominado fideicomiso de flujos. Dentro de esta estructura, tenemos a un fideicomitente que transfiere en dominio fiduciario el derecho de cobro y flujo dinerario que deriva de una relación jurídica con un tercero. Este derecho de cobro y flujo dinerario pasará a ser el bien que deberá ser administrados por el fiduciario, conforme a lo estipulado en el acto constitutivo. El derecho de cobro y flujo dinerario puede provenir de, entre otros, un servicio que el fideicomitente le brindó a un tercero, el cual tiene pendiente cancelar su contraprestación por el servicio prestado; así como de un contrato de arrendamiento donde el fideicomitente es el arrendador y el tercero es el arrendatario, entre otros. La figura del fideicomiso de flujos, en muchos casos, tiene como fin garantizar el pago de una facilidad crediticia otorgada por el fideicomisario a favor del fideicomitente.

Como se menciona en el párrafo precedente, más allá del fideicomitente, fiduciario y fideicomisario, existe un actor relevante que, en la gran mayoría de casos, no suscribe el contrato de fideicomiso de flujos, pero si tiene una participación activa dentro de la estructura, que es el tercero que tiene una deuda frente al fideicomitente y al cual se le denomina deudor cedido. Transferido el derecho de cobro y flujo dinerario en dominio fiduciario, a partir de la suscripción del contrato de fideicomiso, el nuevo acreedor del pago y/o amortizaciones de la deuda que tiene el deudor cedido frente al fideicomitente, es el patrimonio fideicometido, en virtud de la cesión de la titularidad de sus derechos[5] a favor del patrimonio autónomo constituido.

Sin embargo, el deudor cedido no podría enterarse de dicha transferencia en dominio fiduciario a favor de un fideicomiso de flujos si es que no es informado de la existencia del mismo.[6]

5. Código Civil: *"Artículo 1206.-*
La cesión es el acto de disposición en virtud del cual el cedente transmite al cesionario el derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor, que se ha obligado a transferir por un título distinto.
La cesión puede hacerse aun sin el asentimiento del deudor."

6. Código Civil: *"Artículo 1215.- La cesión produce efecto contra el deudor cedido desde que éste la acepta o le es comunicada fehacientemente."*

Sin la debida comunicación de la transferencia en dominio fiduciario de los bienes fideicometidos y, por ende, cambio de titularidad del derecho de cobro y flujo dinerario, el deudor cedido no podrá cumplir su obligación de pago, lo cual implica poner en riesgo la garantía del fideicomisario y la estructura para la cual fue creado el patrimonio fideicometido se podría ver comprometida. Para evitar lo mencionado, es imperativo que el deudor cedido sea notificado de la cesión de la titularidad del derecho de cobro y flujo dinerario a favor del patrimonio fideicometido.

Respecto a la notificación del deudor cedido, lo más adecuado es que ésta sea conjunta: es decir, que la suscriban el fideicomitente —cedente— y el fiduciario —cesionario—. La comunicación conjunta evita que la obligación recaiga solo sobre el fideicomitente, disminuyendo el riesgo de la no comunicación al deudor cedido y que por ende dicho flujo no sea debidamente canalizado a través del patrimonio fideicometido. Sumado a lo mencionado, otra práctica usual es que, con el fin de mitigar aún más el riesgo de la no comunicación al deudor cedido, las partes acuerdan que, conjuntamente con la suscripción del contrato de fideicomiso, la comunicación al deudor cedido sea suscrita tanto por el fideicomitente como por el fiduciario con el fin de realizar la debida notificación.

Complementando lo señalado, la comunicación al deudor cedido implica que la cesión de la titularidad del derecho y flujo dinerario surta efectos desde que el deudor cedido es puesto en conocimiento de manera fehaciente. En caso el deudor cedido sea un privado, para obtener dicha certeza y, sobre todo la fecha cierta en la cual fue notificado el deudor cedido, se recomienda utilizar el conducto notarial, el cual dejará constancia que el deudor cedido ha sido notificado de manera fehaciente y; por consiguiente, el inicio de los efectos de dicha cesión a favor del patrimonio fideicometido.[7] Respecto al caso en que el deudor cedido sea una entidad pública, bastará con la sola presentación en mesa de partes para generar la eficacia jurídica pertinente.

No obstante a lo mencionado en este punto, todo lo indicado aplica en el supuesto que, en la relación jurídica entre el deudor cedido y el fideicomitente, no exista la necesidad de una previa aprobación de la cesión de los derechos a favor de un tercero[8] por parte del deudor cedido. De no ser así, será necesario que el deudor cedido manifieste explícitamente su aceptación a la cesión, de lo contrario el derecho de cobro y flujo dinerario no habrán sido transferidos en dominio fiduciario.

V. DE LOS EMBARGOS EN FORMA DE RETENCIÓN A BIENES QUE CONFORMAN UN PATRIMONIO FIDEICOMETIDO

Teniendo los conceptos desarrollados en el presente artículo, quedaría claro que no se pueden embargar derechos de cobro y flujos dinerarios que han sido transferidos a un patrimonio fideicometido. Sin embargo, esto no ocurre siempre, ya que —a pesar de que nuestro ordenamiento legal es claro— se pretende desconocer que los bienes transferidos en dominio fiduciario no responden por las deudas del fideicomitente, fiduciario ni fideicomisario, lo cual hace que los bienes

7. Código Procesal Civil: *"Artículo 245.- Un documento privado adquiere fecha cierta y produce eficacia jurídica como tal en el proceso desde:*
   1. *La muerte del otorgante;*
   2. *La presentación del documento ante funcionario público;*
   3. *La presentación del documento ante notario público, para que certifique la fecha o legalice las firmas;*
   4. *La difusión a través de un medio público de fecha determinada o determinable; y*
   5. *Otros casos análogos."*

8. Código Civil:
   "Artículo 1210.- La cesión no puede efectuarse cuando se opone a la ley, a la naturaleza de la obligación o al pacto con el deudor. El pacto por el que se prohíbe o restringe la cesión es oponible al cesionario de buena fe, si consta del instrumento por el que se constituyó la obligación o se prueba que el cesionario lo conocía al momento de la cesión."

antes citados se vean expuestos a interpretaciones erróneas por parte de los deudores cedidos.

El deudor cedido en estos escenarios vuelve a tomar una participación muy relevante, dado que es a ellos a quienes notifica el ejecutor coactivo con el fin que procedan con la retención de los bienes y/o derechos que puedan tener en su poder que correspondan al deudor tributario. Ante este escenario, el deudor cedido debería responderle al ejecutor coactivo indicándole la imposibilidad de llevar a cabo dicha orden[9] dado que los bienes han sido transferidos en dominio fiduciario a un patrimonio fideicometido constituido previo a la notificación de la resolución coactiva. Lo mencionado es lo que el deudor cedido debería llevar a cabo; sin embargo, esto no siempre sucede así. En diversas ocasiones, el deudor cedido ha procedido con la retención y entrega de los bienes del patrimonio fideicometido a la autoridad tributaria, antes que entregarlo al patrimonio fideicometido conforme a lo que nuestro ordenamiento jurídico demanda. En este momento es que nos enfrentamos a la interpretación errónea del deudor cedido, dado que la resolución coactiva recae sobre los bienes y/o derechos del deudor tributario —fideicomitente— y no sobre el patrimonio fideicometido.

La decisión del deudor cedido de entregar los bienes y/o derechos de titularidad del patrimonio fideicometido para responder por una deuda del fideicomitente a la autoridad tributaria, sin haber advertido —lo cual sería una negligencia grave— o habiendo advertido —lo cual sería dolo— que el bien y/o derecho retenido no eran de propiedad del fideicomitente, conlleva a que el fiduciario active la defensa del patrimonio fideicometido y proceda con iniciar las acciones legales pertinentes contra el deudor cedido que fue debidamente notificado.

El deudor cedido está legalmente obligado a reconocer, bajo responsabilidad de la institución y de sus funcionarios, que dichos bienes forman parte de un patrimonio fideicometido administrado por un fiduciario y a respetar a cabalidad lo imperativamente establecido al respecto en el artículo 253 de la Ley de Bancos. De hecho, afectar un patrimonio fideicometido para la satisfacción y ejecución forzosa de deudas de un fideicomitente, como lo han hecho en diversas ocasiones los deudores cedidos, constituye un accionar abusivo y violatorio del texto claro y expreso de la Ley de Bancos en los extremos antes citados, lo cual determina que tanto el deudor cedido como sus funcionarios incurran en responsabilidad.

VI. CONCLUSIONES

Los derechos de cobro y flujos dinerarios cedidos en dominio fiduciario, se ven expuestos a resoluciones coactivas que establecen embargos en forma de retención; o peor aún, establecen medidas de otro tipo[10], yendo en contra de

9. Código Tributario:
"Artículo 118.-
(…)
4. En forma de retención, en cuyo caso recae sobre los bienes, valores y fondos en cuentas corrientes, depósitos, custodia y otros, así como sobre los derechos de crédito de los cuales el deudor tributario sea titular, que se encuentren en poder de terceros.
La medida podrá ejecutarse mediante la diligencia de toma de dicho o notificando al tercero, a efectos que se retenga el pago a la orden de la Administración Tributaria. En ambos casos, el tercero se encuentra obligado a poner en conocimiento del Ejecutor Coactivo la retención ***o la imposibilidad de ésta en el plazo máximo de cinco (5) días hábiles de notificada la resolución****, bajo pena de incurrir en la infracción tipificada en el numeral 5) del Artículo 177.*
(…)"—el subrayado es nuestro—.

10. Informe N° 254-2005-SUNAT/2B0000: *"En el marco de los contratos de fideicomiso, celebrados al amparo de la Ley de Banca y Seguros, no procede trabar medidas cautelares sobre los bienes y derechos transferidos por el deudor tributario, en calidad de fideicomitente, para que integren un patrimonio fideicometido; salvo que dichas medidas hayan surtido efecto con anterioridad a la transferencia fideicomisaria de tales bienes y/o derechos."*

todo lo establecido en nuestro ordenamiento y, en particular, en los conceptos desarrollados en este artículo.

No resulta jurídicamente posible ni válido que se afecten bienes de un patrimonio fideicometido para satisfacer deudas del fideicomitente, tal como lo ha hecho en diversas ocasiones los deudores cedidos y las autoridades competentes, incurriendo en una grave arbitrariedad generando un perjuicio al patrimonio autónomo constituido y, en particular, a la figura del fideicomiso.

¿Es un patrimonio fideicometido inembargable? Sí, sí lo es siempre y cuando se cumpla con lo señalado en este artículo. La regla respecto a la imposibilidad de encontrarse afecto a la resolución coactiva que plantea un embargo en forma de retención frente a un deudor cedido, es bastante sencilla: la constitución del patrimonio fideicometido y la notificación al deudor cedido, deben ser previos a que las medidas determinadas hayan surtido efecto.

Lo mencionado no busca, bajo ningún supuesto, limitar o restringir el actuar de un ejecutor coactivo, por el contrario, lo establecido por nuestro ordenamiento jurídico es claro. El ejecutor coactivo tiene la facultad jurídica de trabar embargos en forma de retención sobre bienes y/o derechos de un deudor tributario que se encuentre en poder de un tercero; sin embargo, esto no aplica cuando dichos bienes y/o derechos han sido transferidos en dominio fiduciario con anterioridad a la medida.

CC BY
DOI 10.26439/advocatus2021.n040.5293

Negocios Internacionales en la nueva normalidad

Javier Gustavo Oyarse Cruz

Abogado por la Universidad de San Martín de Porres.
Máster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad de San Martín de Porres.
Máster en International Business por la Universidad Rey Juan Carlos.
Doctor en Educación por la Universidad de San Martín de Porres.
Profesor en Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de San Martin de Porres y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

El presente artículo fue recibido por el Comité Editorial con fecha 15 de diciembre 2020 y fue aceptado con fecha 6 de marzo de 2021.

SUMARIO:

I. Introducción.
II. Negocios Internacionales.
III. Derecho Aduanero.
IV. Gestión de Negocios Internacionales de manera virtual.
V. Oportunidades de Mejora.
VI. Conclusiones.

RESUMEN:

El autor a través de este artículo pretende analizar si el Perú se encuentra preparado para continuar con los negocios internacionales en la nueva normalidad causada por el nuevo coronavirus. Asimismo, demuestra que se ha logrado la digitalización de los servicios aduaneros, tanto en el sector público como en el sector privado, de modo que existen mayores herramientas virtuales.

Palabras clave: Negocios Internacionales, coronavirus, virtual, digital, Derecho Aduanero, comercio exterior.

ABSTRACT:

Throughout this article, the author intends to analyze whether Peru is prepared to continue with international business in the new normalcy caused by the new coronavirus. It also shows that the digitization of custom services has been achieved, both in the public and private sectors, so that more virtual tools exist.

Keywords: International Business, coronavirus, virtual, digital, Customs Law, foreign trade.

I. INTRODUCCIÓN

El año 2020 para muchos fue considerado como un año atípico, donde primaron las restricciones sanitarias que obligan al distanciamiento social, repercutiendo en las actividades de comercio, industria, educación; así como las actividades sociales, culturales, deportivas, entre otras. Quizás podemos coincidir en que se trata de un año en que cualquier planificación empresarial estará sujeta a cambios constantes.

En este escenario de gran incertidumbre, surgen algunas voces respecto a que el virus que produce la COVID-19 estaría mutando, y la carrera contra el tiempo que vienen desarrollando los grandes laboratorios por encontrar una vacuna podrían resultar improductivos, en la medida que se requiere un mayor tiempo de estudios y experimentación para estar seguros de su eficacia.

Otros señalan con cierto pesimismo que lo experimentado en el 2020 no es más que el preámbulo de futuras pandemias, que vendrán teniendo mayor peligrosidad y agresividad para los habitantes de nuestro planeta. Por lo que nos preguntamos, ¿estamos realmente preparados para continuar realizando negocios internacionales en esa nueva normalidad?

En las siguientes líneas permítannos responder esta interrogante, relevando la singular importancia de las operaciones de comercio internacional para el abastecimiento de los mercados y la ansiada reactivación económica. Lo haremos revisando algunas iniciativas que surgieron para superar las restricciones que genera la cuarentena al momento de gestionar las actividades de comercio exterior.

II. NEGOCIOS INTERNACIONALES

En Latinoamérica, los gobernantes decidieron adoptar medidas de confinamiento a partir de marzo 2020, paralizando diversas actividades como la educación, las industrias, y el comercio en general, que estuvo sujeto a varias restricciones; lo cual se entiende si tomamos en cuenta que el contagio masivo del coronavirus pone en peligro la vida de los pacientes infectados debido a la limitada capacidad de respuesta de los nosocomios en nuestro país.

Pero en este escenario de caos y desconcierto, cabe mencionar los riesgos latentes que provenían de compromisos o contratos firmados desde el año 2019 que comprometían a importadores y exportadores desde el Perú a realizar la nacionalización de bienes y/o gestionar embarques de mercancías durante el año 2020, bajo penalidades previstas en los respectivos contratos.

Por esa razón, fue necesario destrabar las restricciones al comercio internacional que los gobernantes habían impuesto por temor al contagio, flexibilizando las medidas para

la recepción de naves en los puertos, y del mismo modo, creando protocolos para la recepción de aeronaves en los aeropuertos.[1] Es decir, no era prudente cerrar los mercados, porque agravaría aún más la crisis sanitaria. La Administración Aduanera se vio golpeada duramente con el incremento de los fletes, que complicó un poco más esta tarea de reactivar las actividades vinculadas a los negocios internacionales.

Como deben suponer, estas medidas se plasman en normas que son emitidas por algunas entidades públicas con el firme propósito de lograr conectarse de manera competitiva con el mercado global de bienes y servicios. Normas que provienen de los diferentes sectores involucrados con los negocios internacionales, como por ejemplo el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, el Ministerio de Salud, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, Ministerio de Economía y Finanzas, etc.

III. DERECHO ADUANERO

Las normas a las que hacemos referencia en el acápite anterior regulan las actividades vinculadas a los negocios internacionales, y pertenecen al ámbito del Derecho Aduanero, como disciplina perteneciente a las ciencias jurídicas que se encarga de regular el ingreso, salida y traslado de mercancías, medios de transporte y personas por las fronteras de cada país. Se trata de una disciplina jurídica autónoma[2] que durante esta pandemia ha tenido que resolver sobre la marcha diversas situaciones que afectaban el comercio exterior.

El jurista mexicano Andrés Rohde[3], respecto a la autonomía del derecho aduanero señala como fundamento que se trata de tres tipos, entre las cuales destaca la científica o dogmática, la didáctica y la legislativa. Así tenemos que desde el punto de vista dogmático existen algunas instituciones jurídicas que son de naturaleza global, como por ejemplo el control aduanero, que desde nuestra modesta opinión forma parte de la identidad propia de la Administración Aduanera en el mundo.

En cuanto a la autonomía didáctica, podemos mencionar que algunas Escuelas de Posgrado de universidades públicas y privadas en el Perú ya tienen incorporado dentro de su malla curricular un curso de especialización, estudio, investigación y actualización en materia de Derecho Aduanero y Comercio Exterior. No es difícil presagiar que en el futuro inmediato, algunos estudiantes elegirán como tema de investigación para su tesis los efectos de la pandemia en los negocios internacionales, la gestión aduanera y el comercio exterior peruano.

Y en lo que respecta a la autonomía legislativa, partimos de la Constitución Política del Perú que consagra las libertades de comercio, las mismas que luego sirven de fundamento a la Ley General de Aduanas, Ley de Delitos Aduaneros y sus Reglamentos. De manera concordante tenemos que cumplir con los Acuerdos Comerciales que nos vinculan con países amigos, considerados como socios comerciales para eliminar las barreras arancelarias y para arancelarias dentro de los procesos de integración económica que el Perú viene desarrollando con singular acierto.

El Derecho Aduanero como disciplina jurídica se encuentra en constante cambio, no sólo por los avances de la ciencia y la tecnología que

1. Resolución de Presidencia de Directorio Nº 0007-2020-APN-PD que aprueba los Lineamientos obligatorios para desarrollar procedimientos y protocolos para prevenir el contagio del COVID-19 en las instalaciones portuarias.

2. La autonomía del Derecho Aduanero es sostenida en Europa por Francisco Pelecha Sosaya (2009), Fernando Muñoz García (1974); en América es defendida por Ariosto D. Gonzales (1983), Manuel Gonzales Carrizales (1990), German Pardo (2009), Máximo Carvajal (2007); Ricardo Xavier Basaldúa (1992), Andrés Rhode (2202) y Héctor Vidal Albarracín (2004); entre otros.

3. Andrés Rohde Ponce, *Derecho Aduanero Mexicano* (Ciudad de México: Ediciones Fiscales ISEF, 2002).

nos enfrentan a un entorno globalizado y competitivo de los negocios internacionales, sino fundamentalmente por los retos que surgen a raíz de la pandemia. Así podemos observar que varios procedimientos aduaneros se están adecuando progresivamente a plataformas digitales, con el objetivo de simplificar los trámites y ahorrar costos logísticos.

IV. GESTIÓN DE NEGOCIOS INTERNACIONALES DE MANERA VIRTUAL

En la parte introductoria del presente artículo nos planteamos la siguiente pregunta: ¿estamos realmente preparados para continuar realizando negocios internacionales en esa nueva normalidad? Responder esta interrogante nos conduce a revisar algunos cambios que se produjeron desde marzo 2020 en adelante.

Tenemos por ejemplo que, siendo necesario evitar el contagio de los usuarios aduaneros, los diversos organismos del Estado Peruano pusieron al servicio de los administrados una Mesa de Partes Virtual para que se puedan gestionar los regímenes y servicios aduaneros de manera remota.[4] Esta herramienta digital se viene utilizando para presentar solicitudes de clasificación arancelaria de mercancías, solicitudes de devolución por pagos indebidos o en exceso derivados de obligaciones tributaria aduaneras, solicitudes de fraccionamiento o aplazamiento de deudas aduaneras, etc.

Otro cambio importante fue la digitalización de los regímenes aduaneros de exportación e importación, cuyo objetivo fundamental consiste en eliminar el uso de documentos impresos en hojas de papel, simplificar trámites administrativos y brindar mayor transparencia en las gestiones aduaneras. Sin duda, este fue el cambio más relevante, dado que se trata de la implementación de un nuevo modelo de despacho aduanero basado en la declaración anticipada de las mercancías.

También destaca el rol del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo para promover las exportaciones, lo cual se evidencia con la aprobación del reglamento para actualizar la Ventanilla Única de Comercio Exterior —VUCE—[5], que permite obtener de manera digital los permisos y autorizaciones para mercancías restringidas, y también el certificado de origen para las transacciones comerciales realizadas entre los países miembros de la Alianza del Pacífico.

Otro cambio importante, fue la aprobación del Reglamento del Exportador Autorizado[6], que se convierte en un eficaz mecanismo que evidencia la confianza en los exportadores, para delegarles la responsabilidad de certificar el origen de sus propias mercancías, previo cumplimiento de algunos requisitos formales. En el fondo, este cambio persigue también la finalidad de ahorrar costos logísticos.

Merece un comentario singular la dación del Decreto Legislativo 1492 y su Reglamento que tiene dos grandes objetivos: por un lado la digitalización de los procedimientos logísticos para el movimiento de los contenedores mediante el endose en procuración utilizando medios electrónicos; y por otro lado, la transparencia en la fijación de las tarifas por los servicios logísticos que brindan algunos operadores de comercio exterior, como las líneas navieras, Depósitos Temporales, Agentes de Carga y Agentes de Aduana.

Ojalá se apruebe pronto el Reglamento del

4. "Mesa de Partes Virtual – MPV", SUNAT, acceso el 20 de marzo de 2021, https://orientacion.sunat.gob.pe/index.php/personas-menu/centro-de-tramites-virtual/mesa-de-partes-virtual

5. Decreto Supremo N° 008-2020-MINCETUR que aprueba el Reglamento de la Ley N° 30860, Ley de fortalecimiento de la Ventanilla Única de Comercio Exterior.

6. Decreto Supremo N° 005-2020-MINCETUR que aprueba el Reglamento del Exportador Autorizado.

Decreto Legislativo 1492[7], para que sea implementada por las empresas vinculadas a la cadena logística internacional; dado que se trata de uno de los cambios relevantes en materia de simplificación y ahorro de costos vinculados al movimiento de contenedores dentro del territorio peruano, beneficiando de manera directa a los usuarios aduaneros que realizan operaciones de importación o exportación.

Siguiendo la misma línea de pensamiento expuesta en el párrafo anterior, se aprobó el Reglamento MISLO[8], que crea el Módulo de Información sobre los Servicios de Logística de Comercio Exterior, con el propósito de brindar a los usuarios aduaneros —vale decir, importadores y exportadores—, la posibilidad de conocer con la debida antelación las tarifas o gastos que debe considerar en su planeamiento estratégico empresarial, de modo que puedan generar mayor competitividad.

V. OPORTUNIDADES DE MEJORA

Dentro de las iniciativas surgidas durante la pandemia, cabe mencionar que, a partir del 16 de marzo 2020, fecha en que se dispuso el aislamiento social obligatorio, los plazos y trámites que estaban pendientes por vencer tuvieron que suspenderse para no afectar los derechos del usuario aduanero y las facultades de control aduanero que ejerce la Administración Aduanera.[9]

Siempre van a surgir algunas oportunidades de mejora en esta etapa de confinamiento y trabajo remoto, algunas basadas por ejemplo en la digitalización de procesos, las que actualmente caminan en velocidades distintas al momento de acceder a los servicios vinculados al comercio exterior y los negocios internacionales. Por un lado, tenemos lo que podría llamarse la velocidad crucero a cargo de la Administración Aduanera, que le ha permitido implementar con éxito las importaciones y exportaciones digitales.

Por otro lado, tenemos un avance a velocidad moderada del parte de los operadores de comercio exterior, quienes se encuentran implementando algunas plataformas digitales o servicios electrónicos que posibiliten a sus clientes, por lo general, usuarios aduaneros, el libre acceso de manera remota a su mercancía y documentos. Consideramos que, es aquí donde surge una visible oportunidad de mejora.

El mundo ha cambiado y los servicios digitales están basados en una nueva normalidad que tiene como denominador común el *e-commerce* o comercio electrónico, por lo que todo servicio creado en esta etapa permanecerá incluso superada la pandemia. Dada esta situación, resistirse al cambio no aporta de manera significativa a la competitividad de los operadores de comercio exterior. Más bien, los conduce hacia una zona de riesgo, si no reaccionan a tiempo para fidelizar a sus clientes internos y externos.

En ese sentido, consideramos que se deberían emprender con mayor dinamismo planes de virtualización de procesos con el objetivo de acercarse a las necesidades del usuario aduanero, evitando en la medida de lo posible los trámites presenciales, el uso del papel impreso y, sobre todo, permitiendo que puedan realizar la trazabilidad en tiempo real del movimiento de sus mercancías mediante aplicativos móviles de libre acceso.

---

7. Nota del Editor: a la fecha de recepción del artículo, aún no se había publicado el Reglamento. Con fecha 11 de febrero del 2021, mediante el Decreto Supremo N° 001-2021-MINCETUR, se aprobó el Reglamento del Decreto Legislativo 1492.

8. Decreto Supremo N° 005-2020-MINCETUR que aprueba el Reglamento del artículo 10 de la Ley N° 28977 para la implementación del Módulo de Información sobre los Servicios de Logística de Comercio Exterior.

9. Informe N° 110-2020-SUNAT-340000.

Cabe mencionar que existen algunos proyectos y avances que vemos con expectativa, como por ejemplo la posibilidad de generalizar el uso de los conocimientos de embarque en formatos digitales[10], eliminando para siempre el requisito del endose en procuración mediante la firma y sello en el documento impreso para su validez como tal, lo cual, definitivamente aportará a la mayor competitividad de nuestro país.

VI. CONCLUSIONES

Empezamos este artículo preguntándonos si estábamos realmente preparados para continuar realizando negocios internacionales en esa nueva normalidad. Respondemos afirmativamente indicando que han transcurrido varios meses desde que se declaró la emergencia sanitaria en el Perú, y con el transcurrir del tiempo, nos vamos adaptando a nuevas formas de gestionar los negocios internacionales, desde la comodidad de sus hogares u oficinas y sin necesidad de desplazarse a las oficinas del sector público o privado.

La nueva normalidad permite que podamos realizar reuniones virtuales en diversas plataformas digitales para exponer planes estratégicos, gerenciar empresas, medir resultados, liderar equipos de alto rendimiento o concretar algunos contratos internacionales; por lo que destaca nuestra capacidad de adaptación a nuevos hábitos de convivencia social en la comunicación utilizando dichos medios electrónicos.

El Derecho Aduanero como disciplina jurídica autónoma se encuentra en constante cambio, no sólo por los avances de la ciencia y la tecnología que nos enfrentan a un entorno globalizado y más competitivo de los negocios internacionales, sino fundamentalmente por los retos que surgen a raíz de la crisis sanitaria global. Por ello, debemos estar en capacidad de responder con un marco jurídico que garantice la continuidad de las transacciones vinculadas al comercio exterior de bienes y servicios.

Tenemos el convencimiento que la pandemia ha generado un efecto positivo en la digitalización de servicios aduaneros, tanto en el sector público como en el sector privado, de modo que los usuarios del comercio exterior hoy cuentan con mayores herramientas digitales para gestionar los negocios internacionales aportando de ese modo a la eficiencia y simplificación de trámites administrativos.

Pero siempre surgirán nuevas oportunidades de mejora, basadas en la aldea digital que estamos construyendo en el Perú, y el reto consiste en seguir avanzando a la misma velocidad, incluso superada la pandemia, para hacer realidad otros proyectos más ambiciosos, como por ejemplo la creación de los *Smart Ports*[11], empezando por el Callao, luego Paita, después Mollendo y así sucesivamente.

10. "El Conocimiento de Embarque Electrónico, sus antecedentes y proyecciones", en *Mundo Marítimo: Información Marítima de Latinoamérica*, acceso el 20 de marzo de 2021, https://www.mundomaritimo.cl/noticias/el-conocimiento-de-embarque-electronico-sus-antecedentes-y-proyecciones

11. "APN presenta el Proyecto Smart Port que permitirá transformar el Puerto del Callao en un Puerto Inteligente", *Gob.pe*, acceso el 20 de marzo de 2021, https://www.gob.pe/institucion/apn/noticias/303513-apn-presenta-el-proyecto-smart-port-que-permitira-transformar-el-puerto-del-callao-en-un-puerto-inteligente

CC BY
DOI 10.26439/advocatus2021.n040.5294

La legislación aduanera en la nueva normalidad de la COVID-19

Edgar Fernando Cosío Jara

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Magíster en Política Tributaria por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
Profesor de Derecho Aduanero y Comercio Internacional en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad de Piura, Universidad Nacional Federico Villareal y el Instituto de la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria, y docente invitado en la Universidad del Rosario.
Ex Intendente en las Intendencias de Aduana Marítima del Callao, Paita, Iquitos, Mollendo y Tumbes.
Miembro fundador de la Academia Internacional de Derecho Aduanero y Presidente de la Academia Peruana de Derecho Aduanero.

El presente artículo fue recibido por el Comité Editorial con fecha 13 de enero del 2021 y fue aceptado con fecha 6 de marzo del 2021.

SUMARIO:

I. Antecedentes: la legislación pre-COVID-19.
II. Los efectos de la irrupción de la COVID-19 en el comercio internacional.
III. Legislación del comercio exterior frente a la COVID-19.
IV. Legislación aduanera frente a la COVID-19.
1. Las normas *paperless*: la digitalización de los procesos aduaneros.
2. Las medidas de alivio para los usuarios aduaneros.
2.1. La suspensión de plazos aduaneros,
2.2. Las facilidades para el cumplimiento de la deuda aduanera.
2.3. Inaplicación de sanciones.
V. A modo de conclusión.

RESUMEN:

La pandemia COVID-19 tuvo un impacto en la salud y la economía nacional. En el Derecho y dentro de la ciencia jurídica, una de las legislaciones que sufrió mayores cambios fue la aduanera. Declarado el Estado de Emergencia ante la letalidad de la pandemia, solo el transporte de carga fue permitido para garantizar la cadena de suministros de alimentos y medicinas al país. Aunque en un principio el tráfico internacional de mercancías debió contraerse, luego tuvo que convertirse en uno de los motores de la reactivación para lo cual la Administración Aduanera peruana tuvo la suerte que precisamente el año 2020 había iniciado un proceso de transformación digital y legal. En este ensayo el autor analiza esta vorágine de cambios en la Aduana peruana y su impacto en la normativa y la economía nacional.

Palabras clave: Administración Aduanera, COVID19, Programa FAST, Legislación Aduanera, Comercio Exterior, SUNAT, Medidas de alivio, Sanciones Aduaneras, Aduanas 2.0, Reactivación.

ABSTRACT:

The COVID-19 pandemic has had an impact in health and the national economy, and in the legal sciences, one of the areas that had the most changes was customs law. When the state of emergency was declared as a result of the lethality of the pandemic, only cargo transportation was allowed in order to guarantee the pharmaceutic and food supply chain. Even though the international freight traffic contracted at the start of the pandemic, it later became one of the main engines for economic reactivation, and luckily, the Peruvian Customs Administration had started a legal and digital transformation process precisely in 2020. Throughout this essay, the author analyses this onslaught of changes in the Peruvian Customs Administration and its impact in the national legislation and economy.

Keywords: Customs Administration, COVID-19, FAST Program, customs legislation, international commerce, SUNAT, relief measures, customs penalties, Aduanas 2.0, reactivation.

I. ANTECEDENTES: LA LEGISLACIÓN PRE-COVID-19

El año 2020 sorprendió a la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria —SUNAT, o "la Administración Aduanera"— en medio de un proceso de modernización de sus plataformas informáticas en el marco del denominado Programa FAST[1] y de su legislación.[2] La Ley General de Aduanas —en adelante, la Ley o LGA— y sus plataformas SIGAD —Sistema Integrado de Gestión Aduanera— y NPDA —Nuevo Proceso de Despacho Aduanero— no se adecuaban a las necesidades de los usuarios ni a las funcionalidades que demandaba la Administración, bajo los lineamientos de la Organización Mundial de Aduanas — OMA y la Organización Mundial de Comercio — OMC, cuyas normas principales —Convenio de Kioto Revisado-CKR, Marco Normativo de Seguridad y Facilitación "MARCO SAFE" y el Acuerdo de Facilitación, "AFC"— basaban el control aduanero del siglo XXI en el manejo de información anticipada y electrónica y en actuaciones coordinadas entre las Aduanas, las Aduanas y las empresas y las Aduanas con otras entidades gubernamentales —los denominados 3 pilares del Marco SAFE—. En ese contexto se había programado una transformación legal e informática en el año 2020.

Los primeros pasos para estos cambios fueron dados en materia de legislación aduanera con la modificación de la LGA por el Decreto Legislativo 1433 y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 387-2019-EF.

En ese contexto, el 01 de enero del año 2020 entró en vigencia en materia aduanera un nuevo marco legal. La LGA estrenaba nuevos tratamientos para el Régimen de Operadores de Comercio Exterior y el Sistema de Infrac-

1. Siglas de "Programa de Facilitación Seguridad y Transparencia Aduanera".

2. En el 2020 entró en vigencia una nueva Tabla de Sanciones Aduaneras —Decreto Supremo N°418-2019-EF—.

ciones y Sanciones, y con ese fin entraban en vigencia un día antes el Decreto Legislativo 1433 —modificando completamente la Ley en sus secciones segunda y décima— y el Decreto Supremo N° 418-2019-EF, que establecía un nuevo régimen sancionador, en el cual los operadores perdían los incentivos, un beneficio de rebaja en sus infracciones de hasta el 90%, y pasaban a ser evaluados anualmente por la Aduana y categorizados de acuerdo a su nivel de cumplimiento.[3]

Paralelamente, la SUNAT[4] había programado para el 2020 la implementación de su ambicioso Programa FAST, en virtud del cual se modificarían 17 procedimientos aduaneros de despacho, entre ellos los principales de Exportación Definitiva —DESPA.PG.02— e Importación para Consumo —DESPA.PG.01 versión 8— con la finalidad de facilitar, agilizar, automatizar y transparentar los procesos de entrada y salida de mercancías en las Aduanas del país, así como en los procesos complementarios de control de operadores. Todos ellos integrados a los procesos transversales de gestión de riesgo y seguridad de la cadena logística.[5]

El FAST está conformado por cuatro proyectos componentes: Ingreso, Salida, Control de Operadores y Gestión de Riesgo, los cuales eran considerados piezas claves para el cumplimiento en los objetivos estratégicos — OE de la SUNAT: el OE1, mejorar el cumplimiento tributario y aduanero; y el OE2, reducir los costos de cumplimiento de las obligaciones tributarias y aduaneras.

Este Programa buscaba reducir los tiempos de despacho aduanero, eliminando trámites presenciales mediante el uso de formatos electrónicos, implementando despachos diferenciados para los OEA[6] fortaleciendo el intercambio de información con los operadores de comercio exterior y el uso intensivo de tecnologías de punta a fin de mejorar la competitividad y contribuir a la mejora de los servicios aduaneros y logísticos.

Fue en ese contexto que la Organización Mundial de la Salud, a consecuencia del brote del virus SARS-CoV2, declara la situación de pandemia a nivel mundial. El Perú, mediante Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, declaró el Estado de Emergencia Nacional y la medida de aislamiento social obligatorio a partir del 16 de marzo del 2020.

Como consecuencia del Estado de Emergencia, el PBI peruano se contrajo en 30% y el empleo se redujo en 39.5% durante el segundo

3. Como señalaba la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1433 —página 97—: *"El sistema de regulación de operadores no establecía ninguna consecuencia por el incumplimiento reiterado de las obligaciones aduaneras, excepto el pago de multas de muy baja cuantía, reducidas en aplicación de los regímenes de gradualidad e incentivos al pago generalizados para casi todas las infracciones sancionadas con multa. En consecuencia, el riesgo de incumplimiento era menor al riesgo de presentar declaraciones con información falsa o errada. Esta incapacidad para cumplir con la ley está relacionada también con los requisitos poco exigentes que se piden al sector privado para delegarles servicios aduaneros. Es por ello que anunciaba que si bien el nuevo sistema de infracciones y sanciones no contendría penalidades más altas "estas podrán graduarse en relación a la voluntad del infractor para mejorar la capacidad de cumplimiento, además de la evaluación de su historial y el nivel de calidad de los servicios prestados. En sentido contrario, se castigará la recurrencia y el bajo nivel de cumplimiento tendrá como consecuencia (no sólo la sanción sino) la no renovación de la delegación de servicios aduaneros".*

4. Entidad responsable de la actividad aduanera peruana luego que el Decreto Supremo N°418-2002-PCM estableciera un proceso de fusión por absorción que le otorgaba la condición de entidad absorbente de la extinta Superintendencia Nacional de Aduanas — SUNAD.

5. Sobre el FAST, revisar: https://www.sunat.gob.pe/operatividadaduanera/fast/index.html

6. Los OEA son los Operadores Económicos Autorizados que por su alto nivel de cumplimiento son certificados por la SUNAT para gozar de trato preferencial en despacho a nivel nacional e internacional —en aquellos países con los que el Perú ha suscrito acuerdos de reciprocidad—.

trimestre del año.[7] Frente a ello, desde el mes de junio el gobierno decidió iniciar un proceso de reactivación por etapas a fin de reducir esta caída.

En ese contexto, una de las mayores contracciones se produjo en el comercio local e internacional, y frente a ello el Estado a nivel general y la Administración Aduanera a nivel especializado, como entidad encargada del control del tráfico internacional de mercancías, debieron ajustar su normatividad a la nueva realidad, inicialmente con un nuevo enfoque de control y posteriormente con la obligación de facilitarlo para la reactivación.

II. LOS EFECTOS DE LA IRRUPCIÓN DE LA COVID-19 EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

Antes de analizar la normativa aduanera peruana, debemos partir señalando que la pandemia creó un escenario de contracción del comercio mundial de mercancías. Tal como señala la Comisión Económica para América Latina y el Caribe —CEPAL—[8], ésta alcanzó el -18.5% en el segundo trimestre de 2020 en comparación con igual período de 2019, con un estimado anual del -13% —similar a la caída anual en 2009—, pero cuya reversión total aún no puede definirse porque no obstante la aparición de vacunas y otros paliativos contra la pandemia, las tasas de contagio aún siguen en aumento.

Esta situación fue más grave en la región latinoamericana, donde el valor de las exportaciones e importaciones de bienes se redujo un 17% entre enero y mayo de 2020 en comparación con el mismo período de 2019. Ambos flujos se desplomaron hacia el final del período de cinco meses en 2020, con una caída interanual del 37% en mayo.[9]

Gran parte de esta disminución se originó a causa de que muchos países implementaron restricciones o prohibiciones para proteger la vida o salud humana, animal o vegetal amparándose en el artículo XX del GATT —General Agreement on Tariffs and Trade, versión 1994— de excepciones generales. Sin embargo, la aplicación de esta medida solo sería reconocida por la OMC si es la opción menos restrictiva para lograr sus objetivos de política, por lo que se encuentran bajo evaluación.

A ello se suma que a nivel mundial, la CEPAL identificó que el comercio marítimo por contenedores siguió una tendencia descendente desde la irrupción de la pandemia —6.1% en América Latina—, y a pesar de ello los fletes del transporte de contenedores se mantuvieron por encima de los valores de 2019. En el caso de la carga aérea la situación fue peor, y se asistió a la peor crisis de su historia con una caída del 46% en mayo.

En ese contexto, la proyección anual para la región arroja una contracción del tráfico internacional de mercancías, objeto del control aduanero, cercana al 30% —ver cuadro 1—.

7. Como señala el Instituto Peruano de Economía-IPE —"Boletín IPE: Impacto del COVID-19 en Perú y Latinoamérica", en Instituto Peruano de Economía, acceso el 7 de febrero de 2021, https://www.ipe.org.pe/portal/boletin-ipe-impacto-del-covid-19-la-economia-peruana-y-latinoamerica/— la contracción de la economía peruana estuvo por encima de las caídas registradas en las demás economías de la región. En concreto, el mes de mayor impacto fue abril, en el que la economía del país se contrajo en 39.9%, mayor a las caídas registradas en Argentina (-25.5%), Colombia (-20.2%), México (-19.9%), Brasil (14.3%) y Chile (-14.2%). Por su parte, el empleo en el país se redujo en 39.5% a nivel nacional, en el trimestre abril-junio. Mientras tanto, la contracción de la PEA ocupada en Chile, Colombia y Argentina bordeaba el 20% en el mismo periodo. Por su parte, la caída del empleo en Brasil fue menor (-10.7%).

8. CEPAL, "Los efectos del COVID-19 en el comercio internacional y la logística", *Informe Especial COVID-19* N° 6.

9. *Ibidem*.

Cuadro 1
América Latina y el Caribe: variación proyectada del valor del comercio de bienes, por socios, 2020 —en porcentajes—

	Exportaciones	Importaciones
Mundo	-23	-25
Estados Unidos	-32	-32
Unión Europea	-16	-24
Asia	-7	-23
China	-4	-27
Resto de Asia	-11	-19
América Latina y el Caribe	-28	-29

Fuente: Comisión Económica para América Latina y el Caribe —CEPAL—, sobre la base de información de los bancos centrales, servicios de aduanas e institutos de estadística de los países.

Como consecuencia de ello, la CEPAL considera que la pandemia probablemente reforzará dos tendencias interrelacionadas en el comercio mundial:

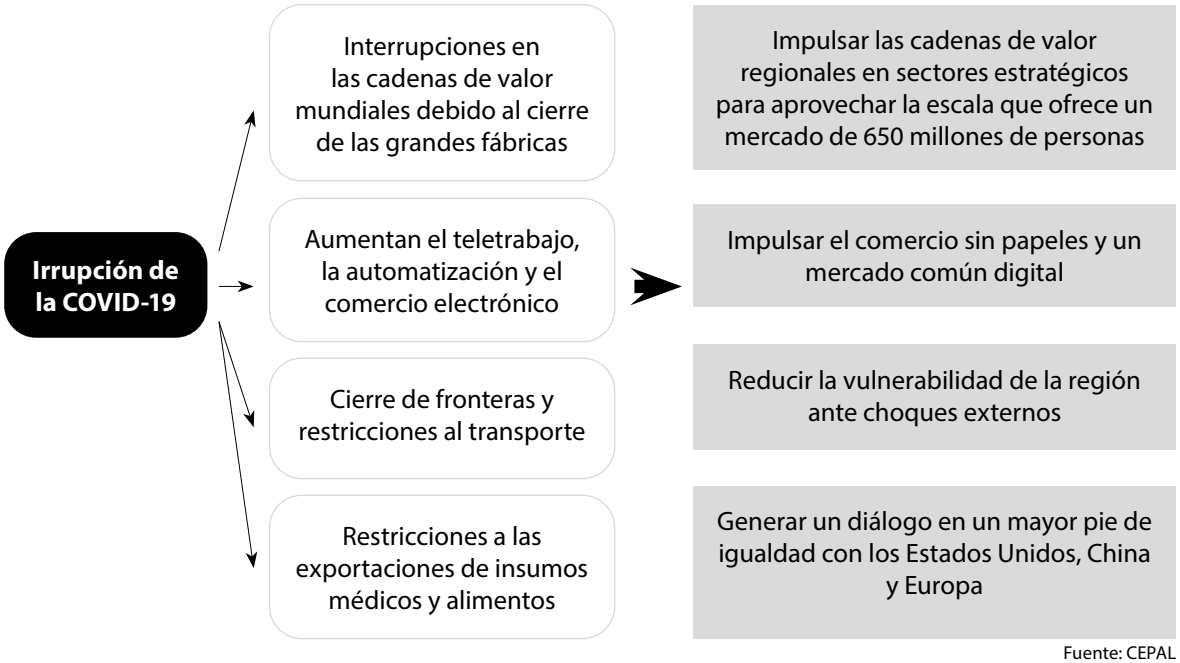
a) La tendencia hacia un menor nivel de interdependencia productiva, comercial y tecnológica entre las principales economías mundiales —en particular entre los Estados Unidos y Europa, por una parte, y China, por la otra—.

b) La tendencia hacia un comercio mundial con un menor nivel de apertura, más permeado por consideraciones geopolíticas y de seguridad nacional, con una mayor presencia de conflictos y con una institucionalidad multilateral debilitada. El resultado neto no sería una reversión de la globalización, sino una economía mundial más regionalizada, organizada en torno a tres grandes polos productivos: América del Norte, Europa y Asia Oriental y Sudoriental.

De esta manera, podemos apreciar como a nivel mundial y regional la irrupción de la COVID-19 trajo consigo una contracción del comercio internacional de bienes, por el cierre de las grandes fábricas, la reducción de los flujos de comercio marítimos y aéreos, los sobrecostos, el cierre de fronteras y del transporte, además de restricciones para las exportaciones de insumos médicos e incluso alimentos.

A partir del nuevo entorno de pandemia la CEPAL identificó las consecuencias inmediatas y las oportunidades que ello generaba en la región lo que sirvió a los países latinoamericanos para implementar sus medidas de reactivación — ver figura 1—.

Figura 1: PROBLEMAS Y OPORTUNIDADES DE LA CRISIS COVID-19



Fuente: CEPAL

En ese escenario internacional la Administración Aduanera se convierte en un servicio esencial para mantener la vida humana, no sólo como garante de la cadena logística de suministro —que incluye la importación de bienes esenciales relacionados con la COVID-19 como equipos de protección, pruebas, vacunas, medicamentos e inclusive alimentos— sino también para preservar la recaudación tributaria, la economía y otros objetivos, en una época de crisis.

De esta manera, para realizar su labor, la Aduana debió establecer prioridades destinadas a mantener el flujo continuo de las cadenas de suministro, además de proteger a la sociedad y promover la seguridad del personal.[10]

III. LEGISLACIÓN DE COMERCIO EXTERIOR FRENTE A LA COVID-19

En el caso peruano, mediante Decreto Supremo N° 044-2020-PCM se declaró el Estado de Emergencia nacional y la medida de aislamiento social obligatorio a partir del 16 de marzo del 2020. No obstante ello, el ingreso y salida de mercancías del país por puertos, aeropuertos y puntos de frontera habilitados no se vio afectado por el cierre temporal de fronteras.[11] En consecuencia, la Administración Aduanera no dejaba de operar, ni tampoco los operadores de comercio e intervinientes en el despacho de mercancías.[12]

En el nuevo marco del comercio de bienes en pandemia, el Perú con su política de libre comercio instaurada en 1991 —Decreto Legislativo 668— y consolidada con la Constitución Política de 1993 —artículo 63— que implica una política de apertura al mundo tanto para las importaciones como las exportaciones —reduciéndose los controles al arancel y las listas de mercancías prohibidas o restringidas—, encontró que ella podía tener un efecto *boomerang*, ya que la mayoría de países demandaba las mismas mercancías —medicinas, equipos de protección y productos vinculados—, lo que podría generar una situación de indefensión frente a la salida indiscriminada de este tipo de bienes. Es por ello que dicha libertad debió, en principio, subordinarse ante el derecho superior a la salud y la vida que se ponían en juego en esta pandemia, en concordancia con las excepciones del artículo XX del GATT y la propia jurisprudencia constitucional.[13]

Es por ello que, siguiendo a Guzmán Barrón[14], al estar la política aduanera subordinada a la política de comercio exterior de un Estado, las primeras medidas se dieron para regular los flujos de mercancías —cada vez más reducidos— frente a una demanda de equipos e instrumental médico y productos de limpieza o farmacéuticos que los países se disputaban en el mercado internacional. Para ello, se revir-

10. Fondo Monetario Internacional, *Medidas prioritarias para las administraciones aduaneras*, https://www.imf.org/~/media/Files/Publications/covid19-special-notes/Spanish/sp-special-series-on-covid-19-priority-measures-for-customs-administration.ashx, 2.

11. Artículo 8, numeral 3 del Decreto Supremo N°044-2020-PCM:
"8.3 El transporte de carga y mercancía no se encuentra comprendido dentro de este cierre temporal. Las autoridades competentes adoptan las medidas necesarias para garantizar el ingreso y salida de mercancías del país por puertos, aeropuertos y puntos de frontera habilitados"

12. *Cfr.* Resolución Ministerial N° 0232-2020-MTC/01.02.

13. STC N° 05961-2009-PA/TC Precedente vinculante: Transportes Vicente, Eusebio, Andrea SAC, donde el supremo intérprete prohibió la importación de autos usados causantes de accidentes y contaminación ponderando los derechos constitucionales y colocando el derecho a la vida y la salud por encima de los derechos a la libertad de empresa y de contratación.

14. César Guzmán Barrón, "La misión de la aduana en el régimen de apertura del comercio exterior". *Thēmis* 31 (1995), 23.

tió la política liberal luego de casi 30 años a fin de evitar que no sólo respiradores artificiales, pruebas moleculares sino también mascarillas de protección, guantes y equipos de protección médica o alcohol en gel salgan sin control del país. De esta manera, el Decreto Supremo N° 015-2020-SA del 16 de abril del 2020 aumentó la lista de mercancías de exportación restringida para incluir a estas últimas.

Por otro lado, a fin de facilitar el acceso a elementos de protección médica y productos farmacéuticos que permitan mejorar nuestro sistema de salud contra la pandemia, se estableció un arancel cero temporal en 77 partidas arancelarias anteriormente gravadas con tasas de 6% y 11% —Decretos Supremos N° 051-2020-EF y 059-2020-EF—; y adicionalmente, a fin de que la ayuda internacional contra la COVID-19 llegue a tiempo y sin contratiempos, se aprobó el Decreto Legislativo 1460 que flexibiliza el procedimiento para la aceptación de donaciones provenientes del exterior a entidades públicas con cargo a su regularización hasta 30 días calendario siguientes al término de la emergencia sanitaria.

Finalmente, mediante el Decreto Legislativo 1492, se declara prioritaria la reactivación continuidad y eficiencia de las operaciones logísticas del comercio exterior, vinculadas al ingreso y salida de mercancías y medios de transporte de carga desde o hacia el país y se establece como obligaciones de las entidades del Estado involucradas, entre otras acciones:

a) Garantizar la atención de sus procedimientos salvaguardando las medidas sanitarias contra la COVID-19 para lo cual deben utilizar medios electrónicos —artículo 4 del Decreto Legislativo—.

b) Que las entidades públicas que exijan o generen documentos o información relacionada a los procesos vinculados a la cadena logística de comercio exterior, incluyendo los servicios de transporte de carga y mercancías en general en todos sus modos, deben automatizar sus procesos, reemplazar documentos físicos por documentos digitales o digitalizados, e intercambiar datos entre ellas, a fin de evitar el contacto usuario-administración —artículo 5 del Decreto Legislativo—.

c) Efectuar las inspecciones físicas para el ingreso de carácter sanitario, aduanero o de otra índole, sin exigir documentos originales, cuando exista copia simple digitalizada en la Ventanilla Única de Comercio Exterior — VUCE o en el Sistema informático de la SUNAT u otros contemplados en la legislación vigente.

d) Establecer mecanismos de gestión de riesgo, y efectuar fiscalización posterior de la documentación presentada por medios electrónicos —artículo 6 numeral 2 del Decreto Legislativo—, ello en concordancia con el Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General —en adelante, "TUO de la LPAG"—.

El propio Decreto Legislativo 1492 incluso asumió una función tuitiva del Estado en el comercio internacional respecto a la digitalización de los procesos y trámites logísticos por parte del sector privado —artículo 7—. En ese sentido, exigió a los operadores de comercio exterior incorporar en sus procesos sistemas de intercambio de datos o mecanismos electrónicos alternos necesarios para la validación de documentos o información, tales como el uso de documentos digitales o digitalizados, con el objeto de evitar el desplazamiento de personas con el consiguiente riesgo de contagio de la COVID-19. En ese sentido, indicó expresamente a las navieras o sus representantes:

> *"(…) poner a disposición de sus clientes y/o usuarios del servicio, sistemas u otros mecanismos electrónicos que faciliten el cumplimiento de sus procesos o trámites, necesarios para la autorización comercial de la entrega y/o embarque de la mercancía, así como para facilitar los trámites que correspondan para el recojo y/o devolución de contenedores, equipos u otros dispositivos utilizados para el*

desarrollo del transporte de carga y mercancías. (…)"[15]

De igual manera, en el artículo 7 numeral 3, ordenó a los almacenes aduaneros y agentes de carga poner a disposición de sus clientes y/o usuarios de su servicio, sistemas u otros mecanismos electrónicos que faciliten el ingreso o entrega de la mercancía, según corresponda.

La implementación de estas medidas quedó a cargo del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo en coordinación con el Ministerio de Transportes y Comunicaciones —artículo 8.1—, siendo competencia del primero la fiscalización y sanción —artículo 10—.

Este marco general destinado a regular los flujos de comercio durante el aislamiento social obligatorio fue posteriormente reemplazado con el Decreto Supremo 080-2020-PCM del 03 de mayo del 2020, que estableció el cronograma para la reactivación económica luego del aislamiento obligatorio de manera gradual y progresiva, en 4 fases que se iniciaron ese mismo mes. Este proceso se denominó la "Nueva Normalidad".

Con la Fase 1, la Aduana dejó de atender únicamente los tramites vinculados a temas de salud y alimentación, y empezó a facilitar otros procesos, permitiéndose las exportaciones con órdenes de compra vencidas o por vencer antes de la vigencia del Decreto Supremo y las importaciones vinculadas a las actividades comprendidas dentro de la Fase 1, lo que incluye la actividad minera, de hidrocarburos, construcción, comercio electrónico para el hogar, industria del vidrio, papel, entre otras.

Para la implementación de esta apertura gradual, el Decreto de Urgencia 053-2020, a fin de aliviar los riesgos de abandono e infracción por vencimiento de plazos para los Operadores, otorgó una prórroga adicional de 15 días hábiles para el cumplimiento de sus obligaciones.

Con ese marco legal general correspondió a la Administración Aduanera el diseño de los procedimientos en época de cuarentena y en época de reactivación.

IV. LA LEGISLACIÓN ADUANERA FRENTE A LA COVID-19

Frente a un control aduanero que en base a la gestión de riesgos incluye un reconocimiento físico de hasta el 15% de las declaraciones presentadas a despacho[16] y en el resto de casos el control documentario de la Declaración aduanera de mercancías —DAM— con sus documentos de soporte — contemplados en el artículo 60 del Reglamento de la Ley—, la Aduana tuvo que reenfocar sus procesos, en concordancia con los lineamientos del Decreto Legislativo 1492 con el objeto de evitar el desplazamiento de personas por el consiguiente riesgo de contagio de la COVID-19. Esto alcanzaba a todos sus procedimientos administrativos incluido su proceso principal, el despacho aduanero, entendido como el trámite ante la Administración Aduanera que se inicia con la presentación de la declaración y concluye con su autorización para el desaduanamiento de la

15. Decreto Legislativo 1492, artículo 7 numeral 2.

16. *Cfr.* Artículo 163 de la LGA:
"Empleo de la gestión del riesgo
Para el ejercicio del control aduanero, la Administración Aduanera emplea, principalmente las técnicas de gestión de riesgo para focalizar las acciones de control en aquellas actividades o áreas de alto riesgo, respetando la naturaleza confidencial de la información obtenida para tal fin.
Para el control durante el despacho, la Administración Aduanera determina mediante técnicas de gestión de riesgo los porcentajes de reconocimiento físico de las mercancías destinadas a los regímenes aduaneros, que en ningún caso debe exceder del 15% de las declaraciones numeradas.
En el caso de mercancías restringidas, la selección a reconocimiento físico se realiza en base a la gestión de riesgo efectuada por la Administración Aduanera, en coordinación con los sectores competentes"

carga —sea con su levante e ingreso al país o para su embarque con destino al exterior—.

Ante esta nueva situación, las modificaciones legales y tecnológicas de inicios del 2020, Decreto Legislativo 1433, Nueva Tabla de Sanciones y Proyecto FAST, en lugar de postergarse ante la Nueva Normalidad de la COVID-19, se convirtieron en un catalizador para los nuevos procesos. De esta manera se procedió a la adopción de ciberprocedimientos aprovechando la infraestructura normativa y tecnológica, que había empezado a implementarse en base al nuevo marco legal del Decreto Legislativo 1433.

Como medidas complementarias de alivio se adoptaron normas a nivel Resolución de Superintendencia destinadas a la suspensión de los plazos a fin de evitar la congestión de los recintos aduaneros, la inaplicación de sanciones en el marco de las facultades discrecionales previstas en la en la LGA y algunas facilidades para el cumplimiento de las deudas aduaneras derivadas del despacho.

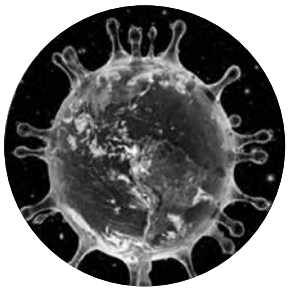
De esta manera la digitalización de los procedimientos —Administración Aduanera 2.0 o Aduana *paperless*— y las medidas de alivio para los usuarios de comercio exterior como la suspensión de plazos, las facilidades de pago y la discrecionalidad para no aplicar sanciones, se convirtieron en el eje de la normativa aduanera durante la pandemia de la COVID-19.

Figura 2

PAQUETE ADUANERO CONTRA EL COVID-19

ADMINISTRACIÓN ADUANERA 2.0
—ADUANA *PAPERLESS*—
DECRETO LEGISLATIVO 1492

- Mesa de partes virtual —Resolución N° 077-2020-SUNAT—
- Procedimientos Aduaneros Digitalizados-FAST —Resoluciones SUNAT N° 122, 169, 172, 176, 182, 184, 185, 199, 200—



MECANISMOS LEGALES DE ALIVIO:

- Suspensión de plazos —Decretos de Urgencia 026 y 029-2020—
- Facilidades tributarias
  - Arancel cero para mercancías contra la COVID-19 —Decretos Supremos N° 051 y 059-2020-EF—
  - Régimen especial fraccionamiento y aplazamiento —Decreto Legislativo 1487—
- Inaplicación de sanciones
  - Resoluciones SUNAT de discrecionalidad para sanciones de nueva tabla —Resoluciones SNAA—
  - Gradualidad para tabla anterior —Resolución N° 156-2020-SUNAT—
  - No se afecta récord de cumplimiento de los OCE —Resolución N° 226-2020-SUNAT—

Fuente: elaboración propia

1. Las normas *paperless*: la digitalización de los procedimientos aduaneros.

El uso de la Tecnología de la Información —TIC— no era una novedad en los procedimientos administrativos en general y los procedimientos aduaneros en particular. De hecho, las principales directrices de la OMA y la OMC, organismos internacionales creadores de las normas técnicas globales en materia aduanera, apuntaban a una Aduana sin papeles —*paperless*— que hiciera sinergia con el desarrollo del comercio electrónico en todas sus modalidades. Así lo señalaba la LGA en su artículo 5 cuando establecía que la Administración debía *"disponer medidas para que el intercambio de datos y documentos entre la autoridad aduanera y los operadores de comercio exterior se realicen por medios electrónicos"*.

A nivel del Estado Peruano, en materia de procedimientos administrativos, con el Decreto Legislativo 1412 se había aprobado la Ley de Gobierno Digital —*e-government*—, que establecía un régimen jurídico aplicable al uso transversal de tecnologías digitales para la digitalización de procesos y prestación de servicios digitales por parte de las entidades de la Administración Pública en los tres niveles de gobierno. En ese contexto, se había modificado el TUO de la LPAG y los Decretos Legislativos 1272 y 1452, estableciendo las bases para un ciberprocedimiento administrativo donde coinciden notificación electrónica, expediente electrónico, resoluciones electrónicas y firma digital.

Este procedimiento administrativo electrónico, como señalan Patrón Bedoya y Díaz García[17], se concibe como un derecho de los administrados y ya no como una prerrogativa de la Administración y no era otra cosa que el procedimiento administrativo tradicional con soporte electrónico, por lo cual también debía respetar las reglas del debido procedimiento administrativo.[18]

El uso del procedimiento electrónico como política transversal del gobierno encuadraba perfectamente dentro de lo establecido por el Código Tributario —artículos 104, 111 y 112— y la LGA, donde el envío de información por los usuarios tenía como eje la transmisión anticipada y electrónica de los manifiestos de las naves y las declaraciones y en el caso de utilización de medios documentales la validez de estos estos debía subordinarse al medio electrónico.[19]

Dentro de ese marco, la SUNAT, como líder de

17. Pedro Patrón Bedoya y Mónica Díaz García, "Procedimiento administrativo electrónico". *Lumen* 14-I (2008) 108.

18. El artículo 29-A de la LPAG establece que el procedimiento administrativo electrónico deberá respetar todos los principios, derechos y garantías del debido procedimiento previsto en la LPAG, sin que se afecte el derecho de defensa ni la igualdad de las partes. Doctrinariamente, como señalan Patrón y Díaz —*op. cit.* p. 108— el debido procedimiento comprende el derecho a ser notificados, acceder al expediente, refutar los cargos, exponer argumentos, ofrecer y producir pruebas, obtener una decisión motivada y fundada en derecho, emitida por autoridad competente y en un plazo razonable, entre otros. Pero adicionalmente, debe tener en consideración que la declaración de la voluntad administrativa se debe conformar luego de seguir un procedimiento predeterminado por Ley.

19. *Cfr.* Artículo 134 de la LGA:
"Declaración aduanera
La destinación aduanera se solicita mediante declaración aduanera presentada o transmitida a través de medios electrónicos y es aceptada con la numeración de la declaración aduanera. La Administración Aduanera determinará cuando se presentará por escrito.
Los documentos justificativos exigidos para la aplicación de las disposiciones que regulen el régimen aduanero para el que se declaren las mercancías podrán ser presentados en físico o puestos a disposición por medios electrónicos en la forma, condiciones y plazos que establezca la Administración Aduanera.
Los datos transmitidos por medios electrónicos para la formulación de las declaraciones gozan de plena validez legal. En caso se produzca discrepancia en los datos contenidos en los documentos y archivos de los operadores de comercio exterior con los de la SUNAT, se presumen correctos éstos últimos.
La declaración efectuada utilizando una técnica de procesamiento de datos incluirá una firma electrónica u otros medios de autenticación.

(Continúa en siguiente página)

gobierno digital en la actividad aduanera —Decreto Supremo 033-2018-PCM—, estableció una serie de acciones para eliminar en lo posible dos fuentes de contagio de la COVID-19: el uso de documentos físicos y la actividad presencial de la autoridad aduanera. Se adoptaron así las siguientes medidas propias de una Administración Aduanera 2.0:

a) La presentación de documentos a través del uso de la Casilla Electrónica, en reemplazo de la presentación física en los procesos siguientes:

   (i) Acogimiento a la restitución de derechos arancelarios.
   (ii) Regularización de las declaraciones de exportación definitiva numeradas en la plataforma del SIGAD.
   (iii) Numeración y autorización de declaraciones de tránsito aduanero internacional.
   (iv) Legajo de Declaraciones.

b) La creación de la Mesa de Partes Virtual —MPV— y el Centro de Servicios Virtual con la finalidad de facilitar a los administrados la presentación, por esa vía, de documentos que se presentan de manera presencial, así como su consulta a través de esta plataforma puesta a disposición en el Portal de la SUNAT. Los Procedimientos que podrán tramitarse en MPV-SUNAT: solicitudes de devolución, recursos impugnatorios —reclamaciones y apelaciones—, inscripción y baja del RUC, entre otros.[20]

c) La aprobación de los nuevos procedimientos de despacho dentro del programa FAST, que incluían la transmisión electrónica de las declaraciones y el uso de la MPV para los documentos complementarios. De esta manera se aprobaron[21] los procedimientos correspondientes a 12 de los 13 regímenes aduaneros regulados por la LGA, entre ellos el de Importación para Consumo —versión 8— y el de Exportación Definitiva —versión 7—, además de los tratamientos especiales más empleados como Envíos de entrega rápida y Envíos postales, y otros más específicos como *Duty Free* y Material de Guerra.

Con todas estas medidas se redujo al mínimo el contacto social en las Aduanas, donde inclusive la diligencia de control de mayor tradición, el aforo físico, fue reemplazado por el uso de tecnología no intrusiva o scanner[22], o por un aforo remoto mediante videocámaras.[23]

La clave electrónica asignada a los despachadores de aduana equivale y sustituye a su firma manuscrita o a la del representante legal, según se trate de persona natural o jurídica, para todos los efectos legales."

20. *Cfr.* Resolución de Superintendencia N° 077-2020-SUNAT.

21. *Cfr.* Resoluciones de Superintendencia N° 24-2020-SUNAT, 84-2020-SUNAT, 71-2020-SUNAT, 172-2020-SUNAT, 176-2020-SUNAT, 180-2020-SUNAT, 182-2020-SUNAT, 183-2020-SUNAT, 184-2020-SUNAT, 185-2020-SUNAT y 199-2020-SUNAT.

22. *Cfr.* Artículo 164 de la LGA:
"*Potestad aduanera*
Potestad aduanera es el conjunto de facultades y atribuciones que tiene la Administración Aduanera para controlar el ingreso, permanencia, traslado y salida de personas, mercancías y medios de transporte, dentro del territorio aduanero, así como para aplicar y hacer cumplir las disposiciones legales y reglamentarias que regulan el ordenamiento jurídico aduanero.
La Administración Aduanera dispondrá las medidas y procedimientos tendientes a asegurar el ejercicio de la potestad aduanera.
Los administradores y concesionarios, o quienes hagan sus veces, de los puertos, aeropuertos, terminales terrestres y almacenes aduaneros, proporcionarán a la autoridad aduanera las instalaciones e infraestructura idóneas para el ejercicio de su potestad."

23. *Cfr.* Informe N° 76-2020-SUNAT-340000.

2. Las medidas de alivio para los usuarios aduaneros.

La pandemia de la COVID-19 trajo para la mayoría de los países y en especial para el Perú un grave déficit económico. En ese contexto, se requerían medidas de alivio para las empresas con dificultades económicas, lo que incluye medidas para facilitar aún más el comercio y reducir los costos de las transacciones comerciales. De esta manera, la suspensión de plazos, las facilidades impositivas y la reducción de sanciones también formaron parte del paquete de cambios aduaneros.

2.1. La suspensión de plazos aduaneros.

La inamovilidad social obligatoria derivada del Estado de Emergencia Nacional implicaba que los usuarios aduaneros no pudieran cumplir con la presentación de documentación dentro de los plazos legales. Frente a ello, a nivel general el Decreto de Urgencia 026-2020, en su Disposición Complementaria Final Segunda dispuso la suspensión por 30 días hábiles contados a partir del día siguiente de su publicación del cómputo de los plazos de tramitación de los procedimientos administrativos sujetos a silencio positivo y negativo que a su fecha de entrada en vigencia estuvieran en trámite. Este plazo de suspensión fue prorrogado hasta el 10 de junio del 2020 —Decretos Supremos N° 076-2020-PCM y N° 087-2020-PCM—.

A la vez, con Decreto de Urgencia 029-2020 se suspendió por treinta días hábiles contados desde el 21 de marzo del 2020 el cómputo de los plazos de inicio y de tramitación de los procedimientos administrativos y de los procedimientos de cualquier índole que no estuvieran comprendidos en los alcances del Decreto de Urgencia 026-2020, incluidos aquellos que a su fecha de entrada en vigencia estuvieran en trámite; plazo de suspensión que fue prorrogado hasta el 10 de junio del 2020 —Decreto de Urgencia 053-2020 y Decreto Supremo N° 087-2020-PCM—.
Con la vigencia de ambas normas, se creó una dicotomía en materia de suspensión de plazos en los procedimientos aduaneros, porque la regulada por el Decreto de Urgencia 026-2020 aplicaba únicamente sobre los procedimientos administrativos sujetos a silencio positivo y negativo —lo que no incluía los procedimientos de fiscalización y de cobranza coactiva— mientras que la suspensión ordenada por el Decreto de Urgencia 029-2020 aplicaba para el resto de procedimientos pero con distinto plazo de vigencia.

Frente a esta situación, a fin de aliviar la incertidumbre de los usuarios aduaneros ante la existencia de dos plazos, la Administración Aduanera precisó que, independientemente de lo establecido en los Decretos de Urgencia, de conformidad con el artículo 138 de la LGA, en todos los procedimientos de competencia de la Aduana el plazo de los trámites y regímenes se suspende por caso fortuito o fuerza mayor, por considerar que dicha circunstancia *"se presenta en la coyuntura actual, en la que por efecto de la declaración del Estado de Emergencia Nacional, el administrado se encuentra impedido de cumplir con sus obligaciones en forma oportuna"*.[24]

De esta manera, se produjo la suspensión automática de plazos para procesos como la importación para el consumo en supuestos como abandono legal, prórroga para el despacho diferido, regularización de despachos urgentes y anticipados, regularización de las declaraciones y solicitudes de reconocimiento físico acogidas al Convenio PECO y/o Ley de Amazonía.

En otros regímenes, también permitió su regularización extemporánea sin sanción —como en el de internamiento de vehículos de turismo que declarada la pandemia no pudieron salir del país y que requerían regularizar su salida—.

2.2. Las facilidades para el cumplimiento de la deuda aduanera.

En cuanto a estas medidas de alivio, el Poder Ejecutivo sentó las bases cuando por Decretos

24. *Cfr.* Informe N° 78-2020-SUNAT-4B0000.

Supremos N° 051-2020-EF y 059-2020-EF modificó temporalmente los derechos arancelarios a la importación de los bienes necesarios para la atención, estableciendo una tasa arancelaria cero a 77 subpartidas arancelarias que, vencido el Estado de Emergencia retornarían a su nivel de 6% y 11% según corresponda.

Posteriormente, mediante Decreto Legislativo 1487 —vigente desde el 11 de mayo del 2020—, se estableció un Régimen de aplazamiento y/o fraccionamiento —RAF— de las deudas tributarias administradas por la SUNAT para aquellos contribuyentes que han sufrido una disminución de sus ingresos en el 2020.

En materia aduanera, se podían acoger al RAF las deudas contenidas en liquidaciones de cobranza que se encuentren pendientes de pago a la fecha de presentación de la solicitud de acogimiento, vinculadas a una resolución de determinación o resolución de multa de la Tabla de Sanciones aplicables a las infracciones previstas en la LGA o en la Ley de los Delitos Aduaneros; así como los saldos de un aplazamiento y/o fraccionamiento anterior, vigente o con causal de pérdida, a la fecha de presentación de la solicitud de acogimiento. Mediante Decreto Supremo N° 285-2020-EF, se amplió hasta el 31 de diciembre de 2020 el plazo para la presentación de la solicitud de acogimiento.

A nivel SUNAT, la Administración Aduanera dictó algunas medidas para facilitar el pago, tales como:

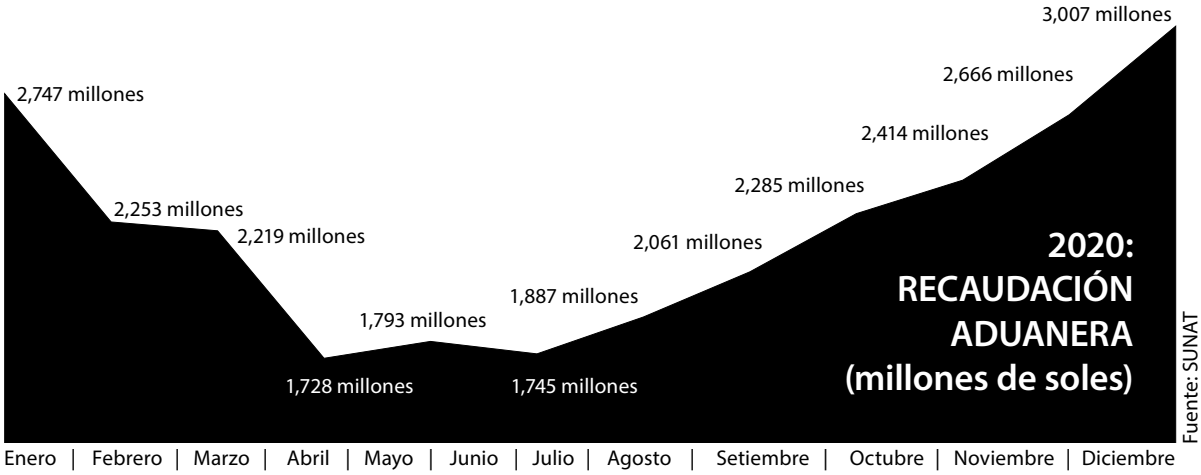
a) La prórroga del plazo para la ejecución de fianzas, cartas fianzas y pólizas de caución cuyo vencimiento se produzca durante el Estado de Emergencia Nacional, este plazo se suspende y recién se reanuda con la conclusión de dicho estado hasta cumplir el plazo dispuesto en el artículo 1898 del Código Civil u otra disposición de carácter específico.

b) La disminución de la tasa de interés moratorio de 1.2% a 1% en las deudas aduaneras exigibles.[25]

c) El pago electrónico de la deuda tributaria aduanera con los fondos de la cuenta de detracciones.[26]

Con estas medidas, pese a la baja recaudación del segundo trimestre del 2020 —periodo de aislamiento—, la recaudación aduanera fue recuperándose en los meses siguientes —periodo de reactivación—. De esta manera, pese a que el ejercicio 2020 se cerró con una recaudación negativa en 10.5% —S/ 26,805 millones— en relación al 2019 —S/ 29,939 millones—, en los meses de noviembre y diciembre se obtuvo niveles de recaudación superiores a los del ejercicio anterior —ver figura 3—.

Figura 3: RECAUDACIÓN ADUANERA 2020



Fuente: SUNAT

25. *Cfr.* Resolución de Superintendencia N° 066-2020-SUNAT.

26. *Cfr.* Resolución de Superintendencia N° 216-2020-SUNAT.

2.3. Inaplicación de sanciones.

Un último aspecto para aliviar la situación de los usuarios estuvo vinculado a la aplicación de sanciones. Paradójicamente, el inicio del Estado de Emergencia coincidía con la vigencia del Decreto Supremo N° 418-2019-EF, que había establecido una nueva Tabla y un nuevo régimen donde los operadores que cometían infracciones no solo recibían la sanción correspondiente sino reducían su puntaje para renovar la autorización, de forma que el cumplimiento menor a 60% podía significar la eliminación de su patente[27]; y no solo ello, sino que obligaba a los importadores a utilizar el sistema anticipado de despacho bajo apercibimiento de sanción.

Además, el Decreto Legislativo 1433 había derogado el Régimen de Incentivos que otorgaba a los infractores rebajas del 90% de las multas, lo que hubiera constituido el principal alivio para los operadores pero cuya eliminación fue precisamente una de las razones principales de la modificatoria legal, dado que el Informe del Banco Mundial sobre la Aduana peruana señalaba que era un "sistema perverso" porque premiaba el actuar ilícito con penas leves sin ninguna razonabilidad, ya que no distinguía si se trataba de una infracción grave o de un operador de comercio reincidente.[28]

En ese contexto, la alternativa que encontró la Administración Aduanera para no castigar los incumplimientos de los operadores con penalidades que agraven su difícil situación económica y mantener la razonabilidad del sistema fue aplicar su facultad discrecional para no determinar ni sancionar infracciones previstas en la LGA, cometidas en el período del 12 de marzo del 2020 al 09 de junio del 2020.

Las infracciones no sancionadas eran aquellas calificadas como leves[29], exceptuándose aquellas que conlleven incidencia tributaria, burla a

---

27. *Cfr.* Reglamento de la LGA: artículos 19 y 21:
"Artículo 19°.-
Las categorías del operador de comercio exterior y sus rangos de calificación son los siguientes:
a) Categoría A: nivel de cumplimiento mayor o igual a 90%.
b) Categoría B: nivel de cumplimiento mayor o igual a 60% y menor a 90%.
c) Categoría C: nivel de cumplimiento menor a 60%.
En los primeros 10 días calendario de enero de cada año, la Administración Aduanera pone a disposición del operador de comercio exterior la categoría obtenida hasta el año calendario anterior.
Al operador de comercio exterior que inicie actividades, la Administración Aduanera le asigna la categoría A y la mantiene hasta finalizar el primer año del plazo de autorización."
"Artículo 21°.-
Al término del plazo del artículo 18, la autorización del operador se renueva conforme a lo siguiente:
a) Las categorías A y B, se renuevan automáticamente por el mismo plazo y se computa a partir del primero de febrero del año de la renovación.
b) La categoría C, no se renueva."

28. En la evaluación de la Aduana peruana realizada por el Banco Mundial, se identificó que el sistema sancionatorio vigente era un elemento que atenta contra el buen resultado de la gestión fiscalizadora de la aduana en el Perú. La Aduana descubre incumplimientos que son sancionados con muy bajas sanciones, lo que impide un cambio de comportamiento de los operadores incumplidores —Banco Mundial, "Resultados del Customs Assessment Trade (CAT-R) Preparado Para la Administración Aduanera de Perú", 17 de octubre de 2017, https://www.sunat.gob.pe/orientacion/deInteres/ReporteCATT-Peru2017.pdf—.

29. Conforme señala Rafael Reaño, las infracciones materia de la facultad discrecional, en general, se refieren a la presentación o transmisión de la información del manifiesto de carga y documentos vinculados; incorporación de documentos al manifiesto de carga; actos relacionados con el ingreso o salida de mercancías o medios de transporte; información para la regularización del régimen aduanero; información de la declaración aduanera de mercancías; no proporcionar, exhibir o transmitir la información o documentación en la forma y plazos establecidos; presentar la mercancía fuera del plazo; no destinar la mercancía a la modalidad de despacho anticipado cuando sea obligatorio; no extraer o entregar las muestras de la mercancía; no retirar del país el vehículo para fines turísticos al haber excedido el plazo de permanencia autorizado.

las medidas de seguridad, a las normas de autorización o no someterse al control. Los supuestos de inaplicación fueron establecidos por la propia SUNAT, teniendo en cuenta no solamente las limitaciones impuestas por el Estado de Emergencia de la COVID-19[30], sino también por la implantación de los nuevos procedimientos digitalizados en el marco del FAST.[31]

Además, respecto a las infracciones que se hubieran cometido hasta el 31 de diciembre del 2019 y estuvieran pendientes de pago, se estableció un Régimen de Gradualidad con rebajas de hasta el 90%.[32]

Finalmente, respecto al récord de cumplimiento de los operadores, que se mide en función de las sanciones cometidas y que puede significar la pérdida de su autorización[33], la última norma de alivio del año fue precisamente la que modificó la fórmula de medición y excluyó el año 2020 del historial de cumplimiento del OCE.[34]

Estos alivios al usuario aduanero han producido una elevación del nivel de satisfacción frente a la Administración —la encuesta SUNAT otorgó un nivel de 4 sobre 5, donde el 71% marcó las opciones satisfecho o muy satisfecho con el accionar de la administración aduanera durante la pandemia—.[35]

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

A partir del análisis de la normatividad aduanera durante el Estado de Emergencia y la Nueva Normalidad COVID-19, podemos arribar a las siguientes conclusiones:

a) El Estado de Emergencia encontró a la Administración Aduanera en un proceso de transformación tecnológica —Proyecto FAST— y con un nuevo marco legal —Modificación del Régimen de Operadores y de Infracciones y Sanciones con el Decreto Legislativo 1433 y el Decreto Supremo 418-2019-EF— los cuales se encontraban en pleno proceso de implementación al llegar la COVID-19 al Perú.

b) El Estado Peruano, al decretar el Estado de Emergencia, estableció los lineamientos para continuar con su programa de Gobierno Digital teniendo como eje el procedimiento administrativo electrónico en todas las entidades públicas; y para el caso específico del comercio exterior dictó las normas para que el transporte de carga continúe operando y se garantice la cadena logística de comercio internacional, utilizando documentos electrónicos como regla tanto en la administración como en los operadores privados —Decreto Legislativo 1492— y regulando la exportación de medicamentos y alimentos necesarios para la lucha contra la COVID-19, así como estableciendo arancel cero para su importación —Decretos Supremos N° 051-2020-EF y 059-2020-EF—.

   La Administración Aduanera, para hacer frente a la pandemia en las etapas de ais-

30. *Cfr.* Resoluciones de Superintendencia N° 06-SUNAT-300000, 08-SUNAT-300000, 13-SUNAT-300000, 14-SUNAT-300000, 16-SUNAT-300000 y 19-SUNAT-300000.

31. *Cfr.* Resoluciones de Superintendencia N° 01-SUNAT-300000, 12-SUNAT-300000,14-SUNAT-300000 y 26-SUNAT-300000.

32. *Cfr.* Resolución de Superintendencia N° 156-2020-SUNAT.

33. *Cfr.* Artículo 21 del Reglamento de la LGA.

34. *Cfr.* Resolución de Superintendencia N° 226-2020-SUNAT

35. "Resultado de encuesta de satisfacción a los operadores de comercio exterior", en *SUNAT*, acceso el 9 de julio de 2021, https://www.sunat.gob.pe/operatividadaduanera/novedades/aduanas/comunicados/2021/enero/co050121.html.

lamiento y reactivación, dictó una serie de normas destinadas a digitalizar todos sus procedimientos —Administración Aduanera 2.0 o Aduana *paperless*— y otras destinadas al alivio de los usuarios aduaneros afectados por la crisis —suspensión de plazos, beneficios tributarios e inaplicación de sanciones—.

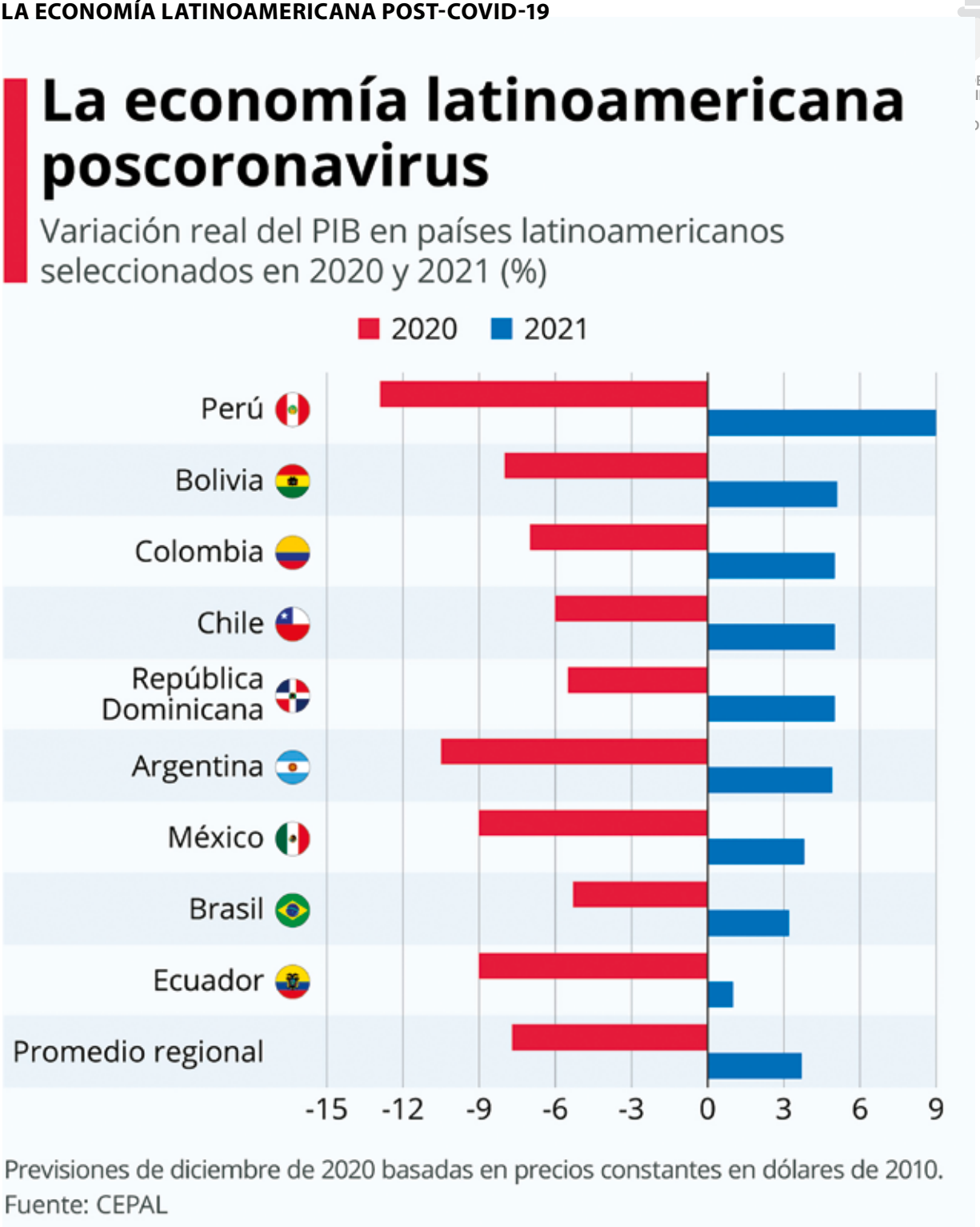
c) La sinergia entre los nuevos procesos digitales, nuevas normas y alivios a los usuarios, no sólo significó un paso adelante en la implementación de la Administración Aduanera 2.0 —con 12 de los 13 regímenes aduaneros digitalizados y la implementación de una MPV— y logró revertir la tendencia a la baja de la recaudación aduanera, sino también significó el reforzamiento del pilar Aduana-empresa con niveles de satisfacción de los usuarios aduaneros de 4.03 en una escala de 1 a 5, el cual representa el 80.6% del nivel de satisfacción. Considerando las categorías "satisfecho" y "muy satisfecho", el resultado alcanzado fue de 71% de aceptación.

d) Finalmente, el nuevo Régimen de Infracciones y Sanciones, más razonable que el anterior, logró mantener su vigencia gracias a la postergación de sanciones con Resoluciones discrecionales durante el Estado de emergencia y con la exclusión de las infracciones cometidas el año 2020 del record de cumplimiento de los OCE.

Con estas medidas la legislación aduanera trató de contribuir a que la contracción económica del país no resulte más grave —-12% del PBI en el 2020— y, en todo caso, colocar las bases para hacer viable la reactivación económica del país, al menos los cuadros macroeconómicos proyectados dan una esperanza de crecimiento del PBI en el 2021 —9%—, los efectos de la nueva cepa, la segunda ola y la vacuna, además de las elecciones presidenciales confirmarán si estos buenos presagios son ciertos —ver figura 4—.

Figura 4

LA ECONOMÍA LATINOAMERICANA POST-COVID-19



Rebaza, Alcázar & De Las Casas

- Fusiones y Adquisiciones
- Reestructuración e Insolvencias Empresariales
- Regulación Financiera
- Financiamientos
- Mercado de Capitales
- Proyectos e Infraestructura
- Tributario
- Laboral
- Corporativo
- White Collar Crime
- Litigios
- Arbitraje
- Compliance
- Minería
- Venture Capital
- Libre Competencia y Competencia Desleal
- Private Clients
- Real Estate
- Life Sciences
- Protección de Datos Personales
- Derecho Administrativo
- Fintech

Perú
Av. Víctor Andrés Belaúnde 147
Vía Principal 133
Edificio Real 2, Pisos 2 y 3
San Isidro - Lima
Telf. (51-1) 442-5100

Chile
Oficina de representación
Av. Apoquindo 3650 Piso 12 - Las Condes
Santiago de Chile
Telf. (56-2) 2244-68432

www.rebaza-alcazar.com

CC BY
DOI 10.26439/advocatus2021.n040.5295

Los operadores de comercio exterior: la nueva propuesta de la Ley General de Aduanas

Javier Alonso Caballero Caballero

Abogado por la Universidad San Martín de Porres.
Maestría en Derecho con mención en Derecho Internacional Económico por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor de la Escuela de Comercio Exterior de la Asociación de Exportadores.

El presente artículo fue recibido por el Comité Editorial con fecha 13 de enero de 2020 y fue aceptado con fecha 6 de marzo de 2021.

SUMARIO:

I. Introducción.
II. El operador de comercio exterior.
III. El papel de la Administración Aduanera.
IV. A manera de conclusión.

RESUMEN:

El nuevo decenio ofrece grandes posibilidades de éxito para las empresas vinculadas al comercio exterior cuya calidad y eficiencia las diferencie en el mercado. El comercio exterior requiere reducir tiempos y costos, dentro de un comercio ágil, lícito y seguro. Es importante conocer los mecanismos que ofrecen ventajas competitivas para ello.

Palabras clave: comercio exterior, operador, Ley General de Aduanas, operador económico autorizado, Tiempo Total de Liberación de Mercancías

ABSTRACT:

The new decade offers great possibilities of success for international commerce-related companies, whose quality and efficiency sets them apart from the competition. International commerce requires reducing timeframes and costs, all of this within an agile, legal and safe commerce. It is important to know the mechanisms that offer competitive advantages to this end.

Keywords: international commerce, operator, General Law of Customs, authorized economic operator, total time of merchandise release

I. INTRODUCCIÓN

La dinámica del comercio internacional es un aspecto fundamental a considerar en la buena marcha de la economía de un país. El Perú no es ajeno a esta regla de comercio, más aún desde la liberalización de su economía en la década de los noventa y la gran importancia que tiene el comercio exterior en el crecimiento de su economía.

Es así como la participación adecuada de las partes intervinientes en el proceso de ingreso de las mercancías al país generará un esquema de "ganar – ganar" en beneficio de todos, a través de la intervención eficiente de cada parte y la creación de una sinergia entre todos, destinada a reducir los tiempos y costos del comercio.

Ello constituye una necesidad para el país que se manifiesta a través de la mejora de los tiempos de atención de dicho proceso que, a su vez, contribuye a potenciar la competitividad del comercio exterior peruano, reducir tiempos y costos y a mejorar la seguridad de la cadena logística.

Como es sabido, los tiempos en el comercio exterior tienen relación directa con los costos. Es por ello que la reducción de tiempos de la cadena logística de ingreso de las mercancías implicará la reducción de costos del comercio y a su vez, el aumento de la competitividad del mismo.

II. EL OPERADOR DE COMERCIO EXTERIOR

Es en este escenario que el sector privado tiene una intervención relevante, en su calidad de operador de comercio exterior en la cadena logística de ingreso de las mercancías al país.

En efecto, las personas naturales y jurídicas que participan activamente en la referida cadena logística con su intervención específica en cada una de las etapas del ingreso de las mercancías, necesaria e impostergablemente, deberán desarrollar su accionar de manera eficiente como mejor garantía del éxito del negocio de su cliente, con la reducción de tiempos y costos para éste.

En nuestro país, la Ley General de Aduanas vigente, aprobada por Decreto Legislativo 1053[1], establece taxativamente las obligaciones a las que se encuentra sujeto cada operador de co-

1. La vigente Ley General de Aduanas fue aprobada por Decreto Legislativo 1053 y fue publicada en el Diario Oficial El Peruano el 27 de junio del 2018.

mercio exterior en función a su participación en la cadena logística; considerando que, en caso de incumplimiento, éste incurre en infracción tipificada en la misma ley sujeta a sanción de multa, suspensión, cancelación, inhabilitación o comiso de las mercancías, según sea el caso del supuesto de la infracción.

Es importante resaltar que con la expedición del Decreto Legislativo 1433[2] se modificó diversos artículos de la citada Ley General de Aduanas, entre ellos, los referidos a los operadores de comercio exterior, produciéndose una distinción relevante en el concepto de "operador de comercio exterior", término general empleado a lo largo de la legislación aduanera nacional para comprender a cualquier persona natural o jurídica interviniente o beneficiaria, por sí o por otro, en los regímenes aduaneros previstos en la Ley General de Aduanas, sin excepción alguna.

Además, dicha modificación legislativa establece determinados lineamientos para la autorización de los operadores de comercio exterior por parte de la Administración Aduanera e inclusive éstos son categorizados a fin de otorgarles tratamientos diferenciados en base a un *ranking* soportado en su performance en el quehacer aduanero, aspecto novedoso en nuestra legislación aduanera.

En efecto, el nuevo marco normativo nacional divide el término de "operador de comercio exterior" distinguiendo al "operador de comercio exterior" —propiamente dicho— y considerándolo como aquella persona natural o jurídica que es autorizada por la Administración Aduanera para operar como tal en el quehacer aduanero, refiriéndose en específico al despachador de aduana, transportista o su representante en el país, operador de transporte multimodal internacional[3], agente de carga internacional, almacén aduanero, empresa de servicio postal, empresa de servicio de entrega rápida, almacén libre —*duty free*—, beneficiario de material para uso aeronáutico, asociación garantizadora[4] y a la asociación expedidora.[5]

Asimismo, comprende al "operador interviniente", considerando dentro del él al importador, exportador, beneficiario de los regímenes aduaneros, pasajero[6], administrador o concesionario de las instalaciones portuarias, aeroportuarias o terminales terrestres internacionales, opera-

2. El Decreto Legislativo 1433 fue emitido en el marco de las facultades delegadas al Poder Ejecutivo para legislar en materia de gestión económica y competitividad, entre otros, mediante la Ley 30823. Dicho Decreto Legislativo fue publicado en el Diario Oficial El Peruano el 16 de setiembre del 2018.

3. De acuerdo al artículo 19 de la Ley General de Aduanas, modificada por el Decreto Legislativo 1433, el operador de transporte multimodal internacional es el que por sí o por medio de otro que actúe en su nombre, celebra un contrato de transporte multimodal en virtud del cual expide un único documento de transporte multimodal, asumiendo la responsabilidad de su cumplimiento. El operador de transporte multimodal actúa como principal, no como agente o por cuenta del expedidor o de los porteadores que participan en las operaciones de transporte multimodal y cuenta con la autorización de la entidad pública correspondiente.

4. Conforme a la norma antes anotada, la asociación garantizadora es aquella que, en el marco del Convenio Relativo a la Importación Temporal, garantiza las obligaciones del régimen de admisión temporal para reexportación en el mismo estado y está afiliada a una cadena de garantía.

5. Según la misma norma anterior, la asociación expedidora es aquella que, en el marco del Convenio Relativo a la Importación Temporal, expide los títulos de importación temporal para el régimen de admisión temporal para reexportación en el mismo estado y está afiliada directa o indirectamente a una cadena de garantía.

6. La Cuarta Disposición Complementaria Final del Reglamento de la Ley General de Aduanas, aprobado por Decreto Supremo N° 367-2019-EF, sustituye el término "viajero" por "pasajero" en el Reglamento del Régimen Aduanero Especial de Equipaje y Menaje de Casa, aprobado por el Decreto Supremo N° 182-2013-EF. Se estima que esta distinción busca otorgar precisión al término de este operador interviniente.

dor de base fija[7], al laboratorio[8], al proveedor de precinto[9] y en general, a cualquier persona natural o jurídica interviniente en un régimen o trámite aduanero o en una operación relacionada a aquellos, pero que no sea considerado un operador de comercio exterior, empleando un criterio de exclusión.

Finalmente, distingue al "tercero", aplicando un criterio de exclusión adicional, en la medida que lo considera como aquél vinculado a la operatividad aduanera o a otra operación relacionada a ésta, que no califique como operador de comercio exterior u operador interviniente.

Además de esta nueva clasificación, el nuevo marco normativo establece determinados lineamientos para que la Administración Aduanera pueda otorgar al operador de comercio exterior la autorización respectiva para que pueda desempeñarse como tal y con ello, poder participar en el flujo del comercio internacional de las mercancías.

Estos lineamientos implican acreditar contar con la autorización, el certificado, el registro, la licencia o el nombramiento otorgado por entidad pública competente, expedidos de manera previa al operador, la trayectoria satisfactoria de cumplimiento —en el ámbito tributario y aduanero—, la trazabilidad de sus operaciones, la solvencia financiera, la continuidad del servicio entendida como la cantidad o volumen de servicios u operaciones aduaneras mínimas en un periodo determinado, el sistema de seguridad y el sistema de gestión de la calidad.

Dichos lineamientos han sido establecidos a fin de que la Administración Aduanera pueda otorgar esta condición de operador de comercio exterior para la intervención en la cadena logística del comercio exterior a las personas naturales o jurídicas que sean plenamente identificables, potencialmente confiables y seguras como mecanismo para garantizar un flujo de comercio ágil y seguro de la cadena logística.

Adicionalmente, en el caso de los operadores de comercio exterior, es decir, de aquellas personas que requieren autorización de la Administración Aduanera para intervenir en el quehacer aduanero y como resultaba necesario para estimular la eficiencia en el desempeño, se ha establecido determinadas categorías en función a su nivel de cumplimiento y la calidad del servicio que prestan.

Dichas categorías son tomadas en cuenta por la Administración Aduanera para la renovación de la autorización del operador, el determinar la modalidad y el monto de la garantía a otorgar, el no sancionar los supuestos de infracción leve y la aplicación de la gradualidad en materia aduanera.

Las categorías de operador de comercio exterior y sus rangos de calificación son:

7. El operador de base fija es un operador interviniente que es el principal proveedor de servicios de apoyo a la aviación en general a los operadores en un aeropuerto determinado, por ejemplo, el abastecimiento de combustible, el mantenimiento de aeronaves u otros servicios similares.

8. El laboratorio ha sido incorporado como operador interviniente en la medida de su importancia cada vez más creciente en la determinación de las características merceológicas de las diversas mercancías objeto del comercio internacional a fin de que, en base a ellas, se pueda establecer su correcta clasificación arancelaria, conforme al Arancel de Aduanas.

9. El proveedor de precinto ha sido incorporado como un operador interviniente en función a la importancia que tiene el precinto aduanero en la seguridad de la cadena logística. El Procedimiento Aduanero CONTROL —PE.00.08— Uso y control de precintos aduaneros y otras medidas de seguridad —versión No. 2—, aprobado por Resolución de Intendencia Nacional N° 25-2018/SUNAT/310000 del 17 de julio del 2018, establece las pautas para el registro, control, uso y verificación de los precintos aduaneros destinados a la custodia y protección de la carga transportada en contenedores cerrados, y vehículos tipo furgón o cisternas cuando su estructura y acondicionamiento permita su precintado, así como otras medidas de seguridad.

a) Categoría A —nivel de cumplimiento mayor o igual al 90%—.
b) Categoría B —nivel de cumplimiento mayor o igual a 60% y menor a 90%—.
c) Categoría C —nivel de cumplimiento menor al 60%—.

El nivel de cumplimiento es medido por la propia Administración Aduanera y se califica en función a las infracciones determinadas a cada operador de comercio exterior, de acuerdo a lo establecido en la Tabla de Sanciones, en la que se clasifica la gravedad de la sanción —como leve, grave o muy grave—, individualiza al infractor, especifica los supuestos de infracción —vinculadas a las autorizaciones, al manifiesto y actos relacionados, a la declaración, a otra información, al control aduanero y a la seguridad—, fija la cuantía de las sanciones y se desarrolla las particularidades para su aplicación.

En suma, nuestro marco normativo actual, con el establecimiento de las referidas categorías en el caso de los operadores de comercio exterior, privilegia la eficiencia en su desempeño, elemento clave para el impulso de la competitividad del comercio exterior y el establecimiento y mejora de las sinergias con la Administración Aduanera; los otros operadores de comercio exterior, operadores intervinientes y terceros para la reducción de tiempos y costos y la mejora de la seguridad de la cadena logística.

Nuestro país necesita de un comercio ágil, legítimo y seguro. Es una tarea de todos los involucrados en este proceso por lo que la selección de los mejores operadores de comercio exterior será clave para ello.

Sin duda, la creación y difusión de la figura del Operador Económico Autorizado — OEA en el Perú ha sido muy importante en la orientación de la novísima regulación de los demás operadores de comercio exterior.

En cuanto al Operador Económico Autorizado, cabe recordar que la Organización Mundial de Aduanas — OMA en el año 2015 aprobó el MARCO SAFE de Estándares —*WCO SAFE Framework of Standards*— con el objetivo de garantizar la facilitación y la seguridad del comercio internacional a través de la circulación fluida de las mercancías mediante cadenas logísticas internacionales seguras. Este marco normativo se respalda en tres pilares fundamentales de colaboración: Aduanas–Aduanas, Aduanas–Empresas y Aduanas–Otros Gobiernos y Agencias Gubernamentales.

El Operador Económico Autorizado nace dentro del pilar Aduanas–Empresas y busca establecer una relación de confianza mutua entre ambas y además se orienta a crear el marco apropiado para que las empresas participen de manera activa en la seguridad de la cadena logística de las mercancías materia de comercio exterior.

En el Perú, el Operador Económico Autorizado se implementó con la dación de la vigente Ley General de Aduanas, siendo la Administración Aduanera la encargada de otorgar la certificación a importadores, exportadores, agentes de aduana, almacenes autorizados y empresas de servicios de entrega rápida ESER, que son los operadores de comercio comprendidos en dicho programa.

El Operador Económico Autorizado es aquel operador de comercio exterior u operador interviniente, certificado por la Administración Aduanera, al haber cumplido con las condiciones y requisitos establecidos en la referida Ley y sus normas reglamentarias, conforme lo define el artículo 25 del Decreto Legislativo 1433.

En cuanto a las condiciones, ellas son similares a las requeridas a los operadores de comercio exterior para que la Administración Aduanera los pueda autorizar a operar, en cuanto a trayectoria satisfactoria de cumplimiento de la normativa vigente —tributaria y aduanera—, sistema de registro que permita la trazabilidad de sus operaciones, solvencia financiera y nivel de seguridad adecuado.

Es un operador de confianza para la Administración Aduanera, de bajo riesgo para ella y en base a ello, ésta le permite acogerse a facilidades en el control y la simplificación aduanera aplicables sólo a ellos, como por ejemplo pre-

sentar una sola declaración aduanera de mercancías que ampare los despachos que realice en un plazo determinado, presentar una declaración inicial con información mínima para el levante de las mercancías, presentar garantías reducidas o estar exento de su presentación, efectuar directamente sus despachos sin necesidad de contar con el servicio de un despachador de aduana y obtener otras facilidades que la Administración Aduanera establezca.

El OEA constituye un objetivo estratégico para la Administración Aduanera, así como un objetivo-país de la Agenda de Competitividad Nacional con miras al ingreso del Perú a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos — OCDE, por su impacto directo en la reducción de tiempos y costos en el comercio exterior peruano.

En suma, el OEA constituye un operador de comercio exterior u operador interviniente confiable para la Administración Aduanera cuyo número de empresas certificadas se ha venido incrementando a lo largo de los años y que fortalece el pilar Aduanas–Empresas del Marco SAFE de la OMA.

Ello permite que la Administración Aduanera pueda abocar sus acciones de control aduanero hacia las operaciones de mayor riesgo, racionalizando el empleo de sus recursos y facilitando el comercio exterior legítimo y seguro; y para los operadores de comercio exterior y operadores intervinientes constituye una oportunidad para obtener facilidades en el control y simplificación aduaneros que redundarán en la reducción de tiempos y costos de las operaciones a su cargo.

III. EL PAPEL DE LA ADMINISTRACIÓN ADUANERA

En este escenario, la Administración Aduanera no puede permanecer ajena y pasiva al esfuerzo de mejora continua exigida a los operadores de comercio exterior, acorde a lo señalado en los párrafos anteriores; por el contrario, debe continuar su mejora con la virtualización, simplificación y racionalización de sus procedimientos operativos y trámites aduaneros como garantía de facilitar cada vez más el comercio exterior legítimo y seguro.

Ella cumple un rol importante mediante el empleo racional de su prerrogativa legal de control aduanero sobre las mercancías, personas y medios de transporte en el comercio internacional, orientando sus acciones de control hacia las operaciones de mayor riesgo y flexibilizándolas respecto a las de menor riesgo, como garantía de un adecuado flujo en nuestro comercio internacional y de facilitación del comercio exterior legítimo.

Cabe recordar que la Administración Aduanera es el órgano de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria — SUNAT competente para aplicar la legislación aduanera, recaudar los derechos arancelarios y demás tributos aplicables a la importación para el consumo, aplicar otras leyes y reglamentos relativos a los regímenes aduaneros y ejercer la Potestad Aduanera.[10]

En tal sentido, la Administración Aduanera ha venido liderando en estos últimos años un esfuerzo conjunto con los operadores del comercio exterior a fin de reducir sustancialmente los tiempos del despacho aduanero de las mercancías. Ello a través de la implementación y seguimiento constante del indicador denominado "Tiempo Total de Liberación de Mercancías" — TTLM, que es un indicador estratégico de la institución que mide el tiempo de demora una carga desde la llegada del medio de transporte que la trae al país hasta que es despachada y obtenido su levante, momento

10. El artículo 164 de la Ley General de Aduanas define a la Potestad Aduanera como el conjunto de facultades y atribuciones que tiene la Administración Aduanera para controlar el ingreso, permanencia, traslado y salida de personas, mercancías y medios de transporte, dentro del territorio aduanero, así como para aplicar y hacer cumplir las disposiciones legales y reglamentarias que regulan el ordenamiento jurídico aduanero.

en el cual el dueño o consignatario puede disponer libremente de su mercancía.

La medición de este tiempo, en el caso del despacho diferido[11], comprende cinco fases claramente diferenciadas, que van desde la llegada del medio de transporte hasta el término de la descarga —Fase 1—; desde el término de la descarga hasta el ingreso de la mercancía al almacén aduanero —Fase 2—; desde el ingreso de la mercancía al almacén aduanero hasta la numeración de la declaración aduanera de mercancías —Fase 3—; desde la numeración de la declaración aduanera de mercancías hasta el pago de los tributos de importación —Fase 4—; y por último, desde el pago de los tributos de importación hasta el otorgamiento del levante —Fase 5—.

Este indicador estratégico busca medir el tiempo total de despacho en el régimen aduanero de importación para el consumo a fin de otorgar transparencia a la información del proceso a lo largo de sus cinco fases, así como fomentar el incremento de la eficiencia en los intervinientes en el proceso e impulsar la competitividad del comercio exterior con la reducción de tiempos y costos, en realidad se trata de un esfuerzo de crear sinergia en general entre todos los intervinientes en el proceso, incluida por cierto la propia Administración Aduanera.

El TTLM constituye un gran esfuerzo que va mucho más allá del campo de acción directa de la Administración Aduanera que se vería reflejada sólo en la Fase 4 del proceso, ya que incluye labores directas de los operadores del comercio exterior en las demás fases del proceso, como son los transportistas o sus representantes, almacenes aduaneros, despachadores de aduanas, importadores y otros vinculados, tiempos que se encuentran debidamente registrados en el TTLM y cuya información es de acceso al público a través del portal web de la SUNAT.

En efecto, ello se explica por cuanto la medición que se realiza en el TTLM comprende desde la llegada del medio de transporte hasta el levante de las mercancías en las principales Intendencias de Aduana del Perú, a fin de impulsar la reducción de tiempos continua, a nivel nacional, en toda la cadena logística de la importación de mercancías.

Este nuevo reto implicará necesariamente un gran esfuerzo coordinado de la Administración Aduanera con los operadores del comercio exterior en el proceso de ingreso de la carga a nuestro país, articulando esfuerzos a fin de potenciar las sinergias que se han venido construyendo en estos últimos años con el mismo objetivo, enmarcado en los alcances del Acuerdo de Facilitación de Comercio de la Organización Mundial de Aduanas — OMA del que nuestro país forma parte. La reducción de tiempos y costos del comercio exterior es clave para potenciar su competitividad.

Finalmente, un nuevo reto a asumir a futuro debería ser que esta medición no se limite sólo al flujo de ingreso de las mercancías para el régimen de importación al consumo sino que se amplíe a los demás regímenes aduaneros de ingreso que requieran una disposición de la mercancía de manera ágil por el interesado e inclusive a los regímenes de salida, particularmente en el régimen de exportación definitiva en el que potenciar la competitividad e clave para el país, sin que ello implique descuidar el control aduanero y la necesaria prevención y combate al fraude aduanero.

IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN

En suma, nos encontramos ante un nuevo escenario de regulación de los operadores de comercio exterior que ofrece grandes posibilidades de éxito a aquéllos que se distingan de los demás por su desempeño eficiente,

11. El despacho diferido es una de las modalidades del despacho aduanero que se presenta cuando se numera la declaración aduanera de mercancías — DAM después de la llegada del medio de transporte, a diferencia de la modalidad de despacho anticipado, cuya declaración se numera antes de la llegada del medio de transporte.

acorde a los nuevos estándares que fijan la Ley General de Aduanas, su Reglamento y los Procedimientos Aduaneros vinculados y, por qué no decirlo, a través del registro de la información en el TTLM respecto a los tiempos de su participación en la cadena logística de ingreso de las mercancías de comercio exterior a nuestro país.

La eficiencia será la condición clave para la selección del operador por parte de los interesados, los cuales podrán contar con información pública oficial respecto a su performance reflejada en la categoría asignada, los tiempos de demora en las operaciones a su cargo que el TTLM provea. De esta forma se constituirá la mejor elección de operadores, debidamente preparados a afrontar grandes retos.

Todo ello, sumado a la participación necesariamente eficiente de la Administración Aduanera en el proceso, con la virtualización y simplificación de los procedimientos aduaneros y el enfoque racional de sus acciones de control, así como en la asignación objetiva de las categorías a cada operador de comercio exterior en base a su real desempeño en el quehacer aduanero, privilegiando la calidad y excelencia, permitirá sostenidamente aumentar la competitividad del país, con la reducción de tiempos y costos del comercio y mejorar la seguridad de la cadena logística.

CC BY
DOI 10.26439/advocatus2021.n040.5296

¿Por qué cambió la legislación aduanera en el Perú?

José Antonio La Noire Núñez

Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Federico Villarreal.
Máster en Derecho Aduanero por la Universidad Nacional Federico Villarreal.
Licenciado en Administración por la Universidad de Lima.
Agente de Aduana Titulado por el Instituto de Desarrollo Tributario y Aduanero.
Profesor Universitario a tiempo parcial en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Universidad Le Cordon Bleu.

El presente artículo fue recibido por el Comité Editorial con fecha 15 de abril de 2021 y fue aceptado con fecha 30 de abril de 2021.

SUMARIO:

I. Introducción.
II. Problemática de los operadores de comercio exterior.
1. El agente de aduana.
2. El agente de carga internacional.
III. Marco legal internacional que regula a los sujetos de la obligación aduanera.
IV. Conclusiones.

RESUMEN:

El autor a través de este artículo pretende poner en conocimiento al lector sobre la reforma aduanera producida en el Perú durante los años 2015-2020. Dicha reforma significó, por un lado, una mejora en nuestra legislación nacional al regular la Administración Aduanera de manera más eficiente a todos los Operadores de Comercio Exterior y, por otro lado, una modernización en el servicio aduanero brindado al aplicar sistemas de gestión de calidad y seguridad que permitan gestionar despachos aduaneros de manera más ágil y simplificada, asegurar la trazabilidad completa de la carga y reducir costos finales.

Palabras clave: Reforma aduanera, operadores de comercio exterior, sistemas de gestión.

ABSTRACT:

Through this article, the author intends to inform the reader about the customs reform which took place in Peru between 2015 and 2020. Such reform, on one hand meant an improvement in our national legislation as the Customs Administration regulated more efficiently the foreign commerce operators and; on the other hand, implied a modernization in the customs service, applying quality and security systems that allow managing customs clearances in a more agile and simplified way, also ensuring full traceability of cargo and reducing final costs.

Keywords: Customs reform, foreign trade operators, management systems.

I. INTRODUCCIÓN

A través de la publicación del Decreto Legislativo 1433 y del Decreto Supremo N° 367-2019, se modificaron la Ley General de Aduanas y su Reglamento, respectivamente. En el caso de la Tabla de Sanciones, mediante el Decreto Supremo N° 418-2019-EF se derogó la Tabla anterior y se aprobó una nueva; y mediante Resoluciones de Superintendencia se modificaron o aprobaron nuevas versiones de los procedimientos de los regímenes aduaneros de importación, exportación, perfeccionamiento, depósito aduanero, tránsito, especiales o de excepción; así como el procedimiento de autorización y categorización de operadores de comercio exterior, todo ello durante todo el año 2020 y en plena pandemia.

Ahora bien, la pregunta que cae de madura sería: "¿y por qué?" o "¿por qué se produjeron tantos cambios consecutivos en tan poco tiempo?", y la respuesta es porque el Perú debía modernizar su legislación aduanera para cumplir con: las medidas adoptadas en el Acuerdo de Facilitación de la Organización Mundial de Comercio — OMC; el Programa de Facilitación Aduanera, Seguridad y Transparencia — FAST desarrollado por la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria — SUNAT; y los paquetes de medidas lanzados por el gobierno para mejorar la competitividad en el comercio exterior peruano, entre otras.

Para tal fin, la Administración Aduanera debía revisar los procesos de ingreso, permanencia, traslado y salida de las mercancías hacia y desde el territorio aduanero[1], así como regular de manera más eficiente a todos los Operadores de Comercio Exterior — OCE en aspectos referidos a sus condiciones de autorización y montos de garantías[2], a su medición del nivel de cumplimiento para obtener la categoría[3], y a su renovación o revocación, debido a que:

> *"El OCE es el primer contacto con el ciudadano interesado en realizar operaciones de*

1. Decreto Legislativo 1053, Ley General de Aduanas, artículo 1.
2. Decreto Supremo Nº 367-2019-EF, Modifican el reglamento de la Ley General de Aduanas, Anexos 1 y 4.
3. DESPA-PG.24 —Versión 4—, Autorización y Categorización de Operadores de Comercio Exterior, Anexo I. Reglas para la Categorización.

comercio exterior. Una vez contratado, el OCE debe guiar a su cliente en las actividades necesarias pare cumplir con su objetivo y al mismo tiempo asegurar que cumpla con la normativa aduanera aplicable. Por tanto, la actividad del OCE es parte constitutiva del servicio aduanero y debe tender a alcanzar los niveles establecidos en las normas internacionales sobre sistemas de gestión de la calidad, con énfasis en los procesos, y a aplicar estándares internacionales elaborados por organismos internacionales vinculados al comercio exterior".[4]

II. PROBLEMÁTICA DE LOS OPERADORES DE COMERCIO EXTERIOR

Según información de la SUNAT al 2017 sobre los OCE autorizados, tenemos un total de 1557 operadores, de los cuales una gran cantidad *"no sólo no cumplía su rol a cabalidad, sino que mostraban reiterados problemas en la calidad de los servicios que prestaba a sus clientes, generando demoras, sanciones, riesgos y sobrecostos"*.[5] Dicho de otra manera, el antiguo procedimiento de Autorización y Acreditación de Operadores[6] sólo evidenciaba la orientación al cumplimiento de requisitos y obligaciones formales, y no contemplaba la implementación de un sistema de gestión de calidad para su autorización, ni tenía en consideración el contacto directo que tienen con el importador y/o exportador, con la carga y su consecuente seguridad y trazabilidad.

Por ello, la Administración Aduanera optó por aplicar mayores controles para con sus administrados al reevaluar aspectos referidos a su autorización, obligaciones, infracciones y sanciones, así como la aplicatoriedad de los regímenes de gradualidad e incentivos, pues es la misma Administración quien los autoriza y ahora categoriza dependiendo de su desempeño. Es decir, se ha evaluado a los OCE y se ha propuesto un nuevo modelo para su acreditación, puesto que ahora la SUNAT sólo va a trabajar con aquellos operadores que cuenten con un servicio de calidad, transparente y seguro; con un portal web corporativo[7] y con estándares internacionales que permitan darle trazabilidad a toda la cadena logística.[8] De esta forma, los OCE durante el proceso de despacho de mercancías estarían demostrando, en todo momento, un alto nivel de cumplimiento de la legislación aduanera nacional.

A continuación, se presenta el Cuadro 01, en donde se presentan a los 1557 OCE autorizados al 2017 mencionados en el párrafo de arriba, pero clasificados por cada tipo de operador:

Cuadro 01: OCE autorizados al 2017

TIPOS DE OCE		SUBTOTAL	TOTAL
1	Despachadores de Aduanas	-	428
	1.1 Agentes de Aduanas	359	
	1.2 Entidades Públicas	55	
	1.3 Dueños o Consignatarios	11	
	1.4 Entidades Benéficas	3	
2	Agentes de Carga Internacional	-	738
3	Transportistas o su Representante en el País	-	117
	3.1 Líneas Aéreas	46	
	3.2 Agencias Marítimas y Fluviales	71	
4	Almacenes Aduaneros	-	133
5	Empresas de Servicio de Entrega Rápida	-	35
6	Beneficio de Material para Uso Aeronáutico	-	90
7	Empresa de Servicio Postal (SERPOST)	-	1
8	Almacén Libre (*duty free*)	-	15
TOTAL OCE			**1,557**

Fuente: Exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1433 - SUNAT

Es importante resaltar que, de los 1557 operadores autorizados por la Administración Aduanera, una parte considerable de ellos se agrupa en 02 operadores: los Agentes de Aduana — AA y los Agentes de Carga Internacional — ACI, de los cuales vamos a hablar y desarrollar su problemática en los siguientes títulos.

1. El agente de aduana.

Actualmente ya no encontramos una definición en la legislación aduanera sobre la figura del Agente de Aduana, pero sí ubicamos en el artículo 19, inciso a) de la Ley General de Aduanas — LGA, Decreto Legislativo 1053, una definición de la categoría de operador a la cual pertenece y con el artículo 129 de la LGA, podemos desarrollar una definición sobre la base de su función y naturaleza jurídica de la siguiente forma: *"El AA, como despachador de aduana, se encarga de gestionar los despachos aduaneros encomendados por el dueño, consignatario o consignante de la mercancía mediante un mandato con representación que lo acepta por cuenta y riesgo de aquellos"*. No obstante, previamente debía cumplir con una serie de requisitos para su autorización como OCE en temas sobre: infraestructura, patrimonio, constitución y renovación de garantías, conservación de documentos, acreditación de personal y una serie de obligaciones *sine qua non*.

Lamentablemente, con la sola mención de esos requisitos no estamos explicando la problemática de los AA, sino hasta ver las estadísticas del comportamiento del mercado de agenciamiento aduanero y su cuota de mercado. Para citar algunas cifras, vamos a irnos de un extremo a otro; por un lado, tenemos que durante el año 2017 el 10% —35 AA— gestionaron más del 55% de despachos aduaneros numerados bajo el régimen de importación para el consumo a nivel nacional; y por el otro lado, el 83.1% —291 AA— tramitaron el 36.2% de los despachos aduaneros.[9] El otro 6.9% restante —24 AA— se ubicaría en el medio de estos dos extremos, realizando el 9.7% de despachos faltantes.

Es decir, los primeros 59 despachadores —16.9%— concentran el 64.7 % del total de Declaraciones Aduaneras de Mercancías — DAM numeradas bajo el régimen de importación para el consumo, el cual representa el 80% del movimiento comercial peruano en valor CIF. El problema radica en que 291 AA se disputan el 20% restante del movimiento comercial peruano; y es ahí en donde empiezan los problemas, porque el índice de incidencia en los despachos aduaneros de este último grupo es realmente alto: cerca de 36 de cada 100 DAM tienen alguna incidencia en la tramitación del régimen durante el control concurrente y solamente 133 AA han seguido gestionando despachos aduaneros de manera interrumpida en periodo 2003-2017.[10] Otros datos curiosos por mencionar son que, a diferencia de otros OCE, el AA es el único operador que no necesita una autorización previa por parte de una entidad distinta de la SUNAT, aunque es el único operador que

4. Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1433, A.1. Generalidades.
5. Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1433, A.1. Generalidades.
6. INTA-PG.24 —Versión 2—, Autorización y Acreditación de Operadores de Comercio Exterior, Anexo I. Reglas para la Categorización.
7. Decreto Supremo Nº 367-2019-EF, Modifican el reglamento de la Ley General de Aduanas, VII. Descripción.
8. Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1433, 1. Operadores y régimen sancionador.
9. Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1433, A.2.1. Agentes de Aduana.
10. Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1433, A.2.1. Agentes de Aduana.

tanto su representante legal como sus auxiliares de despacho[11] deben estudiar y rendir un examen en el Instituto Tributario Aduanero de la SUNAT o hechos como que un solo AA podría ser representante legal de todas las agencias de aduana —persona jurídica—.

Por ello, la Administración Aduanera ha visto conveniente implementar un sistema de categorización de los OCE, en donde el récord de infracciones y sanciones va a determinar la categorización y renovación de su autorización, bajo un sistema de gestión de calidad, con énfasis en los procesos del servicio aduanero brindado y cumpliendo con estándares internacionales. Cabe señalar que todos los operadores hasta antes de las 2 últimas modificaciones de la LGA y su reglamento, tenían una autorización con vigencia indefinida, con la única exigencia de que anualmente debían renovar una garantía a favor de la SUNAT.

En otro orden de ideas, nadie va a negar que la actividad del AA es parte constitutiva del servicio aduanero peruano y debe tender a alcanzar niveles internacionales de calidad y seguridad en toda la cadena logística. Para ello, se establecían las anteriores obligaciones del despachador, que se encontraban en los artículos 16 al 19 de la LGA, y su propia definición y obligaciones específicas en el Subcapítulo III, Capítulo I, Título II, Sección Segunda de la LGA. Sin embargo, tal base legal estuvo vigente hasta antes de la entrada en vigor del Decreto Legislativo 1433 publicado en septiembre de 2018. En otras palabras, ya no existen obligaciones específicas por operador, ni siquiera hay una definición específica del AA, menos los requisitos de 50m^2 de infraestructura y de los USD 50,000 de acreditación de patrimonio, ni la conservación de documentos por 5 años ni la autenticación de documentos, pero lo que sí existe ahora es la exclusividad de 1 representante aduanero por operador.

En el caso del Reglamento de la Ley General de Aduanas — RLGA, aprobado por el Decreto Supremo N° 010-2009-EF y que fue recientemente modificado por el Decreto Supremo N° 367-2019-EF, publicado en diciembre de 2019, nos trae otras varias novedades, tales como: el AA no es más un auxiliar de la función pública; la solicitud para su autorización es a través de una declaración jurada electrónica, en donde debe cumplir con ciertas condiciones de los Anexos del RLGA; se le autoriza por un plazo máximo de tres años y se le categoriza en categoría "A", "B" o C"; dependiendo del nivel de cumplimiento de su desempeño durante el año, solo a los operadores que se encuentren en la categoría "A" y "B" se les renovará la autorización para operar. Todo lo antes dicho, se encuentra actualmente en el Capítulo II, Título II, Sección Segunda del RLGA.

Estas modificaciones recién presentan un avance en lo que se refiere a una mejora continua y a la adopción de normas internacionales de gestión; diferente de las modificaciones al RLGA publicadas en junio en el Decreto Supremo N° 163-2016, cuando sólo se eliminaba el carné de OCE y se permitía que un extranjero sea representante legal de un AA acreditado por la SUNAT como despachador de aduana.

Por cierto, es un poco complicada la primera lectura de la LGA y su reglamento, pues el lector se va a encontrar con una serie de artículos faltantes dentro de la legislación aduanera peruana y eso se debe a que durante los últimos 5 años se han aprobado diversas normas modificatorias, pero actualmente no existe un Texto Único Ordenado de dichas leyes para que cada artículo tenga una numeración correlativa. Dicho esto, en cuanto al RLGA tenemos que mediante Decreto Supremo N° 367-2019-EF se derogaron los artículos del 29 al 58, el 193, del 196 al 198, del 250 al 252, el 254 y el anterior anexo; y con el Decreto Supremo N° 163-2016-EF, también fueron derogados los artículos del 169 al 183, además de los artículos 11 y 58 del RLGA, aunque posteriormente con el Decreto Supremo Nº 367-2019-EF se reincorporó un nuevo ar-

11. IATA-PE.04, procedimiento especifico acreditación de capacitación del personal auxiliar de despacho, VI. Disposiciones Generales

tículo 11. Por otra parte, tenemos a la LGA que mediante Decreto Legislativo 1433 publicado el año 2018 se le eliminaron los artículos 14, del 28 al 46 y del 201 al 204; además de modificar una serie de definiciones de los OCE del artículo 2 para reincorporarlos en el artículo 19 de la actual Ley. De la misma forma, el Decreto Legislativo 1235 publicado el año 2015 derogó los artículos del 111 al 128.

2. El agente de carga internacional

Para referirnos a este operador vamos a usar su antigua definición, la cual se encontraba en las definiciones del artículo 2 de la LGA, definido como:

> *"persona que puede realizar y recibir embarques, consolidar, y desconsolidar mercancías, actuar como operador de transporte multimodal sujetándose a las leyes de la materia y emitir documentos propios de su actividad, tales como conocimientos de embarque, carta de porte aéreo, carta de porte terrestre, certificados de recepción y similares".*

Sin embargo, actualmente esta definición nos trae una seria de dudas respecto sobre si se trata de una persona natural o jurídica; además, no debemos olvidar que esta definición ya no es la vigente, porque de esta definición la LGA autorizó a un nuevo operador: "el Operador de Transporte Modal Internacional". En ese orden de ideas, tenemos que la actual LGA en su artículo 15 nos indica que los OCE pueden ser persona natural o jurídica, y también el Decreto Supremo N° 025-2019-MTC, que modificó el artículo 72 e incorporó los artículos 72-A y 72-B al Reglamento de la Ley 28583, Ley de Reactivación y Promoción de la Marina Mercante Nacional y modificada por la Ley 29475, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2011-MTC, abrió esa posibilidad de ser persona natural para la autorización de los Agentes de Carga Internacional. Para ello, deberá además de haber efectuado el pago por derecho de trámite de certificación del operador ante el Ministerio de Transportes y Comunicaciones — MTC, acreditar que cuenta con un patrimonio mínimo de USD 50,000 o su equivalente en moneda nacional; y adicional a ello, la presentación de una póliza de seguros de riesgos no menor de USD 50,000.

Para el caso de los ACI, se debe tramitar una autorización previa a su acreditación como OCE ante SUNAT.[12] Dicho trámite era antiguamente expedido sólo a personas jurídicas y tramitado en el MTC ante 2 de sus distintas direcciones; por la vía marítima, ante la Dirección General de Transporte Acuático — DGTA y por la vía aérea, ante la Dirección General de Aeronáutica Civil — DGAC. Si dicho operador tramitaba su certificado en la DGTA —de manera gratuita—, podía presentar su certificado marítimo del MTC, su licencia de funcionamiento y llenar unos formatos del derogado DESPA-PG-24 —Versión 3— ante la SUNAT y ser autorizado como OCE en la jurisdicción de la Aduana Marítima del Callao.

En suma, ante ambas Direcciones no había que presentar ninguna garantía, sino la simple presentación de una solicitud adjuntando una serie de documentos, como eran: copia de la constitución de la empresa, copia literal, vigencia de poderes, ficha RUC, copia del documento de identidad o carné de extranjería del representante legal y que figure de manera expresa en el objeto social de la empresa, que va a desempeñar funciones de ACI por la vía marítima. En el caso de la vía aérea, además de lo mencionado para la vía marítima, se pide que un trabajador del operador haya llevado 2 cursos, uno de Mercancías Peligrosas —40 horas— y el otro de Procesos de Carga —16 horas—; además de contar con un certificado de Conformidad de Operación, debe haber implementado dentro del operador manuales y otras disposiciones técnicas de acuerdo con las Regulaciones Aeronáuticas del Perú — RAP sobre ACI Acreditado —RAP 109— y sobre Transporte de Mercancías Peligrosas por Vía Aérea —RAP 110—.

12. Decreto Supremo Nº 367-2019-EF, Modifican el reglamento de la Ley General de Aduanas, Anexo 1.A. Autorizaciones Previas.

Si bien es cierto que este paso previo ante el MTC se mantiene, su definición sí cambió y la encontramos en el artículo 19, inciso d) de la LGA como: *"es el que realiza y recibe embarques, consolida y desconsolida mercancías y emite documentos propios de su actividad, que cuenta con la autorización de la entidad pública correspondiente."* Asimismo, antes de las modificatorias a la ley, se contemplaban obligaciones específicas y requisitos documentarios y de infraestructura en los artículos 29, 36 y 37 de la LGA. Con los cambios producidos a la LGA y su reglamento, en los años 2018 y 2019, respectivamente, vemos que al igual que con los AA, se les ha eliminado los mencionados requisitos de infraestructura y ya no necesitan de un área no menor de 20m^2 para realizar sus actividades; sin embargo, siguen necesitando contar con un local físico porque para ser certificados ante el MTC, se les exige una copia de la licencia municipal de funcionamiento.

Por otro lado, vemos que actualmente existe la obligatoriedad de constituir una garantía a favor de la SUNAT para ser autorizados como OCE; este punto fue corregido en el primer paquete de medidas que lanzó el gobierno el año 2017 para mejorar la competitividad del comercio exterior, porque no podía ser posible que el RLGA indicara en su artículo 19 que todos los OCE debían constituir una garantía a favor de la SUNAT y el ACI fuera el único que no presentara garantía alguna. Por ello, y por lo visto en el Cuadro 01 del presente, entendemos que había que disminuir a esos 738 ACI —que representaban casi el 50% del universo de todos los OCE autorizados— con la presentación de una póliza de seguros y acreditar un patrimonio ante el MTC por un total no menor de USD 100,000 y ante la SUNAT, constituir una garantía por el importe de USD 25,000 si se encontrara en la categoría "A" o de USD 37,500 si se encontrara en la categoría "B".[13] Cabe destacar que para pertenecer a la categoría "A" los OCE deben mantener un nivel de cumplimiento mayor o igual a 90% y para la categoría "B", un nivel de cumplimiento mayor o igual a 60% y menor a 90%.[14] Los operadores que se encontrasen en la categoría "C" —desempeño menor a 60%— serían cancelados.

De igual forma, la derogada Tabla de Sanciones — TS aplicables a las Infracciones previstas en la Ley General de Aduanas, aprobada por Decreto Supremo N° 031-2009-EF no contemplaba dentro de su prelación de sanciones ni la suspensión ni la cancelación para el operador, sino sólo la aplicación de 3 sanciones con multa por un valor máximo 1 UIT, y con el beneficio de que a ello se aplicaba el régimen de incentivos y gradualidad. Por tal motivo, la actual TS, aprobada por Decreto Supremo N° 418-2019-EF y entrada en vigencia el primero de enero de 2020, ahora tipifica la mayoría de los supuestos de infracción del operador con gravedad leve, pero también lo sanciona con gravedad "grave" cuando no se ha adecuado o mantiene las condiciones "B" y "C" del Anexo 1 del RLGA. Para seguir con la antigua prelación de la TS, tenemos que ya se suspende al operador si no ha constituido una garantía a favor de la SUNAT e inclusive se cancela si no se ha adecuado o implementado a las condiciones "D" del Anexo 1 del RLGA.

En los párrafos precedentes, hemos seguido el proceso legal del perfeccionamiento de la figura del ACI en estos últimos 5 años; sin embargo no debemos de dejar de lado las estadísticas de los 750 ACI acreditados al 2017, que al igual que los AA, trae muchas sorpresas y eso se debía, en gran medida, a los vacíos legales que hemos desarrollo en los párrafos anteriores. Ahora bien, estadísticamente tenemos que del total

13. Decreto Supremo Nº 367-2019-EF, Modifican el reglamento de la Ley General de Aduanas, Anexo 4. Tabla de Garantías.

14. Decreto Supremo Nº 367-2019-EF, Modifican el reglamento de la Ley General de Aduanas, Artículo 19. Categorías del OCE.

de 750 ACI autorizados al 2017, los primeros 25 de ellos representan el 51.4% de total de manifiestos consolidados y desconsolidados; es decir, aunque esos 25 ACI sólo representen al 3.6% del total, ellos tramitan más del 50% de la operatividad peruana en el sector de agenciamiento de carga.[15]

Otro dato, bastante inquietante, es que 254 ACI no realizaron ningún tipo de envío de manifiesto aun cuando estaban autorizados para operar; es decir, el 33.87% no realizó operatividad alguna durante el mismo periodo. Para concluir, tenemos que el otro 49.6%[16] de la operatividad se divide entre 471 ACI, y es este grupo el que concentra casi el 50% de sanciones aplicadas por SUNAT.

III. MARCO LEGAL INTERNACIONAL QUE REGULA A LOS SUJETOS DE LA OBLIGACIÓN ADUANERA

La Potestad Aduanera es el conjunto de facultades y atribuciones que tiene la Administración Aduanera para regular el ingreso, permanencia, traslado y salida de mercancías, personas y medios de transporte.[17] Dentro del ejercicio de esa potestad, está la ejecución de acciones de control de las mercancías, antes y durante el despacho de las mercancías, con posterioridad a su levante o antes de su salida del territorio Aduanero.[18]

Mencionado lo anterior, vemos que no solo las mercancías se encuentran sometidas a control Aduanero, sino también las personas que intervienen directa o indirectamente en las operaciones de comercio exterior[19]; y todo ese control se basa en los principios generales de la LGA, de los cuales vamos a desarrollar 3 principios. El primer principio es el de "Facilitación del Comercio", en donde se afirma que los servicios aduaneros son esenciales y están destinados a facilitar el comercio exterior, a contribuir al desarrollo nacional y a velar por el control aduanero y el interés fiscal[20]; el segundo principio es el de "Participación de Agentes Económicos", en donde el Estado promueve la participación de los agentes económicos en la prestación de los servicios aduaneros, mediante la delegación de funciones al sector privado[21]; y por último, el principio de "Gestión de la calidad y uso de estándares internacionales", que igual lo encontramos parafraseado en Disposiciones General del RLGA, cuando se señala que los servicios aduaneros deberán tender a alcanzar los niveles establecidos en las normas internacionales sobre sistemas de gestión de la calidad con énfasis en los procesos[22], así como promover la digitalización de procesos a cargo de las entidades públicas y privadas que forman parte de la cadena logística[23] para transparentar operaciones y disminuir costos de transacción en el marco de la emergencia sanitaria por la COVID-19, entre otras medidas.

15. Exposición de Motivos del Decreto Legislativo, A.2.4. Agencias de Carga Internacional.
16. Exposición de Motivos del Decreto Legislativo, A.2.4. Agencias de Carga Internacional.
17. Decreto Legislativo 1053, Ley General de Aduanas, artículo 164.
18. Decreto Legislativo 1053, Ley General de Aduanas, artículo 165.
19. Decreto Legislativo 1053, Ley General de Aduanas, artículo 162.
20. Decreto Legislativo 1053, Ley General de Aduanas, artículo 4.
21. Decreto Legislativo 1053, Ley General de Aduanas, artículo 6.
22. Decreto Legislativo 1053, Ley General de Aduanas, artículo 7.
23. Decreto Legislativo 1492, que aprueba disposiciones para la reactivación, continuidad y eficiencia de las operaciones vinculadas a la cadena logística de comercio exterior.

Sobre estos principios firmemente se basa el comercio exterior peruano, el cual se desarrolla en un escenario en constante cambio, en donde: la formación de bloques económicos y la firma de los Tratados de Libre Comercio —TLC—; la implementación del Acuerdo sobre Facilitación del Comercio —AFC— de la Organización Mundial de Comercio —OMC— vigente en el Perú desde el 22 de enero del año 2017; la puesta en marcha del programa de Facilitación Aduanera, Seguridad y Transparencia —FAST— por SUNAT desde fines del año 2018; y la guía para la medición del tiempo requerido para el despacho de las mercancías y el Marco de Norma SAFE versión 2018, ambas publicadas por la Organización Mundial de Aduanas —OMA— el año 2011 y 2018, respectivamente, han modificado no sólo la forma en la que hacemos negocios, sino también el ejercicio de la potestad aduanera con el uso obligatorio de sistemas de gestión de calidad para no retrasar los tiempos de despacho en el control concurrente, sino para ejercer su control en los controles previos y posteriores y así, mejorar el desempeño de toda la distribución física internacional.

En este escenario, en donde la constante es el cambio, el Gobierno como agente facilitador del comercio lanza un Primer Paquete de medidas en el año 2017 para mejorar la competitividad en el comercio exterior peruano fijando 5 objetivos: *"mejorar la operatividad aduanera, incrementar la competitividad de servicios logísticos, crear mecanismos de coordinación interinstitucional, fomentar la simplificación administrativa y promocionar inversiones productivas"*[24]; a través de la implementación de 13 medidas, entre las cuales destacan[25]:

a) Un incentivo para el uso del despacho anticipado, en donde la garantía que se establece para los AA no considerará en su cálculo los despachos anticipados realizados, solo los despachos diferidos;
b) La agilización del despacho diferido, en donde se permitirá la numeración de la declaración aduanera desde la llegada de la mercancía al puerto, sin esperar el término de la descarga del buque;
c) La ampliación del alcance del embarque directo de exportación, en donde se permitirá a los exportadores que cuentan con calificación de Operador Económico Autorizado[26] —OEA— que puedan enviar sus mercancías de exportación directamente desde su local al puerto sin pasar por un depósito temporal;
d) Los AA podrán realizar operaciones en jurisdicciones distintas a aquella donde obtuvieron, en donde el AA que cuente con estándar de OEA pueda realizar operaciones a nivel nacional;
e) La mejora de la regulación de los ACI, con lo cual se reducirá la informalidad en el sector a través de la exigencia de requisitos mínimos sobre garantías y patrimonio, así como el establecimiento de sanciones en caso no se cumpla con la regulación;
f) El fomento del uso del Exporta Fácil, en donde se ampliará el valor de las mercancías de USD 5,000 a USD 7,500 que pueden emplear el sistema mencionado, sin AA y bajo un procedimiento simplificado;
g) La implementación del observatorio de logística de comercio exterior, en donde MINCETUR creará una plataforma electrónica dentro de la Ventanilla Única de Comercio Exterior —VUCE— con información de tarifas de los servicios logísticos de comercio exterior, denominado como

24. "Gobierno anuncia trece medidas para mejorar la competitividad del comercio exterior", en *MINCETUR*, acceso el 9 de julio de 2021, https://www.mincetur.gob.pe/gobierno-anuncia-trece-medidas-para-mejorar-la-competitividad-del-comercio-exterior/

25. *Ibíd.*

26. DESPA-PG.29 —Versión 2—, Certificación del Operador Económico Autorizador, Anexo 1. Facilidades.

Módulo de Información sobre Servicios de Logística de Comercio Exterior —MISLO— en donde los primeros operadores obligados a su implementación son los AA.[27]

Siguiendo con este escenario de cambios, el MINCETUR lanzó un Segundo Paquete de medidas para mejorar la competitividad del sector Comercio Exterior mediante la promulgación de la Ley 30823 publicada el 18 de julio de 2018, en la que se estableció el marco de la delegación de facultades al Poder Ejecutivo para legislar sobre distintas materias; entre ellas, sobre materia de gestión económica y competitividad en el inciso d), numeral 2), artículo 2 de la mencionada ley, en donde el Ejecutivo podrá:

> *"Actualizar el Decreto Legislativo 1053, Ley General de Aduanas, y la Ley 28008, Ley de los Delitos Aduaneros, a fin de adecuarlas a estándares internacionales, agilizar el comercio exterior y hacer eficiente la seguridad de la cadena logística y preservarla, incluyendo aspectos de recaudación, obligación tributaria aduanera y sistema de infracciones, cautelando el respeto a los compromisos internacionales asumidos por el Estado peruano".*

Así pues, mediante el Decreto Legislativo 1433, publicado el 16 de setiembre de 2018 en el Diario Oficial El Peruano, se modificó la LGA. Entre los cambios más relevantes tenemos:

a) Los nuevos requisitos y obligaciones exigibles a los operadores de Comercio Exterior —OCE—, Operadores Intervinientes —OI— y Terceros —artículos del 15 al 27—;
b) La incorporación y definición de la figura del representante aduanero —artículo 23;
c) El nueva numeración del mandato en la Ley —artículo 129—;
d) Los nuevos plazos para la destinación aduanera y casos especiales —artículos 130 y 132—;
e) Los nuevos plazos para la exigibilidad de la obligación tributaria aduanera —artículo 150—;
f) Los plazos de prescripción de la obligación tributaria aduanera —artículo 155—;
g) La eliminación del mínimo de 4% de reconocimientos físicos en el empleo de la gestión del riesgo —artículo 163—;
h) Las causales de abandono legal —artículo 178—;
i) Las infracciones y sancionables aplicables a los OCE, OI y Terceros —Sección Décima—.

De igual forma, mediante el Decreto Supremo N° 367-2019-EF, publicado el 09 de diciembre de 2019 en el Diario Oficial El Peruano, se modificó el RLGA. Si bien es cierto que en las Disposiciones Complementarias Finales de la referida norma se condiciona la entrada en vigor de la adecuación a los requisitos y condiciones para los OCE establecidos en el artículo 17 y el Anexo 1 del RLGA para el 31 de diciembre de 2021, casi la totalidad de las modificatorias a la norma ya está vigente. Entre los cambios más relevantes tenemos:

a) Los nuevos requisitos exigibles a los Operadores de Comercio Exterior —OCE—, Operadores Intervinientes —OI— y Terceros —artículos 9 al 28 y anexos finales—;
b) En qué regímenes aduaneros el mandato electrónico es obligatorio —artículo 185—;
c) La modalidad de despacho anticipado obligatorio y sus excepciones —Artículo 62A—;
d) La entrega y traslado de la mercancía —artículo 150—;
e) Otros operadores facultados a efectuar despachos aduaneros —artículo 184—;
f) Lineamientos para aplicar sanciones y supuestos no sancionables —artículos 248 y 249—.

En el caso de la TS, no hubo tales modificaciones, sino que mediante el Decreto Supremo N° 418-2019-EF, publicado el 31 de diciembre de 2019 en el Diario Oficial El Peruano, se dero-

27. Resolución Ministerial Nº 182-2020-MINCETUR, Incorporan Operadores en el Módulo de Información sobre los Servicios de Logística de Comercio Exterior – MISLO, Artículo 1

gó la TS anterior y se aprobó una nueva norma, que es muy diferente de su predecesora norma y en donde encontramos las siguientes novedades:

a) Se clasifica la gravedad del supuesto de infracción del sujeto de la obligación aduanera en "leve", "grave" o "muy grave", en donde inclusive se les exime de sanción por infracciones "leves" dependiendo de la categoría del operador y/o si es OEA;

b) Se codifica la infracción para los OCE con "N", con "P" para los OI y con "T" para los Terceros;

c) Se fija la cuantía de la sanción, se individualiza al infractor y se desarrollan excepciones para su aplicación;

d) Desaparece la estructura de la prelación de sanciones de la TS anterior, que iba desde multa, suspensión, cancelación hasta inhabilitación; y se reestructura la TS bajo 5 numerales:

   (i) infracciones de los OCE,
   (ii) infracciones de los OI,
   (iii) infracciones de los Terceros,
   (iv) infracciones sancionables con comiso; y,
   (v) consideraciones adicionales.

   En el caso de los OCE las infracciones van relacionadas al no cumplimiento, mantenimiento o adecuación de: autorizaciones, manifiesto y actos relacionados, declaraciones, otras informaciones, controles aduaneros y seguridad.

Como último punto, tenemos el Acuerdo sobre Facilitación del Comercio —AFC—, que es un acuerdo multilateral de la OMC adoptado en diciembre de 2013 y ratificado por el Perú mediante Decreto Supremo N° 044-2016-RE bajo el nombre de "Protocolo de Enmienda del Acuerdo de Marrakech" por el que se establece la Organización Mundial de Comercio, el cual entró en vigencia en el Perú en febrero de 2017 mediante el Decreto Supremo Nº 002-2017-MINCETUR, e incorpora el AFC en el Anexo 1A del acuerdo sobre la OMC. En el mencionado acuerdo se aclaran y mejoran algunos artículos del GATT de 1994, el cual consta de veinticuatro artículos distribuidos en 3 Secciones. Solamente vamos a desarrollar 2 artículos de la Sección I, con el propósito de explicar cómo se ha agilizado el despacho de las mercancías, porque los demás artículos tratan sobre resoluciones anticipadas, la libertad de tránsito y la cooperación aduanera.

La Sección I contiene los primeros 12 artículos del acuerdo, que recogen las recomendaciones de la OMA y del Convenio de Kyoto Revisado —Convenio Internacional para la Simplificación y Armonización de los Regímenes Aduaneros entrado en vigencia el año 2006—. Ahora bien, vamos a mencionar el artículo 7, que desarrolla las medidas necesarias para agilizar el "levante y despacho de las mercancías" en 9 puntos, referidos a:

a) La tramitación previa a la llegada de las mercancías para agilizar el levante;
b) El pago electrónico de los derechos, impuestos, etc.;
c) La separación entre el levante y la determinación definitiva de los derechos de aduana, impuestos, tasas y cargas;
d) La gestión de riesgo mediante criterios de selectividad adecuados;
e) La auditoría posterior al despacho de aduana para asegurar el cumplimiento de la ley;
f) El establecimiento y publicación de los plazos medios de levante;
g) Las medidas de facilitación del comercio para los operadores autorizados;
h) Los envíos urgentes con un levante rápido;
i) La prioridad del levante y atención para con mercancías perecederas.

Siguiendo con la Sección I, el artículo 10 trata sobre "las formalidades en relación con la importación, la exportación y el tránsito" donde se desarrollan —al igual que en el artículo 7— 9 medidas para la rápida circulación de mercancías y cooperación aduanera. Entre las medidas más relevantes tenemos:

a) La reducción y simplificación de las formalidades y requisitos de documentación;
b) La utilización de normas internacionales;
c) El mantenimiento o implementación de una ventanilla única que permita a los comerciantes presentar a las autoridades u organismos participantes la documentación y/o información exigida;
d) La no realización de inspecciones previas a la expedición en lo relacionado a clasificación arancelaria y la valoración aduanera;
e) La aceptación de los documentos sustentatorios de despacho en copias impresas y electrónicas;
f) La no obligatoriedad del recurso de AA para realizar trámites de importación, exportación y tránsito;
g) La permisibilidad de reexpedición de mercancías rechazadas.

Cabe señalar que la Sección II prevé disposiciones en materia de trato especial y diferenciado a los países en desarrollo y menos adelantados para la aplicación del AFC, con lo cual, el Perú notificó 29 disposiciones del acuerdo en categoría "A" en el año 2014; y la Sección III, constituida por los 2 últimos artículos del acuerdo, que contempla disposiciones institucionales y finales del acuerdo.

IV. CONCLUSIONES

La regulación de todos los OCE era necesaria debido a proliferación de distintos operadores que no demostraban un eficiente desempeño ni con sus clientes ni con la Administración Aduanera. Por ello, se realizó un estudio de mercado de los OCE y se incorporó a la normativa un sistema de gestión que mejorará el nivel de cumplimiento y desempeño de todos los sujetos de la obligación aduanera; en donde se renovarán autorizaciones y se establecerán facilidades y beneficios en virtud de su categoría como operador. No es que sea más flexible la Administración, sino que es más severa, minuciosa y cada vez más apoyada en sistemas digitales al momento de autorizar, categorizar o renovar autorizaciones. Además, ya era necesaria una norma que esté orientada a verdaderos profesionales del comercio exterior que implementen sistemas de gestión de calidad para un correcto desempeño de funciones, propias de su actividad.

Si bien es cierto que no se han suministrado datos estadísticos sobre tiempos de despacho en el presente artículo, se ha presentado la figura de 2 operadores que han cambiado en muy corto tiempo, de los cuales recién para el próximo año —2022— veremos cuántos de ellos lograrán renovar su autorización. Los mencionados cambios a los operadores dependen principalmente del gobierno y de la firma de acuerdos internacionales, en donde el intercambio de información, cooperación y asistencia técnica entre los países miembros facilita el comercio, reduce costos totales y beneficia a todos sus participantes. Es de mencionar que los costos de la aplicación de los acuerdos son inferiores a los beneficios que se logran cuando mejoramos los plazos del despacho de las mercancías y simplificamos las formalidades aduaneras.

CC BY
DOI 10.26439/advocatus2021.n040.5297

Juego de Tronos: La tragedia de un Estado que debe funcionar entre los eventuales excesos de un Presidente con competencias reforzadas y las reacciones desproporcionadas de un Congreso incontrolable —y el rol que un Tribunal Constitucional puede cumplir al respecto—

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera

Doctor con mención sobresaliente Summa Cum Laude y Premio Extraordinario de la Universidad Nacional de Educación a Distancia de España.
Catedrático de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo.
Magistrado y ex Vicepresidente del Tribunal Constitucional del Perú.

El presente artículo fue recibido por el Comité Editorial con fecha 27 de diciembre de 2020 y fue aceptado con fecha 14 de marzo de 2021.

SUMARIO:

I. Una explicación inicial.
II. La materia aquí a enfrentar: las imprecisiones de nuestro sistema de gobierno y la determinación de qué puede entenderse como constitucionalmente posible en ese escenario.
III. El Derecho Constitucional y las relaciones entre los "poderes" Ejecutivo —Gobierno— y Legislativo —Congreso—.
IV. Sistema de gobierno y principio de separación de poderes en la Constitución de 1993.
V. La cuestión de confianza de septiembre de 2019 y la discusión que generó en el Perú.
1. ¿El Poder Ejecutivo peruano podía hacer cuestión de confianza sobre respecto a la elección de magistrados del Tribunal Constitucional, interrumpiendo el proceso ya iniciado? ¿Sobre qué puede hacerse cuestión de confianza y sobre qué no?
2. ¿Pueden haber denegatorias de confianza "fácticas" o "implícitas"?
3. ¿El Ejecutivo estaba facultado para disolver el Congreso de acuerdo con lo estipulado en el artículo 134 de la Constitución?
VI. Cuando una causal de vacancia erróneamente interpretada se convierte en una manera rápida de desprenderse de un/a Presidente/a incómodo/a para una mayoría parlamentaria: una historia reciente que ojalá no se repita.
VII. A modo de conclusión: las tareas y funciones de un Tribunal Constitucional y sus alcances ante la existencia de lo constitucionalmente posible y lo constitucionalmente obligatorio.

RESUMEN:

El Perú ha atravesado una serie de crisis constitucionales en los últimos años, que han puesto de relieve la importancia de la labor del Tribunal Constitucional en la política peruana. El autor, Magistrado del órgano constitucional, reflexiona sobre dos casos en particular: la disolución del Congreso de la República del 30 de septiembre de 2019 y la vacancia presidencial del 09 de noviembre de 2020, sus implicancias constitucionales y la validez de los actos a la luz de la Carta Magna, además de analizar las posturas que ha tomado el Tribunal en los últimos años acerca de las facultades que tiene el Ejecutivo para plantear cuestiones de confianza y en general la estructura constitucional del Estado en lo relativo a la separación de poderes.

Palabras clave: Tribunal Constitucional, cuestión de confianza, disolución del Congreso, vacancia presidencial, constitucionalmente posible, incapacidad moral, separación de poderes, balance de poderes.

ABSTRACT:

Peru has undergone a series of constitutional crisis in the last years which have brought to the attention of society the paramount importance of the Peruvian Constitutional Tribunal in Peruvian politics. The author, Justice of the Constitutional Tribunal, analyses two particular cases: the dissolution of Congress of 30 September 2019 and the impeachment trial of 9 November 2020, their constitutional implications and the validity of those actions inside the framework established by the Constitution; furthermore analysing the positions the Tribunal has adopted in the last years on the abilities of the Executive to propose motions of no confidence and in general the constitutional structure of the State relative to the separation of powers.

Keywords: Constitutional Tribunal of Peru, motion of no confidence, dissolution of Congress, impeachment, constitutionally possible, moral incapacity, separation of powers, balance of powers.

I. UNA EXPLICACIÓN INICIAL

El 9 de noviembre de 2020, tras la culminación de un amplio debate con la exposición de los puntos de vista de los voceros y miembros de las distintas bancadas del Congreso, votaron a favor del pedido de destitución del entonces Presidente Martín Vizcarra 105 legisladores, 19 lo hicieron en contra y hubo cuatro abstenciones. Se recurrió para ello al distorsionado uso de una causal de vacancia, la de "grave y permanente incapacidad moral", en base a que aspirantes a colaboradores eficaces revelaran que Martín Vizcarra habría recibido sobornos cuando se desempeñó como Gobernador Regional de Moquegua —2011-2014— por los proyectos de la irrigación "Lomas de Ilo" y del Hospital de Moquegua.

No era la primera vez que se intentaba vacar a Vizcarra. Poco tiempo antes, un grupo de congresistas había pedido vacarlo, recurriendo a la misma causal, en función a unos contratos bastante discutibles en favor de Richard Cisneros, quien usaba el nombre artístico de "Richard Swing", persona cuya vinculación con el entorno de Palacio de Gobierno intentó desbaratarse en forma insostenible. La moción de vacancia presentada por estas razones no alcanzó la cantidad de votos suficientes.

Estos graves incidentes se dan con alguien quien llega a la Presidencia de la República —Vizcarra—, quien luego fue inicialmente sometido a una moción de vacancia por la conocida "grave y permanente incapacidad moral"; y quien, ante la imposibilidad de evitar ser vacado en una segunda ocasión, decidió renunciar antes de exponerse a esa situación. Frente a lo sucedido, Vizcarra pronto entra en su situación de enfrentamiento con la mayoría de congresistas, a pesar de no tener bancada parlamentaria propia. Este escenario de conflicto tuvo un momento destacado cuando el 30 de septiembre de 2019, Vizcarra resuelve la disolución del Congreso entonces en funciones, decisión que muchos defendieron y otros consideraron como inconstitucional.

Lo cierto es que la situación política es extremadamente preocupante. En una semana nuestro país contó con tres presidentes: Martín Vizcarra,

para muchos derrocado por una interrupción del Estado Constitucional; Manuel Merino de Lama —presidente del Congreso cuya acción algunos consideraron como "golpista" y quien, ante el rechazo popular a su sostenimiento como Presidente, recurrió a una excesiva e injustificable represión de la protesta prácticamente rechazada por toda la población, por lo que tuvo que renunciar a la Presidencia de la República—; y el Presidente actual, Francisco Sagasti, que asume tal responsabilidad luego de su nombramiento como como Presidente del Congreso encargado de la Presidencia mientras se procede a elecciones presidenciales y parlamentarias en abril del año 2021, y se haga un total recambio de autoridades el 28 de julio de 2021.

Al respecto, y a pesar de que se había interpuesto una demanda competencial destinada a qué debe entenderse por "grave y permanente incapacidad moral", cuatro magistrados —entre los cuales, por cierto, no nos encontramos— desconocieron el verdadero sentido de un proceso competencial, y eludieron un pronunciamiento sobre el contenido y alcances de lo solicitado, amparando una declaración de improcedencia en base de una supuesta sustracción de materia. Esto es, por decirlo menos, una elusión a sus funciones de pacificar, integrar y ordenar.

Todo el cuadro aquí descrito, demuestra que aquí hay mar de fondo, el cual se hace necesario entender.

Y es que a pesar de ser un Estado con un sistema de gobierno presidencial, en el Perú, como en muchos países latinoamericanos, se ha buscado atenuar el poder del Presidente de la República —formal y materialmente mayor que el del Presidente de los Estados Unidos de América—, incorporando a su Constitución y a sus leyes instrumentos de control propios de un sistema parlamentario fuera de su contexto original.

Aquello, lejos de resolver algunas inevitables diferencias entre Gobierno y Congreso, ha aumentado dichas tensiones, generando situaciones de verdadera crisis política, como las generadas en los ya mencionados 9 de noviembre de 2020 y 30 de septiembre de 2019.

El 9 de noviembre, la vacancia de Vizcarra generó un rechazo popular, mas no en defensa del presidente para muchos inconstitucionalmente vacado: en contra de la actuación de la clase política. Anteriormente, y en relación a lo ocurrido el 30 de setiembre, cuatro de siete miembros del Tribunal Constitucional decidieron que la decisión tomada por el Presidente del Perú era constitucional, decisión que iba en las antípodas de lo inicialmente hecho por el Congreso. La disolución no fue acatada por los congresistas, quienes buscaron suspender en sus funciones al Presidente Vizcarra y nombraron a una encargada de la Presidencia, quien renunció a ese encargo al día siguiente. Fue entonces al Tribunal Constitucional peruano quien, a través de un proceso competencial, dio una salida jurídica definitiva al respecto.

Todo esto es lo que explicaremos en la primera parte del presente trabajo, tarea que iniciaremos de inmediato, haciendo algunas reflexiones que esperamos resulten de alguna utilidad.

II. LA MATERIA AQUÍ A ENFRENTAR: LAS IMPRECISIONES DE NUESTRO SISTEMA DE GOBIERNO Y LA DETERMINACIÓN DE QUÉ PUEDE ENTENDERSE COMO CONSTITUCIONALMENTE POSIBLE EN ESE ESCENARIO

Cuando hablamos de sistema de gobierno, nos referimos a la categoría jurídica mediante la cual se establece, dentro de una configuración orgánica del poder, a sus límites y su justificación, y a la organización del Estado —la cual en el Estado Constitucional se identifica con la tutela de un conjunto de principios, derechos y valores—.

El Perú, desde su fundación, y por razones que ya no corresponde detallar aquí, optó por un modelo presidencial, con un Presidente que es a la vez jefe de Estado y jefe de Gobierno y, por ende, que puede contar con mucho poder, máxime si alguno de los limites existentes tradicionalmente reconocidos en los Estados Uni-

dos no le son exigidos al Presidente peruano. En el Perú cabe veto parcial de leyes, iniciativa legislativa presidencial con carácter preferente, capacidad legislativa propia —decretos legislativos y decretos de urgencia— y, por no ser muy exhaustivos, tiene competencias impensables para un presidente de los Estados Unidos, pues en estas actividades el margen del control del Congreso estadounidense es mucho más amplio —dictado de Estados de Excepción, un mayor manejo del impulso de transferencias presupuestales, y un gran etcétera—.

De otro lado, en cualquier Estado del mundo la complejidad de las relaciones entre un Gobierno y un Parlamento o Congreso —según en qué tradición jurídica nos encontremos— siempre es grande. Aun cuando se haya optado por un sistema presidencial "puro" o uno parlamentario "puro", siempre habrá tensiones sobre hasta dónde llega la competencia de uno y dónde termina la del otro, y en qué contexto y condiciones caben competencias compartidas. Ahora bien, la materia se hace aún más compleja cuando, dentro del llamado "presidencialismo latinoamericano", se ha optado desde muy pronto por introducir en un contexto básicamente presidencial elementos propios de una dinámica propia del parlamentarismo. Aquello genera una serie de problemas donde, dentro de lo "constitucionalmente posible" —que no necesariamente es lo más técnico o lo que más agrada—, hay que buscar respuestas nuevas, o reformular las alternativas "viejas" a lo que se presenta y, peor aún, a lo que se puede presentar.

III. EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y LAS RELACIONES ENTRE LOS "PODERES" EJECUTIVO —GOBIERNO— Y LEGISLATIVO —CONGRESO—

En cualquier caso, resulta evidente que las relaciones entre los poderes Ejecutivo y el Legislativo, y sin duda también las posibles tensiones entre ambos poderes, pueden manifestarse de distinto modo dentro de un Estado, y pueden expresarse incluso de maneras que no han sido previstas o reguladas expresamente por la Constitución. Como es evidente, estas situaciones no podrían manejarse únicamente con base en reglas o procedimientos jurídicamente preestablecidos y detallados; sino que, en varias situaciones, y muy a despecho de lo incluído dentro del amplio marco de la interpretación constitucional —y en ella, lo "constitucionalmente posible"—, dichas relaciones o tensiones habitualmente quedan, en un primer momento y en buena medida, condicionadas por la negociación o coordinación política que puedan realizar los propios actores involucrados.

En cualquier caso, y tal como el Tribunal Constitucional peruano ha expresado en más de una ocasión, no debe perderse de vista que toda Constitución democrática establece un conjunto de mandatos de prohibición y otros de obligación. Así, delimitan lo que el Estado y las personas pueden hacer o dejar de hacer. La Carta fundamental peruana establece asuntos que deben realizarse necesariamente, así como otros que proscribe en definitiva. Es pues en ese escenario, y circunscrito por tales exigencias que cabe hablar de lo "constitucionalmente posible" o "permitido":

> *"Las diferentes disposiciones constitucionales pueden prever un contenido normativo 'constitucionalmente necesario' (lo que está ordenado por la Constitución y no se puede dejar de hacer, respetar o acatar), 'constitucionalmente imposible' (lo que está prohibido por la Constitución y no se puede hacer de ningún modo), o 'constitucionalmente posible' (lo que está delegado por la Constitución por ejemplo al legislador porque no está ordenado ni está prohibido)."* [1]

Al respecto, y en atención a los casos que le ha tocado resolver al Tribunal Constitucional peruano, estos se han referido, por lo general, a los límites y el margen de acción con que cuenta el Congreso de la República al ejercer sus com-

1. Sentencia del Tribunal Constitucional —en adelante, "STC"— recaída en el Expediente N° 00013-2010-PI, fundamento jurídico 2.

petencias legislativas. No obstante ello, *mutatis mutandis*, lo mismo puede decirse respecto a los demás poderes públicos y sus propias competencias, como bien puede desprenderse de lo que consignaré a continuación:

> *"En este esquema metodológico, puede establecerse que el control de la acción positiva del legislador está en directa relación con lo que es 'constitucionalmente imposible'. Cuando la actividad del legislador a través de la ley incursiona dentro de este ámbito, la actuación del Tribunal se orienta a eliminar dicha intromisión prohibida por la Constitución. En cambio el control de las omisiones al legislador se ubicaría en lo que es 'constitucionalmente necesario' y no obstante no ha sido atendido por el legislador. Finalmente aquello que es 'solo constitucionalmente posible' se ubica en terreno propio del legislador y por tanto puede ser atendido en la forma en que lo crea conveniente e incluso en el tiempo que lo juzgue necesario. De este modo, la acción del Tribunal Constitucional se legitima, tanto para el control de lo que está constitucionalmente prohibido, así como para exigir aquello que resulta `constitucionalmente necesario'"* [2]
>
> *"El rol del legislador u otra autoridad estatal en el desarrollo normativo de la Constitución no es una mera labor de <u>órgano ejecutor</u> de los mandatos dispuestos por la Norma Fundamental; le cabe pues al órgano normativo un margen amplio de <u>configuración</u> de las disposiciones constitucionales, con los límites que la Constitución impone, e incluso una cierta <u>discrecionalidad</u> en el <u>momento</u> en el cual realizar la labor de desarrollo normativo; sin embargo, este Tribunal también asume que dicho desarrollo discrecional de la competencia normativa no puede suponer tampoco una absoluta libertad normativa, pues ello sería tanto como dejar los propios derechos fundamentales en manos del legislador, sobre todo cuando estos derechos requieren para su plena vigencia del desarrollo normativo llevado a cabo por este o cuando requieren su actuación normativa para frenar situaciones de grave y manifiesta inconstitucionalidad"*[3] —el subrayado es nuestro—.

En este mismo sentido, puede afirmarse que las competencias de los poderes públicos —y la forma en que éstos se relacionan— tienen un amplio margen de acción para poder desplegarse, siempre y cuando éstas se encuentren dentro de lo constitucionalmente posible. En dicho orden de ideas, un Tribunal Constitucional no es quien dictamina todo aquello que pueden hacer o no los poderes públicos dentro del libre margen de acción constitucional. Su rol consiste, más bien, en controlar que tales poderes no se excedan en sus funciones, sin transgredir aquello que les viene constitucionalmente impuesto como obligatorio o prohibido; y que asegure lo que puede asumirse como constitucionalmente posible.

Conforme a lo indicado, queda claro que, a pesar del mencionado margen de acción amplio con el que cuentan los poderes públicos, incluso en situaciones de crispación o enfrentamiento, dichos poderes no pueden exceder los límites y salvaguardas previamente establecidas —o por lo menos esbozadas— por la Constitución y las leyes de desarrollo constitucional. De esta manera, la política debe desenvolverse dentro de los cauces que, por ejemplo, brinda el sistema de partidos políticos, el método previsto para la asignación de escaños en las elecciones parlamentarias, la regulación existente en torno a la organización de los partidos políticos y a los grupos parlamentarios, las competencias y funciones de los poderes del Estado, entre otros factores. En similar sentido, existen asimismo otras instituciones más directamente referidas a la relación entre Gobierno y Congreso, como las que en el caso peruano aparecen

2. STC recaída en el Expediente N° 00006-2008-PI, fundamento jurídico 39.

3. STC recaída en el Expediente N° 05427-2009-PC, fundamento jurídico 17.

reguladas expresamente en el Título IV, Capítulo VI, de la Constitución del Perú —artículos 130 al 136—, las cuales circunscriben y limitan nuestro sistema de gobierno.

Sobre esto último, la historia y la experiencia vivida en el Perú han requerido que nuestro sistema de gobierno se vaya ajustando paulatinamente, lo que ha servido para delinear su particular identidad que, sin perjuicio de lo que indicaremos luego, es la de un régimen presidencial al cual se le han introducido instituciones inicialmente generadas en regímenes parlamentarios. Y es que ha sido precisamente con base en lo que algunos denominan nuestra "Constitución histórica" que ha venido apareciendo en nuestras normas fundamentales más recientes un marcado énfasis en el establecimiento de frenos y cortapisas entre los tradicionalmente denominados "poderes del Estado". En dicho marco han terminado acogiéndose instituciones de orígenes diversos, los cuales incluso pueden considerarse como funcional y conceptualmente antagónicas entre sí.

Al respecto, el hecho de que se haya asumido una forma de gobierno basado en controles recíprocos, pesos y contrapesos, implica, desde luego, aceptar que existen tensiones y discrepancias políticas que son inherentes al sistema democrático. Estas tensiones, no cabe duda, pueden ser más o menos agudas, más o menos duraderas; pero, en todo caso, se encuentran latentes en la dinámica política y —en el marco de un Estado Constitucional como el nuestro— deben necesariamente ser canalizadas a través de los mecanismos constitucionales existentes. En este sentido, la Constitución, repito, no debe entenderse como una especie de "camisa de fuerza" que aprisione y ahogue las relaciones políticas, pero tampoco como un mero papel mojado en tinta, carente de eficacia jurídica real para encauzar y limitar a los poderes. Así visto, los poderes políticos pueden actuar con libertad, pero dentro del "orden" o "marco constitucional": es decir, circunscribiendo su accionar a lo constitucionalmente posible o permitido, cuyos contornos infranqueables están constituidos por lo constitucionalmente prohibido y lo constitucionalmente obligatorio o exigible.

Señalado esto, ya que las relaciones y tensiones entre los poderes políticos se encuentran jurídicamente acotadas dentro de un orden marco infranqueable, es absurdo —a la vez que inconstitucional— despotricar contra la juridificación y la judicialización de la política. Más aún, debe tenerse en cuenta que uno de los principales y más elevados propósitos de la Constitución —y, más ampliamente, del mismo Estado Constitucional— es subordinar al poder político, atajando cualquier posible forma de arbitrariedad y, en ese sentido, el de garantizar que el quehacer político respete caracteres constitucionales y convencionales, por lo que cabe señalar lo siguiente:

> *"[A]firmar que existen actos de alguna entidad estatal cuya validez constitucional no puede ser objeto de control constitucional, supone sostener, con el mismo énfasis, que en tales ámbitos la Constitución ha perdido su condición de norma jurídica, para volver a ser una mera carta política referencial, incapaz de vincular al poder (...)*
>
> *(...) La judicialización de la Constitución o, para ser más exactos, la de todo acto que a ella contravenga, es la máxima garantía de que su exigibilidad (...) no está sujeta a los pareceres de intereses particulares; por el contrario, todo interés individual o colectivo, para ser constitucionalmente válido, debe manifestarse de conformidad con cada una de las reglas y principios, formales y sustantivos, previstos en la Carta Fundamental."* [4]

Anotado lo anterior, no es difícil entender que (i) pueden existir situaciones de tensión entre los poderes frente a las cuales la Constitución no ha previsto un desarrollo respecto a los procedimientos que deben seguirse; y que, asimismo, (ii) de primera impresión puede no ser

4. STC recaída en el Expediente N° 05854-2005-PA, fundamentos jurídicos 7 y 8.

claro el significado de ciertas expresiones que usa la Norma Fundamental, las cuales podrían resultar aplicables a la solución de, por ejemplo, un conflicto político.

Al respecto, en primer lugar, debe indicarse que es normal y hasta deseable que las relaciones políticas no queden circunscritas a unas pocas habilitaciones detalladas expresamente: por el contrario, parece más bien necesario que éstas se desenvuelvan dentro de ámbitos de discrecionalidad y deliberación política, que tal vez podrían verse asfixiados por exceso de reglamentación. De esta forma, si bien es necesaria la constitucionalización y la juridización de la política, quizá pueda considerarse como contraproducente su hiperjuridización.

En segundo lugar, en cuanto a la apertura interpretativa de la Constitución, relacionada a la ambigüedad o vaguedad de algunas de sus cláusulas, a esa amplitud de sentidos normativos con que cuentan las disposiciones constitucionales, justo es anotar que esta característica de los términos constitucionales puede terminar desencadenando una verdadera "disputa interpretativa" a nivel de la sociedad y los especialistas. Aquello, que es propio de todas las democracias pluralistas, no solo tiene relación con aquellos argumentos "técnico-jurídicos" que ofrecen quienes intervienen en el intercambio de puntos de vista, sino que tienen relación, asimismo, con los casos política o moralmente más controvertidos, con las opiniones o preferencias políticas e ideológicas de cada quien.

Frente a ello, precisamente le corresponde a un Tribunal Constitucional, en su condición de órgano de cierre de la interpretación vigente y vinculante de la Constitución, resolver ese tipo de controversias, brindando respuestas que tiendan a la racionalización del conflicto político y a la superación posturas antagónicas, máxime si, *prima facie*, estas aparecen como irreductibles entre sí, debido sobre todo a las diferencias políticas o ideológicas que están detrás de ellas.

La respuesta que podría brindar el Tribunal Constitucional en un caso como este, entonces, no puede tener como objetivo poner fin a la discusión política entre los actores políticos involucrados. Lo que podía pretender, legítimamente, atendiendo a sus funciones de mediación, integración social y orientación que le son propias a los tribunales constitucionales, así como a la luz del rol moderador y pacificador de las controversias sociales que las cortes constitucionales cumplen, es esclarecer que, en controversias como esta, se pone especialmente de manifiesto el carácter no solo normativo-regulatorio, sino también político-institucional de la Constitución. Ese carácter particular de la Norma Fundamental implica, en ocasiones, que puede existir una insuficiente o deficiente regulación constitucional —pues la realidad política excede con creces lo que puede ser regulado—. Ello exige a la judicatura constitucional no solo completar los vacíos o las imprecisiones jurídico-constitucionales que pudieran detectarse en la Constitución —por ejemplo, las llamadas lagunas normativas, lagunas de conocimiento o las lagunas axiológicas inclusive— a través del uso de técnicas jurídicas, sino que dicha integración debe realizarse teniendo como base los principios que subyacen a nuestro sistema de gobierno y a nuestro sistema político; y apostando, al propio tiempo, por fórmulas de respuesta que aseguren la integración social.

Es precisamente con miras a cumplir lograr este rol de integración social y de pacificación de las controversias que este órgano colegiado, todo tribunal constitucional en general y el peruano en particular, debe resolver una controversia constitucional de esta clase, sin dejar de explicitar, ciertamente, los márgenes constitucionales que deben respetar en todo caso los poderes públicos en conflicto. No solamente entonces se limita a resolver un caso, sino pasa a fijar criterios que, en términos de interpretación, van a ser de especial utilidad para atender si posteriormente se presentan casos con elementos similares.

IV. SISTEMA DE GOBIERNO Y PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993

A efectos de analizar y resolver adecuadamente el fondo la presente controversia es

necesario establecer, cuando menos de manera general, cuál es el sistema de gobierno que ha adoptado el Perú, así como alcances del principio de separación de poderes en ese contexto, máxime si nos estamos refiriendo a aspectos con reconocimiento o desarrollo en nuestra propia Constitución. Esto último tiene vital relevancia, debido a que únicamente en dicho marco es que pueden entenderse a cabalidad los contornos constitucionales de las relaciones existentes entre los llamados poderes del Estado —e incluso entre éstos con los órganos constitucionales autónomos—, y más específicamente, qué debe comprenderse por las relaciones entre los diferentes Gobiernos y los Congresos.

Respecto a lo indicado, lo primero que corresponde señalar es que esta no es la primera oportunidad en la que el Tribunal Constitucional peruano se refiere a este tema. Por el contrario, y precisamente atendiendo a su función moderadora del poder y pacificadora de conflictos, este órgano colegiado ha tenido la oportunidad de pronunciarse y de esclarecer algunas cuestiones referidas a este tema con anterioridad. Así, ha señalado, por ejemplo y en primer lugar, el valor de la separación de poderes dentro del marco del constitucionalismo contemporáneo. Efectivamente, este Tribunal Constitucional ha recordado que la separación de poderes es una técnica que tiene como finalidad evitar la concentración del poder —y a la vez, añadiríamos nosotros, organizarlo y justificarlo— y, en tal sentido, se encuentra encaminada a garantizar que los "poderes" y órganos constitucionalmente autónomos del Estado puedan ejercer sus competencias o atribuciones. Asimismo, busca evitar cualquier trasgresión de los derechos fundamentales de las personas que derive de un eventual ejercicio abusivo o incontrolado del poder político:

> *"La existencia de este sistema de equilibrio y de distribución de poderes, con todos los matices y correcciones que impone la sociedad actual, sigue constituyendo, en su idea central, una exigencia ineludible en todo Estado Democrático y Social de Derecho. La separación de estas tres funciones básicas de Estado, limitándose de modo recíproco, sin entorpecerse innecesariamente, constituye una garantía para los derechos constitucionalmente reconocidos e, idénticamente, para limitar el poder frente al absolutismo y la dictadura."*[5]

Por otra parte, se ha señalado que la separación de poderes no debe entenderse hoy en día —a diferencia de lo que tal vez se concibió en algún momento— como una división tajante entre las funciones del Estado, sin puntos de contacto o interrelación entre los denominados poderes del Estado y los distintos organismos constitucionalmente autónomos. Debe ser más bien considerada en clave de equilibrio entre órganos, de controles recíprocos, de frenos y contrapesos. Pero no solo ello: también con base en relaciones de lealtad, coordinación y de cooperación entre esas entidades:

> *"La separación de poderes que configura nuestra Constitución no es absoluta, porque de la estructura y funciones de los Poderes del Estado regulados por la Norma Suprema, también se desprende el principio de colaboración de poderes. Al respecto, encontramos una colaboración de poderes cuando el artículo 104 de la Constitución establece que el Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa. Del mismo modo, existe una colaboración de poderes cuando el artículo 129 de la Constitución dispone que el Consejo de Ministros en pleno, o los ministros por separado, pueden concurrir a las sesiones del Congreso y participar en sus debates con las mismas prerrogativas que los parlamentarios, salvo la de votar si no son congresistas.*

5. STC recaída en el Expediente N° 0023-2003-AI, fundamento jurídico 5.

Ocurre lo mismo con las normas constitucionales relativas al proceso de elaboración de la Ley de Presupuesto." [6]

"Uno de esos principios constitucionales que el Poder Judicial debe respetar, como todo Poder del Estado y todo órgano constitucional, es el de separación del poder, reconocido en el artículo 43 de la Constitución. Este principio no debe ser entendido en su concepción clásica, esto es, en el sentido que establece una separación tajante y sin relaciones entre los distintos poderes del Estado; por el contrario, exige que se le conciba, por un lado, como control y balance entre los poderes del Estado —checks and balances of powers— y, por otro, como coordinación y cooperación entre ellos. Esto explica el hecho de que si bien la Constitución establece que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones (artículo 138° inciso 2), dimana de ella también la prescripción de que el Poder Judicial no ha de turbar, ilegítimamente, el ejercicio de las atribuciones de otros poderes del Estado." [7]

Finalmente, el Tribunal Constitucional peruano ha precisado asimismo que la distribución de poderes, o de funciones desde una perspectiva más amplia, no se reduce a tomar en cuenta tan solo a los tres "poderes del Estado", sino que debe considerarse asimismo el papel que repetimos, juegan los organismos constitucionalmente autónomos en dicha configuración de funciones constitucionalmente relevantes para el contrapeso y el control del poder:

"El principio de separación de poderes reconocido en el artículo 43 de la Constitución posee un contenido más amplio que aquel que asumía la separación del poder del Estado únicamente en poderes como el legislativo, ejecutivo y judicial. En efecto, la propia Norma Fundamental ha establecido órganos constitucionales tales como el Tribunal Constitucional (artículo 201 y ss.), Jurado Nacional de Elecciones (176 y ss.), Ministerio Público (artículo 158 y ss.), Consejo Nacional de la Magistratura (artículo 150 y ss.), Defensoría del Pueblo (artículo 161 y ss.), Gobiernos locales y Gobiernos regionales (artículo 190 y ss.), entre otros.

Como se aprecia, el Poder Constituyente ha divido el poder no solo entre el Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial, sino también entre órganos constitucionales, sin desconocer, inclusive, que también es posible explicar la moderna materialización del principio de separación de poderes con la división entre órganos de decisión política (parlamento y gobierno) y los órganos de decisión jurisdiccional (judicatura ordinaria y constitucional, entre otros). Pese a la extensión del número de instituciones que administran el poder, se mantiene el núcleo esencial del principio, el mismo que consiste en evitar la concentración del poder en un solo ente." [8]

Formulado este marco, es necesario hacer algunas precisiones sobre el sistema de gobierno que viene regulado actualmente en nuestro texto constitucional. Al respecto, y como habitualmente se señala, existen dos modelos "clásicos" de forma de gobierno formulados idealmente, que son el modelo "parlamentario" y otro "presidencial". En el caso del régimen presidencial, este se caracteriza básicamente porque hay un Jefe de Gobierno, denominado por lo general Presidente. Este proviene de una elección popular, hace simultáneamente las veces de Jefe de Estado, y no es nombrado ni —en principio— removido discrecionalmente por el Congreso. En el caso del régimen parla-

6. STC recaída en el Expediente N° 00004-2004-CC, fundamento jurídico 24.
7. STC recaída en el Expediente N° 00006-2006-CC, fundamento jurídico 15.
8. STC recaída en el Expediente N° 00005-2007-AI, fundamento jurídico 21.

mentario, por el contrario, tenemos que el Jefe de Gobierno es elegido por el Parlamento, que lo puede remover discrecionalmente y, además, por lo general la jefatura del Estado recae en un órgano distinto al Jefe de Gobierno —el cual puede ser un monarca constitucional o un Presidente, por ejemplo—.

En el caso peruano, como en prácticamente toda América Latina, partimos de un modelo inicialmente presidencial, en la medida que nuestro Jefe de Gobierno se denomina Presidente de la República, es electo popularmente, cumple las funciones de Jefe de Estado y no es nombrado ni removido discrecionalmente por el Congreso de la República. Sin embargo, progresivamente nuestras constituciones han incorporado al modelo algunas instituciones del parlamentarismo, las cuales dejan de lado una tradicionalmente más estricta división de poderes que distingue al modelo ideal presidencial. En el Perú tenemos, entonces, que el Gobierno requiere de aprobación política del Congreso para la conformación de parte del mismo —el gabinete—, así como para su eventual cambio. Entre estas instituciones de origen parlamentario incorporadas en el caso peruano tenemos al voto de confianza, la censura ministerial y las cuestiones de confianza, por solamente mencionar algunas.

En efecto, al regular nuestro sistema de gobierno, la Constitución peruana, como muchas otras latinoamericanas, ha recogido diferentes instituciones que, en perspectiva, permiten distinguirla de los modelos ideales o clásicos presidencial y parlamentarista. Frente a ello, la doctrina se ha referido a nuestro régimen o forma de gobierno de diferentes modos. Por ejemplo, hay quienes le han llamado régimen "semipresidencial", en el sentido de que no es uno en estricto presidencial, pues se incorpora, como ya fue indicado, mecanismos de control y límites propios del régimen parlamentarista. También se ha considerado que nuestro régimen puede calificarse asimismo como "hiperpresidencialista", en atención a los descomedidos poderes con los que, aparentemente, contaría el Presidente, en especial cuando tiene mayoría oficialista en el Congreso, y también en atención a nuestras experiencias de caudillismo y autoritarismo.

En similar sentido, y atendiendo a las particulares y a veces abultadas atribuciones establecidas a favor de los presidentes en nuestra región, se ha hablado asimismo de un "presidencialismo latinoamericano"; el cual, como señala reconocida doctrina, viene siendo replanteado a través de la inclusión de elementos de balance y contrapeso propios del parlamentarismo, en un modelo que cabría calificar como "semiparlamentarismo". En esa línea, hubo quienes tomando en cuenta nuestra base presidencial, pero también las incorporaciones traídas del parlamentarismo, hablaban de un régimen "semiparlamentario". También se ha hecho uso de los calificativos "mixto" o "híbrido", o incluso "presidencialismo parlamentarizado". Todo lo expuesto permite dar cuenta de la dificultad para encasillar nuestra forma de gobierno en alguno de los modelos clásicos, pero eludiendo finalmente definirla o calificarla en atención a sus propios contornos y especificidades.

Ahora bien, el modelo de gobierno nace de la propia Constitución del Perú y, por ende, únicamente puede ser con base en dicho parámetro constitucional que puede intentar comprenderse a cabalidad los contenidos y alcances de nuestro régimen de gobierno en la presente sentencia. En el igual sentido, los poderes públicos, al momento de ejercer sus funciones y competencias, solo pueden actuar conforme a lo que nuestra norma Fundamental ha establecido. En este orden de ideas, cualquier distorsión o trasgresión del modelo de gobierno adoptado constitucionalmente, a través de actos normativos —mediante la dación de normas, básicamente legales— o de actos materiales —mediante trasgresiones de hecho—, deberá reputarse como inconstitucional.

Llegados a este punto, no debemos olvidar que la separación de poderes es un rasgo identitario no solo de la Constitución peruana, sino del constitucionalismo en general. En dicho sentido, el Tribunal Constitucional peruano ha

recordado[9] por ejemplo cómo, en la emblemática obra *El espíritu de las Leyes*, Montesquieu sostuvo que:

> *"No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y vida de los ciudadanos; como que el juez sería el legislador. Si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor. Todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes. El de dictar las leyes; el de ejecutar las resoluciones judiciales y el de juzgar los delitos o pleitos entre particulares."*

En este mismo sentido, a la separación de poderes se le ha entendido desde el siglo XVIII como un contenido mínimo imprescindible que hace reconocible al constitucionalismo, tal como en su momento fue dispuesto por el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del año 1789:

> *"Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución."*

Precisamente, y con base a este rasgo de identidad de nuestro constitucionalismo, el Tribunal Constitucional peruano ha expresado, de manera categórica, que lo concerniente a la "separación de poderes" —como parte de nuestro sistema de gobierno— constituye un límite para, por ejemplo, la reforma ordinaria de la Constitución, pues forma parte de una especie de "núcleo duro", que comprende a los "principios y presupuestos básicos de la organización política, económica y social" contenidos en nuestra carta Fundamental. Por ende, dicho ámbito no puede ser objeto de una reforma constitucional apelando únicamente a las competencias de reforma con las que cuenta el Congreso —un poder constituido—, sino que dicho cambio más bien sería expresión de una "reforma total" de la Constitución, la cual requiere de la anuencia del poder constituyente soberano, por ejemplo, a través de un referéndum:

> *"Aunque toda Constitución se caracteriza por ser un cuerpo normativo integral, donde cada disposición cumple un determinado rol, ciertas cláusulas asumen una función que resulta mucho más vital u omnicomprensiva que las del resto. Se trata de aquellos valores materiales y principios fundamentales que dan identidad o que constituyen la esencia del texto constitucional (la primacía de la persona, la dignidad, la vida, la igualdad, el Estado de Derecho, la separación de poderes, etc.). Sin ellos, la Constitución sería un texto formalmente supremo pero, en cambio, materialmente vacío de sentido."*
>
> *"Los límites materiales [a la reforma constitucional], están constituidos por aquellos principios supremos del ordenamiento constitucional que no pueden ser tocados por la obra del poder reformador de la Constitución (...) [Los límites materiales implícitos, son aquellos principios supremos de la Constitución contenidos en la fórmula política del Estado y que no pueden ser modificados, aun cuando la Constitución no diga nada sobre la posibilidad o no de su reforma, ya que una modificación que los alcance sencillamente implicaría la "destrucción" de la Constitución. Tales son los casos de los principios referidos a la dignidad del hombre, soberanía del pueblo, Estado democrático de derecho, forma republicana de gobierno y, en general, régimen político y forma de Estado."*
>
> *(…)*
>
> *"La elaboración del proyecto de la nueva Constitución [o la "reforma total"] en sede parlamentaria, necesaria e inexorablemente deba concluir con su sometimiento a referén-*

9. STC recaída en el Expediente N° 00023-2003-AI, fundamento jurídico 4.

dum, so pena de declararse la inconstitucionalidad de dicho proceso. Es preciso, pues, que de continuarse como se está haciendo el proceso de cambio de Constitución, la aprobación de la nueva Norma Fundamental tenga que realizarse a través del referéndum, la única forma como puede expresarse directamente el Poder Constituyente. Y es que cuando mediante referéndum se aprueba sólo una reforma parcial de la Constitución, en tal caso la intervención del pueblo se presenta como un elemento que incide exclusivamente sobre la eficacia. Lo que no sucede, por cierto, cuando el pueblo actúa en calidad de Poder Constituyente, en cuyo caso la aprobación de la Constitución la realiza él mismo y su decisión es un elemento constitutivo de su elaboración." [10]

Señalado todo esto, y siendo clara entonces la importancia del sistema de gobierno constitucionalmente establecido en el Perú y sus particularidades, resulta necesario que su Tribunal Constitucional precise o desarrolle una descripción o definición, cuando menos general, sobre algunos de sus contornos, siempre a partir de lo constitucionalmente previsto.

Al respecto, una primera cuestión podría encontrarse relacionada con la nomenclatura que mejor permitiría calificar o denominar a nuestro régimen de gobierno. Si bien es cierto que el nombre no es lo más importante a efectos de reconocer los contornos del modelo, atribuir uno, sin duda, ayuda a reconocer sus rasgos de identidad, sus alcances, potencialidades y límites. En este sentido, el Tribunal Constitucional del Perú ha precisado similares calificaciones, siempre precisando sus alances, al referirse, por ejemplo, a nuestra forma de Estado —Estado unitario y descentralizado—, a nuestro régimen político-económico —Economía social de mercado—, a las relaciones entre Estado y religión —Estado laico—, a nuestro actual estadio de constitucionalismo —Estado Constitucional—, entre varios otros supuestos.

Ahora bien, e independientemente de lo que acabo de anotar, es importante expresar cómo en el Perú, en primer lugar, las relaciones entre el Gobierno y el Congreso, tanto atendiendo a lo que dice la Constitución, como a la concreción de sus instituciones en la práctica reciente, pueden ser de distinto tipo y con diferentes efectos, siendo incluso hasta diametralmente opuestos entre sí en algunos contextos.

Efectivamente, en el marco de lo constitucionalmente previsto, hay dos escenarios o supuestos extremos, en los cuales nuestro modelo se manifiesta de modo muy diferente. En el primer escenario lo tenemos cuando un gobierno cuenta una mayoría parlamentaria absoluta —escenario de "oficialismo robusto"—; mientras que también existe el escenario opuesto, el del gobierno con una oposición parlamentaria arrolladora —supuesto que podemos denominar de "oposición robusta"—. Cuando estamos ante un gobierno que cuenta con un "oficialismo robusto", como puede preverse, al ponerse en riesgo la separación de poderes debido a un eventual fortalecimiento excesivo e incontrolable del gobierno de turno, los mecanismos que permiten el control político por parte de las minorías parlamentarias adquieren una relevancia especial, como es el caso, por ejemplo, de la interpelación ministerial, la moción de censura. De otro lado, el uso de las demandas de inconstitucionalidad toma también un rol importante.

En el segundo caso, de "oposición robusta", si se quiere trabajar dentro de parámetros democráticos, adquieren relevancia más bien los mecanismos de diálogo y coordinación, de contrapeso político o, finalmente, de solución de controversias políticas en contextos de crisis de gobernabilidad o institucional. En este contexto de gobierno con "oposición robusta", y de enfrentamiento entre poderes o crisis institucional, pueden presentarse dos supuestos que cabe considerar extremos. De una parte, el del impulso de la vacancia del Presidente de la República, generalmente por "incapacidad mo-

10. STC recaída en el Expediente N° 00014-2002-AI, fundamentos jurídicos 75, 76 y 115.

ral"; y por otra, el del eventual cierre del Congreso de la República como consecuencia de que se hayan producido dos crisis totales del gabinete por denegatoria de confianza o por censura al Presidente del Consejo de Ministros.

Visto así, no es posible calificar a nuestro sistema de gobierno únicamente poniendo énfasis en uno de los escenarios: es decir, ni solo atendiendo a la posible concentración del poder en manos del Ejecutivo en escenarios de "oficialismo robusto", ni necesariamente en una actitud obstruccionista, que hace imposible la gobernabilidad, en el marco de Ejecutivos que se enfrentan a una "oposición robusta" al interior del Congreso. Más aun, es necesario considerar que, además de los supuestos extremos ya esbozados, puede existir entre ellos escenarios variopintos, tales como gobiernos con una primera mayoría parlamentaria, gobiernos con una segunda mayoría congresal, gobiernos con mayoría parlamentaria a través de alianzas con otras agrupaciones —cogobierno—, gobiernos con minoría parlamentaria y gobernabilidad a través de acuerdos coyunturales, gobiernos con minoría congresal y sin gobernabilidad por dispersión política —no existen coincidencias políticas o programáticas entre las diferentes agrupaciones políticas—, etc.

Con base en lo señalado, es posible constatar en el sistema de gobierno peruano —y de buena parte de América Latina— una suerte de "Presidencialismo Asimétrico" o "Intermitente", en atención a que las instituciones, e incluso el propio régimen de gobierno, no operan siempre del mismo modo o con la misma intensidad. Por ende, en diferentes contextos, algunas instituciones, sus alcances y límites adquieren diferente entidad; y por ende, plantean cuestiones y problemas de carácter constitucional que correspondería enfrentar teniendo en cuenta el contexto indicado.

Señalado esto, es claro que una descripción o delimitación de este tipo de modelos en manos de la judicatura constitucional debe ser tomada con especial cuidado, evitando o previniendo los excesos, las desviaciones y la desnaturalización del régimen. En otras palabras, buscando actuar siempre dentro de los términos constitucionalmente dispuestos. Al respecto, y como ya ha sido señalado, un Tribunal Constitucional a estos efectos debe hacer uso de su rol de "poder moderador", conforme al cual trata de evitar o apaciguar los posibles conflictos que puedan dañar la institucionalidad del país, aunque desde luego sin invadir competencias que le sean ajenas.

En este orden de ideas, es posible intentar definir los contornos de nuestro régimen de gobierno peruano, coincidentemente con buena parte de América Latina, sobre la base de los siguientes elementos:

a) Principio de separación de poderes: Hace referencia a la autonomía funcional y a las diferentes competencias que cada poder estatal —y también cada órgano constitucional autónomo— tiene, pero también a las distintas funciones —sociales, políticas— que cada uno cumple tendencialmente —tales como representar, legislar y fiscalizar en el caso del Congreso, o de gobernar y hacer cumplir las leyes en el caso del Gobierno—. Este principio, desde luego, conlleva a reconocer las eventuales tensiones que puedan surgir entre los poderes políticos.

   Con base al principio de separación de poderes es claro que nuestro modelo presidencialista latinoamericano no aspira entonces, a diferencia de lo que ocurre en un régimen parlamentarista, a la confusión o subordinación entre los poderes, o a la asunción de que existe algo así como un "primer poder" de Estado. Se reconoce, pues, la división de poderes, y se prevén formas razonables para resolver o superar las diferencias entre ellos.

b) Principio de balance entre poderes: Alude a la existencia de mecanismos de coordinación —tales como la delegación de facultades, el respaldo a políticas de gobierno a través de la cuestión confianza, las coordinaciones o negociaciones políticas para la aprobación del presupuesto público, la

reglamentación de las leyes, la iniciativa legislativa por parte del Poder Ejecutivo o los órganos constitucionales autónomos, etc. —; de control recíproco —control jurídico y jurídico-político entre los poderes y órganos constitucionales autónomos—; y de equilibrio entre poderes — respeto a la autonomía de los otros poderes y órganos constitucionales autónomos, regulación de competencias y funciones ajenas sin desnaturalizarlas, debida asignación presupuestaria para los poderes estatales u órganos constitucionales autónomos, etc.—.

Además de que no hay aquí poderes subordinados, a lo cual sí se refería el principio anterior, el principio de balance entre poderes permite destacar que en el modelo constitucional peruano, por no decir, latinoamericano, los poderes estatales, como también los órganos constitucionalmente autónomos, se conciben en una dinámica de balance o contrapeso, lo cual exige reconocer y respetar los mecanismos de equilibrio y control constitucionalmente previstos.

Como corolario de lo anterior, se tiene que la regulación, el ejercicio e incluso la interpretación de los alcances de los mecanismos de coordinación, de control recíproco o de equilibrio entre poderes no pueden realizarse alterando o desnaturalizando el balance que ha buscado asegurar la Constitución, lo cual es parte medular de nuestro modelo.

c) Principio de cooperación: Conforme a este principio, la interpretación de las competencias y las funciones de los poderes y órganos constitucionales autónomos deben estar orientadas al cumplimiento de los fines del Estado —artículo 44 de la Constitución—, o a la concreción del conjunto de bienes y valores constitucionales —pudiéndose mencionar, a modo de ejemplo, lo señalado en los artículos 3, 38, 43 o 45 de la Constitución—, y siempre teniendo como horizonte la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad —artículo 1 de la Constitución—.

De esta manera, entre los poderes públicos y los organismos u órganos constitucionales autónomos resulta de aplicación el principio de "lealtad constitucional", lealtad que, además del respeto a las competencias y funciones ajenas, orienta el comportamiento de los actores estatales hacia la consecución del bien común, que debe ser el fin último de la política.

Así visto, con base en este principio de cooperación deben evitarse conductas obstruccionistas, desleales o egoístas por parte de los poderes o actores políticos. Al respecto, si bien la política tiene una faz agonal inevitable —es decir, relativa a la confrontación o lucha entre actores—, las instituciones y competencias constitucionales deben ser interpretadas y ejercidas en el sentido de fomentar la integración social, la unidad política, y la optimización de los fines y principios constitucionales, entre otros. Lo anterior, desde luego, resulta especialmente relevante en el caso del análisis que le corresponde realizar a un Tribunal Constitucional en los casos sometidos ante él, atendiendo a su rol moderador y pacificador de conflictos.

d) Principio de solución democrática: Este principio pone de relieve que frente a un entrampamiento o crisis política o institucional que no puede superarse a través de los medios institucionales habituales, debe preferirse, en primer lugar, las salidas deliberativas —es decir, mediante el diálogo institucional, o a través de los espacios de deliberación pertinentes y adecuados para enfrentar los conflictos políticos— y, únicamente en su defecto, apelar a la elección popular como ratio final y superior.

De esta manera, este sistema de gobierno, así como las relaciones entre los poderes públicos, debe tender a establecer y preferir mecanismos de dialogo que permitan resolver las controversias sin apelar, en primer término, a formas plebiscitarias o meramente mayoritarias de democracia. En ese sentido, corresponde a los actores

políticos e institucionales, y desde luego en ello juega también un rol central un Tribunal Constitucional, promover que en las instancias de discusión institucional se produzcan diálogos robustos e inclusivos, lo cual comprende, desde luego, la necesidad de incorporar a los ciudadanos, en especial a los directamente afectados por un medida, y a los especialistas, en el proceso de toma de decisiones, y solo si dicho diálogo fracasa, y se produce una crisis política o institucional irresoluble, será posible y hasta necesario apelar al depositario originario del poder político: los ciudadanos, el pueblo.

Al tratarse todos estos de principios que identifican a la forma de gobierno peruana, y en buena medida latinoamericana, y que permiten delimitar debidamente las relaciones entre los denominados poderes del Estado —y las de ellos con los organismos constitucionalmente autónomos—, su regulación y ejercicio deben estar entonces encaminados siempre al respeto de las mencionadas señas de identidad previstas en la Constitución, sin desnaturalizarlas ni vaciarlas de contenido. Son parte, pues, del ya referido "núcleo duro" de una Norma Fundamental, en los términos ya recordados en este texto.

Asimismo, es necesario insistir en que los poderes públicos y los organismos constitucionalmente autónomos deben operar siempre bajo el ya enunciado principio de lealtad constitucional, el cual ha tenido una indudable importancia al delimitar las relaciones entre los niveles de gobierno en otras latitudes, y al cual el Tribunal Constitucional del Perú también se ha referido en diversas ocasiones —por ejemplo, al hacer referencia a la reforma constitucional, en la STC recaída en el Expediente N° 00050-2004-PI; a nuestra forma de Estado y a la relación entre los gobiernos nacional y regional, en la STC recaída en el Expediente N° 00034-2009-AI; o a la forma de gobierno y la relación entre los poderes públicos, en la STC recaída en el Expediente N° 00006-2018-AI—.

La lealtad constitucional, ciertamente, no implica únicamente tener en cuenta las competencias que hayan sido formal o literalmente establecidas a cada quien; sino que el ejercicio de tales competencias, así como el comportamiento de los actores involucrados en dicho ejercicio, debe ser respetuoso de los principios de identidad de nuestro régimen de gobierno antes enunciados. Esto con el propósito de poder alcanzar, como comunidad política, el bien común en el marco de un modelo de Estado constitucional.

V. LA CUESTIÓN DE CONFIANZA DE SEPTIEMBRE DE 2019 Y LA DISCUSIÓN QUE GENERÓ EN EL PERÚ

El Tribunal Constitucional peruano ya ha tenido ocasión de pronunciarse de manera específica sobre la cuestión de confianza. Más concretamente, este Tribunal declaró la inconstitucionalidad de la Resolución Legislativa N° 007 2017-2018-CR, norma que buscó modificar al Reglamento del Congreso de la República. Allí se había regulado que el Presidente del Consejo de Ministros no podía hacer cuestión de confianza respecto de la aprobación de leyes ni de procedimientos de control político.

En dicha oportunidad el Tribunal Constitucional señaló que la cuestión de confianza fue introducida en el constitucionalismo peruano como un mecanismo destinado a realizar labores de contrapeso de los gobiernos de turno, con la finalidad de hacerle frente a la censura ministerial que el Congreso tiene en sus manos, por lo que debe ser entendida con base en el ya mencionado principio de balance entre poderes. En aquella oportunidad este órgano colegiado indicó, asimismo, que conforme a la Constitución, se presentan dos situaciones distintas en las cuales aparece la figura de la cuestión de confianza: la llamada cuestión de confianza obligatoria, que consiste en la solicitud por parte del Gobierno al Congreso de la República, cuando se conforma un nuevo gabinete, de un voto de confianza — y no de investidura— para que el Congreso legitime la conformación del Consejo de Ministros —artículo 130 de la Constitución—. Esta debe diferenciarse de la cuestión de confianza facultativa, que es aquella que puede plantear ante el Congreso,

tanto el Presidente del Consejo de Ministros a nombre del Consejo, como a cada ministro de manera individual, para así pedir anuencia o respaldo político respecto de algún asunto que considere pertinente plantear —artículos 132 y 133 de la Constitución—.

Asimismo, en tal ocasión el Tribunal Constitucional peruano precisó que

> *"(…) la cuestión de confianza que pueden plantear los ministros ha sido regulada en la Constitución de manera abierta, con la clara finalidad de brindar al Poder Ejecutivo un amplio campo de posibilidades en busca de respaldo político por parte del Congreso, para llevar a cabo las políticas que su gestión requiere."* [11]

Se sostuvo, además, que resulta contrario al principio de balance entre poderes el restringir, indebidamente, la facultad que tienen los ministros para poder plantear al Congreso cuestiones de confianza respecto de los asuntos que la gestión del Ejecutivo requiera, por lo cual es posible solicitar cuestiones de confianza orientadas, por ejemplo, a la aprobación de normas legales o para interrumpir procedimientos legislativos o de control político.

En el presente caso, vinculado a los sucesos del 30 de septiembre de 2019, los demandantes cuestionan que el Gobierno peruano haya formulado cuestión de confianza respecto al proceso de elección de magistrados del Tribunal Constitucional. Se solicitó al Congreso de la República que discuta prioritariamente un proyecto de reforma del procedimiento de elección y que, a tales efectos, suspenda la elección de magistrados que se encontraba en marcha. Con base en este proceder inicial, que no implicaba un retiro de la titularidad constitucionalmente otorgada al Congreso de elegir a magistrados y magistradas del Tribunal Constitucional, sino la revisión de un trámite procedimental —y, por ende, de aplicación inmediata— que buscaba hacer más transparente el procedimiento, ya cuestionado por entidades internacionales, el quehacer del Gobierno generó diversas consecuencias que también son cuestionadas en esta causa —entre ellas, principalmente, el cierre del Congreso—, las cuales luego analizaremos.

Al respecto, y conforme a lo explicado ampliamente en la STC recaída en el Expediente N° 0006-2018-PI, es claro que el Gobierno podía hacer cuestión de confianza respecto a proyectos de ley, como finalmente lo hizo el Presidente del Consejo de Ministros ante el Congreso de la República, en la sesión del Pleno del 30 de septiembre de 2019. Además de ello, no debe olvidarse la misma práctica parlamentaria reciente —el Congreso había concedido cuestiones de confianza incluso para plantear reformas constitucionales sometidas a referéndum—. Finalmente, y si bien dentro de un escenario más discutible, cierto es que, como parte de lo ocurrido el 30 de septiembre de 2019, el Congreso finalmente, y con las precisiones que se harán luego, otorga "formalmente" la cuestión de confianza solicitada.

Además, y contrariamente a lo que sostuvieron los demandantes, el Gobierno no planteó su pedido en términos impositivos, sino a modo de una propuesta que debía discutirse en el seno del Congreso, la cual por cierto era respetuosa de la competencia constitucionalmente asignada al Congreso en relación con la elección de magistrados y magistradas del Tribunal Constitucional. En este orden de ideas, y a mayor abundamiento, se encuentra que el proyecto de ley no contenía alcances que pudieran considerarse como invasivos de las competencias del Congreso, pues tan solo establece estándares relacionados con el procedimiento de elección de jueces o juezas del Tribunal Constitucional, con base en los usos internacionales y las prácticas previas relacionadas con la elección de magistrados constitucionales —en buena medida, los utilizados cuando se nos designó juez constitucional—.

11. STC recaída en el Expediente N° 0006-2018-PI, fundamento jurídico 75.

Sin embargo, y estando claro que era posible plantear cuestión de confianza respecto de iniciativas legislativas, existen aún algunas cuestiones que merecen ser esclarecidas por este órgano constitucional, y que han sido objeto de diversos debates en la opinión pública y entre quienes se reclaman especialistas en la materia, las cuales pueden reconducirse, en lo esencial, a los siguientes tres asuntos:

1. ¿El Poder Ejecutivo podía hacer cuestión de confianza sobre la elección de magistrados del Tribunal Constitucional, interrumpiendo el proceso ya iniciado? En similar sentido, y de manera más genérica: ¿sobre qué puede hacerse cuestión de confianza y sobre qué no?;

2. ¿Puede haber denegatorias de confianza "fácticas" o "implícitas"?; y por último, con base en lo anterior,

3. ¿El Ejecutivo estaba facultado para disolver el Congreso, como ocurrió el 30 de septiembre de 2019, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 134 de la Constitución?

En lo que sigue procederemos a desarrollar tales cuestiones, una por una.

1. ¿El Poder Ejecutivo peruano podía hacer cuestión de confianza sobre respecto a la elección de magistrados del Tribunal Constitucional, interrumpiendo el proceso ya iniciado? ¿Sobre qué puede hacerse cuestión de confianza y sobre qué no?

Estas primeras interrogantes nos plantean la duda respecto a sobre qué materias, finalmente, es posible hacer cuestión de confianza, y si cabe plantar cuestiones de confianza sobre, por ejemplo, asuntos tales como la interrupción del procedimiento de elección de magistrados de un Tribunal Constitucional. Al respecto, es claro que la llamada cuestión de confianza obligatoria —es decir, aquella que debe solicitarse obligatoriamente tras la conformación de un nuevo gabinete— debe plantearse básicamente respecto de políticas de gobierno; en tal sentido, en este supuesto hay algunas materias sobre las cuales es claro que puede —y debe— plantearse cuestión de confianza ante el Congreso. Por otra parte, como ya fue reseñado, si estamos ante un supuesto diferente, en relación con la cuestión de confianza facultativa —es decir, aquella confianza planteada por los ministros, o por quien preside el Gabinete, respecto de un asunto específico— que se encuentra regulada de manera abierta y, por ende, puede tratar sobre diversos temas.

Con base a esta apertura inicial, vale la pena distinguir entre las materias y los actos parlamentarios que pueden ser objeto de un pedido de cuestión de confianza, abordando los problemas relacionados con cada uno de estos supuestos. Con respecto a los actos parlamentarios que pueden ser objeto de un pedido de cuestión de confianza, como ya fue recordado, en la STC recaída en el Expediente N° 00006-2018-PI, el Tribunal Constitucional peruano declaró inconstitucional la Resolución Legislativa N° 007-2017- 2018/CR, en el extremo que indicaba que *"[n]o procede la interposición de una cuestión de confianza cuando esté destinada a promover, interrumpir o impedir la aprobación de una norma o un procedimiento legislativo o de control político."* En este orden de ideas, quedó claro que el mecanismo de la cuestión de confianza puede ser utilizado para "promover, interrumpir o impedir" la aprobación de normas legales, la tramitación de procedimientos legislativos —parlamentarios— y de procedimientos de control político. Entonces, y de manera general, se puede colegir que puede plantearse cuestiones de confianza con la finalidad de "promover, interrumpir o impedir" el ejercicio de competencias propias del Congreso de la República, materializadas a través de diversos los procedimientos parlamentarios.

Al respecto, es claro que un tipo de procedimiento parlamentario es el procedimiento de elección o ratificación de altos funcionarios por parte del Congreso —llamado "procedimiento especial" por el Reglamento del Congreso—, procedimiento de elección política que se perfecciona con la publicación de las concernientes resoluciones legislativas en el Diario Oficial.

En suma, conforme a lo resuelto ya en la STC recaída en el Expediente N° 00006-2018-PI, es constitucionalmente posible que el Gobierno formule cuestiones de confianza con el objeto de "interrumpir" o "impedir" diversos procedimientos parlamentarios, entre ellos el de elección de altas autoridades, como es el caso de los magistrados o magistradas del Tribunal Constitucional. Ello, máxime, repetimos, si los procedimientos de variación de un trámite en curso —sobre todo, si se busca mayor transparencia— son de aplicación inmediata.

Ahora bien, y en lo referido a los actos legislativos pasibles de cuestión de confianza, debe precisarse entonces, a mayor abundamiento, que es absurdo cuestionar que el Gobierno plantee cuestiones de confianza respecto de actos o asuntos que son de competencia exclusiva o excluyente del Congreso de la República. Ello es así, porque la cuestión de confianza precisamente está diseñada para que el Gobierno, en el contexto de nuestro sistema de gobierno, pueda poner a consideración del Congreso asuntos que este no puede o debe llevar a cabo en solitario, sino que estemos ante asuntos donde se requiere del concurso y acompañamiento de otro Poder del Estado, lo que sin duda va en la línea del ya mencionado principio de cooperación entre poderes. En similar sentido, es irrazonable sostener que el Gobierno solo puede plantear cuestiones de confianza respecto de cuestiones que forman parte de las competencias del propio Gobierno; pues, si ese fuera el caso, sería innecesario que el Gobierno formule pedido alguno al Congreso de la República, debido a que podría ejercer tales competencias por su cuenta, sin plantear alguna cuestión de confianza al referido poder público.

Ahora bien, y no obstante esta posibilidad de que las cuestiones de confianza puedan formularse respecto de muy diversos actos parlamentarios, debemos preguntarnos aún si existe alguna limitación en relación con los temas o las materias sobre las que puede presentarse una cuestión de confianza.

Al respecto, es claro que dicha facultad debe contar con algunos límites. Ello con la finalidad de evitar que, con su ejercicio, se produzcan eventuales abusos o incluso trasgresiones a nuestro modelo constitucional de régimen de gobierno. En este sentido, la cuestión de confianza debe entenderse, en principio, de manera amplia, pues se trata de un mecanismo de naturaleza política, con un gran margen de discrecionalidad para plantearse o no plantearse —en este sentido, también tienen esta naturaleza, por ejemplo, la censura ministerial o el nombramiento de ministros—. Por ende, no podría estar sujeto a un reglamentarismo excesivo que desnaturalice su función de contrapeso político, ni podría derivarse tampoco la permanente judicialización de su uso, salvo en situaciones excepcionales que, en principio, tendrían que determinarse por o con el concurso de un Tribunal Constitucional. De lo anterior, pues, no se deduce que se trate de un mecanismo carente de límites, pues ello sería contrario a los principios de separación de poderes, cooperación entre poderes y de solución democrática.

Ciertamente, el riesgo puede considerarse mayor aún si se toma en consideración los graves efectos que pueden generarse tras dos denegaciones de confianza al Presidente del Consejo de Ministros, suerte de ministro coordinador del Gabinete, mas no Jefe de Estado o Jefe de Gobierno, atribuciones que concentra el Presidente de la República peruano —y en buena medida, situación aplicable a toda América Latina—. Dicho escenario, en caso fuere mal utilizado, puede acarrear excesos al plantearse indebidamente cuestiones de confianza y, con ello, destruir el equilibrio de poderes que pretende asegurar nuestra Carta Fundamental.
En ese contexto, considero que, entre los límites más claros que puede tener la cuestión de confianza, puedo encontrar, entre otros:

a) La proscripción de cuestiones de confianza "ficticias" —o "en blanco"—, cuando estas, atendiendo a que se trata de una herramienta de contrapeso del Gobierno frente al Congreso, cuya finalidad está orientada al equilibrio entre poderes, se usen de manera desnaturalizada y constituyan esencialmente un fraude a la Constitución,

mediante las cuales se busque forzar indebidamente su cierre, infringiendo así principios como los de balance y de separación de poderes.

No obstante lo indicado, debo precisar que, de todos modos, sí sería posible admitir, de manera excepcional, cuestiones de confianza planteadas con el único propósito de gatillar el procedimiento de disolución del Congreso. Tal situación de excepción podría darse, por ejemplo, en el caso en el de que exista consenso o acuerdo entre los diferentes actores políticos para acortar periodos de mandato, lo cual sería compatible con los principios de cooperación entre poderes y de solución democrática de controversias. Sin embargo, y conforme a lo indicado, tal posibilidad quedaría claramente proscrita cuando el uso de estas cuestiones de confianza encubra fines fraudulentos, protervos o puramente individuales, carentes de sustento constitucional.[12]

b) La prohibición de cuestiones de confianza orientadas a la disminución o desaparición de derechos fundamentales. Al respecto, de acuerdo con el artículo 1 de la Constitución, *"la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado"*, y conforme al artículo 44 es un deber fundamental del Estado *"garantizar la plena vigencia de los derechos humanos"*. Desde esta perspectiva, debe considerarse como manifiestamente inconstitucional cualquier iniciativa que vaya en contra precisamente de este "fin supremo de la sociedad y del Estado", con lo cual se defraude un "deber primordial" del poder público.

c) La proscripción de cuestiones de confianza manifiestamente inconstitucionales. Se trata aquí del caso en que la cuestión de confianza se realiza respecto de contenidos o medidas que resulten contrarias a la Constitución, además de los derechos fundamentales. Tal sería el caso, por ejemplo, si el Ejecutivo impulsara reformas constitucionales únicamente con doble votación del Congreso —artículo 206—, pero respecto de contenidos que forman parte del denominado "núcleo duro" de la Constitución, trasgrediendo de este modo los límites materiales de la reforma constitucional, como es el caso de nuestro modelo constitucional de forma de Estado, forma de gobierno, régimen republicano, sistema político democrático, etc.[13], o si el Gobierno planteara que se lleve a referéndum cuestiones sobre las cuáles no se puede consultar —artículo 32—.

Señalado lo anterior, y volviendo a la cuestión de confianza que fue planteada el 30 de septiembre de 2019 y, más específicamente, en relación con la interrupción del procedimiento de elección de magistrados, debe tenerse en cuenta, además de lo ya indicado sobre los asuntos respecto a los cuales es posible formular cuestión de confianza, que la presentación de un proyecto de ley para mejorar el procedimiento de elección de magistrados del Tribunal Constitucional, promoviendo su transparencia y legitimación, se encuentra directamente relacionado con los ejes de gobierno —contenidos en los ejes de la "Política General de Gobierno al 2021", aprobada mediante Decreto Supremo N° 056-2018-PCM— que, en su momento, justificaron que el Gobierno planteara la reforma constitucional relacionada con el ex Consejo Nacional de la Magistratura —este es el caso

12. El Tribunal Federal Constitucional Alemán se pronunció en un caso sobre la cuestión de confianza destinada solo al adelanto de elecciones señalando que esta era admisible siempre que estuviera orientada a lograr un gobierno viable. *Cfr.* Dilmar Villena, "¿Es viable constitucionalmente presentar una cuestión de confianza con la única intención de disolver el parlamento?" *EnfoqueDerecho*, 11 de septiembre de 2019, acceso el 20 de marzo de 2021, https://www.enfoquederecho.com/2019/06/11/es-viable-constitucionalmente-presentar-una-cuestion-de-confianza-con-la-unica-intencion-de-disolver-el-parlamento/.

13. *Cfr.* STC recaída en el Expediente N° 00014-2002-AI.

de las políticas de "lucha contra la corrupción" y de "fortalecimiento de la institucionalidad"—, práctica que en su momento fue aceptada por el Congreso de la República.

En este sentido, y con independencia de las alegaciones que se han formulado de que no podría hacerse cuestiones de confianza respecto de competencias exclusivas del Congreso —como es el caso de reformas legales o constitucionales— o que los temas vinculados a lo jurisdiccional no son cuestiones que le competan al Gobierno, lo cierto es que el Congreso de la República del Perú con anterioridad ya ha aceptado la tramitación y ha aprobado cuestiones de confianza con dicho tenor, precisamente en el marco de lo constitucionalmente posible, lo cual constituye un hito en la configuración de nuestra forma de gobierno y la construcción de nuestra Constitución histórica.

Con base en todo lo indicado, entonces, es claro que el Gobierno peruano podía plantear cuestión de confianza al Congreso de la República respecto del procedimiento de elección de magistrados del Tribunal Constitucional, y más específicamente respecto a su procedimiento de elección —procedimiento de elección política—, máxime si dicha elección se encuentra vinculada a ejes de gobierno —"lucha contra la corrupción" y de "fortalecimiento de la institucionalidad"— que, en su momento, justificaron para el propio Congreso la presentación, e incluso la aprobación, de otra cuestión de confianza.

Señalado todo lo anterior, y habiéndose confirmado que era posible plantear una cuestión de confianza como la que fue sustentada el 30 de septiembre de 2019 ante el Pleno del Congreso de la República, todavía queda por discutir si el Ejecutivo podía asumir o interpretar, como finalmente ocurrió, que la confianza fue denegada, no formalmente, sino debido al comportamiento del Congreso.

2. ¿Pueden haber denegatorias de confianza "fácticas" o "implícitas"?

Inicialmente, es claro que en el Perú una cuestión de confianza facultativa —es decir, aquella planteada por propia iniciativa del Presidente del Consejo de Ministros o por cualquier ministro— debe ser programada y luego votada en el Pleno del Congreso. Ahora bien, la cuestión compleja se presenta cuando existen decisiones o procedimientos iniciados por el Congreso de la República y que el Gobierno considera que deban ser atendidos con premura o urgencia, en el marco del contrapeso entre poderes y nuestro diseño institucional. Al respecto, conforme al diseño constitucional peruano, el Congreso cuenta con diversas herramientas para limitar el accionar de un gobierno, o para responsabilizarlo políticamente con premura. Ello no ocurre igual en sentido contrario, cuando menos expresamente o conforme a las prácticas usuales.

Ahora bien, lo cierto es que, en el caso concreto, el Gobierno peruano primero pidió un trámite preferente del proyecto, al amparo del artículo 105 de la Constitución. Luego, a pesar de una injustificable resistencia, que bien pudo apreciarse incluso a través de los medios de comunicación, el Presidente del Consejo de Ministros hizo uso de la previsión constitucional —artículo 129— que permite expresa e indubitablemente a dicho Presidente del Consejo de Ministros, o a cualquier ministro, participar en toda sesión del Pleno del Congreso en los mismos términos que lo haría cualquier congresista —salvo el derecho de votar, en caso el ministro no sea congresista—. Al tratarse de una prerrogativa constitucional a favor del Presidente del Consejo de Ministros —o de cualquiera de sus ministros/as inclusive— admitir su participación ante el Pleno no se trataba de una mera "cortesía" o una cuestión de protocolo, sino de una facultad constitucional que debe ejercerse sin cortapisas, en los mismos términos en que lo haría cualquier congresista, tal como prevé la Constitución.

Es precisamente en ejercicio de dicha prerrogativa que el Presidente del Consejo de Ministros planteó, el 30 de setiembre de 2019, una cuestión de confianza ante el Pleno del Congreso, *"en ese mismo instante", "para que el Parlamento decida si nos otorga la confianza y considera por lo tanto que hay que hacer uso de transparencia*

[en el procedimiento de elección de magistrados del Tribunal Constitucional] o que nos la niegue, si considera que va a seguir adelante con ese procedimiento". Al respecto, es indubitable que el Presidente del Consejo de Ministros tenía el derecho de poder participar en esa o en cualquier otra sesión del Pleno del Congreso de la República. Asimismo, que dicho funcionario tenía la potestad de poder plantear una cuestión de confianza en relación con el procedimiento de elección de magistrados. Ambas son prerrogativas constitucionales que, en todo caso, debieron ser respetadas y facilitadas por el Congreso, y no, como finalmente ocurrió, obstaculizadas y hasta obviadas por parte del órgano parlamentario.

Al respecto, es necesario insistir en que los mecanismos de contrapeso, si bien han de resultar incómodos para los órganos que serán objeto de control o de enfrentamiento, ellos deben ser respetados y garantizados a pesar de cualquier malestar, pues de esto depende que perviva la institucionalidad contenida en la Constitución. Así, entonces, pese al fastidio o la irritación que puede generar que se utilicen los mecanismos políticos de extrema ratio como pueden ser los procedimientos de vacancia presidencial o de disolución del Congreso de la República, es necesario resguardar el correcto funcionamiento de tales instituciones, pues ello permite garantizar la separación y el balance entre poderes y; en última instancia, en caso de crisis profundas e irresolubles en las que haya fracasado cualquier mecanismo de coordinación o de diálogo, le otorga al soberano la decisión final a través de la cual puede producirse la recomposición del escenario político —esto opera frente a la disolución constitucional del Congreso, y en el caso de vacancias o renuncias presidenciales, cuando estas comprenden a todos los sucesores constitucionales—.

Volviendo a lo ocurrido el 30 de septiembre de 2019, tal como fue indicado, el Gobierno peruano, a través del Presidente del Consejo de Ministros, propuso al Congreso un cambio en el procedimiento de elección de magistrados. Al respecto, como se ha dicho aquí en varias ocasiones, las eventuales modificaciones de carácter procesal o procedimental deben ser aplicadas de manera inmediata, incluso a los procedimientos en trámite, que es la indubitable regla a seguir frente a ese tipo de cambios. Siendo así, la cuestión de confianza que fue formulada por el Gobierno, y cuyo propósito era que se discutan las pautas procedimentales referidas a elección de magistrados del Tribunal Constitucional, en ese mismo momento, promoviendo una mayor transparencia del proceso, debería haberse atendido tomando en cuenta que los cambios eventualmente aprobados deberían aplicarse de manera inmediata. Dicho con otras palabras, incluso a la elección de magistrados en curso. En este orden de ideas, se desnaturalizaría el propósito de la cuestión de confianza si se postergaba su eventual aprobación —como finalmente ocurrió— hasta después de que se haya llevado a cabo las elecciones siguiendo las pautas y procedimientos que se planteaba modificar.

Señalado ello, y ante la evidencia de que no se tenía la intención de siquiera discutir lo planteado por el Gobierno, se constata que, luego de formulada la cuestión de confianza por el Presidente del Consejo de Ministros, el Congreso del Perú votó expresamente en contra de la "cuestión previa" que presentó una de sus congresistas, cuyo propósito era precisamente que se discuta, antes de la elección de magistrados del Tribunal Constitucional, la cuestión de confianza que acababa de presentarse. Era una salida saludable, pero lamentablemente desaprovechada. Asimismo, y de manera contraria a la cuestión de confianza que fue sustentada ante el Pleno, el Congreso de la República prosiguió con la elección de magistrados, llevando finalmente a votación dos candidaturas —una de las cuáles tuvo una serie de impugnaciones no resueltas y la otra no alcanzó los votos requeridos—. No había intención de discutir, y menos de acoger, la cuestión de confianza planteada.

Horas después de todo ello, es decir, tras haberse desestimado la cuestión previa, la cual planteaba que se discuta y vote primero la cuestión de confianza, antes de la elección programada para la fecha, y tras haberse continuado con el procedimiento de elección de magistrados, que el Presidente del Consejo de Ministros pidió

que se detenga, el Congreso recién discutió formalmente la cuestión de confianza, votándose a favor de otorgarla, ya cuando la intención que la motivaba había sido rehusada o rechazada. En ese marco, debe esclarecerse entonces si la confianza fue finalmente debe considerarse como denegada u otorgada.

En cualquier caso, debemos indicar que no es contraria a la Constitución una interpretación —o, en sentido estricto, una "calificación jurídica"— que considere que la votación formal a favor de una cuestión de confianza, pero que ha sido desestimada en los hechos, sea considerada como una denegación. Volvemos entonces al ámbito de lo constitucionalmente posible, y allí nos preguntamos si la denegatoria a una cuestión de confianza —mejor dicho, a una segunda cuestión de confianza—, debe ser expresa, o si, dentro de lo constitucionalmente posible, puede, haciéndose el seguimiento de una situación concreta como la aquí descrita, entenderse que está en el margen de lo "constitucionalmente posible" entender que en este caso se ha denegado o rehusado la segunda cuestión de confianza planteada —en esta ocasión, a un gabinete del gobierno del presidente Vizcarra, quien completa el periodo del presidente Kuczynski, el cual renunció al cargo presidencial—.

¿Puede hablarse de cuestión de confianza denegada cuando indefinidamente no se atiende el tema planteado o cuando se actúa en sentido contrario a lo solicitado, aun si posteriormente, de manera formal, se concede lo solicitado? ¿No son estos últimos supuestos también escenarios de denegatoria o rechazo de la confianza solicitada?

Por cierto, una interpretación sobre "rehusar" o "denegar" la confianza puede entenderse como análoga a la interpretación que viene haciendo el Tribunal Constitucional respecto a la expresión "resoluciones denegatorias", la cual aparece en el artículo 202, inciso 2 de la Constitución, referido a la procedencia del recurso de agravio constitucional. Al respecto, y como es por todos/as conocido, la Norma Fundamental regula que el recurso de agravio constitucional únicamente procede frente a resoluciones consideradas "denegatorias" y, a modo de desarrollo, el artículo 18 del Código Procesal Constitucional indica que tendrían tal condición aquellas *"que declaran infundada o improcedente la demanda"*. No obstante ello, el Tribunal Constitucional peruano, a lo largo del tiempo —y con diferentes composiciones de magistrados— ha llegado a interpretar que puede considerarse como una "denegatoria" a aquella resolución que, pese a declarar fundada la demanda de manera formal o expresa, finalmente "deniega" justicia por ser materialmente contraria a la Constitución.

En este sentido último ya nos hemos expresado inclusive la mayoría de magistrados que hoy integramos el Tribunal Constitucional del Perú. Esto ocurrió en la STC recaída en el Expediente N° 05811-2015-PHC, fundamento jurídico 7, donde indicamos que:

> *"No debe descartar ab initio que una sentencia estimatoria de segundo grado pueda ser lesiva de otros bienes constitucionales. Su calidad de estimatoria no implica necesariamente que sea conforme a la Constitución. Su verificación está por tanto abierta al control por parte del Tribunal Constitucional a través del recurso de agravio constitucional; más aún, cuando se trata de preservar el orden constitucional. De acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal, dicho recurso procede también, inclusive cuando se trate de sentencias estimatorias de segundo grado, de manera excepcional, en los siguientes casos: a) tráfico ilícito de drogas, b) lavado de activos, c) terrorismo."*

Desde luego, debe señalarse, además, que el Tribunal Constitucional peruano, en diversos casos, ha procedido a interpretar el texto de normas legales de conformidad con la Constitución —y con los diversos sentidos que puede dar una interpretación constitucional—, yendo más allá de lo literalmente dispuesto. Hay decenas de casos en lo que esto ha sucedido. Ello, más específicamente, ha ocurrido, por ejemplo, en el caso Ley de Servicio Civil 1, STC recaída en el Expediente N° 00025-2013-PI y otros acumulados, en el cual

se interpretó la constitucionalidad de la ley tan solo si se entiende como incorporada una expresión inexistente —*"condiciones de trabajo o condiciones de empleo"*—. Asimismo, está el caso Dicapi, STC recaída en el Expediente N° 00001-2014-PI, en el que el Tribunal Constitucional peruano estableció límites para la actividad supervisora de la Dirección General de Capitanías y Guardacostas que no aparecían en la ley, enfatizando el carácter vinculante de lo resuelto por el mismo Tribunal desde una lectura directa del parámetro constitucional y los diferentes sentidos que razonablemente pueden entenderse de él.

Señalado esto, es necesario indicar que circunscribirse en estos casos a una interpretación de carácter meramente legalista —o "paleopositivista", en términos de Ferrajoli[14]— podría incluso admitir un fraude a la Constitución, el cual consiste en la manipulación de una institución que, si bien es utilizada formalmente, su real propósito es perseguir un objetivo distante de su finalidad. Al respecto, debe señalarse con firmeza que el fraude a la Constitución, y en general toda forma de "ilícitos atípicos"[15], se encuentran proscritos, con claridad, por el artículo 103 de la Constitución, a través de la prohibición expresa del abuso del Derecho, cuando allí se señala que: *"La Constitución no ampara el abuso del derecho."*

Asimismo, es necesario indicar que una interpretación en sentido contrario, puramente legalista —o "paleopositivista", repetimos, en los términos de Luigi Ferrajoli—, también implicaría admitir un grave riesgo de fraude a la Constitución. Dicho en otros términos, podría avalar la manipulación de una regulación, convalidando con ello una supuesta aprobación formal de la cuestión de confianza, mientras que en los hechos el Congreso peruano en realidad le está denegando, de manera clara, lo solicitado. Si hay rasgos claros, inobjetables de no cumplir —o de ni siquiera atender— lo que era la intención de una cuestión de confianza, cabe entonces dentro de lo constitucionalmente posible, y buscando evitar un fraude a la Constitución, asumir que nuevamente se ha denegado una cuestión de confianza y que, con ello, se configura un supuesto para la disolución del Congreso.

Ahora bien, y entendiendo que un Congreso de la República puede manifestar su voluntad de otorgar o rehusar confianza a través de manera no expresa, es necesario explicitar algunos recaudos para que ello no se haga de manera irresponsable o abusiva, de tal modo que Gobiernos como el peruano se consideren habilitados para interpretar cualquier acto del Congreso como una denegación de la confianza solicitada. A efectos de delimitar y limitar esta posibilidad, es necesario definir entonces de qué estamos hablando y en qué supuestos ésta es admisible. Respecto a esta situación de denegatoria no expresa, puede entenderse que se produce cuando median actos concluyentes, que pueden expresarse como hechos u omisiones deliberadas, los cuales de manera cierta —y no dudosa o solo probable—, además de objetiva —no meramente subjetiva— e inobjetable, otorgan certeza sobre la voluntad denegatoria del Congreso respecto de los asuntos planteados por el Gobierno, en el marco de un pedido de confianza.

Por otra parte, y en relación con los supuestos en los que puede considerarse que estamos ante actos concluyentes que pueden constituir una denegatoria no expresa de cuestiones de confianza planteadas, puedo enumerar de manera meramente enunciativa, y no exhaustiva, a los siguientes:

14. *Cfr.* Luigi Ferrajoli, "El Constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* 34, (2011): 311-361.

15. Que para Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero comprende el fraude a la ley, el abuso del derecho y la desviación de poder. *Cfr.* Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, (Madrid: Trotta, 2000).

a) El rechazo continuo a discutir la cuestión de confianza planteada. Esto puede darse tanto por la negativa permanente a empezar la tramitación del pedido de cuestión de confianza, por posponer *sine die* la presentación que le correspondería hacer el ministro solicitante ante el Pleno del Congreso, por diferir *ad infinitum* la votación correspondiente, por no discutirse y votarse en el Pleno la cuestión antes de que el pedido formulado se desnaturalice o se torne inútil, etc.

b) El rechazo, en los hechos, de la cuestión de confianza, pese a su posterior aprobación formal. En este supuesto, se producen actos concluyentes que dan cuenta acerca de la voluntad del Congreso de denegar la confianza solicitada, de una forma tal que la posterior discusión o incluso la aprobación formal de la cuestión planteada sería manifiestamente inconducente, pues la cuestión que había sido planteada por el Gobierno ya no podría cumplir con su objetivo —el estado de cosas que se pretendía obtener— o finalidad —los principios o valores que se buscaba defender o promover—.

c) La aprobación formal de la cuestión de confianza planteada, pero el rechazo, en los hechos, de lo solicitado. De este modo, cabe considerar como actos concluyentes que equivalen a una denegación de confianza si, pese a que el Congreso apruebe lo solicitado a través de una votación, jamás llega a concretizarse lo acordado o si, al pretenderse avanzar en ello, finalmente se desnaturaliza o desvirtúa lo planteado por el Gobierno.

Ahora bien, de lo anterior no se desprende que un Gobierno pueda formular cuestiones de confianza que tengan como finalidad obligar al Congreso a decidir en un determinado sentido cuando dicho Congreso ejerce sus competencias exclusivas: es decir, buscando forzar el sentido de alguna decisión sobre las cuales le corresponde deliberar o decidir al propio Congreso —este sería el caso en que, por ejemplo, si el Gobierno hace cuestión de confianza para que se elija a un determinado candidato en un puesto público para imponer a alguien como integrante de la Mesa Directiva del Congreso, o para que se apruebe un proyecto de ley sin que intermedie ninguna discusión o eventual modificación de sus términos—.

Como complemento de lo anterior, lo que sí puede ocurrir, en el marco de los principios constitucionales que delimitan nuestro sistema de gobierno, es que el Gobierno impulse al Congreso a ejercer sus competencias a través de una cuestión de confianza. Corresponderá en este caso al Congreso desempeñarlas en el marco de sus atribuciones constitucionales —de este modo, el Gobierno puede hacer cuestión de confianza con la finalidad de obtener una ley del Congreso necesaria para desarrollar una determinada política pública, o incluso, con ese mismo propósito, buscar obtener una delegación de competencias legisferantes—.

En el marco planteado, y a partir de una evaluación integral del comportamiento del Congreso de la República peruano durante el 30 de septiembre de 2019, puede desprenderse entonces, con meridiana claridad, que en los hechos se produjo una denegatoria de la confianza que fue solicitada por el Gobierno. Efectivamente, hubo una serie de actos que muestran, sin margen de duda, que el Congreso estaba denegando la confianza solicitada con actos que, en el caso concreto, consisten en una votación expresa en contra de lo que fue pedido por el Presidente del Consejo de Ministros —que se discuta primero la propuesta legislativa para mejorar el procedimiento de elección—, así como otros comportamientos que mostraron la voluntad denegatoria del Congreso, como es el caso del impedimento para que el Presidente del Consejo de Ministros ingrese al hemiciclo, no darle carácter urgente a la propuesta que fue planteada, votar finalmente por los candidatos a magistrados, etc.

De este modo, y a mayor abundamiento, se aprecia que el Congreso de la República no respetó el tratamiento preferente que requería la propuesta planteada —artículo 105 de la Constitución—, atendiendo a que se trataba de una

normativa de carácter procedimental, y por ende, de aplicación inmediata; y más bien programó su discusión para la tarde, desconociendo así el carácter urgente de lo propuesto. En similar sentido, y como ya fue indicado aquí, el Congreso rechazó la cuestión previa que había sido planteada para que se discuta la propuesta del Gobierno antes de continuar con el procedimiento de elección. De este modo, en suma, ha quedado totalmente de manifiesto que no se le dio ningún trato urgente o preferente a la propuesta sobre la cual se hizo cuestión de confianza y, en suma, que ésta fue rechazada.

Más aún, el Congreso peruano —o parte de él— ni siquiera permitió, pese a la habilitación expresa contenida en la Constitución —artículo 129 de la Constitución—, que el Presidente del Consejo de Ministros del Perú ingrese al hemiciclo y pueda, por propio derecho, hacer uso de la palabra. En este mismo sentido, se verifica que la regulación actualmente existente no prevé alguna restricción a la facultad constitucional —y no acto de mera cortesía— del Presidente del Consejo de Ministros de participar en cualquier sesión y hacer uso de la palabra, ni por razones formales —no se requiere permiso o invitación previa— ni por razones materiales —no existe ninguna restricción sobre los temas o materias sobre los cuáles se puede intervenir—.

Todo lo antes descrito —la denegatoria de lo solicitado por el Presidente del Consejo de Ministros— hace irrelevante, entonces, la formalidad de que haya existido una votación aparentemente a favor de otorgar una confianza, pues, al tratarse de una herramienta de contrapeso político, es importante que esta no sea utilizada fraudulentamente, únicamente con la finalidad de evitar los efectos constitucionales que se desprenden del ejercicio de dicha institución. Lo contrario, según fue explicado, constituiría un fraude a la Constitución, proscrito expresamente en la Carta fundamental.

3. ¿El Ejecutivo estaba facultado para disolver el Congreso de acuerdo con lo estipulado en el artículo 134 de la Constitución?

Señalado lo anterior, y en la medida que el Gobierno podía plantear una cuestión de confianza en relación con el procedimiento de elección de magistrados, y a que la calificación jurídica de la denegatoria de confianza se ubica dentro de lo constitucionalmente posible, la disolución del Congreso de la República, contenida en el Decreto Supremo N° 165-2019-PCM, se encuentra dentro del supuesto previsto en el artículo 134 de la Constitución, el que faculta la disolución constitucional del Congreso peruano.[16]

Al respecto, es menester indicar que, en el marco de sus competencias constitucionales, en muchas ocasiones el Gobierno es un aplicador vinculante de la Constitución. Por ejemplo, cuando le corresponde interpretar, calificar jurídicamente o realizar actos conforme a las previsiones constitucionales que regulan sus atribuciones o competencias. De hecho, en general, cualquier operador del Derecho para aplicarlo necesita interpretar las disposiciones jurídicas, determinar los supuestos fácticos previstos en las normas, para posteriormente calificarlos jurídicamente, completando la operación de subsunción que, de manera simple, corresponde a la actividad jurídica. Esto mismo puede precisarse con respecto de la interpretación o calificación jurídica de la denegatoria de la confianza, que, dentro del marco de los criterios antes establecidos, y como última ratio en el marco del principio de solución democrática, le correspondió realizar al Gobierno. Cuando ello ocurre, y dentro los recaudos formulados, tal como ha ocurrido en el presente caso, el Gobierno estaría actuando dentro del marco de lo constitucionalmente posible. Por ende, no existe algún problema o incertidumbre en relación con la juridicidad de la medida.

16. *"Artículo 134.-*
El Presidente de la República está facultado para disolver el Congreso si éste ha censurado o negado su confianza a dos Consejos de Ministros.
(…)"

Por lo expuesto, en suma, cabía la disolución del Congreso de la República del Perú, en la medida que se encuentra en el supuesto regulado en el artículo 134 de la Constitución: *"[e]l Presidente de la República está facultado para disolver el Congreso si éste ha censurado o negado su confianza a dos Consejos de Ministros"* no es lesivo de alguna competencia del Congreso de la República y se ha dado en el marco de nuestra forma de gobierno prevista en la Constitución. No existe, en nuestra opinión, el conflicto por menoscabo alegado en este caso.

Algunas expresiones finales: hay quienes han cuestionaron cómo se publicitó el acto de disolución presidencial. Para el suscrito, queda claro que el anuncio presidencial se perfecciona y materializa normativamente con la publicación del Decreto de disolución firmado por el ministro que lo firma. También queda claro que en ningún acápite de la Constitución se obliga contar con un refrendo de todo el Consejo de Ministros para avalar la validez y eficacia de este Decreto.

VI. CUANDO UNA CAUSAL DE VACANCIA ERRÓNEAMENTE INTERPRETADA SE CONVIERTE EN UNA MANERA RÁPIDA DE DESPRENDERSE DE UN/A PRESIDENTE/A INCÓMODO/A PARA UNA MAYORÍA PARLAMENTARIA: UNA HISTORIA RECIENTE QUE OJALÁ NO SE REPITA

Cuando en cualquier manual de Derecho Constitucional se explica el significado del concepto "vacancia", se hace referencia a un mecanismo de control institucional —y no político, erróneamente sostiene el Reglamento del Congreso peruano—, el cual apela a una cuestión objetiva que permite comprobar que alguien no se encuentra en condiciones de ejercer un cargo. Por ello, la muerte, la renuncia o el abandono injustificado del puesto —por realizar un viaje sin autorización del Congreso, viajar a un lugar distinto al autorizado, o tomarse días fuera del Perú más allá de lo admitido— son causales de vacancia. Son hechos objetivos, fáciles de acreditar.

Aquello no exime a quien sea Presidente/a de tener responsabilidad en alguna de sus manifestaciones. En ese sentido, el artículo 117 de la Constitución establece una lista de delitos que permiten su inmediato procesamiento y determinación de responsabilidad penal, sin necesidad de esperar al término de su mandato. Finalmente, el artículo 100 de la Carta de 1993, suerte de "juicio político a la peruana" permite pronunciarse en su momento por aquellas situaciones de mal desempeño presidencial.

Todo lo expuesto fue entendido así desde siempre, o por lo menos, desde hace muchos años. Y esta comprensión de las cosas incluía a lo señalado desde 1839 en todas nuestras constituciones —1839, 1856, 1860, 1867, 1920, 1933, 1979, 1993—, y que ahora está regulado en el inciso 2 inciso 113 de la Carta vigente, la causal vigente "grave y permanente incapacidad física y moral".

Esto debe entenderse en el contexto que se plantea la causal. En esa época, la palabra "moral" no contenía una connotación ética. "Moral" venía del Derecho Privado francés del siglo XIX, y era el equivalente de mental. En pocas palabras, lo que se buscaba era apartar de la Presidencia de la República a alguien que físicamente no estaba en condiciones de desenvolverse por sí mismo —y no que padezca cualquier incapacidad, pues, como fácilmente puede comprender por la labor de Franklin D. Roosevelt como Presidente de la República en los Estados Unidos de América, a quien padecer de polio y movilizarse en silla de ruedas no le impidió su cargo—; o cuando el Presidente hubiese perdido la razón por cualquier enfermedad mental. Que conste que no hablo aquí de Presidenta, pues las mujeres lamentablemente recién tuvieron derecho al voto bien entrado el siglo XX.

Esta fórmula y su comprensión como "incapacidad mental" se siguió entendiendo de esta misma manera, como ya se comentó, en las Constituciones de 1856, 1860, 1867, 1920 y 1933. En el debate constituyente que llevó a la Constitución de 1979, alguien quiso discutir el tema, pero no obtuvo mayor respaldo. Moral era mental y nada más. Lo mismo ocurrió en el Congreso Constituyente que motivó a la conformación del texto de 1993, elaborado en un

escenario en el cual más bien se buscaba fortalecer y no a exponer a la figura presidencial.

El problema se genera mucho después, con la salida del entonces Presidente de la República, Alberto Fujimori del país, supuestamente a un congreso en Brunéi, pero luego va a Japón y renuncia a la presidencia por fax. Esto ocasionó un gran malestar en el Congreso de la época, quien toma dos gestos políticos importantes: el primero, borrar la firma de Fujimori del texto de la Constitución de 1993 —esto realmente era un gesto, pues el efecto de la promulgación de una Constitución que cuente con varios años de vigencia ya está cumplido con creces. A una conclusión similar llegó la STC recaída en el Expediente N° 00014-2002-PI, conocida como el caso "Colegio de Abogados de Cuzco"—; y luego, buscando dar un reproche ético a su comportamiento, no se le vaca por ausentarse del país sin autorización, sino por "una grave y permanente incapacidad moral".

Lo que fue previsto como la constatación de un hecho objetivo se convertía así en una pauta de evaluación de la conducta presidencial hecha a medida de la sola opinión de la comprensión de la composición congresal de turno. Se había abierto la caja de Pandora. Percibiendo el posible riesgo, y aprovechando que fuimos convocados a pertenecer a la "Comisión de Estudio de las Bases de la Constitución" conformada por el entonces Presidente Valentín Paniagua, señalamos que había que distinguir entre supuestos de mal desempeño y casos de enfermedad física o mental. Sin embargo, esa advertencia quedó en el olvido, en tanto y en cuanto los Presidentes posteriores a Paniagua —Toledo, García y Humala— contaban con mayoría parlamentaria, por votación propia o por sólidas alianzas con grupos que les permitían establecer esa mayoría parlamentaria.

La situación cambia cuando Keiko Fujimori gana la mayoría parlamentaria —su 38% de votos, con la aplicación del método D' Hondt, se convierte en el 51% de las curules—. Esta ventajosa situación se consolida luego de la evidente alianza entre el fujimorismo y el Partido Aprista Peruano, con pocos congresistas en número, pero con tres de ellos con mucha experiencia parlamentaria. Sin embargo, Pedro Pablo Kuczynski capitaliza el voto contrario al fujimorismo y al aprismo, y gana las elecciones presidenciales en segunda vuelta, solamente habiendo obtenido el 17% de la votación en la primera elección —y, por ende, su cobertura en el Congreso no pasaba del 20% de congresistas—. Pasamos entonces de un escenario de Presidente robusto a otro de Congreso robusto, el cual, por cierto, históricamente no ha dado buenos resultados en la historia peruana.

Cito algunos ejemplos al respecto. No corresponde aquí, como hacen algunos, el caso de La Mar: y es que allí, antes de estar ante un Congreso inusitadamente robusto dentro de un sistema presidencial, se cuenta con un gobierno de Asamblea de corte rousseauniano que entra en conflicto con el Presidente elegido por esa misma Asamblea. Muchos años después, Billinghurst pierde el enfrentamiento entre el Presidente y al Congreso de aquel entonces, y se da un golpe de Estado militar encabezado por Óscar R. Benavides.

Algo similar sucede con Bustamante y Rivero, quien llega al gobierno con el apoyo de su entorno, acompañado por militantes del Partido Aprista Peruano. Pronto surgen desavenencias entre apristas y bustamantistas. En ese contexto, se rompe la alianza entre las dos fuerzas políticas. Es más, se da una rebelión de un grupo de militantes apristas, y el presidente Bustamante y Rivero señala que *"El APRA se ha puesto al margen de la ley"*. Pocos días después, no es el Congreso quien destituyó a Bustamante y Rivero, sino un golpe de Estado encabezado por el General Manuel A. Odría.

No fue muy distinto el cuadro vivido durante el primer gobierno del arquitecto Fernando Belaunde Terry. Si bien su partido político logró una alianza con la Democracia Cristiana, la alianza de los acérrimos enemigos de antemano: el Partido Aprista y el Partido Unión Nacional Odriísta tenían mayoría en el Congreso e hicieron un uso excesivo de interpelaciones y censuras a los ministros y ministras del Gobierno que

desestabilizó políticamente al país. Cuando el Partido Aprista quiso revertir la caótica situación existente y coordina con Acción Popular configurar una alianza y apoyar con un nuevo Gabinete —el Gabinete Hercelles o el "Gabinete conversado"—, viene de inmediato el golpe militar del general Juan Velasco Alvarado.

Fujimori, en su primer gobierno, no tenía mayoría parlamentaria, pero el Congreso de aquel entonces no hizo intento alguno de destituirlo. Fujimori más bien cuestionó ácidamente al Congreso que no controlaba, así como al quehacer de otras entidades. Aquí no es el Congreso quien actúa contra el Presidente, sino todo lo contrario: fue el entonces Presidente Fujimori quien asumió plenos poderes el año 1992 y sin seguir los parámetros constitucionales, disolvió el Congreso e interviene una serie de otras entidades estatales.

Luego de la caída de Fujimori, la distorsión de la comprensión de un hecho objetivo y de clara determinación —una causal de vacancia— en un instrumento para evaluar y determinar un mecanismo de salida de quien preside la República que podríamos denominar "exprés" —sin recurrir a una subcomisión de Acusaciones Constitucionales y a la Comisión Permanente antes de ir al Pleno—.

Como ya es de conocimiento general, esto es lo que la mayoría aprofujimorista intentó con el ex Presidente Kuczynski. Y casi lo consiguen, pues la moción de censura pasó holgadamente las dos primeras etapas previstas por la normatividad vigente, pero no consiguió el apoyo de dos tercios de los congresistas en el Pleno. Luego se descubrió el desarrollo de una estrategia para evitar que se alcancen los votos que pasaba, entre otras acciones, por el indulto a Alberto Fujimori. El descubrimiento sobre cómo se llegó a esas acciones, unido al descubrimiento de que empresas pertenecientes al entonces Presidente de la República habían recibido dinero de Odebrecht[17], hicieron insostenible su situación.

Antes de que pueda prosperar un segundo pedido de vacancia por grave y permanente incapacidad moral, Pedro Pablo Kuczynski, desacreditado incluso en muchos sectores que apoyaron su decisión, se ve obligado a renunciar a su ya insostenible condición de Presidente de la República. No se vacó al entonces Presidente con un uso distorsionado de una causal de vacancia, pero se estuvo muy cerca de hacerlo.

Luego vino la asunción de Martín Vizcarra y su abierto enfrentamiento con el Congreso con mayoría aprofujimorista, que concluyó con el cierre del Congreso ya explicado en este texto, y un pronunciamiento del Tribunal Constitucional, se coincida o no con la sentencia emitida, donde el Tribunal afirma sus roles de pacificación, integración y ordenación.

Esta misma actuación de pacificación, integración y ordenación del Tribunal Constitucional peruano es lo que busca el gobierno de turno cuando desde el Congreso busca plantearse una moción de vacancia por grave y permanente incapacidad moral. El Gobierno de aquel entonces plantea un proceso competencial por menoscabo, pues asume que el Congreso, al recurrir a la interpretación de la causal de vacancia "grave y permanente incapacidad moral" que viene utilizando, y a la cual el Gobierno considera una interpretación inconstitucional, el Congreso le está recortando al Gobierno su función principal, la de poder desarrollar su plan de Gobierno.

El caso que justificaba el planteamiento del proceso competencial era el denominado caso "Richard Swing", vinculado a contrataciones poco claras hechas reparticiones a quien

17. Nota del editor: la constructora brasileña Odebrecht se vio envuelta a principios del 2015 en el caso "Lavajato", donde una investigación federal brasileña descubrió una compleja red de sobornos a lo largo del continente, particularmente en el Perú involucrando a una serie de altos funcionarios —incluyendo a los ex Presidentes de la República Toledo, Humala, García y Kuczynski—.

usaba el nombre artístico de "Richard Swing".[18] Unos audios parecían acreditar la intención de desvirtuar cualquier tipo de relación entre el entonces Presidente Vizcarra y "Richard Swing". Eso es lo que asume el Congreso como "grave y permanente incapacidad moral", pero no consigue los votos suficientes para vacarlo. Ahora bien, con ello no terminaba el proceso, pues la denominada dimensión objetiva de un proceso competencial obliga a resolver y pronunciarse sobre el aspecto controvertido. Por ello, se considera un proceso de impulso público.

Sin embargo, y muy a despecho de estas consideraciones, que llevaban al Tribunal Constitucional a tener que pronunciarse sobre como debía entenderse la causal de vacancia "grave y permanente incapacidad moral" e incluso evaluar cómo se había utilizado esta causal, con todo respeto a su posición, pero discrepando abiertamente con ella, cuatro de los siete magistrados del Tribunal eludieron cumplir con su papel pacificador, integrador y ordenador, y optaron por una comprensión formalista de las cosas —el caso fue planteado al caso "Swing", causa que concluyó sin que proceda la vacancia de Vizcarra, el cual finalmente es vacado por otro tema: acusaciones de soborno durante su gestión como Gobernador Regional de Moquegua, acusaciones hechas por un aspirante a colaborador eficaz. Entonces, ya no tenían causa qué resolver, y por ello debía declararse improcedente la demanda por sustracción de materia—.

La respuesta formalista otorgada al caso deja entonces abierta la posibilidad de recurrir a este uso distorsionado de una causal de vacancia para, con la fuerza de votos sin sustento, carentes de motivación, una mayoría parlamentaria despoje de su cargo al Presidente o Presidenta de la República sin seguir los parámetros constitucionales. Esta situación se agrava en el último año de la gestión presidencial, pues en esa época quien preside no se encuentra habilitado a disolver constitucionalmente al Congreso, pero el Congreso sí se siente "autohabilitado" para insistir en vacar al Presidente/a. Este es un ejemplo sobre cómo puede generarse una situación de pérdida de balance de poderes que pone en riesgo la misma continuidad del orden democrático, y lo peligroso que puede resultar que un Tribunal no defina situaciones —no haga su trabajo de "concretización" — que tienen respuesta dentro de lo constitucionalmente posible y, sobre todo, sea parte de lo constitucionalmente obligatorio. A estas materias dedicaremos nuestro interés de inmediato.

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN: LAS TAREAS Y FUNCIONES DE UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SUS ALCANCES ANTE LA EXISTENCIA DE LO CONSTITUCIONALMENTE POSIBLE Y LO CONSTITUCIONALMENTE OBLIGATORIO

Lo primero que hay que señalar es que actualmente nos encontramos en un escenario de constitucionalización y convencionalización, en los que se enmarca la comprensión contemporánea del rol de los jueces y juezas constitucionales. Esta comprensión es imprescindible para poder reconocer las potencialidades, pero también los límites de los tribunales constitucionales en casos como el presente.

En efecto, la labor de un juez o jueza constitucional consiste en la de interpretación del Derecho de acuerdo con parámetros constitucionales, y más propiamente de una "Constitución convencionalizada". En este orden de ideas, le corresponde realizar labores de "constitucionalización del Derecho", ya sea en sus efectos directos —"constitucionalización judicialización", referida a la relación entre y con las diferentes

18 Nota del Editor: el caso "Richard Swing" hace referencia al descubrimiento de la contratación poco transparente del cantante Richard Cisneros, conocido por el nombre artístico "Richard Swing", para una serie de servicios en el Ministerio de Cultura por altas sumas de dinero; además de mantener reuniones secretas con el entonces Presidente Vizcarra y sus asesores en el despacho presidencial.

instituciones estatales; "constitucionalización elevación", relacionada con el sistema de fuentes o la producción de normas dentro de un Estado; y "constitucionalización transformación", vinculada a las diversas disciplinas jurídicas y sus distintas instituciones—, o también a sus efectos indirectos —modernización del Derecho, unificación del orden jurídico, simplificación del ordenamiento—.

Junto a ello, compete al juez/a constitucional, asimismo, desarrollar una labor de "constitucionalización de la política", pues el quehacer político —así como el social o el económico— no puede manejarse al margen de lo dispuesto en los diferentes preceptos constitucionales y lo que se infiere de ellos. Aquello, ciertamente, permite dejar de lado el mantenimiento de figuras arcaicas —previas al proceso de constitucionalización— como es el caso de las *political questions*, "actos políticos o de gobierno" y lo que ellas involucran: la subsistencia de decisiones que buscaban sustraerse de ser revisadas bajo parámetros jurídicos en sede jurisdiccional. Esto, bien entendido, habilita incluso a que jueces y juezas constitucionales no solamente controlen, sino que hasta se permitan hacer sugerencias y tener iniciativas frente a la configuración de políticas públicas, para así asegurar la constitucionalidad de las mismas.

Esta referida "constitucionalización de la política" permite entender que, en tanto y en cuanto la legitimación del poder en un Estado Constitucional es jurídica, y ello básicamente se tutela en sede jurisdiccional, al mismo tiempo, se le reclama a jueces y juezas constitucionales que asuman labores de integración social, las cuales, siquiera enunciativamente, aluden a apuntalar elementos de cohesión social —búsqueda de que toda persona pertenezca a una comunidad donde pueda realizar sus proyectos de vida—, inclusión social —esfuerzo para incorporar a quienes se encuentran excluidos del sistema político, de la configuración de lo económico o de la capacidad de ejercer sus derechos o su cultura a cabalidad—, reconciliación social —apuntalamiento de una superación colectiva de períodos asumidos como difíciles dentro de la historia de nuestros países— o prevención social —intento de consolidación de un clima con ausencia de conflictos, o con una solución rápida y eficaz de los ya existentes—.

Sin embargo, esto no es lo único a tomar en cuenta si se habla sobre cuáles debieran ser los actuales parámetros de la actuación de un/a juez/a constitucional. Ya habíamos dicho que ello partía de comprender su quehacer desde el parámetro de una Constitución "convencionalizada" o, dicho con otras palabras, dentro de una lógica de "convencionalización del Derecho". En todo caso, corresponde concebir la labor de estos/as juzgadores/as —y no solamente las de ellos, sino también la del conjunto de las entidades estatales, en el marco de sus competencias—, en una dinámica de verdadero diálogo, destinado a la construcción de un Derecho común, cuyo sustento es el de la comprensión de los derechos conforme a los tratados sobre Derechos Humanos suscritos por cada Estado o a las pautas sobre derechos que hoy se nos presentan como normas de *ius cogens*.

Lo anterior, por cierto, viene de cara con ciertas funciones que son propias de dicho Tribunal. Estos roles o funciones son los de mediación, entendiendo que las cortes constitucionales cumplen con una función moderadora, reguladora y preservadora de la unidad política nacional, buscando la armonía social, no obstante las diferencias propias de sociedades cada vez más plurales y complejas; los de integración social, que aluden a la búsqueda de cohesión social, de inclusión y reconocimiento, de reconciliación y de prevención social —clima de ausencia de conflictos—; y los de orientación, referidos a la tarea de afirmar los valores constitucionales y de consolidar una identidad ciudadana sobre la base de lo recogido en la Constitución.

Es dentro de ese escenario que a todo Tribunal Constitucional, a toda alta Corte que hace sus veces, y a todo juez/a constitucional, toca desempeñar una labor de concretización de la Constitución. Dicho con otras palabras, una tarea de desarrollo de los principios, valores, derechos, deberes y demás prescripciones que contiene una Constitución, las cuales no se circunscriben a su lectura estrictamente literal.

Como bien señalaba García de Enterría, toda Constitución contemporánea propia de un Estado constitucional es en rigor un conjunto normativo. Aquello reclama su interpretación sistemática con todo el mismo texto constitucional, con los parámetros convencionales vigentes —tratados, jurisprudencia y normas de *ius cogens*, por lo menos—, y lo que objetivamente se puede deducir como implícito a ello.

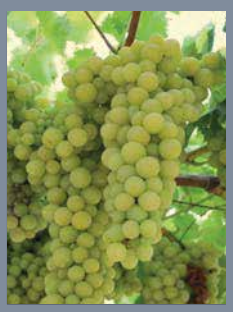
La concretización de la Constitución, como bien señalaba Hesse, y quienes han seguido esa línea de pensamiento, no puede entonces ser comprendida de una manera estática y cerrada. Una Constitución no es hoy una camisa de fuerza, sino un punto de partida para generar o recrear respuestas —según fuera el caso— a problemas que se presentan en la realidad misma de un Estado Constitucional —o por lo menos, que apunte a hacerlo—. En muchos casos, como ya lo ha dicho el mismo Tribunal Constitucional peruano en casos como "Lizana Puelles" —STC recaída en el Expediente N° 05854-2005-AA—, recurrir a una interpretación literal de la Constitución sería realmente lo inconstitucional, o lo ajeno a lo constitucionalmente conforme —necesario o posible—.

Esta última definición nos lleva también a una comprensión bastante más amplia de lo "constitucional" que lo asumido a nivel interpretativo o lo hecho suyo por parámetros interpretativos más propios de un contexto decimonónico. Es cierto que no todo es constitucional. Es cierto también que hay aspectos que son claramente constitucionales, con un reconocimiento a nivel de las Constituciones, unidas al plano convencional y a lo asumido como ius cogens, como ya fue explicado. Pero no se puede negar también que, al ser la Constitución un punto de partida para una interpretación dinámica frente a los graves y variables problemas de una sociedad, las disposiciones constitucionales, que son de diversa naturaleza —algunas principales, otras con vocación de reglas, otras y un largo etcétera—, permiten más de una comprensión de lo que se puede o debe hacer.

Aquí entramos entonces al mundo de lo "constitucionalmente posible", donde los diferentes operadores jurídicos —y sobre todo, los vinculantes—, tienen un margen de acción con cierta discrecionalidad, más no arbitrariedad. Las diferentes disposiciones de una Constitución, como bien ha dicho entre otros Guastini, cuentan con diversos sentidos o comprensiones normativas. Aquello otorga un amplio, más no ilimitado e incontrolable margen de acción a los intérpretes vinculantes de la Constitución, así como a los poderes públicos e incluso a los particulares, pero siempre de ciertos parámetros, pues, caso contrario, la discrecionalidad se convierte en arbitrariedad, y por ende, en la negación de lo que corresponde a un Estado Constitucional.

Lo que se acaba de señalar tiene enorme importancia dentro de la interpretación constitucional contemporánea. Miles son los ejemplos que podrían ponerse al respecto, pero aquí solamente mencionaremos uno: en principio es la interpretación hecha dentro de lo constitucionalmente posible la que ha permitido en el Perú comprender como ámbito de acción del "amparo contra resoluciones judiciales" no solamente al derecho a la tutela procesal efectiva —dentro de la cual se ha comprendido a la tutela judicial efectiva y debido proceso—, tal como lo haría una lectura literal del artículo 4 del Código Procesal Constitucional. Hoy cabe la interposición de amparos contra resoluciones judiciales incluso buscando evitar la violación o amenaza de violación de los denominados "derechos implícitos".

Si esto es constitucionalmente posible, hay que estar atentos a lo que los jueces y juezas constitucionales pueden o no hacer para resolver los problemas de configuración y los conflictos que pueden surgir en la conformación y consolidación de un sistema de gobierno.



SOLARI, D'AURIOL & ASOCIADOS

ABOGADOS

www.sdlaw.pe

Calle Francisco del Castillo 420 - Miraflores - Lima
+51 1 711-0821

Mz. A - Urb. Toche - Chincha Alta - Ica
+51 056 267-686

Av. Conde de Nieva 898 - Urb. Luren - Ica
+51 056 210-581

Calle Los Tamarindos Mz F13 Dpto 202
Urb. Los Geranios—Piura

Los Gladiolos 365 Dpto 101
Urb. Los Parques - Chiclayo
+51 1 711-0821

CC BY
DOI 10.26439/advocatus2021.n040.5298

Arbitraje + Tecnología = Eficiencia, ¿dónde?

Andrea Espejo Donaire

Abogada por la Universidad del Pacífico.
Diplomado en Arbitraje Internacional y de las Inversiones en la Universidad del Pacífico.

El presente artículo fue recibido por el Comité Editorial con fecha 30 de enero de 2021 y fue aceptado con fecha 14 de marzo de 2021.

SUMARIO:

I. Introducción.
II. Herramientas tecnológicas en el Arbitraje.
1. **Audio y videoconferencia.**
2. **Recolección, revisión y producción de documentos.**
3. **Organización y transferencia de información.**
4. **Presentación de gráficos y evidencia, realidad virtual y realidad aumentada.**
5. **Herramientas de análisis y mapas conceptuales.**

III. Seguridad de la Información.
IV. Conclusiones.

RESUMEN:

En un mundo globalizado y constantemente evolucionando, el Arbitraje se encuentra en un punto esencial en su desarrollo, donde las tecnologías de la información están poco a poco introduciéndose y tomando un rol protagónico. La autora desarrolla cinco puntos clave donde la tecnología juega un papel esencial en el Arbitraje, no solo en el presente, sino también hacia donde se dirige en el futuro no tan lejano.

Palabras clave: arbitraje, tecnología de la información, inteligencia artificial, videoconferencias, IBA, Chartered Institute of Arbitrators, transferencia de información, discovery.

ABSTRACT:

In a globalized and ever-changing world, Arbitration is at a crossroads for its development, where the information technologies are slowly being introduced and taking a starring role. The author explores five key areas where technology plays an essential role in Arbitration, not only in the present, but also where it is headed in the near future.

Keywords: arbitration, information technology, artificial intelligence, videoconferences, IBA, Chartered Institute of Arbitrators, information transfers, discovery.

I. INTRODUCCIÓN

El atributo del Arbitraje que ha sido consistentemente más valorado y, como contrapartida aquel que cada vez se echa más de menos, es la eficiencia a lo largo del proceso y la eficacia del resultado.[1] Eficiencia en términos de tiempo y de costos; y la eficacia en cuanto a resultados concluyentes, o como otros los llamarían, resultados ejecutables.

En la búsqueda de una mayor eficiencia en los procesos arbitrales, se ha recurrido a múltiples mecanismos, como son: modernización de leyes de Arbitraje de los Estados, así como de reglamentos de múltiples instituciones arbitrales; nuevas reglas de *soft law* o guías sobre práctica de la prueba o conducta de las partes en el Arbitraje, como las que proporciona la International Bar Association —IBA— o la Cámara de Comercio Internacional —CCI—; y, por supuesto, la aparición de herramientas que se apoyan en la tecnología, las cuales son objeto de este artículo.

Así, considerando que una de las razones por las cuales las partes eligen el Arbitraje, en oposición a un proceso judicial, es la eficiencia, no sorprende que las partes que elijan el Arbitraje también sean propensas a favorecer un proceso más simplificado facilitado por herramientas tecnológicas. De esta manera, la flexibilidad es un elemento clave del Arbitraje que toma particular importancia al referirnos a la práctica de la prueba; y donde el empleo de la tecnología puede tomar un rol protagónico, como podremos ver más adelante.

Los soportes en tecnología, como *softwares* o programas *online*, están cada vez más presentes en la resolución de las disputas y, si son utilizados con regularidad, pueden convertirse en el principal aliado estratégico para lograr la tan reclamada eficiencia en los procesos arbitrales.[2] De acuerdo con la encuesta publicada en el año 2018 por la Universidad Queen Mary y White and Case, la tecnología es generalmente utilizada en el Arbitraje Internacional y la mayoría de los encuestados prevé un mayor uso en el futuro en

1. "2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration", en *Queen Mary University of London*, acceso el 20 de marzo de 2021, http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/.

2. *Ibíd.*

lo que respecta a salas de audiencias digitales, almacenamiento de información en "la nube", videoconferencias e Inteligencia Artificial.[3]

Como es universalmente reconocido, la tecnología no es un nuevo socio de la industria legal en general ni del Arbitraje, pero está hoy más presente que nunca.[4]

El uso de la tecnología en la industria legal en general, y específicamente en el campo del Arbitraje, se puede dividir en dos grandes categorías.

Una primera categoría está referida a herramientas tecnológicas que no están involucradas en la decisión o predicción del resultado de un procedimiento legal y/o arbitral; sino que más bien se utilizan para aumentar la eficiencia del flujo de trabajo legal y/o arbitral. Los ejemplos en esta categoría incluyen firmas en línea, archivos electrónicos y videoconferencias.

La segunda categoría contiene herramientas para predecir, o incluso decidir el resultado de un procedimiento legal y/o arbitral. Los ejemplos en esta categoría incluyen *Context by LexisNexis*, una herramienta que se basa en el análisis de datos de decisiones anteriores respecto de una determinada materia, y a partir de dicha información proyecta posibles resultados con una probabilidad de acierto que puede superar el 70%; otra herramienta diseñada para su uso en arbitrajes específicamente es *Arbitrator Intelligence*, que tiene como objetivo aumentar la transparencia, la rendición de cuentas y la diversidad en la selección de árbitros haciendo pública información clave sobre la toma de decisiones en el pasado por parte de árbitros.[5]

Lo que hay que anotar es que todas estas bondades han dejado de ser premonitorias, y se han convertido en realidades, de manera que al día de hoy permiten contar con procesos más eficientes o eficaces. Más eficientes en la medida que existen múltiples herramientas que reducen costos y tiempo en el proceso; y más eficaces, porque otras herramientas —o las mismas— permiten presentar un caso de una manera más directa y convincente a los árbitros.

Es por ello que este artículo tiene por objetivo centrarse en el empleo de la tecnología en el Arbitraje, como una herramienta actual y cercana, que promete otorgar múltiples ventajas a aquellos que practican el Arbitraje, y son usadas de manera más cotidiana y sencilla de lo que usualmente uno creería.

De esta manera, no se busca proporcionar una visión futurista de lo que podría llegar a lograrse con el empleo de la tecnología en el Arbitraje. Mucho se ha dicho, y seguramente se continuará diciendo, de cómo contribuirá en el futuro la tecnología, la neurociencia y la Inteligencia Artificial en el Arbitraje; pero poco se dice de como hoy las herramientas tecnológicas son una realidad, están a nuestro alcance y son capaces de impactar en la forma en la que se desarrollan los procesos arbitrales.

La mejor manera de aprovechar las herramientas que nos ofrece la tecnología es ponerlas en práctica, y para ello es indispensable conocer cuáles son aquellas que ya están a nuestra disposición. Dependerá de cada equipo adaptarse a estas novedades que nos proporciona la tecnología y plantear la estrategia que permita obtener el máximo provecho de estos instrumentos.

---

3. *Ibíd.*

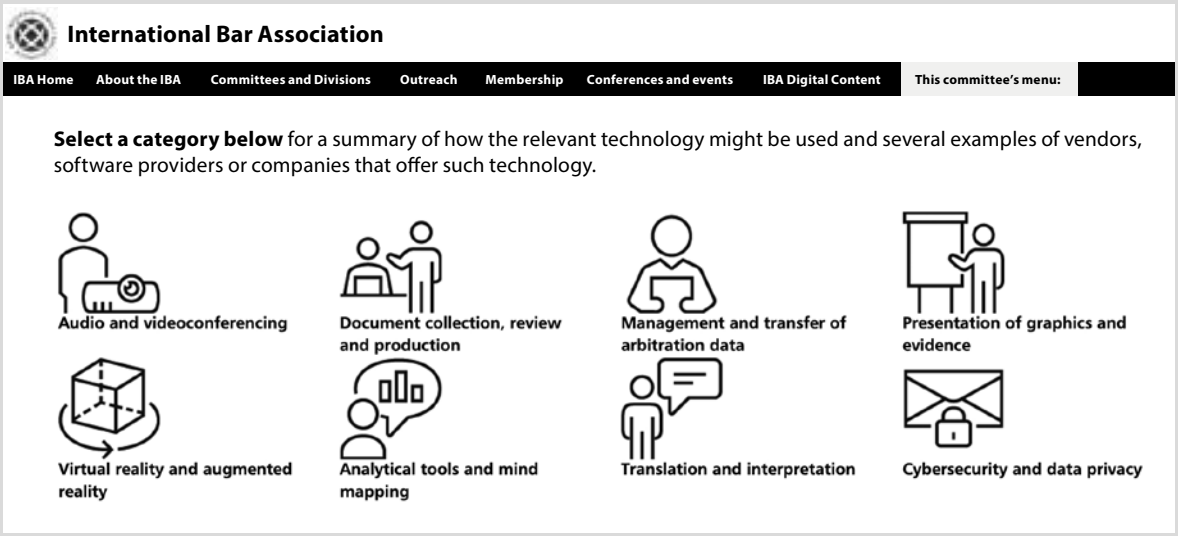
4. Sophie Nappert citada por Liko Dokopoulou, "Arbitration X Technology: A Call For Awakening?", *Kluwer Arbitration Blog*, acceso el 20 de marzo de 2021, http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/01/14/arbitration-x-technology-a-call-for-awakening/.

5. Catherine A, Rogers, "Arbitrator Intelligence: The Basics", *Kluwer Arbitration Blog*, acceso el 20 de marzo de 2021, http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/02/27/ai-3/.

II. HERRAMIENTAS TECNOLÓGICAS EN EL ARBITRAJE

A continuación, se presenta aquellas herramientas de tecnología actualmente disponibles en el mercado, muchas de ellas gratuitas, en función a las siguientes categorías: (i) Audio y videoconferencia; (ii) Recolección, revisión y producción de documentos; (iii) Organización y transferencia de información; (iv) Presentación de gráficos y evidencia, realidad virtual y realidad aumentada; (v) Herramientas de análisis y mapas concepciones.

Cabe destacar que el Subcomité IBA Arb40 ha elaborado una compilación de las ventajas tecnológicas que pueden ser usadas para asistir a aquellos que practican el Arbitraje Internacional, haciendo una división en ocho categorías, según lo siguiente[6]:



Lo que se presenta en las siguientes líneas toma parte de la información presentada por el Subcomité IBA, además de otras fuentes complementarias, comentarios y sugerencias para su empleo, según corresponda, en la búsqueda de proporcionar una visión práctica e incentivar el empleo de las mismas.

1. Audio y videoconferencia.

Esta es sin duda la primera categoría, en términos de antigüedad e importancia. El Arbitraje Internacional ha sido pionero en el uso de tecnología de audio e imágenes, tendencia que podemos ver con más frecuencia en los arbitrajes nacionales.

Gracias a esta tecnología, audiencias y otro tipo de coordinaciones entre partes y Tribunal, o entre árbitros, pueden desarrollarse de manera adecuada, pese a que los árbitros y/o las partes estén cada uno en lugares distintos. Esto permite ahorrar importantes costos para las partes y otorgarle gran celeridad al proceso. En esta materia tenemos herramientas de *conference room* como la plataforma de reuniones *Bluejeans* o la plataforma *Opus 2 Magnum*, que en su función básica es gratuita, siendo suficiente para conducir alguna audiencia vía conferencia telefónica o por videoconferencia, lo cual hace aún más real y cercana la comunicación.

Así, cada vez es más común que las audiencias se lleven a cabo por videoconferencia, considerando los altos costos que representa para las partes.

6. "Technology Resources for Arbitration Practitioners", en *International Bar Association*, acceso el 20 de marzo de 2021, https://www.ibanet.org/technology-resources-for-arbitration-practitioners.aspx.

Sin embargo, incluso las videoconferencias continúan evolucionando, existiendo ya plataformas que permiten a las partes verse las unas a otras en 3D en tamaño real e incluso establecer contacto visual, este tipo de softwares viene siendo desarrollado por compañías como Cisco System.

2. Recolección, revisión y producción de documentos.

En cuanto al manejo de información para efectos de un proceso de exhibición de documentos o *discovery*, en el marco de un arbitraje, cada vez es más frecuente la utilización de *softwares* que permiten efectuar una revisión general de gran volumen de información, pudiendo con ello identificar palabras o términos clave; separar documentos por categorías, en función a las necesidades y características de cada caso; y, transferir y almacenar gran cantidad de información.

Originalmente los procesos de *discovery*, propios del Common Law y adaptados en menor escala en el Arbitraje, han representado una gran cantidad de costos para las partes, no solo en costos de tiempo de abogados involucrados en la revisión de grandes volúmenes de información; sino también en relación a envío de la información y almacenamiento de la misma.

En la actualidad, se ha generado de esta manera lo que se denomina un *"e-discovery"*, pues se intercambia la información solicitada por las partes a través de medios electrónicos. Cada vez más están disponibles soluciones tecnológicas que permiten que este proceso demande menor cantidad de tiempo y, en consecuencia, sea menos costoso, de manera tal que los costos relacionados a almacenar la información producida, así como el espacio físico para mantenerlo, son ahora muy bajos, al punto de ser prácticamente irrelevantes financieramente.

Asimismo, se han desarrollado *softwares* que permiten la incorporación de la documentación y reducen el volumen de dicha data a través de herramientas que, por ejemplo, depuran aquellos que estén duplicados, pueden ser separados en categorías, a través del reconocimiento de caracteres, indexar documentos, identificación de palabras clave e identificación de documentos en otro idioma. Algunos ejemplos de estas plataformas son el software *Relativity* o *Ringtail and Nuix*.

Cabe destacar que en relación al *e-discovery*, instituciones arbitrales ya han emitido guías o protocolos para su aplicación, como son el Protocolo para *"e-disclosure"* en Arbitraje Internacional, elaborado por Chartered Institute of Arbitrators - CIArb de Londres[7]; o, el Reporte de la Comisión de la Cámara de Comercio Internacional de París *"Managing E-Document Production"*.[8] Por supuesto, estos documentos parten de las guías y directrices que ha sentado la IBA sobre práctica de la prueba; sin embargo, se enfocan de manera particular en la producción electrónica de documentos.

3. Organización y transferencia de información.

La primera herramienta por excelencia que podemos mencionar en esta categoría es el uso del correo electrónico. Es una realidad en el mercado arbitral peruano, el empleo del correo electrónico como un mecanismo ágil y poco costoso de comunicación y de compartir información. La utilización de esta herramienta con mayor naturalidad en el mercado peruano, como se hace desde hace muchos años en el Arbitraje Internacional, viene siendo propulsa-

7. "Protocol for E-Disclosure in International Arbitration", en *Chartered Institute of Arbitrators*, https://www.ciarb.org/media/1272/e-iscolusureinarbitration.pdf.

8. "ICC Commission Report – Managing E-Document Production", en *International Chamber of Commerce*, https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/10/ICC-Arbitration-Commission-Report-on-Managing-E-Document-Production-2012.pdf.

da por árbitros, instituciones arbitrales y partes sofisticadas.

El uso del correo electrónico no solo se limita a las coordinaciones y conversaciones habituales, sino que este se ha convertido en la vía de presentación de escritos o memoriales, o de presentación de posiciones respecto de alguna materia, que antes típicamente se habría hecho en una reunión o carta.

Si bien no nos estamos refiriendo a una plataforma compleja o no parece ser demasiado vanguardista, el impacto en términos de costo beneficio es impresionante. Correctamente utilizado reduce costos y, en especial, reduce una importante cantidad de tiempo, con la esperanza de que en el mercado local desaparezca la figura de "correr traslado", con todas las ineficiencias que ello genera, conduciéndonos más bien a una política de envíos y respuestas inmediatas, tanto entre las partes como por parte del Tribunal Arbitral.

Ahora bien, es cierto también que en muchos casos el uso del correo electrónico resulta insuficiente, pues se requiere realizar envío de una gran cantidad de información o se requiere organizar la data de determinada manera, para lo cual nuestros conocidos *Outlook* o *Gmail* resultan insuficientes.

Bajo esos escenarios existen múltiples programas disponibles en el mercado que pueden funcionar como plataformas para almacenar, organizar y transferir una gran cantidad de información. Específicamente para el caso de arbitrajes internacionales, y cada vez más también para arbitrajes locales, sirven como una importante herramienta para la presentación y/o intercambio de memoriales entre las partes y con los árbitros; o con el propósito de que cada parte pueda contar con una base de datos lo suficientemente ágil y con la capacidad necesaria para albergar la gran cantidad de información que se suele producir en el marco de un proceso arbitral.

Las plataformas más básicas son sistemas basados en "la nube", servidores que sirven como repositorios de información, permitiendo a los usuarios compartir memoriales y pruebas con otros, a través de una única y centralizada locación a la que las partes y los miembros del Tribunal pueden acceder en cualquier momento. En este caso contamos como plataformas como *BOX.COM*, en la que se puede crear un espacio específicamente para un proceso, y dentro de la misma se puede reservar carpetas privadas para cada una de las partes y para el tribunal.

4. Presentación de gráficos y evidencia, realidad virtual y realidad aumentada.

Sin duda el empleo de tecnología en la presentación de evidencia, tanto documental como respecto de testigos y expertos, es de los aspectos más interesantes y que debe buscar potencializarse más y emplearse con más frecuencia en los arbitrajes.

No podemos perder de vista que los árbitros son un panel al que se debe convencer, impactar y asegurar de que los argumentos queden claros y sean memorables. Por ello, la utilización de soporte tecnológico para lograr un informe oral efectivo o la actuación de una prueba, a través de ilustrar y resumir los argumentos, puede ser muy productivo.

La presentación de evidencia a través de herramientas de tecnología no solo brinda mayor realismo a la reconstrucción de los hechos en controversia, sino que incluso puede mejorar sustancialmente la dinámica de acreditar el caso a nivel técnico jurídico.

Sin duda, una presentación clara y contundente de los hechos materia de controversia es el elemento clave en la resolución exitosa de un arbitraje, y para ello se han desarrollado múltiples herramientas que buscan presentar de manera efectiva y visual la historia que las partes deben contar.

Por muchos años el empleo de *Microsoft PowerPoint* ha sido la principal herramienta utilizada en el Arbitraje para efectos del recuento de hechos y contar la historia que cada parte presenta frente a los árbitros, así como sus principales argumentos, de manera resumida y visual. Sin embargo, actualmente existen diversas con-

sultoras que proveen asistencia con gráficos y presentaciones. Existen múltiples avances tecnológicos que listar, todos dirigidos a una experiencia visual/auditiva, que "dan vida" al caso en concreto, lo que se puede traducir en diseñar un caso sólido en argumentos, pero también sólido en persuasión.

Algunos ejemplos de herramientas que pueden emplearse para la realización de presentaciones que generan mayor impacto son: *Impact trial, Prezi, RLM / TriaGraphix, SmartDraw, TrialPad - Lit Software, TrialTech, Z Axis*. Muchas de estas plataformas son de acceso gratuito, al menos en una versión básica —pero que en muchas ocasiones resulta suficiente— o por un determinado tiempo.

También es posible encontrar herramientas para la presentación de documentos, por ejemplo durante el contra-interrogatorio de un experto o un testigo, como es el *Trial director*, por medio del cual se cuenta con funcionalidades para comparar documentos, resaltarlos, extraer alguna determinada sección, entre otros; que pueden ser particularmente útiles, dependiendo cómo se diseñe el contra-interrogatorio.

Asimismo, se han diseñado *softwares* para la presentación de testigos, por medio de los cuales se busca evitar que se emplee un número elevado de horas dedicadas a la preparación de un testigo, de manera previa a su participación en la audiencia en la que se actuará su declaración testimonial; sino que, a través de una serie de videos y brindando información, se logre sustituir la preparación cara a cara por parte de los abogados. Sobre esto contamos con la plataforma *Perfect Witness*, por ejemplo.

Por supuesto, no consideramos que estas plataformas estén diseñadas para sustituir al 100% la labor de preparación que hacen los abogados a través de simulaciones, pero sí pueden ser muy útiles para ahorrar un número importante de horas de abogados y procurar que el testigo se sienta más preparado y familiarizado con lo que ocurrirá en la audiencia.

Ahora, en los últimos años, además de los programas antes mencionados que han sido diseñados para crear presentaciones más persuasivas, se han desarrollados altas tecnologías, como las siguientes: (i) simulaciones tridimensionales 3D; (II) realidad aumentada, que emplea elementos del mundo real con facilidades tecnológicas animadas; (iii) realidad virtual, que replica artificialmente un determinado ambiente.

En cualquiera de estos tres casos ya nos enfrentamos a herramientas mucho más sofisticadas, costosas y que requieren de especialización. Así, existen consultoras especializadas en la creación de simulaciones, que son utilizados en juicios o arbitrajes para representar como aconteció —o debió haber acontecido— determinado hecho, siendo poco probable que una parte —o sus abogados— se desenvuelvan con naturalidad en este tipo de programas. Al respecto, algunos proveedores o programas que pueden emplearse son los siguientes: *A2L Consulting, Cogent Legal, Courtroom Visuals, DAQRI Worksense Model.*

En cuanto a realidad virtual, cabe destacar que este es un mercado relativamente nuevo y no hay aún una práctica significativa en materia de Arbitraje. Esta tecnología permite la creación de ambientes que son artificiales, interactivos, creados por computadora y con gráficos en 3D, lo cual da al usuario la experiencia de estar presente en un ambiente virtual. Por ejemplo, reconstruir un accidente en el marco de un contrato de construcción o la explicación de efectos en la contaminación ambiental.

Como se señaló, esto parece particularmente útil en la actuación de pruebas en controversias cuyos hechos son un componente importante para resolver la disputa. Es una realidad que los arbitrajes los ganan aquellos que acreditaron que los hechos están a su favor. Emplear herramientas como la realidad virtual puede devenir en convencer al Tribunal de que los hechos se desarrollaron de determinada manera y eso deriva en qué parte tiene la razón.

5. Herramientas de análisis y mapas conceptuales.

En los procesos arbitrales, en general, y particu-

lamente en algunos de ellos, la cantidad de información y argumentos que se debe manejar es muy amplia. En muchos casos, el volumen de información puede volverse difícil de manejar, de procesar y aún más de explicar, trasladar y convencer a los árbitros.

En ese sentido, se han desarrollado herramientas de análisis, las mismas que consisten en nuevas aplicaciones que pueden ayudar a los abgados de las partes, e incluso a los árbitros, a desarrollar y explorar hechos y aspectos legales, así como organizarlos de manera lógica, usualemente visual.

Estas herramientas analíticas pueden usarse como mapas de estrategias, patrones, relaciones, prioridades, tendencias y tiempo a ser empleado para resolver una determinada disputa. A partir de ello, se logra dirigir la atención del público al que está dirigido a los aspectos más importantes del caso, y presentarlos de manera lógica, ordenada y visual, de manera que se logre el objetivo último que es convencer respecto de determinada posición.

En línea con ello, se han podido generar otros avances, como el denominado *mind-mapping*, lo cual consiste en que es posible efectuar predicciones acertadas en cuanto al resultado de un caso particular a partir del análisis de información pasada. Por ejemplo, un programa que era alimentado por una serie de decisiones adoptadas por la Corte Europea de Derechos Humanos fue capaz de predecir el resultado de otros casos con el 79% de certeza, en función de buscar relación entre palabras, secuencia de palabras y palabras clave que derivan en un resultado o en otro.[9]

Por tanto, las herramientas como las antes señaladas son útiles para el global entendimiento de una controversia, para la generación de una estrategia adecuada y para determinar la forma más asertiva de canalizarlo; así como para predecir con moderada certeza posibles resultados. Sobre esto punto, tenemos plataformas como *Brainspace, LexMachina, Courtroom Visuals, Ross Intelligence o TreeAge Pro*.

III. SEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN

Un comentario final, transversal a todas las herramientas presentadas, es lo referido a la seguridad de la información. Sin lugar a dudas lo relacionado a *data privacy* y *cyberseguridad* ha dado espacio a amplias discusiones entre los practicantes de la industria, que escapan del objeto de lo que aquí se trata; sin embargo, al emplear las herramientas aquí presentadas es importante tener en mente que la seguridad de la información intercambiada en el marco de un arbitraje es un tema mayor.

Fundamentalmente, la discusión se ha centrado en proteger la información que es intercambiada entre las partes y los árbitros, y garantizar que las plataformas que para ello se empleen brinden la seguridad suficiente respecto de la documentación generada.

Actualmente, no existe ningún estándar perfecto de *cybersegridad* en general; no solo en materia legal o en relación al Arbitraje. En reemplazo de ello, varias instituciones arbitrales, organizaciones y practicantes del Arbitraje, incluyendo la IBA, han desarrollo protocolos o directrices con el objetivo de prevenir que los practicantes del Arbitraje sean víctimas de las debilidades típicas y busquen emplear de forma cotidiana aquellas medidas que pueden protegerlos en contra de estas debilidades.

El nivel apropiado de protección de la privacidad y seguridad de la información depende la naturaleza del arbitraje, la sensibilidad de la información intercambiada y la norma aplicable; y puede derivar en que se añadan determinados costos al proceso, en búsqueda de mayores candados de seguridad.

IV. CONCLUSIONES

En resumen, hemos visto hasta este punto los

9. International Bar Association, *Op. Cit.*

distintos aspectos prácticos en los que contribuye la tecnología para llevar adelante un proceso arbitral más eficiente, ya sea porque representa menores costos, menor inversión de tiempo, mayor efectividad, o más de uno de los anteriores beneficios.

El uso de las herramientas de tecnología en el contexto del Arbitraje, en especial en el Arbitraje Internacional, es no solo cada vez más frecuente, sino que se ha convertido en un aliado indispensable para llevar adelante procesos arbitrales que, en algunos casos, por su vocación auténticamente internacional, requieren de instrumentos que faciliten el desarrollo eficiente del proceso; o, simplemente porque requerimos cada vez de más y mejores herramientas que permitan llevar un caso de manera más eficiente o presentarlo de forma más eficaz.

Siendo que una de las principales razones por las que las partes optan por el Arbitraje, en reemplazo de un proceso judicial es la eficiencia, no resulta sorprendente que esas mismas partes sean más proclives para emplear herramientas o facilidades tecnológicas a lo largo del proceso. Sin embargo, se puede observar en el mercado actual que tanto las partes como sus abogados tienden a ser altamente adversos al riesgo y ello se extiende a ser menos propensos a experimentar con el uso de nuevas tecnologías.

Muchas son las herramientas de tecnología que se pueden emplear para presentar determinadas pruebas, o para plantear argumentos, o presentar el caso en general; sin embargo, los árbitros no entenderán el caso que tienen frente a ellos si no se les provee con los instrumentos adecuados, en términos de presentación y de argumentación. Así, las herramientas de tecnología que se empleen serán tan confiables como la data que está detrás de ellas y las soportan.

Todas estas herramientas, por más interesantes y persuasivas que hayan sido diseñadas, pierden propósito sin una estrategia clara detrás, la cual hasta la fecha no puede ser desarrollada por una inteligencia distinta a la humana.

RUBIO
LEGUIA
NORMAND

ARBE ABOGADOS

CORPORATIVOS FINANCIEROS

Calle Amador Merino Reyna N°307, piso 11 - Edificio Nacional
San Isidro, Lima 27, Perú
T. +51 1 716-1300
E. arbeabogados@arbe.com.pe

CC BY
DOI 10.26439/advocatus2021.n040.5299

Cumplimiento sin Cumplimiento La UIF–Perú incorporada a la SBS, oficial sin autonomía, la función a dedicación no exclusiva: una ventana hacia el lavado de activos

Daniel Ángel Puémape Postigo

Abogado por la Universidad de San Martín de Porres.
Estudios en Derecho Bancario en la Universidad De La Sabana de Colombia.

El presente artículo fue recibido por el Comité Editorial con fecha 11 de enero de 2021 y fue aceptado con fecha 29 de enero de 2021.

SUMARIO:

I. Introducción.
II. La UIF-Perú adscrita a la SBS.
III. La dedicación no exclusiva.
IV. Supuesta autonomía.
V. Anticipación del directorio.
VI. Remoción del oficial de cumplimiento.
VII. Informes confidenciales y reservados.
VIII. Reflexiones finales.

RESUMEN:

En el presente artículo, el autor señala tajantemente las deficiencias legales del sistema de prevención de lavado de activos: las deficiencias normativas y competencia de los entes reguladores que han contribuido a la imperfección para fortalecer el sistema de prevención, la poca autonomía funcional de la UIF-Perú incorporada a la SBS en el rol de sus funciones, la dedicación no exclusiva y la falta de autonomía del oficial de cumplimiento, la falta de prevención y voluntad de control de los dueños y directivos prontos a asumir riesgos y consecuencias penales en la organización, y la reserva de los informes confidenciales son algunas de las deficiencias hacia una ventana del lavado de activos.

Palabras clave: cumplimiento, prevención, lavado de activos, UIF-Perú.

ABSTRACT:

In this article, the author points out the legal deficiencies of the money laundering prevention system: the regulatory deficiencies and competence of the regulatory entities that have contributed to the imperfection to strengthen the prevention system, the little functional autonomy of the UIF-Peru incorporated to the SBS in the role of its functions, the non-exclusive dedication and lack of autonomy of the compliance officer, the lack of prevention and control willingness of shareholders and managers ready to assume risks and criminal consequences in the organization, and the confidentiality of reserved reports are some of the deficiencies towards a money laundering window.

Keywords: compliance, prevention, money laundering, UIF.

I. INTRODUCCIÓN

El lavado de activos es un fenómeno de dimensiones internacionales. Dada la interdependencia existente entre los países y el alto desarrollo tecnológico de las telecomunicaciones, los capitales fluyen fácilmente por el sistema financiero, bancario y bursátil a nivel mundial. Esto permite a la delincuencia organizada operar local e internacionalmente, por lo cual el lavado de activos normalmente involucra movimiento de capitales entre distintos países.

De allí la necesidad de cooperar internacionalmente con estándares de supervisión y regulación idónea, cooperación que ha sido reconocida por numerosos gobiernos y ha redundado en diversos acuerdos en el ámbito internacional. En buena medida, estos acuerdos han contribuido a fortalecer los ordenamientos nacionales y mejorar los mecanismos de cooperación e intercambio de información y pruebas en diversos países.

Puede afirmarse que, en el ámbito nivel latinoamericano, los mecanismos de control y prevención del lavado de activos adoptados al interior del continente responden a parámetros de aplicación internacional, por ejemplo, el principio *conozca su cliente*.

Ahora bien, la mayoría de los Estados miembros de la OEA —Organización de los Estados Americanos— han adoptado o se han comprometido a adoptar estas medidas en su ordenamiento jurídico interno. Estas recomendaciones internacionales se reflejan de manera integral en las distintas áreas de la legislación interna, que de algún modo se relacionan con el lavado de activos.

Las disposiciones que regulan el sistema financiero, el sistema penal y la estructura del apartado jurisdiccional en los países latinoamericanos, en cuanto hace al tema del lavado de activos, se encuentran adecuadas a los estándares internacionales en la materia.

La acción de las autoridades contra el lavado de activos tiene la mayor importancia en el entorno actual, en el cual se han modificado de manera sustancial las políticas contra la delincuencia. En este tiempo, se ha visto que una de las herramientas más efectivas contra el delito es perseguir la riqueza producto de las acciones cometidas por fuera de la ley, siendo la acción contra el lavado de activos una de las herramientas más efectivas.

Se requiere pues de un trabajo en conjunto para controlar el flujo de capitales entre los dis-

tintos Estados, práctica habitual de las organizaciones criminales para eludir la acción de las autoridades.

La Organización de las Naciones Unidas ha definido el lavado de dinero como la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, fuente, disposición, traslado o propiedad del producto del tráfico ilícito de drogas. El blanqueo incluye el traslado o la conversión de haberes, o de su producto, por cualquier medio, incluida la transmisión electrónica, con el objeto de hacerlos pasar por el producto de actividades licitas. En resumen, el lavado de activos es un delito proceso, por el cual una persona convierte o transforma el dinero obtenido de una actividad ilícita —por ejemplo, narcotráfico—, introduciendo dicho dinero al sistema bancario o una actividad empresarial —empresa fachada— con el objeto de convertir el dinero ilegal en dinero lícito.

Con la finalidad de combatir el lavado de dinero, los países en el mundo se han puesto de acuerdo en asumir compromisos e implementar "medidas de control" que se materializan en las normas de prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

Por ejemplo, existen las 40 Recomendaciones del GAFI —Grupo de Acción Financiera Internacional—, las mismas que son lineamientos internacionales para combatir el lavado de dinero y sus modalidades en general, y las que en nuestro país se han implementado en el conjunto de normas relacionadas con la prevención del lavado de activos en distintos sectores. Por ejemplo, en primer lugar las Recomendaciones de GAFI establecen que los países deben implementar una Unidad de Inteligencia Financiera —UIF— la cual deberá encargarse de procesar y analizar la información financiera detectando alguna irregularidad en la transmisión de capitales y comunicar al Ministerio Público para su pronta investigación; de igual forma GAFI establece que los países deben implementar un sistema de prevención de lavado de activos e incorporar en su organización un Oficial de Cumplimiento cuya función primordial sea la detección de ingreso de dinero ilícito en la organización, comunicando en su informe de manera confidencial al Directorio y al ente regulador para su posible investigación. Es decir, el Oficial de Cumplimiento es un profesional puesto en la organización por ley o norma legal, designado por el Directorio, quien sería el nexo de conexión entre el ente regulador —por ejemplo la Superintendencia de Banca y Seguros — SBS— y la entidad financiera.

II. LA UIF – PERÚ ADSCRITA A LA SBS

Durante el Gobierno de Alejandro Toledo, el Congreso de la República creó la Unidad de Inteligencia Financiera – Perú —UIF-Perú—, a través de la Ley 27693, publicada en el diario oficial el día viernes 12 de diciembre de 2002, otorgando el rango de personería jurídica de derecho público, con autonomía funcional, técnica y administrativa, encargada del análisis, el tratamiento y la transmisión de información para prevenir y detectar el lavado de dinero o activos, "*con pliego presupuestal adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas*"; concepto posteriormente modificado por la Ley 28009 —del 21.06.2003—, y la Ley 28306 —del 29.07.2004—, las cuales establecen que la UIF tiene pliego presupuestal adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros —PCM—; y posteriormente, incorporándose la UIF a la Superintendencia de Banca y Seguros —SBS—, como unidad especializada.

El Reglamento primigenio de la Ley 27693 era el Decreto Supremo N° 018-2006-JUS; actualmente derogado mediante Decreto Supremo N° 020-2017-JUS, cuyo objetivo señalado en su artículo 1 es desarrollar las disposiciones contenidas en la Ley 27693 y sus modificatorias, para fortalecer la prevención, detección y sanción del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo.

A continuación, por ejemplo en el país de Bolivia se le denomina Unidad de Investigaciones Financieras —UIF—, la cual es una entidad pública descentralizada con personalidad jurídica de derecho público, autonomía de gestión administrativa, financiera, legal y técnica, bajo tuición del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, y es la unidad encargada de recibir, solicitar, analizar y, en su caso, transmitir a las autoridades competentes la información ne-

cesaria debidamente procesada vinculada a la legitimación de ganancias ilícitas y financiamiento.

En Argentina tiene el nombre de Unidad de Información Financiera —UIF— cuya función es el análisis, el tratamiento y la transmisión de información a los efectos de prevenir e impedir el lavado de activos provenientes de una serie de delitos graves, se encuentra bajo la jurisdicción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y depende presupuestalmente del Ministerio de Hacienda.

En Chile tiene el nombre de Unidad de Análisis Financiero —UAF— la cual es un servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que se relaciona con el Presidente de la República de Chile a través del Ministerio de Hacienda. Su objetivo es prevenir e impedir la utilización del sistema financiero, y de otros sectores de la actividad económica chilena, para la comisión de los delitos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

En Colombia se llama la Unidad de Información y Análisis Financiero —UIAF—, la cual es una unidad administrativa especial del Estado colombiano, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, de carácter técnico, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Es el órgano de inteligencia financiera del con el fin de prevenir, detectar y luchar contra el lavado de activos y la financiación del terrorismo.

En Brasil la *Agência Brasileira de Inteligência* —ABIN— abarca la producción de conocimientos de inteligencia para la Presidencia de la República y la participación en iniciativas interministeriales. La ABIN integra la Estrategia Nacional de Combate a la Corrupción y al Lavado de Dinero —ENCCLA, por su sigla en portugués— y tiene asiento en el Consejo de Control de Actividades Financieras —COAF—, unidad de Inteligencia financiera de Brasil, responsable por el proceso de obtención y análisis de informaciones y producción de conocimientos de Inteligencia necesarios al proceso de toma de decisiones del Poder Ejecutivo, además de actuar en la protección de las informaciones sensibles y estratégicas del Estado brasileño.

En México se le llama la Unidad de Inteligencia Financiera —UIF— la cual es una instancia de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público de México encargada de prevenir y combatir los delitos de operaciones con recursos de procedencia ilícita y del financiamiento al terrorismo.

En Canadá se denomina *Financial Transactions and Reports Analysis Centre*, en español, Centro de Análisis de Informes y Transacciones Financieras de Canadá —FINTRAC—, unidad de inteligencia financiera de Canadá. Su mandato es facilitar la detección, prevención y disuasión del lavado de dinero y el financiamiento de actividades terroristas, al tiempo que garantiza la protección de la información personal bajo su control. Es una institución federal que forma parte de la cartera de finanzas y trabaja con sus socios del régimen contra el lavado de dinero y el financiamiento contra el terrorismo a nivel federal, provincial y municipal.

Como hemos podido apreciar, el tratamiento y creación de la UIF en la región no es absolutamente autónoma, son creadas por leyes y carecen de rango constitucional, y siempre dependen del brazo del Gobierno que alimenta estas instituciones.

Al respecto —debido a la gran importancia de la entidad para prevenir el lavado de dinero en un país— nosotros consideramos que la UIF-Perú debe ser un organismo del Estado autónomo e independiente elevado a rango constitucional, con presupuesto funcional y administrativo dotado de absoluta autonomía, sin ninguna dependencia directa o indirecta con las entidades u órganos del Gobierno como la Presidencia del Consejo de Ministros, que es un órgano directo de la Presidencia de la República, o del Ministerio de Justicia, y mucho menos incorporada a la SBS como "Unidad Especializada".

Por ejemplo, si se encuentra incorporada a la SBS, se duda mucho que pueda ejercer un control objetivo y eficiente contra los funcionarios del Estado y del Gobierno, lo mismo sucede en

otros países donde la UIF no ha podido ejercer un control absoluto en materia de prevención de lavado de activos y corrupción contra altos funcionarios y líderes políticos. Mucho se habla del caso Odebrecht pero nadie ha preguntado cómo se han realizado estas transferencias de capitales y sus respectivos sustentos, cómo ha fallado el sistema de prevención en las entidades financieras supervisadas o la lentitud de la UIF para ejercer su investigación. En consecuencia, consideramos que la UIF no ha estado preparada para asumir tal responsabilidad, no porque quiera evadirla, sino porque que el Estado —Gobierno y Congreso— no la ha dotado de absoluta autonomía para su eficaz ejercicio y control.

La razón de ser de la UIF es ejercer la prevención, control e investigación en materia de lavado de dinero y activos en un país, quien luego de tener una sospecha razonable, remitirá su informe confidencial y elevará los partes al Ministerio Público para su correspondiente investigación penal; pero si ésta se encuentra adscrita a un ente del Gobierno dudamos mucho que ejerza su función con total independencia y objetividad.

Hacemos una pregunta: ¿alguno de ustedes ha escuchado hablar de la UIF-Perú en algún medio de comunicación? No tenemos alcances de noticias de si la UIF-Perú ha comunicado al Ministerio Público algún tema sospechoso de lavado de dinero. ¿Cuántos funcionarios del Estado, líderes políticos o empresarios son o vienen siendo investigados por estos delitos ante la fiscalía?

Por lo tanto, sostenemos que la UIF-Perú debe ser una entidad del Estado autónoma con presupuesto independiente y sobre todo con capacidad de investigar actividades sospechosas de presuntos delitos de lavado de dinero, inclusive a altos funcionarios del Estado, ministros, asesores de la presidencia, congresistas, etc., cuya actividad y/o función involucre a los altos funcionarios del Estado.

Cuando fuimos Oficial de Cumplimiento en una empresa, recibimos por correo una invitación de la SBS para asistir a un evento desayuno sobre implementos para mejorar el sistema de prevención de lavado de activos. Escuchamos a los expositores, y, luego, en nuestra mesa los consultores, nos pidieron que llenemos unos papeles de trabajo para su retroalimentación, todos expusieron y comentaron sus puntos de vista para "mejorar" el sistema de prevención; cuando llegó nuestro turno fuimos muy directos en decir que estos eventos de consultoría no serán eficientes y no servirán de nada si es que la UIF-Perú sigue incorporada a la SBS. Nuestro punto de vista es el mismo, consideramos que la UIF-Perú debe ser una entidad del Estado autónoma sin depender jerárquicamente de ningún aparato del Estado y sobre todo debe ser elevado a rango constitucional por iniciativa del Congreso.

III. LA DEDICACIÓN NO EXCLUSIVA

De otro lado, para aquellos que han ejercido el cargo, sabrán que las funciones de un Oficial de Cumplimiento son diametralmente distintas a las funciones de un Asesor Legal. Este último tiene funciones estrictamente jurídicas: por ejemplo, revisión de contratos, mitigar riesgos legales para la sociedad, elaboración de oficios, elaboración y contestación de demandas judiciales, recursos impugnatorios judiciales y administrativos en defensa de la sociedad, acuerdos de transacciones extrajudiciales, revisión de poderes, elaboración de actas, entre otros de índole legal. Sin embargo, las empresas por reducir costos —y también porque la norma lo permite— contratan abogados que ejercerán la función de Oficial de Cumplimiento y a la vez la de asesor legal, sabiendo que a la larga traerá consecuencias nefastas para la sociedad y para el profesional mismo.

En primer lugar, por norma legal, el Oficial de Cumplimiento depende "jerárquicamente del Directorio", por lo tanto, deberá reportar directamente al Directorio; sin embargo, en el caso del Asesor Legal no sabemos si la estructura orgánica se encuentra diseñada para reportar al Directorio.

Muchas veces recibe consultas de diversas áreas de la empresa, por lo tanto, su función se cir-

cunscribe de soporte legal o asesoría legal a los demás gerentes de la empresa, recibiendo muchas veces consultas de otras áreas en el sentido que no se ha implementado un mecanismo de procedimiento de consultas legales idóneas.

Como se habrán podido dar cuenta, esta función de asesoría y soporte dista de la función *stricto sensu* del Oficial de Cumplimiento, quien está obligado por ley a reportar directamente al Presidente del Directorio mediante los informes semestrales o trimestrales internos los cuales son estrictamente "confidenciales". Es decir, las normas han determinado que el Oficial de Cumplimiento sea el nexo entre el ente regulador y la sociedad —Banco, sociedad minera, casino, etc.— y sus dueños, directores o accionistas. Por ejemplo, no existe una norma legal que obligue o imponga a un gerente de una empresa para sea el nexo o canal con el Ente Regulador.

Por lo tanto, el asumir una doble función —dedicación no exclusiva— no ayuda al fortalecimiento y control de medidas antilavado; y, muchas veces por asumir una doble función, no se realiza el control eficiente de implementación de Políticas de Prevención del Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo —en adelante, "PLAFT"— asumiendo la sociedad un riesgo innecesario, tanto los Directores como accionistas de la sociedad, ante eventuales inspecciones del ente regulador al verificar que la documentación en materia de prevención no se encuentra ordenada, siendo insuficiente e incompleta debido a la doble función, acarreando ésta una eventual sanción razonable.

Sostenemos que la función del Oficial de Cumplimiento debe ser estrictamente exclusiva, y la norma no debe permitir que pueda realizar una función a dedicación no exclusiva, pues trae consecuencias nefastas para la función del Oficial de Cumplimiento, en el sentido que debe enfocarse a detectar posibles ingresos de dinero ilícito en la organización y comunicar lo más pronto posible al Directorio y al ente regulador; sin embargo, la función adicional que asume de asesor legal posiblemente no le permitirá identificar oportunamente dichas actividades lo que pone en riesgo la actividad de la empresa. En consecuencia, hemos identificado una falla en el sistema de prevención que tiene que ser modificada.

Hace unos días nos llamaron de una entidad financiera quienes estaban interesados en realizar una consultoría. Lo primero que hicimos es preguntar al gerente general si el Oficial de Cumplimiento desempeña una función "a dedicación no exclusiva", nos respondió que no, que el Oficial de Cumplimiento desempeña una función a dedicación exclusiva. Aceptamos reunirnos con ellos porque el trabajo de implementación de control es más fácil y eficiente.

Según nuestra experiencia, cuando estuvimos capacitando una entidad financiera, el Oficial de Cumplimiento estaba haciendo su labor, pero se notaba que su mente estaba en otra reunión. Le preguntamos qué sucedía, y nos indicó que en unos minutos lo llamaría el gerente para revisar una contestación de demanda judicial cuyo plazo vencía ese día, con lo cual tuvo que retirarse y abandonar la capacitación, transmitiendo un mensaje al equipo de trabajo y a la organización que el tema de prevención y cumplimiento no era importante para él.

Imagínese usted que el arquero Iker Casillas del Real Madrid tenga a su cargo la función del zaguero Sergio Ramos, es decir, sería arquero y defensa simultáneamente, las consecuencias quizá las podemos adelantar. Imaginemos por un momento que el Primer Ministro sea a su vez Ministro de Salud, ¿ustedes creen que podría desempeñar una buena tarea pública y tomar decisiones acertadas y urgentes?

IV. SUPUESTA AUTONOMÍA

De igual forma, para asumir una función eficiente el Oficial de Cumplimiento no solamente debe dedicarse a una función exclusiva, sino también debe gozar de una absoluta autonomía real.

Cuando un Oficial de Cumplimiento se incorpora recientemente a sus labores tiene que firmar una serie de documentos en calidad de declaración jurada —porque así lo establece la norma y no tiene otra salida—, entre ellos, señala y

firma expresamente que "el Oficial de Cumplimiento goza de absoluta autonomía e independencia en el ejercicio de las responsabilidades y funciones, y que depende jerárquicamente dentro del organigrama funcional directamente del directorio". Sin embargo, advertimos que no es posible gozar de una autonomía absoluta cuando el Oficial de Cumplimiento es "a dedicación no exclusiva", —porque la norma lo permite—, pues en este caso también es asesor legal quien no goza de autonomía absoluta en sus funciones, y ni modo que diga al momento de incorporarse a su labor que no goza a autonomía absoluta y se niegue a firmar el referido documento. Finalmente, debido a la falta de autonomía real, muchas veces los informes del Oficial de Cumplimiento —que son revisados y/o corregidos previamente por el Gerente General— carecen de valor para el debido control del lavado de dinero, transmitiendo un informe débil que satisfaga los intereses de la empresa.

Por ejemplo, en las transacciones financieras realizadas en el caso de la brasileña Odebrecht, sus vinculadas, y proveedores que giran a su alrededor, los Oficiales de Cumplimiento tenían la obligación y deber de identificar el origen de los fondos y las cuentas bancarias, los beneficiarios o destinatarios reales, cruzar información con otros bancos, revisar los datos de los apoderados, la triangulación del dinero, la naturaleza real de los contratos y operaciones, para determinar si son o no ficticios, solicitando la información que considere necesaria para el debido control. Sin embargo, muchas veces el requerimiento de información es bloqueado por el mismo Gerente General —que no es experto en cumplimiento—, por temor a incomodar al "inversionista-cliente" con preguntas inoportunas, y retire su dinero y lo lleve a otro banco de la competencia; esto se debe a la falta de autonomía real del Oficial de Cumplimiento para el efectivo control del lavado de activos. No se trata de convencer a los directivos del banco para que requieran información, sino el Oficial de Cumplimiento debe estar dotado y empoderado de una autonomía absoluta que le permita ejercer su función para el control de lavado de activos y poder identificar el origen de los capitales ilícitos.

Los directivos deben entender que todo el estudio de prevención de lavado de activos gira en un solo concepto universal: el delincuente tiene la intención planificada de aparentar un negocio lícito, por lo tanto, detrás de una operación se oculta una estrategia diseñada para convencer una apariencia de un negocio lícito, cuando realmente el delincuente se encuentra lavando el dinero, haciendo una triangulación y operación ficticia o de fachada, por ejemplo, para una operación ilícita entrega un nombre o empresa de un tercero para no dejar rastros que vinculen con el acto ilegal.

Si una entidad bancaria, financiera o sociedad agente de bolsa —cuya actividad principal es el financiamiento—, tiene un cliente del rubro construcción y ésta para operar tiene distintas sucursales o empresas creadas bajo una misma matriz, y a su vez los fondos provienen del extranjero: por ejemplo, la empresa "Constructora Juanitos S.A.C.", tiene a su vez o es dueña de la sub empresa "Juanitos ABC S.A.C", "Juanitos DEF S.A.C", "Juanitos OPQ S.A.C.", y "Juanitos XYZ SAC", las que "requieren" de financiamiento para la edificación del proyecto.

Aquí, el Oficial de Cumplimiento deberá solicitar al cliente la información y/o documentación que sustente dicha operación, y verificar el origen de los fondos, cruzar información e identificar al beneficiario final real. Sin embargo, como ya hemos referido, muchas veces el Oficial de Cumplimiento solicita dicha información, la cual es negada previamente por su propio Gerente General y/o el Directorio de la sociedad, obstaculizando la función del Oficial de Cumplimiento debido a que la norma lo permite.

V. ANTICIPACIÓN DEL DIRECTORIO

Hace unos años tuvimos la oportunidad de trabajar en un Operador Logístico. El gerente general realizó una consulta legal, sobre si era necesario o no implementar un Sistema de Prevención PLAFT en la organización, y la respuesta a la consulta fue que no existe una obligación legal. Por lo tanto, no se implementó dicho sistema. Algún tiempo después, tomamos conocimiento que la empresa colombiana BIOMAX

—dedicada a la distribución de combustibles derivados de petróleo— tenía implementado el Sistema de Prevención SARLAF —sistema de administración de riesgos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo—, la cual era encabezada por su Oficial de Cumplimiento. Este sistema cuenta con políticas, controles, y procedimientos establecidos a fin de prevenir oportunamente el uso o la relación de la compañía con personas y/o organizaciones con vínculos en actividades ilícitas como el lavado de activos y financiamiento del terrorismo. Asimismo, este sistema tiene como propósito la identificación y el reporte de las operaciones que pretendan permear la organización. Pero lo más relevante era que, aunque no fuera una obligación legal impuesta, la alta gerencia y el Directorio se habían anticipado a la decisión oportuna de implementar dicho Sistema de Prevención aunado a un Código de Ética, porque sabían que con ello fortalecerían las barreras de entradas de capital ilícito a la organización.

Como se puede apreciar, ante la deficiente regulación, los directivos —prudentes en los negocios— tienen la obligación de anticiparse y tomar la iniciativa para prever en el futuro una contingencia que involucre o ponga en riesgo la marcha y actividad económica del negocio, implementando mecanismos de control para evitar el ingreso de dinero ilícito en la organización.

En consecuencia, la responsabilidad directa de toma de decisiones en implementar eficientemente un Sistema de Prevención PLAFT en la organización recae en el Directorio y el gerente general, todo ello con el fin de prevenir el lavado de dinero en una determinada organización; no hacerlo es una omisión considerable que podría tener consecuencias nefastas de índole penal para sus dueños, sin advertir desde ya los riegos de reputación.

VI. REMOCIÓN DEL OFICIAL DE CUMPLIMIENTO

Sobre la remoción del Oficial del Cumplimiento, las normas PLAFT tienen una gran deficiencia.

Un Oficial de Cumplimiento supuestamente tiene cargo de confianza; reporta, también —supuestamente— directamente al Directorio, cuenta con autonomía absoluta y presupuesto para el adecuado desempeño de sus funciones. La norma PLAFT también le otorga rango de calidad de gerente; por lo tanto, deberíamos entender que sus funciones y categoría laborales obedecen al de un cargo de confianza; sin embargo, no es tan sencillo como parece ser.

En el eventual caso que la gerencia general no se encuentre conforme con el trabajo y desempeño del Oficial de Cumplimiento, tendrá que invitarlo a renunciar y/o celebrar una resolución de contrato laboral por mutuo disenso, esto último con la finalidad de evitar que el Banco o Sociedad Agente de Bolsa regulada por la SBS y SMV, respectivamente, tengan la obligación de elaborar un Informe y remitir a la UIF-Perú.

En consecuencia, si el ejecutivo Oficial de Cumplimiento encuentra injusta su destitución —que puede darse por motivos personales—, con todo derecho puede negarse a firmar la carta de renuncia y/o firmar la resolución del contrato laboral por mutuo disenso, con lo cual aceptaría implícitamente parte de su culpa en el desarrollo de sus funciones. No obstante, sostenemos que si no existen fundamentos para la remoción del Oficial de Cumplimiento, la sociedad tendrá que elaborar obligatoriamente su Informe en el cual sustente su remoción, Informe que deberá ser "aprobado" por el Directorio y el gerente general en su conjunto, que fundamente las razones que justifican tal medida. La remoción y el informe que la sustente serán comunicados por el sujeto obligado a la UIF-Perú y a la SMV, dentro del plazo de cinco días hábiles de adoptada la decisión.

Hasta aquí parece no haber ningún inconveniente en su regulación; sin embargo, lo existe y es de mucha gravedad y perjuicio para el Oficial de Cumplimiento, ya que la UIF-Perú no ha previsto tal injusticia. Es decir, ante la negación laboral del Oficial de Cumplimiento de firmar la carta de renuncia y/o el documento por mutuo disenso, el gerente general tendrá que comunicar inmediatamente tal situación para que el Directorio tome acciones y apruebe el Informe que susten-

te tal medida, el mismo que deberá ser aprobado —no olvidemos como señala la norma— por el Directorio y por el gerente general, la misma que deberá ser comunicada a la UIF-Perú y al ente regulador dentro del plazo de ley.

Sin embargo, luego de que ya el Oficial de Cumplimiento ha sido destituido de su cargo con el envío de la carta de despido o retiro de confianza, la sociedad tiene un plazo de cinco días para elaborar el Informe que sustente tal medida. Pues bien, este Informe elaborado por el gerente general y sus colaboradores puede estar lleno de defectos refiriéndose a la conducta y capacidad del Oficial de Cumplimiento, debido a que la ruptura laboral fue ocasionada por motivos personales y no propiamente de sus funciones.

Pero nuestra preocupación va más allá, en el sentido que si la UIF-Perú, la entidad y santidad que tiene la función de velar por el adecuado cumplimiento del sistema de prevención de lavado de activos, no verifica, ni cruza información sobre el contenido del referido Informe; y más aun, mucho menos la SBS y la SMV se toman el trabajo de revisar y verificar su contenido, solicitando de oficio información documentada y probanza que ampare dicha remoción, al parecer los entes reguladores se conforman con recibir el citado Informe de remoción sin verificar el contiendo de la misma, con la cual se ve perjudicada la imagen y rol profesional del Oficial de Cumplimiento, al dar por entendidas y satisfechas las supuestas razones que motivaron su destitución puestas en el Informe, sin verificar su autenticidad y prueba documental.

Desde aquí invocamos a los entes reguladores a tomar más acción y control cuando reciban estos tipos de Informes que pudieran están causando un perjuicio al Oficial de Cumplimiento y también al sistema de prevención nacional, teniendo presente que es su obligación y competencia velar por el adecuado cumplimiento del sistema de prevención de lavado de activos, así como verificar el cumplimiento, por parte de las sociedades autorizadas, de la normatividad aplicable al desarrollo de sus funciones, dentro del marco establecido por las Normas para la Prevención del Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo.

VII. INFORMES CONFIDENCIALES Y RESERVADOS

Otro tema muy importante que no se comenta y que resta valor al trabajo de prevención es la "Confidencialidad de la información en los Informes". Por ejemplo, la norma sobre prevención de lavado de activos establece que en caso el Oficial de Cumplimiento comunique a la UIF-Perú un Reporte de una Operación Sospechosa —ROS— éste deberá ser con carácter confidencial y reservado. Únicamente el Oficial de Cumplimiento, o de ser el caso el Oficial de Cumplimiento alterno, puede tener conocimiento del envío del ROS.

Sin embargo, consideramos que la norma se contradice al establecer que en los informes trimestrales y semestrales elaborados por el Oficial de Cumplimiento dirigidos al Presidente del Directorio y a la UIF-Perú se indica que este informe debe contener el número de ROS enviado a la UIF-Perú.

Al mismo tiempo la norma permite la creación de un Comité PLAFT facultativo; sin embargo, creemos que este Comité no ayuda ni fortalece el sistema de prevención en el sentido que el "Comité" se encuentra integrado por profesionales no expertos en materia de prevención, ni mucho menos tienen conocimientos de derecho penal respecto a la magnitud y gravedad del delito de lavado de dinero y sus consecuencias para la sociedad.

Asimismo, la norma también, equivocadamente creyendo que fortalece el sistema de prevención, señala que dentro de las funciones del Oficial de Cumplimiento, entre otras, se encuentran, analizar las operaciones inusuales detectadas con asesoría del Comité, a fin de determinar las operaciones que podrían ser calificadas como sospechosas; es decir, y como se puede apreciar, la norma se contradice en el sentido que en el Comité se va a discutir las operaciones inusuales para ser consideradas como sospechosas teniendo pleno conocimiento desde ya el Comité de cierta

información que es estrictamente confidencial y que solamente atañe al Oficial de Cumplimiento y la UIF-Perú —a nadie más—; debiendo tener presente que la norma establece que dicha información es de absoluto carácter confidencial y reservado, siendo el Oficial de Cumplimiento el único que debe tener conocimiento del mismo y será responsable de comunicar tal hecho a la UIF-Perú, pudiendo generarse con el informe consecuencias penales que ameriten una pronta investigación.

No obstante, dentro de las funciones del Oficial de Cumplimiento la norma PLAFT absurdamente lo obliga a: *"analizar las operaciones inusuales detectadas, con la asesoría del Comité para la Prevención del Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo si lo hubiere, con la finalidad de determinar las operaciones que podrían ser calificadas como sospechosas"*.

VIII. REFLEXIONES FINALES

En resumen y como reflexiones finales, en los últimos años hemos visto como las autoridades se han esforzado en legislar con el fin de erradicar y mitigar el lavado de dinero en el Perú; no obstante, consideramos que si el objetivo es "fortalecer" el sistema de prevención en el país debemos modificar la legislación en las anotaciones identificadas anteriormente:

1. La autonomía absoluta de la UIF-Perú elevado a rango Constitucional;
2. La dedicación exclusiva del Oficial de Cumplimiento;
3. La autonomía real y absoluta del Oficial de Cumplimiento en sus funciones;
4. Ante la deficiente regulación PLAFT, el Directorio deberá anticiparse para prever en el futuro una contingencia que ponga en riesgo la marcha del negocio, implementando mecanismos de control para evitar el ingreso de dinero ilícito en la organización, y al mismo tiempo, evitar consecuencia penales;
5. El Informe de remoción del Oficial de Cumplimiento deberá ser verificado por el ente regulador y la UIF-Perú, quienes dentro de su obligación y competencia podrán solicitar documentación al respecto para el control del sistema de prevención y;
6. El Informe confidencial y reservado que comunica el Oficial de Cumplimiento a la UIF-Perú debe ser de conocimiento único del Oficial de Cumplimiento.

DOI 10.26439/advocatus2021.n040.5300

Regulación del financiamiento participativo financiero —*crowdfunding*— en el Perú: ¿Estamos cometiendo el error de siempre?(*)

Adrian Tovar Ayllón

Abogado por la Universidad de Lima.
Miembro Asociado de ADV Editores – Revista ***ADVOCATUS***.

El presente artículo fue recibido por el Comité Editorial con fecha 17 de enero de 2021 y fue aceptado con fecha 29 de enero de 2021.

SUMARIO:

I. Introducción.
- **1. *Crowdfunding* como solución al problema de acceso al financiamiento.**
- **2. Modalidades de *Crowdfunding*.**
- **3. Situación de la regulación en el Perú.**

II. ¿Es realmente necesario regular el *Crowdfunding* financiero?
III. ¿Cómo hacer una regulación que sume y no reste?
IV. Requisitos para el funcionamiento de sociedades administradoras.
- **1. Exigencias vinculadas a la situación financiera de las Sociedades Administradoras.**
- **2. Clasificación de los Receptores por parte de las Sociedades Administradoras.**

V. Límites de recaudación a receptores.
VI. Conclusiones.

(*) Nota del Editor: a la fecha de publicación del presente artículo, ya se ha publicado el Reglamento de la Actividad de Financiamiento Participativo Financiero y sus Sociedades Administradoras, Resolución SMV 045-2021-SMV/02, por lo que todas las opiniones vertidas en este artículo se basan en el Proyecto de Reglamento y reflejan la visión del autor antes de la emisión de la norma final.

RESUMEN:

A través de este artículo, el autor realiza una crítica al Proyecto de Reglamento de la Ley de Crowdfunding. El autor parte de la premisa de que, si bien no es estrictamente necesario aprobar regulación especial para que esta actividad pueda desarrollarse con éxito, una adecuada regulación puede coadyuvar a su desarrollo al conseguir fortalecer la confianza del público inversionista en los Receptores y las Sociedades Administradoras que participan en el mercado. Sin embargo, llega a la conclusión de que el Proyecto de Reglamento padece de lo que etiqueta como "el error de siempre", es decir, se trata de una regulación excesiva que busca la protección del inversionista en detrimento del desarrollo y crecimiento de la actividad regulada. El autor finaliza haciendo un llamado a aprobar una normativa flexible y que confíe más en el funcionamiento del mercado.

Palabras clave: *Crowdfunding*, fintech, receptores, sociedades administradoras, regulación, MYPES, financiamiento.

ABSTRACT:

In this article, the author makes a criticism of the Crowdfunding Law Regulation Project. The author starts from the premise that, although it is not strictly necessary to approve special regulations for this activity to be carried out successfully, adequate regulation can contribute to its development by strengthening the trust of the investing public in the Recipients and Management Companies participating in the market. However, he arrives at the conclusion that the Draft Regulation suffers from what it labels as a "common mistake", that is, it is an excessive regulation that seeks to protect the investor to the detriment of the development and growth of the regulated activity. The author ends by calling for the approval of flexible regulations and greater trust in the functioning of the market.

Keywords: Crowdfunding, fintech, receivers, management companies, regulation, MYPES, financing.

I. INTRODUCCIÓN

1. *Crowdfunding* como solución al problema de acceso al financiamiento.

Para todo empresario, grande o pequeño, la obtención de financiamiento suele ser un dolor de cabeza. Pero, lógicamente, más lo es para el pequeño empresario, ya sea que busque iniciar un emprendimiento u obtener financiamiento para hacer crecer su negocio. No solo en el Perú, sino en todas partes del mundo, el acceso de los pequeños empresarios a fuentes de financiamiento es más limitado por su mayor nivel de riesgo. Fuentes tradicionales de financiamiento como bancos y demás entidades financieras pueden llegar a cobrar intereses muy altos o solicitar garantías que el empresario no está en capacidad de dar. Aquellos que tienen proyectos innovadores y apelan a atraer firmas de capital de riesgo —*venture capital*— o inversionistas ángeles enfrentan una durísima competencia para obtener su apoyo. Algunos gobiernos apoyan a través de programas pero su alcance es limitado. Al no lograr obtener financiamiento de estas fuentes, a muchos no les queda más que recurrir a amigos y familiares, pero difícilmente logran obtener volúmenes de financiamiento suficientes para cumplir sus objetivos.

El problema no es la ausencia de recursos en la economía para satisfacer la demanda por financiamiento, sino la concentración del poder de decisión sobre el manejo de esos recursos en pocas manos. Si la totalidad de mi financiamiento va a provenir de una única fuente, es natural que esa persona o entidad sea mucho más cuidadosa y exigente en su análisis para otorgar el financiamiento. Quizás concluya que soy demasiado riesgoso y desista de otorgarlo o lo haga bajo condiciones muy desfavorables. Pero, ¿qué sucede si ese riesgo es compartido por decenas o hasta cientos de personas? ¿Qué sucedería si surgieran maneras de canalizar los recursos que se encuentran dispersos en la economía hacia el financiamiento de los emprendedores y pequeños empresarios?

El público en general tiene una gran cantidad de recursos infrautilizados, ya sean bienes, espacios físicos, espacios virtuales, medios de transporte, recurso humano, capital, etc. El problema es que estos potenciales ofertantes no encuentran a los demandantes de tales recursos. Frente a esto, han surgido en los últimos

años plataformas virtuales cuyo giro de negocio consiste justamente en proveer un canal para poner en contacto a ofertantes y demandantes de bienes y servicios. Estas tecnologías disruptivas están invadiendo variedad de mercados, como el de transporte, alojamiento o *delivery*; y tienen una enorme escalabilidad y capacidad para brindar un uso más eficiente al recurso del que se trate. ¿Por qué el acceso a financiamiento no puede tener una solución similar?

Desde hace ya varios años operan en el mundo plataformas virtuales que, aprovechando la tecnología, ponen en contacto a personas que buscan financiar alguna actividad con el público en general, quienes entregan fondos bajo una serie de modalidades. Esta actividad es lo que se conoce como *Crowdfunding*.

2. Modalidades de *Crowdfunding*

Se habla de modalidades de *Crowdfunding* pues el traspaso de recursos del público al solicitante de los mismos se puede hacer bajo diferentes figuras legales. Las cuatro modalidades básicas de *Crowdfunding* son las siguientes: (i) basado en donaciones, donde los usuarios hacen donaciones a un proyecto o causa sin recibir nada material a cambio, (ii) basado en recompensas, donde los usuarios hacen contribuciones a cambio de recompensas, que usualmente incluyen pero no se limitan a recibir el producto cuya producción ha sido financiada —funciona como una especie de preventa—, (iii) basado en préstamos —también llamado *Crowdlending*—, donde los usuarios realizan pequeños préstamos directamente a personas o empresas que buscan financiamiento a cambio de la devolución de su dinero, generalmente, con intereses, y (iv) basado en valores, donde los usuarios invierten en una empresa a cambio de recibir valores emitidos por ésta, —usualmente acciones representativas del capital, por lo cual también se le suele llamar *Equity Crowdfunding*—.

No existe mucha información actualizada de público acceso sobre los volúmenes de dinero que se maneja en el mercado de *Crowdfunding* bajo todas sus modalidades, sin embargo, uno de los estudios más citados es aquel realizado por Massolution[1] —2015—, del cual podemos extraer algunas conclusiones bastante ilustrativas sobre cómo se ha venido desenvolviendo el mercado. Lo primero que se debe resaltar de este estudio es que arrojaba un crecimiento anual promedio a nivel mundial, del año 2013 al 2014, de tres cifras —167%—, que me atrevería a decir se debe haber mantenido, al menos, por algunos años. En segundo lugar, el estudio demostró que la modalidad de *Crowdfunding* que moviliza el mayor volumen de recursos es la basada en préstamos, y por mucho margen sobre el resto. Ello probablemente se debe a que es una modalidad que genera rentabilidad a los usuarios —a diferencia de la basada en donaciones y recompensas— pero que es más simple que aquella basada en valores —por lo tanto más atractiva para un mayor número de compañías—, además de funcionar tanto para personas naturales como jurídicas. Sin perjuicio de ello, la modalidad con la que se recaudaron mayor cantidad de fondos por campaña fue la basada en valores, lo cual guarda sentido con las finalidades que se persiguen en esta clase de campañas, la mismas que son más demandantes de recursos.

3. Situación de la regulación en el Perú.

Antes de que se aprobara regulación alguna, ya existían algunas plataformas en Perú que ofrecían servicios bajo la modalidad de préstamos. Al no constituir intermediación financiera, estas empresas no se encontraban infringiendo ninguna ley mediante la prestación de sus servicios sin autorización previa de alguna entidad estatal. Distinta era la situación de la modalidad basada en valores. En el Perú, hasta ahora, no existen plataformas que trabajen bajo esta modalidad pues la emisión pública de valores está sujeta a altas exigencias y aprobaciones regulatorias, lo cual hace totalmente inviable su desarrollo.

1. Massolution, "The Crowdfunding Industry Report", *2015CF* (2015), http://reports.crowdsourcing.org/index.php?route=product/product&product_id=54

Viendo las ventajas que las modalidades financieras del *Crowdfunding* podría traer, en particular, para el financiamiento de emprendimientos de alto impacto[2], y las micro y pequeñas empresas —MYPES—, así como los riesgos que estas actividades podrían traer para el público en general de continuar operando sin regulación, diversos organismos públicos —Ministerio de Economía, Superintendencia del Mercado de Valores y Superintendencia de Banca, Seguros y AFP— y personas del sector privado empezaron a impulsar el desarrollo de una ley al respecto. Finalmente, se concretó una regulación plasmada en el Título IV del Decreto de Urgencia 013-2020[3] —en adelante, la "Ley de *Crowdfunding*"—. Asimismo, mientras este artículo se encontraba en proceso, la Superintendencia del Mercado de Valores publicó un proyecto para reglamentar la Ley de *Crowdfunding*, el mismo que fue puesto a disposición del público para comentarios desde el 29 de noviembre de 2020 —el "Proyecto de Reglamento"—.

El propósito del presente artículo es evaluar la necesidad de regular o no el *Crowdfunding* financiero en el Perú y, de ser afirmativa la respuesta, explorar la mejor manera de hacerlo, usando como objeto de comentario tanto la Ley de *Crowdfunding* como el Proyecto de Reglamento.

II. ¿ES REALMENTE NECESARIO REGULAR EL *CROWDFUNDING* FINANCIERO?

Sin perjuicio de que a la fecha ya contamos con nuestra propia Ley de *Crowdfunding* e inclusive un Proyecto de Reglamento, considero que vale la pena hacer el ejercicio de reflexionar sobre si existía realmente una necesidad de regular el *Crowdfunding* financiero. Entiéndase por "regular" algo mucho más complejo que simplemente exceptuar una u otra modalidad de alguna regulación existente —como claramente era necesario en el caso de la modalidad basada en valores—. A lo que me refiero con "regular" es a la creación de un marco normativo específico que establezca las reglas de juego aplicables a las personas que se dediquen a realizar actividades de *Crowdfunding* —esto involucra el procedimiento para el otorgamiento de autorizaciones, establecimiento de obligaciones, prohibiciones, etc.—. Pero antes de responder esta interrogante, quisiera retroceder un paso y responder una pregunta algo más amplia para luego avanzar al caso particular: ¿cuándo es necesario, en general, regular una actividad económica?

En términos generales, considero necesario regular una actividad si, al menos, se presentan todas las siguientes condiciones:

a) Se trata de una actividad de una relevancia y alcance tal que involucra un interés público que necesita ser protegido.
b) Las personas cuyos intereses se buscan proteger están en una posición de desventaja frente a los demás agentes involucrados en la actividad y no es razonable asumir que los primeros estarán en capacidad de superar esa desventaja por sus propios medios, ya sea individual o colectivamente, por lo que es necesaria supervisión estatal para compensar esa disparidad.
c) Existen motivos razonables para creer que las personas que participan en dicha actividad no serán capaces de actuar en armonía con el interés público —existe peligro de un actuar fraudulento—. Ello es el caso, por ejemplo, si se observa que no existe una debida alineación de intereses.

¿Cumple el *Crowdfunding* con estas condiciones? Opino que la respuesta a esta pregunta es sumamente debatible, especialmente en lo que

2. El término "emprendimiento de alto impacto" se suele emplear para referirse a aquellos emprendimientos caracterizados, entre otros, por tener un componente innovador y ser escalables —es decir, que tienen una capacidad de rápido crecimiento—.

3. Decreto de Urgencia 013-2020, http://spij.minjus.gob.pe.

respecta al numeral (iii) anterior. Ahora, analicemos cada condición en orden.

Sería muy difícil negar que la condición descrita en el numeral (i) no se cumple. Conceptualmente, el *Crowdfunding* busca financiar actividades apelando a fondos del público en general valiéndose de un medio masivo de comunicación como el Internet y, en la práctica, no hablamos de poco dinero. Las cifras arrojadas por Massolution eran altísimas en cuanto al volumen de dinero canalizado a través de plataformas de *Crowdfunding* —USD 16.2 billones en 2014—. Además, se trata de una industria que está lejos de llegar a su pico. Como toda *fintech*, una plataforma de *Crowdfunding* constituye un negocio de gran escalabilidad, lo cual se refleja en un crecimiento anual muy alto. En vista de los hechos, sí considero que el *Crowdfunding* es una actividad que involucra un interés público.

La condición (ii) puede generar algo más de debate pues no es algo que se pueda demostrar propiamente con cifras, pero al final creo que sí es posible considerar como cumplida, al menos parcialmente. El público en general, obviamente, está compuesto por personas que pueden o no tener experiencia en inversiones o conocimientos sobre cómo se maneja una empresa, sus etapas de desarrollo, sobre cómo leer su información financiera, etc. Asimismo, la gran mayoría de inversionistas no estarán en posición de negociar con los empresarios que buscan financiamiento el acceso a más información de la compañía de la que se hace pública para efectos de la campaña de recaudación de fondos, es decir, existe asimetría informativa. En ese sentido, creo que sí es posible hablar de una posición de desventaja de los inversionistas frente a las empresas o personas que buscan financiamiento tanto desde el punto de vista de conocimientos como de acceso a información —siendo más relevante este último punto—.

Respecto del asunto sobre la disparidad en cuanto a conocimientos, quiero hacer la salvedad de que es un tema más relativo de lo que parece a primera vista, y por esa razón considero que la condición materia de análisis se cumple solo parcialmente. No podemos cometer el error de visualizar al colectivo de inversionistas como un conjunto de personas ignorantes que usarán irresponsablemente su dinero y que, por lo tanto, necesitan de la intervención estatal para su propia protección. Primero, porque si estamos tratando con personas que tienen un excedente de dinero para invertir, es lógico suponer que se trata de personas con cierto nivel de estudios o de experiencia en alguna actividad económica. En ese sentido, son lo suficientemente capaces para responsabilizarse por el uso que le dan a su dinero. Y segundo, hay que considerar que, bajo determinadas circunstancias, un colectivo puede ser sumamente eficiente para resolver problemas o tomar decisiones —incluso más que un individuo experto— debido a la sumatoria de esfuerzos y la gran variedad de conocimientos que se pueden organizar y compartir con ayuda de las herramientas tecnológicas actuales. Algunos autores emplean el término "sabiduría de las masas" para referirse a este fenómeno, que considero se aplica perfectamente al contexto de una campaña de *Crowdfunding*.[4] De hecho, se han producido varios casos donde los propios inversionistas han descubierto y puesto fin a intentos de fraude en diversas plataformas. Aunque no es objeto del presente artículo profundizar sobre este punto, es importante considerar esto al evaluar la "necesidad" de regular el *Crowdfunding*.

Siguiendo con el análisis de las condiciones, llegamos al numeral (iii); en mi opinión, el más debatible de los tres. Para el análisis, debemos comenzar identificando los incentivos que tienen las partes involucradas —sin considerar a los inversionistas, pues justamente es su interés el que se buscaría proteger con la regula-

4. Se recomienda la lectura de *The Wisdom of the Crowd* por J. Surowiecki y de *Crowdsourcing; Why the Power of the Crowd is Driving the Future of Business*, por J. Howe, para profundizar en este tema.

ción—, es decir, por un lado, los empresarios que buscan financiamiento para sus proyectos —a quienes llamaré en adelante, para usar la nomenclatura de la Ley de *Crowdfunding*, "Receptores"— y, por el otro, las empresas que administran las plataformas virtuales que ponen en contacto a Receptores e inversionistas —en adelante "Sociedades Administradoras"—.

Los Receptores tienen como objetivo obtener el financiamiento. Para ello deben convencer al público que el negocio que buscan financiar está en capacidad, ya sea de repagar el préstamo —si hablamos de *Crowdlending*— o de generar rentabilidad en el futuro —si hablamos de la modalidad basada en valores—. Para convencer al público deben ser capaces de generar la suficiente confianza, para lo cual tienen que, al menos, identificarse plenamente y exponer sus cualificaciones. En esa línea, mal haría un grupo de personas que tiene por objetivo defraudar a quienes los financian elegir una campaña de *Crowdfunding* como medio, pues se expondrían públicamente. Estarían obligados a crear un esquema complejo que resista el escrutinio de decenas o cientos de personas que podrían descubrir falsedades en lo declarado y exponerlos antes de siquiera completar la campaña.

Y no nos tenemos que quedar en el plano teórico para verificar que el fraude es un fenómeno inusual en el mundo del *Crowdfunding*. Admito que no hay aún muchos estudios sobre la habitualidad del fraude en campañas de *Crowdfunding*. Sin embargo, los estudios que se encuentran a disposición son congruentes al concluir que el fraude es sumamente raro. Por ejemplo, Cumming y Johan[5] —2020— tras estudiar cientos de campañas de las plataformas *Kickstarter* e *Indiegogo* en diversos países concluyeron que el nivel de fraude era inferior que aquel que se encuentra en la Bolsa de Valores de Nueva York y en Nasdaq. Asimismo, en un trabajo anterior, Cumming, Hornuf, Karami y Schwaizer[6] —2016—, con miras al desarrollo de modelos que permitan prevenir e identificar el fraude en campañas de *Crowdfunding*, identificaron patrones claros que permitían diferenciar campañas legítimas de campañas fraudulentas —siendo uno de esos patrones la no identificación de los Receptores a través de fotos o videos, y la ausencia de información sobre ellos en redes sociales—. Cabe recalcar que estos estudios se hicieron tomando como base plataformas de *Crowdfunding* bajo el modelo de recompensas; es decir, aquellas sobre las cuales, incluso al día de hoy, no existe regulación alguna.

En el campo del *Crowdfunding* financiero, la propia Securities Exchange Commission — SEC[7] —2019—, regulador del mercado de valores de Estados Unidos, emitió un informe que debía evaluar los resultados de la regulación aprobada en 2016 —JOBs Act—. De acuerdo al informe, en los primeros 3 años de aplicación de la norma, la SEC no tuvo a su cargo ningún caso de fraude en el marco de *Crowdfunding* financiero, existiendo únicamente casos aislados a nivel de ciertos estados en los cuales no se concretó el financiamiento. Si bien este es un resultado post regulación, no creo que se pueda atribuir únicamente a ella, pues lo que se observa es un reflejo de lo que venía sucediendo antes de que la regulación exista. Desde luego, tampoco se puede negar que la regulación podría haber contribuido a mantener los bajos niveles de fraude que ya se tenían.

Además de ser una terrible idea usar una plataforma de *Crowdfunding* para cometer fraude, los Receptores tienen incentivos para hacer su

5. Douglas Cumming & Sofia Johan, *Crowdfunding: Fundamental Cases, Facts and Insights*, (Cambridge, Massachusetts: Academic Press, 2019).

6. Cumming, J.,Hornuf, L., Karami, M. y Schweizer, D., "Disentangling Crowdfunding from Fraudfunding", *Max Planck Institute for Innovation & Competition Research*, Paper nº 16-09 (2020), https://ssrn.com/abstract=2828919

7. "Report to the Commission: Regulation Crowdfunding", en *Securities Exchange Commission*, acceso el 18 de junio de 2021, https://www.sec.gov/smallbusiness/exemptofferings/regcrowdfunding/2019Report

mejor esfuerzo para lograr los objetivos prometidos a sus inversionistas, es decir, para evitar ser incompetentes. Los Receptores ponen su carrera y su reputación en juego al momento que lanzan sus campañas para recaudar fondos del público, y cualquier conflicto con los inversionistas, ya sea por incumplimiento de los compromisos asumidos, difusión de información falsa, omisión de información relevante o fracaso de la compañía por cualquier causa, puede tener una seria repercusión en su vida profesional y futuros proyectos. De más está explicar la gran capacidad que tienen el día de hoy las redes sociales para destruir reputaciones.

En resumen, si bien teóricamente los inversionistas pueden verse perjudicados ya sea por fraudes o Receptores incompetentes, el carácter público de una campaña, y, en general, la dinámica particular que tienen las campañas de *Crowdfunding*, generan desincentivos para que se presenten ambos escenarios. Y no estoy diciendo que el *Crowdfunding* esté libre de fraude. El fraude existe inclusive en mercados altamente regulados. Lo que quiero resaltar es que, contrario a lo que se podría intuir, el *Crowdfunding* es un sector que no es proclive al fraude y ello debe considerarse al momento de plantearse la pregunta de regularlo o no.

En cuanto a las Sociedades Administradoras, como toda compañía, su finalidad es ganar dinero. Lo usual es que éstas cobren una comisión por cada campaña exitosa por una suma equivalente, en promedio, a 5% del monto recaudado por cada campaña.[8] Esta es su principal fuente de ingreso, sin perjuicio de la posibilidad de cobrar otras comisiones por servicios adicionales. Claramente, el éxito de la Sociedad Administradora depende directamente de la capacidad de los proyectos publicados en su plataforma de atraer inversiones del público. Esto significa que el activo más importante de la Sociedad Administradora es, finalmente, la confianza, algo muy difícil de construir y fácil de perder por culpa de proyectos de mala calidad o algún caso de fraude, siendo irrelevante si la Sociedad Administradora tuvo o no responsabilidad por lo sucedido.

Dicho lo anterior, creo que una Sociedad Administradora, independientemente de que la ley la obligue o no, está obligada por las propias circunstancias del mercado, si quiere mantenerse en el tiempo y ser competitiva, a tomar todas las medidas que estén a su alcance para trabajar únicamente con Receptores que, a su juicio, tienen las mejores probabilidades de cumplir los compromisos asumidos con sus inversionistas y que, obviamente, no representan un riesgo de fraude. Como se explicará más adelante, muchas Sociedades Administradoras implementan procesos de debida diligencia para filtrar qué Receptores ingresan en sus plataformas, aunque no exista regulación que las obligue. Este es un factor muy relevante para explicar los bajos niveles de fraude en el mercado.

Del breve análisis que se ha realizado de cada condición, considero posible justificar el cumplimiento de las condiciones (i) y (ii) —esta última, de manera parcial—. Sin embargo, respecto de la condición (iii), no considero que existan razones suficientes para suponer que, ante la ausencia de regulación, se generaría un desborde de situaciones fraudulentas generadas por Sociedades Administradoras y Receptores inescrupulosos que se aprovechan de los inversionistas. Existe una alineación de intereses que minimiza la posibilidad que eso ocurra. Por este motivo, a la pregunta ¿es necesario regular el *Crowdfunding* financiero?, mi respuesta es que no. No veo al *Crowdfunding* desregulado convirtiéndose en un problema serio. Sin embargo, queda una pregunta más que responder: ¿es conveniente regular el *Crowdfunding* financiero?

Es importante entender la diferencia entre la necesidad de regular algo y la conveniencia de hacerlo. La necesidad de regular surge en la medida que su ausencia pueda generar un alto riesgo de daño a los intereses del público en general o impedir que la actividad se pueda

8. Cumming & Johan, *Op. Cit.*

desarrollar en absoluto. En el caso del *Crowdfunding*, el hecho de que sostenga que no es necesario regularlo, no significa que no podría ser conveniente hacerlo de determinada manera. La regulación puede ser algo deseable en la medida que coadyuve al desarrollo y mejore el desempeño de este sector. La gran interrogante es si ello es posible y cómo lograrlo.

III. ¿CÓMO HACER UNA REGULACIÓN QUE SUME Y NO RESTE?

Postular que el marco regulatorio de determinada actividad debe contribuir a su desarrollo en lugar de frenarlo es una propuesta a todas luces razonable. Por supuesto, ninguna entidad reguladora del mundo dirá abiertamente que es su intención aprobar normas legales perjudiciales para el desarrollo del sector objeto de regulación, aunque en la práctica, y generalmente con buenas intenciones, eso sea lo que consiguen. El problema es que los funcionarios públicos, por su condición como tales, tienen un sesgo del que difícilmente pueden desprenderse, y es que su primera prioridad no es promover el desarrollo de la actividad regulada, sino la protección de las personas que identifican están en posición de desventaja y de su propia posición como funcionarios públicos. No es mi intención sugerir que los funcionarios públicos no actúen en base a una vocación de servir al interés público, pero creo que hay que ser realistas y admitir que existe una relación entre la aprobación de regulaciones muy conservadoras y el temor que tienen estos funcionarios a que se les atribuya responsabilidad si algo malo sucede. Los funcionarios necesitan una regulación aprobada de la cual se puedan valer para defender su posición; a más restrictiva es mejor para ellos pues minimizan su propia responsabilidad.

En Norteamérica, Europa y Latinoamérica no parece haber país que no tenga desarrollada o en proceso de desarrollo regulación para el *Crowdfunding* financiero. En líneas generales, creo que todas las regulaciones buscan de alguna u otra manera establecer mecanismos de control y supervisión para proteger a los inversionistas. La gran diferencia entre unas y otras es el balance costo/beneficio que logran.

La principal, y quizás la única, razón que creo puede justificar establecer una regulación para el *Crowdfunding* financiero es para incrementar la confianza del público en esta actividad. En otras palabras, si bien no es necesaria la regulación por los motivos expuestos anteriormente, la regulación puede resultar conveniente siempre que el beneficio que genere en términos de confianza del público en los Receptores y Sociedades Administradoras —que debe traducirse en mayor participación y volumen de financiamiento— supere los costos asociados impuestos a éstos. Si esto sucede nos encontraremos ante una regulación correctamente balanceada y que aporta al desarrollo del sector regulado. Por el contrario, si la regulación está llena de mecanismos proteccionistas cuyo cumplimiento desincentiva la creación de Sociedades Administradoras o el uso del *Crowdfunding* financiero como alternativa de financiamiento por los Receptores, estaremos ante una regulación desbalanceada que termina frenando el desarrollo del sector.

De una lectura conjunta de la Ley de *Crowdfunding* y el Proyecto de Reglamento concluyo que no se está llegando al balance necesario para promover que el sector se desarrolle. Estas normas están demasiado orientadas hacia la protección del inversionista, estableciendo para ello un esquema regulatorio muy exigente e inflexible. Es el objetivo de las siguientes secciones tratar algunos de los temas más preocupantes de la regulación propuesta y plantear alternativas de mejora.

IV. REQUISITOS PARA EL FUNCIONAMIENTO DE SOCIEDADES ADMINISTRADORAS

Sin Sociedades Administradoras no habrá *Crowdfunding* financiero. Esta obviedad parece haber sido pasada por alto por la Superintendencia del Mercado de Valores — SMV. El Proyecto de Reglamento ha optado por imponer altas barreras de entrada al mercado a través de exigentes requisitos para la obtención de las autorizaciones correspondientes, así como alta carga regulatoria a través de una serie de obligaciones permanentes, que no considero justificadas tomando en cuenta la naturaleza del negocio que persiguen realizar estas entidades. No es mi intención

identificar todas las normas contenidas en la Ley de *Crowdfunding* o el Proyecto de Reglamento que se podrían ajustar al respecto, sino centrarme en unas pocas que considero pueden marcar la diferencia.

1. Exigencias vinculadas a la situación financiera de las Sociedades Administradoras.

Entre los requisitos más exigentes del Proyecto de Reglamento encontramos la necesidad de contar con un capital social mínimo equivalente a la suma de S/ 400,000.00 para iniciar operaciones. En un intento de flexibilizar este requisito, se permite que el 40% del capital mínimo esté cubierto por una carta fianza bancaria. Asimismo, el patrimonio neto de la Sociedad Administradora en ningún momento puede ser inferior a dicho monto, con excepción de los primeros 12 meses de operaciones, donde el patrimonio neto puede ser equivalente al 70% de aquel.

Asimismo, el Proyecto de Reglamento exige a las Sociedades Administradoras proporcionar sus estados financieros no auditados e información complementaria correspondiente al cierre de cada mes dentro de los 30 días siguientes, y sus estados financieros auditados como máximo el 28 de febrero de cada año. En lo que respecta a información eventual, las Sociedades Administradoras deben comunicar a la SMV dentro del día siguiente cualquier "hecho relevante" que pueda afectar el desarrollo de su actividad. El Anexo 4 del Proyecto de Reglamento contiene un listado no taxativo de hechos que califican como tal.

Lo que observamos en la normativa propuesta es el típico molde de las entidades supervisadas por la SMV, tales como sociedades agentes de bolsa o sociedades administradoras de fondos. El problema es que las Sociedades Administradoras de plataformas de *Crowdfunding* financiero tienen un negocio muy diferente al de estas entidades. El negocio de una Sociedad Administradora de plataformas de *Crowdfunding* es poner en contacto a Receptores e inversionistas. La Sociedad Administradora no es más que un canal que facilita la interacción entre estos dos grupos y no tiene ninguna capacidad de decisión respecto de las inversiones de sus clientes como sí lo tienen las sociedades agentes de bolsa y sociedades administradoras de fondos. Entonces, ¿por qué es necesario ser tan exigentes con las finanzas de las Sociedades Administradoras y mantenerlas bajo constante monitoreo?

Normalmente, la justificación para establecer requisitos de capital mínimo y de patrimonio neto es garantizar la solvencia de la entidad regulada de tal manera que pueda hacer frente a sus obligaciones y responsabilidades frente a sus clientes. Esto tiene sentido en la medida que la entidad supervisada, por la naturaleza del servicio que brinda, este en riesgo de incurrir en dicha responsabilidad. Y esto está directamente relacionado con el hecho de que la entidad supervisada maneje o no fondos del público —de manera discrecional o no—. En esa línea, considero que la raíz del problema se encuentra en el hecho de que la regulación parte de la premisa de que las Sociedades Administradoras van a custodiar directamente los fondos de los inversionistas mientras las campañas están en curso; ello a pesar de que la propia norma prevé algunos supuestos en que las Sociedades Administradoras pueden minimizar el contacto con tales fondos valiéndose de terceros —como entidades fiduciarias—.[9]

9. El artículo 31 del Proyecto de Reglamento establece las formas en que las Sociedades Administradoras pueden manejar los fondos de los inversionistas: La Sociedad Administradora puede utilizar: *"(…) (1) Cuentas bancarias abiertas en una entidad supervisada por la SBS. La Sociedad Administradora debe asegurar que dichas cuentas permitan la identificación de los Receptores e Inversionistas. Para la identificación de tales cuentas ante la entidad bancaria, la Sociedad Administradora debe presentar una declaración jurada donde manifieste que la cuenta será utilizada exclusivamente para canalizar fondos de los Receptores o Inversionistas y, que la cuenta es intangible según lo dispuesto en la Décima Quinta Disposición Complementaria Final del Decreto de Urgencia. (2) Fideicomiso administrado por entidades supervisadas por la SBS y autorizadas a actuar como fiduciarios, en el que la Sociedad Administradora actúa como fideicomitente. Son beneficiarios del fideicomiso los Inversionistas que hayan realizado abonos en las cuentas del fideicomiso y cuenten*

(Continúa en siguiente página)

Otras jurisdicciones han seguido un camino opuesto, prohibiendo que las Sociedades Administradoras manejen directamente fondos del público —salvo que obtengan autorizaciones adicionales—.[10] La ventaja que encuentro a ello es que la considerable reducción del riesgo en cabeza de las Sociedades Administradoras puede justificar una menor carga regulatoria. Sin embargo, el Proyecto de Reglamento no hace ninguna distinción entre aquellas Sociedades Administradoras que manejan fondos del público de aquellas que implementan mecanismos para hacerlo por intermedio de terceros, y ésta es una de las principales oportunidades de mejora que encuentro para la legislación peruana de *Crowdfunding* financiero.

Si las Sociedades Administradoras acreditan ante la SMV que el dinero de los inversionistas se encuentra seguro, por ejemplo, en manos de una entidad fiduciaria debidamente supervisada, ¿qué sentido tiene exigirle una capital y patrimonio neto mínimo de S/ 400,000.00? ¿Qué sentido tiene obligarlas a reportar sus estados financieros todos los meses —obligación equivalente a la que tienen las Sociedades Agentes de Bolsa—?

Diferenciar entre Sociedades Administradoras que custodian directamente los fondos de los inversionistas y aquellas que se valen de otros mecanismos más seguros no solo es importante para incentivar que las Sociedades Administradoras terminen inclinándose por lo segundo —lo cual resulta más beneficioso para los inversionistas que cualquiera de las obligaciones que contiene hoy el Proyecto de Reglamento—. Si observamos otros países, lo que termina sucediendo después es que surgen servicios especializados dirigidos a Sociedades Administradoras que les permite reducir los costos relacionados al manejo de los fondos. Por nombrar un ejemplo, en Estados Unidos existe una compañía bajo el nombre comercial de *Crowdpay* cuyo objeto es brindar servicios de pago mediante el uso de cuentas *escrow* para que los inversionistas puedan financiar, específicamente, campañas de *Crowdfunding* sin que la Sociedad Administradora tenga que tener contacto alguno con los fondos. Como esta compañía han surgido varias en Estados Unidos y Europa, demostrando que si se permite que el sector crezca, irán entrando al mercado compañías especializadas que brindarán servicios a las Sociedades Administradoras que les permitirá ser más eficientes y abaratar costos. Finalmente, cabe precisar que la norma no debería contener un listado taxativo de qué mecanismos se pueden emplear. Las Sociedades Administradoras deberían poder proponer otros mecanismos al regulador para su aprobación y así acceder a un régimen con menor carga regulatoria.

Poniendo de lado el tema de la necesaria diferenciación entre Sociedades Administradoras que manejan dinero del público y las que no, la regulación propuesta también carece de flexibilidad y de proporcionalidad, pues no hay relación entre el volumen de las operaciones de la Sociedad Administradora y los requisitos que debe cumplir. Tal y como está la propuesta, el capital mínimo y patrimonio neto mínimo es

---

con un saldo a su favor disponible en dichas cuentas. Las entidades que formen parte del mismo grupo económico de la Sociedad Administradora no podrán actuar como fiduciarios del fideicomiso. (3) Cuentas de dinero electrónico emitidas por empresas autorizadas en el marco de la Ley N° 29985, Ley que regula las características básicas del dinero electrónico como instrumento de inclusión financiera, y su reglamento. (…)" —el subrayado es nuestro—.

10. En Estados Unidos, por ejemplo, las reglas 303(e)(1) y 303(e)(2) de *Regulation Crowdfunding* establecen que solamente las entidades que califican como *broker dealers* —el equivalente a una Sociedad Agente de Bolsa en el Perú— pueden realizar actividad de *Crowdfunding* financiero recibiendo dinero del público. Aquellas entidades que solamente funcionan como Sociedades Administradoras —denominadas *Funding Portals*—, no pueden hacerlo, pero están sujetos a una regulación mucho menos exigente que un *broker dealer*. Otro ejemplo lo encontramos en la legislación española, donde el artículo 52 de la Ley de Fomento de la Financiación Empresarial prohíbe que las Sociedades Administradoras reciban fondos del público salvo que cuenten, adicionalmente, con una autorización como entidad de pago híbrida.

el mismo para todas las Sociedades Administradoras independientemente del volumen de sus operaciones. Y no solo es el mismo monto, sino que el monto es elevado desde el inicio. Los requisitos patrimoniales del Proyecto de Reglamento no dan cabida a la entrada al mercado de Sociedades Administradoras más pequeñas, lo cual, si queremos ver algún desarrollo del sector, no es algo que nos podamos dar el lujo de menospreciar.

Me da la impresión de que la idea detrás de las elevadas exigencias patrimoniales es, nuevamente, la protección de los inversionistas basado en el prejuicio de que las compañías pequeñas no serán tan profesionales y "seguras" para los inversionistas como las más grandes. El problema es que terminaremos teniendo un sector con muy pocas Sociedades Administradoras, probablemente de propiedad de los grupos económicos que ya encontramos hoy día en el sector financiero, y con poca competencia. Además, no olvidemos que las Sociedades Administradoras son *fintechs*, y como tal, tienen negocios de gran escalabilidad. En ese sentido, una compañía que comienza con poco capital y bajo volumen de operaciones, puede en poco tiempo despegar. Lo que se necesita es darles la oportunidad de acceder al mercado, y eso no está siendo promovido por la normativa que se propone.

Ahora bien, ¿cómo es posible flexibilizar los requisitos para operar como Sociedad Administradora sin dejar desprotegidos a los inversionistas? Creo que es perfectamente posible ello si establecemos requisitos proporcionales al volumen de las operaciones de cada Sociedad Administradora. Una solución que he observado en la legislación comparada —e.g. España— es la posibilidad de optar por un seguro de responsabilidad civil en lugar de cumplir con un capital mínimo. La ventaja del seguro es que el costo del mismo va a depender de la evaluación que haga la aseguradora del nivel de riesgo de cada Sociedad Administradora, lo cual significa que el costo sería proporcional al riesgo, siendo un factor muy relevante para determinar ello el volumen de las operaciones de cada compañía y qué procesos internos tiene para administrar sus riesgos. En esa línea, el uso del seguro incentivaría a que la propia compañía idee mecanismos para minimizar su riesgo y conseguir abaratar el seguro, por ejemplo, valiéndose de terceros para el manejo de los fondos recaudados en las campañas.

Otra alternativa podría ser establecer un capital mínimo escalonado que deba ajustarse de acuerdo al volumen de operaciones de cada Sociedad Administradora, estableciendo como piso, por obvias razones, un monto más bajo que el propuesto en el Proyecto de Reglamento. Esta alternativa me parece una opción mejor a la contenida el día de hoy en el Proyecto de Reglamento pues reduciría las barreras de entrada al mercado, lo cual puede incentivar el registro de más Sociedades Administradoras y una mayor competencia en el sector.

2. Clasificación de los Receptores por parte de las Sociedades Administradoras.

Como se ha explicado anteriormente, el negocio principal de las Sociedades Administradoras es poner en contacto a Receptores e inversionistas. Sin perjuicio de ello, es usual que éstas presten una serie de servicios adicionales que las pueden diferenciar unas de otras. El Proyecto de Reglamento, en su artículo 25, ha establecido una serie de servicios obligatorios que, si bien en su mayoría recogen lo que normalmente una Sociedad Administradora diligente haría, también contienen algunas que van más allá de lo que la práctica de mercado había venido demostrando.

Considero que es un problema cuando el regulador empieza a entrometerse demasiado en el negocio de las entidades que supervisa. Si bien es necesario establecer pautas de qué se puede y qué no se puede hacer, no hay que llegar al extremo de armarle el modelo de negocio a las Sociedades Administradoras en una norma legal. Este tema es especialmente delicado si se está regulando *fintechs*, pues la innovación requiere de un marco regulatorio flexible. En esa línea, una de las exigencias que más me preocupa es la contenida en el numeral 24.3 de la Ley de *Crowdfunding* y desarrollada en el numeral 25.4 del Proyecto de Reglamento:

> *"24.3 Identificar y clasificar los riesgos de los receptores y de los proyectos de financiamiento participativo financiero. Las Sociedades Administradoras establecen libremente las metodologías a aplicar para el cumplimiento de dicho fin, a partir de criterios y de los niveles de riesgo que la SMV establece, los cuales son de público conocimiento."*
>
> *"25.4 Efectuar la clasificación que permita clasificar a los Receptores y Proyectos de acuerdo al nivel de riesgo que implican para los inversionistas; así como analizar e identificar cualquier otra variable que resulte útil para que éstos tomen sus decisiones de inversión. Con dicho fin la Sociedad Administradora debe contar con una metodología de inversión para clasificar a los Receptores y Proyectos de acuerdo con el nivel de riesgo que implica para los inversionistas (…)"*

Esta exigencia es una completa novedad por parte de la SMV. Habiendo revisado las legislaciones de países donde el sector *fintech* está mucho más desarrollado que el peruano, tales como Estados Unidos, Reino Unido o España, e inclusive países de la región como México o Colombia, no he logrado encontrar una exigencia similar. Estos países no solamente no requieren a la Sociedades Administradoras clasificar el riesgo de los proyectos, sino que ni siquiera las obligan a realizar algún nivel mínimo de revisión de información sobre los proyectos —lo que se conoce como *due diligence*—. Lo más exigente que he logrado observar es la obligación de, por motivos de transparencia, revelar si es que se hace o no se hace un *due diligence* y, en caso afirmativo, explicar en qué consiste éste.

Por ello me sorprendió encontrar este requerimiento en la Ley de *Crowdfunding* y el Proyecto de Reglamento. Más allá de salirse de lo que es el estándar regulatorio, considero que los perjuicios que puede ocasionar esta obligación superan ampliamente cualquier beneficio que se haya estimado. Los perjuicios a los que me refiero vienen en dos presentaciones: (i) sobrecostos y (ii) responsabilidad civil.

Evidentemente, para poder clasificar el riesgo de cualquier empresa es necesario revisar información de la compañía a cierto nivel de profundidad, es decir, hacer *due diligence*. De manera que la regla bajo comentario obliga a las Sociedades Administradoras a destinar recursos a realizar este estudio y además a otorgar una clasificación como resultado de dicho estudio. Claramente esto obliga a la Sociedad Administradora a contratar especialistas y destinar horas hombre a la labor, lo cual genera un costo adicional que disminuye el atractivo de constituir Sociedades Administradoras.

Además, las Sociedades Administradoras no son tan "libres" de fijar los criterios de sus metodologías. Aunque la Ley de *Crowdfunding* diga expresamente que sí tienen esa libertad, a renglón seguido dice que dicha libertad se ejerce *"a partir de criterios y de los niveles de riesgo que la SMV establece (…)"*. En consecuencia, quien finalmente establece el estándar de las metodologías es la SMV y no las Sociedades Administradoras. El Proyecto de Reglamento no entró a describir de manera muy detallada y rígida los criterios pero sí establece algunos parámetros mínimos[11], cuyo cumplimiento, satisfactorio o no, queda a criterio de la SMV. Queda pendiente que se defina si el incumplimiento de tales parámetros mínimos se traduce en la comisión de alguna infracción administrativa —pero seguramente será el caso—.

11. El numeral 25.4 del Proyecto de Reglamento establece que las metodologías para clasificar a Receptores y Proyectos deben tomar en cuenta lo siguiente: *"(1) La metodología adoptada debe considerar como mínimo información relevante del Proyecto relacionada con su sector, industria y localización, utilizando criterios de evaluación homogéneos y no discriminatorios. (2) En los casos de Proyectos de préstamos se debe evaluar como mínimo la solvencia económica del Receptor, mediante el uso de herramientas cualitativas y cuantitativas. Para la solvencia económica se analizará como mínimo el historial crediticio, capacidad de pago e ingresos esperados del Receptor. Las Sociedades Administradoras que realicen dicha modalidad, deben ser usuarias de al menos una sociedad de información crediti-*

(Continúa en siguiente página)

El costo adicional creado por la normativa no me generaría un problema en la medida que pudiera ver un claro beneficio para el sector. Pero lo cierto es que no logro ver de qué manera exactamente se beneficiará a los inversionistas. En el papel, suena muy bien establecer que todos los proyectos estarán clasificados por nivel de riesgo pues eso ayudará a los inversionistas a elegir solo los mejores proyectos o a manejar mejor el riesgo de sus inversiones. El problema es que, por definición, las compañías que usarán el *Crowdfunding* como fuente de financiamiento son compañías que involucran un mediano o alto riesgo. Entonces, no podemos asumir que por el solo hecho de colocarlo en una norma los resultados de las clasificaciones constituirán información realmente relevante para el análisis del inversionista pues, más allá de lo sofisticada que puede ser la metodología de la Sociedad Administradora, nada puede asegurar que la clasificación sea precisa.

Admito que no es igual analizar esta regla desde la perspectiva del Receptor que quiere solicitar un préstamo o emitir un valor representativo de deuda y aquel que planea emitir valores representativos de capital. En el primer caso, lo relevante es analizar la capacidad de pago, de manera que es más fácil y quizás hasta automatizable hacer la clasificación de riesgo. A las Sociedades Administradoras especializadas en esta modalidad, quizás esta normativa no les resulte tan perjudicial. Pero para el caso de la emisión de valores representativos de capital, el nivel de análisis que se requiere de la compañía Receptora para emitir una clasificación como pide la norma es mucho mayor y la probabilidad de equivocarse es más alta —con lo cual el potencial "beneficio" se vuelve aún más relativo—. En ese sentido, creo que esta exigencia termina siendo un desincentivo en especial para las Sociedades Administradoras especializadas en la modalidad de emisión de valores.

El segundo problema es que, al obligar a las Sociedades Administradoras a emitir una clasificación de riesgo, la normativa las expone a potenciales demandas por responsabilidad civil —ya sean fundadas o no— por parte de inversionistas que aleguen haber actuado confiando en dicha clasificación y se consideren perjudicados si el proyecto objeto de clasificación fracasó. Ello sin perjuicio de la interposición de denuncias administrativas que pueden desembocar en multas u otras sanciones. Estarían siendo expuestas a esto pese a que su negocio principal era, en principio, poner en contacto a Receptores e inversionistas y no clasificar el riesgo de proyectos; pero la norma las obligaría a ir más allá de su objeto principal. Si bien es cierto que, en ausencia de dolo, una Sociedad Administradora que sigue estrictamente sus metodologías debería ser capaz de evitar que se le impute responsabilidad civil, ello no la salvará de enfrentar potenciales procesos judiciales al respecto o hasta procesos administrativos si es que la SMV —o eventualmente INDECOPI— se atribuyen competencia suficiente para conocer de casos en donde la clasificación otorgada sea controvertida.

El problema de la responsabilidad incrementada no afecta a las Sociedades Administradoras solamente si se materializa, también puede generar dificultades por el solo hecho de que exista dicha posibilidad. Anteriormente, se sugirió, por ejemplo, que una alternativa para reducir la carga regulatoria de las Sociedades Administradoras era permitirles contratar seguros de responsabilidad civil en lugar de cumplir con un capital mínimo. Como es obvio, el costo de la prima es mayor entre más expuesta esté la So-

---

cia y utilizar dicha información como componente de su metodología de evaluación de Proyectos. (3) Para Proyectos de valores se debe analizar como mínimo el historial del negocio y la experiencia de los Receptores realizando actividades relacionadas al Proyecto. Asimismo, se deberá considerar en la evaluación la viabilidad financiera del Proyecto. (4) La Sociedad Administradora tendrá la facultad de publicar Proyectos cuyos Receptores no tengan historial crediticio, siempre que su calificación de nivel de riesgo refleje esta situación de acuerdo con la metodología adoptada. (5) Dentro del proceso de evaluación de Proyectos, se debe considerar si el Receptor se encuentra en proceso de solicitud de otras alternativas de financiamiento. (…)"

ciedad Administradora a contingencias como esa. Por otro lado, es más difícil justificar una reducción de la carga regulatoria sobre las Sociedades Administradoras si por el otro lado se les está atribuyendo una mayor responsabilidad.

¿Significa que el regulador debe quedarse de brazos cruzados? No. El regulador sí tiene un rol que cumplir en lo que respecta a la evaluación que hacen las Sociedades Administradoras sobre los Receptores y sus proyectos, y se trata de garantizar la transparencia. No existe ninguna necesidad de obligar a las Sociedades Administradoras a realizar *due diligence* o clasificaciones de riesgo, pero sí resulta conveniente para el desarrollo del sector que la norma exija transparencia de manera que los inversionistas sepan si las Sociedades Administradoras hacen o no hacen un *due diligence*, y si optan por clasificar los proyectos, que se revelen en base a qué criterios lo hacen.

Trazando el límite del regulador en la promoción de la transparencia considero que se le dará suficiente espacio al mercado para que, de manera natural, fije su propio estándar, uno que funcione y sea acorde a las condiciones del mercado. Lo que se observa en otros países es que hay Sociedades Administradoras que no hacen *due diligence* y otras que sí lo hacen y lo publicitan para diferenciarse del resto y generar mayor atracción hacia su plataforma. Asimismo, hay compañías que hacen un mejor *due diligence* que otras, y hay compañías que se especializan en hacer *due diligence* y que son subcontratadas por las Sociedades Administradoras —e.g. *Crowdcheck* en Estados Unidos—. Las Sociedades Administradoras más exitosas en efecto evalúan con rigurosidad a los Receptores y sus proyectos, y justamente es gracias a ello que han sido exitosas. Considero que lo mismo debería suceder en el caso peruano sin necesidad de que la normativa o el regulador deban entrometerse más allá de garantizar un adecuado nivel de transparencia.

Si al final la normativa que se apruebe mantiene la obligación de clasificar el riesgo de los Receptores y Proyectos, creo que al menos se debería aclarar que esos servicios, si bien los presta la Sociedad Administradora, pueden ser subcontratados a terceros que sean especialistas en ello para que las Sociedades Administradoras puedan abaratar sus costos y ser más eficientes. El Proyecto de Reglamento no establece una prohibición expresa, sin embargo, para evitar cualquier clase de interpretación en contrario, debería tratarse el tema de manera expresa.

V. LÍMITES DE RECAUDACIÓN A RECEPTORES

No solo las reglas que regirán el actuar de las Sociedades Administradoras serán fundamentales para el éxito o fracaso del *Crowdfunding* financiero en el Perú. El límite de recaudación para los Receptores es igual de importante pues influirá directamente en la demanda por parte de los Receptores de este mecanismo de financiamiento.

En la legislación comparada, lo usual es que la ley establezca un límite máximo a la cantidad de dinero que puede ser recaudado por los Receptores en campañas de *Crowdfunding* financiero. De manera que era de esperar que el Proyecto de Reglamento propusiera una serie de límites. Creo que son dos las razones que pueden motivar el establecimiento de límites de recaudación.

La primera razón es, en teoría, la reducción del riesgo sistémico. La lógica es que entre menos recursos se concentren en una sola campaña, menores serán las repercusiones para la economía en general si el negocio de la compañía que promovió esa campaña fracasa y los inversionistas pierden su dinero. Sin embargo, creo que pasarán muchos años para que el *Crowdfunding* se convierta en un sector suficientemente grande para generar un riesgo sistémico, por lo que por ahora solamente cabría hablar del límite de recaudación como una manera para que el fracaso de los Receptores repercuta en la menor cantidad de personas posibles.

La segunda justificación que encuentro, más pragmática y convincente que la primera, es que el límite permite segmentar el *Crowdfunding* financiero de tal manera que sea empleado por aquellas compañías para cuyo beneficio está originalmente pensado, es decir, las MYPES

y emprendimientos de alto impacto. De esta manera se previene que empresas más grandes que tienen otras alternativas de financiamiento ingresen al sector para aprovechar sus beneficios y compitan por el financiamiento que deberían recibir aquellas.

Es por la razón descrita en el párrafo anterior que creo que tiene sentido establecer un límite de recaudación. Sin embargo, fijar el límite es un asunto delicado y en el que considero peor equivocarse por establecer un límite muy bajo que uno muy alto. Si el límite es demasiado bajo, el sector no podrá desarrollarse pues no habrá demanda suficiente.

La Ley de *Crowdfunding*, en su artículo 32, facultó a la SMV para establecer los límites de recaudación. Es así que el artículo 32 del Proyecto de Reglamento, en sus numerales 1 y 2, estableció los siguientes límites máximos:

> *"32.2 Con dicho fin, la Sociedad Administradora debe tener presente los siguientes límites máximos:*
> 1. *Por monto del Proyecto: Los Proyectos personales no podrán superar las cincuenta (50) UIT y su plazo máximo de financiamiento no deberá exceder los tres (03) años. Los Proyectos empresariales no podrán superar las doscientos cincuenta (250) UIT.*
> 2. *Por monto recibido por el Receptor: Cada Receptor no podrá recibir un monto mayor como FPF de cien (100) UIT en el caso de personas naturales y de quinientas (500) UIT en el caso de personas jurídicas, siendo posible solicitar sucesivas rondas de FPF, cuyo monto total no debe superar dichos límites en el lapso de los doce (12) meses anteriores."*

Considerando que la Unidad Impositiva Tributaria — UIT para el año 2021 asciende a S/ 4,400.00, entonces, el límite máximo por ronda de financiamiento ascendería a S/ 1,100,000.00 y el límite en un plazo de 12 meses —en sucesivas rondas— ascendería a S/ 2,200,000.00.

En mi opinión, los límites propuestos son demasiado bajos. Quizás para algunas empresas que se dedican al *Crowdfunding* basado en préstamos funcione, pues lo usual es que los financiamientos bajo esa modalidad sean de menor cuantía y dedicados a capital de trabajo, pero creo que definitivamente no funciona para la modalidad basada en la emisión de valores o en el caso de una compañía que esté buscando un préstamo de mayor cuantía a una mejor tasa que la ofrecida en el sistema financiero.

Asimismo, debemos recordar que el *Crowdfunding* financiero también está pensado para financiar emprendimientos de alto impacto, los cuales tienen el potencial de crecer a gran velocidad y escala, por lo que pueden necesitar mayor cantidad de fondos. Inclusive cuando estos emprendimientos ya han pasado por algunas rondas de financiamiento y tienen otras alternativas sobre la mesa, no se les debe cerrar las puertas para optar por el *Crowdfunding* financiero como opción. El *Crowdfunding* no se trata solamente de obtener el dinero. La campaña es en sí misma una herramienta de marketing muy potente que puede ayudar a fidelizar clientes y expandir el negocio. Por eso hay compañías que, pudiendo optar por otras fuentes de financiamiento, deciden hacer nuevas rondas de *Crowdfunding* financiero. Mantener a ese tipo de compañías en el sector me parecería muy productivo para su promoción y desarrollo, pero no volverán si los límites son muy bajos.

Los límites propuestos son bajos inclusive si nos comparamos con otras jurisdicciones. En Estados Unidos, por ejemplo, —tras aumentar el monto original— el límite asciende a USD 1,070,000.00, mientras que en Europa —bajo el Reglamento UE 2017/1129— se estableció un valor máximo de EUR 8,000,000.00, el mismo que fue adoptado, por ejemplo, por Alemania[12], sin perjuicio de que las legislaciones nacionales

12. Therese Thorris "Germany raises the Equity Crowdfunding Limit to €8 million", *Crowdfund Insider,* 29 de junio de 2018, https://www.crowdfundinsider.com/2018/06/135692-germany-raises-the-equity-crowdfunding-limit-to-e8-million/

de cada país pueden establecer máximos menores. Ambos valores aplican para un periodo de 12 meses.

Y no tenemos que irnos a otro continente. En el caso de Colombia, en septiembre de 2020, se tuvo que emitir el Decreto N° 1235[13] para elevar los límites inicialmente propuestos para incentivar el uso del *Crowdfunding* financiero. Los montos máximos inicialmente ascendían —dependiendo de si solamente participaban inversionistas no calificados o no— a 3,000 o 10,000 salarios mínimos mensuales —aproximadamente USD 794,961 y USD 2,679,870 respectivamente—, y fueron ampliados a los nuevos límites de 19,000 y 58,000 salarios mínimos mensuales —aproximadamente USD 5,034,615.00 y USD 15,368,827.00—. Si Colombia ya cometió el error de iniciar con límites demasiado bajos y tuvo que rectificarse, ¿por qué Perú debe esperar a darse cuenta de lo mismo en lugar de aprender de los errores de los países vecinos?

Para terminar esta sección, también quiero resaltar una limitación relevante que se ha impuesto en el artículo 40 del Proyecto de Reglamento. Este artículo establece que *"El Proyecto debe ser desarrollado íntegramente en el territorio de la República del Perú."* Pareciera que, lo que se busca garantizar es que los recursos recaudados no sean llevados al extranjero, sino que se queden en el Perú y que los beneficios derivados de dicha inversión se materialicen en el Perú. Sin embargo, esto me parece un gran error de la legislación. Bajo esta norma, los Receptores no podrían, por ejemplo, recaudar fondos con la finalidad de expandir sus operaciones a otros países. Y no solo a los Receptores se les cierra una alternativa de financiamiento importante, sino que si lo vemos desde la posición de los propios inversionistas, pierden una oportunidad de inversión en una empresa que, siendo exitosa localmente, tiene planes de expansión al extranjero. Nuevamente nos encontramos con una regla que, en lugar de atraer proyectos, los ahuyenta.

VI. CONCLUSIONES

El *Crowdfunding* financiero es una actividad que favorecerá al financiamiento de emprendimientos de alto impacto y MYPES que hoy en día tienen dificultades para acceder al financiamiento que necesitan. Por las razones expuestas en el presente artículo, no considero que aprobar una regulación especial sea estrictamente necesario para que esta actividad se desarrolle en el Perú. Inclusive sin regulación, ya venían operando algunas plataformas de *Crowdfunding* bajo la modalidad de préstamos sin mayores inconvenientes. Sin embargo, en un negocio que depende tanto de la confianza que los Receptores y Sociedades Administradoras pueden generar en el público, crear una regulación especial que permita supervisar esta actividad y dar ciertas garantías adicionales podría, a la larga, resultar un factor que contribuya a un crecimiento que respete los intereses de todos los involucrados.

A lo largo de este artículo, se han identificado algunos problemas con el contenido de la Ley de *Crowdfunding* y su respectivo Proyecto de Reglamento que me llevan a concluir que no contribuirán al desarrollo del *Crowdfunding* financiero. Por el contrario, las exigencias que se imponen, principalmente a las Sociedades Administradoras, son demasiado exigentes e inflexibles, siendo las principales fallas identificadas las siguientes:

a) No diferenciar entre Sociedades Administradoras que manejan fondos del público y aquellas que no. Lo recomendable —y lógico— sería reducir la carga regulatoria de éstos últimos y así generar incentivos para que las Sociedades Administradoras ideen formas más seguras de administrar el dinero de los inversionistas, por ejemplo, valiéndose de terceros.
b) No diferenciar la carga regulatoria en base al volumen de las operaciones de cada Sociedad Administradora, flexibilidad que considero necesaria para mantener las ba-

13. Decreto N° 1235, https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=142006

rreras de entrada al mercado bajas. Bajo el esquema propuesto en el Proyecto de Reglamento, sin importar el volumen de operaciones, todas las Sociedades Administradoras tienen los mismos requisitos de capital mínimo y patrimonio neto, y las mismas obligaciones informativas.

c) Obligar a las Sociedades Administradoras a calificar el riesgo de los proyectos publicados en sus plataformas. Esto genera un costo adicional e incrementa su exposición en términos de responsabilidad civil y, quizás, hasta administrativa, sin un beneficio claro que lo justifique.

Asimismo, considero un error establecer que los proyectos deban desarrollarse exclusivamente en el Perú y el límite de recaudación contenido en el Proyecto de Reglamento. Un límite tan bajo como el propuesto reducirá la demanda de Receptores que podrían financiarse a través del *Crowdfunding* financiero. Si bien se está pensando en beneficiar a las MYPES, es necesario recordar que también se busca favorecer a los emprendimientos de alto impacto y, en general, cualquier empresa pequeña que tenga planes de crecimiento. La idea es que el *Crowdfunding* financiero pueda ser un mecanismo de financiamiento recurrente, lo que significa que el límite de recaudación debe considerar las necesidades de financiamiento de las empresas en etapas más tardías de su desarrollo y no solamente pensar en su etapa inicial o en necesidades de capital de trabajo.

Hay otros temas que considero cuestionables de la Ley de *Crowdfunding* y su Proyecto de Reglamento y que no han podido ser abordados en este artículo. Desde el tratamiento de las plataformas de *Crowdfunding* extranjeras, pasando por algunos requisitos problemáticos para el otorgamiento de las autorizaciones de organización de funcionamiento de Sociedades Administradoras, plazos que aparentan ser cortos pero que no se cumplirán en la práctica, prohibiciones absurdas como aquella que impide a las Sociedades Administradoras invertir en los proyectos promocionados en sus plataformas, terminando en la imposición de límites de inversión que responden a una visión paternalista del Estado.

La Ley de *Crowdfunding* delegó en la Superintendencia del Mercado de Valores la tarea de supervisar y reglamentar la actividad de *Crowdfunding* financiero. Sin embargo, mi lectura del Proyecto de Reglamento, es que se está cometiendo el error de siempre. Pareciera que cada vez que se pretende regular una actividad nueva, las normas formuladas se terminan llenando de limitaciones y regulaciones inflexibles bajo la excusa de proteger a los inversionistas, siempre aplicando el mismo molde de normas; como si el mercado debiera funcionar de la manera ideal que el funcionario público de turno se imagina o nada.

Quizás sea el momento de hacer un cambio y confiar un poco más en el mercado. Tal vez no dejarlo a sus anchas, pero sí guiarlo sin que ello implique imponerle un esquema rígido. No puedo garantizar que los incentivos analizados en este artículo funcionen a la perfección y que el mercado quede libre de abusos o actos fraudulentos. Lo cierto es que, con o sin regulación, el fraude es y será un riesgo en todos los mercados, por lo que no tiene sentido ahogar al mercado en regulación excesiva en un afán de minimizar al máximo ese riesgo. En el caso particular del *Crowdfunding* financiero, si las cosas no salen como se espera bajo una regulación más flexible, al menos habremos cometido un error nuevo y aprenderemos de él, y no el error de siempre, del cual parece hemos aprendido poco.

ENTENDEMOS
EL CONTEXTO CON
FOCO EN EL DETALLE

Somos el primer gran estudio iberoamericano con alcance global y presencia local en Chile, Colombia y Perú.

Philippi
Prietocarrizosa
Ferrero DU
&Uría

www.ppulegal.com

AGNITIO

Agnitiope
agnitio.pe
@agnitiope

AGRADECIMIENTOS

ADVOCATUS brinda un especial agradecimiento a quienes hicieron posible la presente edición:

Humberto Medrano Cornejo
Sergio Vega-León Cabrera
Jorge Otoya Cabrera
Alexa Adriazola Burga
Wilfredo Mego Chavez
César Dávila Alvarado
Jorge Liendo Tejada
Marisela Gallardo Quiroz
Michael Fernando Morales Gamarra
Nataly Daniela Aspinwall Mejía
Carlos Alberto Fonseca Sarmiento
Javier Enrique Reyes Sarmiento
Diego Alberto Uribe Mendoza
Javier Gustavo Oyarse Cruz
Fernando Cosio Jara
Javier Alonso Caballero Caballero
José Antonio La Noire Núñez
Eloy Espinosa-Saldaña Barrera
Andrea Espejo Donaire
Daniel Ángel Puémape Postigo
Adrian Tovar Ayllón
Estudio Rodrigo, Elías y Medrano
Vinatea & Toyama
Ferrando Abogados
Varela & Fonseca Abogados
Constructora Creativa
Estudio Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría
Estudio Rubio Leguía Normand
Solari, D'Auriol & Asociados
Rebaza, Alcázar & De Las Casas

Arbe Abogados
Notaría De Vettori
Familia Qahhat Zapata
Familia Velezmoro Rocha
Familia Elías de Lavalle
Familia Alvarado Maraví
Familia García Seminario
Familia López Chang
Familia Moquillaza Robatty
Familia Hume Valenzuela
Familia Eberhardt Carpio
Familia Ayme Salas
Familia Carillo Bolaño
Familia Bazán Montalto
Pablo Ayme Arellano
Angelica Salas Herrera
Camila Fernanda Mendoza Rosell
Fátima Del Rosario Vega Pinedo
Maria Alessandra Lima Espinoza
Alejandro Izquierdo Laca
Mateo Javier Alvarado Maravi
José Alfredo Agreda Pastor
Carlos Andrés Fernández Guevara
Alfredo Martín Benavides Castro Mendivil
Giovana Carolina Gazzo Capocci
Ignacio Gonzalez Caipo
Jorge Francisco Lazo Lema
Alberto Ernesto Coya Rojas
Mauricio Lavaud Allen
Alisson Antonella Coloma Vallejos

NOTARÍA
DE VETTORI
JESSICA MARÍA DE VETTORI GONZÁLEZ

ADVOCATUS

www.revistaadvocatus.com
consejo@revistaadvocatus.com
ADVOCATUS
@revistaadvocatus
Revista ADVOCATUS

Blog jurídico AGNITIO

www.agnitio.pe
equipoagnitio@agnitio.pe
Agnitio
@agnitiope
AGNITIO
Blog Jurídico Agnitio
@agnitiope

ADVOCATUS
agradece especialmente a Alonso Velezmoro Rocha, Nicole Peschiutta Forga, Daniela Andrea Quevedo Checa, Lucy Lisett Ayme Salas, Andrea Alexandra Espino Buiza, Gian Piero Luigi Pierantoni Salazar, Maria Fernanda Molet Diaz, Antonio Lorenzo Hume Valenzuela, Guillermo Javier Lozano Castillo, Fabiola Esther Proaño Rivera, Ana Karem Rodríguez Moreno, Aranzazu Qahhat Zapata, Juan Diego de la Flor Mejía, Ivana Faride Velazco Chirinos, Gonzalo Abel Bazán Montalto y Alejandra Gabriela López Chang por su valiosa contribución y por el constante esfuerzo brindado durante el tiempo que permanecieron como Miembros Activos en nuestra Asociación.

Se terminó de imprimir en los talleres gráficos de **Tarea Asociación Gráfica Educativa**
Pasaje María Auxiliadora 156-164 Breña. Teléfono: 332 3229. Correo electrónico: tareagrafica@tareagrafica.com

ISSN 1996-4773