



PLANIFICACIONES FISCALES, NORMA ANTIELUSIVA Y RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS DIRECTORES Y GERENTES

RESUMEN DE SITUACIÓN AL 13 DE MARZO DE 2019

ESTE DOCUMENTO RECOGE ÚNICAMENTE UN RESUMEN DE LA SITUACIÓN NORMATIVA DEL ASUNTO INDICADO Y NO PRETENDE REEMPLAZAR NI DE HECHO REEMPLAZA LA ASESORÍA TRIBUTARIA QUE LOS CONTRIBUYENTES REQUIEREN PARA ABORDAR ESTA MATERIA Y TOMAR DEFINICIONES SOBRE SU ESTRATEGIA A SEGUIR RESPECTO DE PLANIFICACIONES FISCALES YA IMPLEMENTADAS Y LAS QUE DECIDA IMPLEMENTAR EN EL FUTURO, ASÍ COMO SOBRE EL ROL DE LOS FUNCIONARIOS QUE PARTICIPAN EN EL DISEÑO, APROBACIÓN O EJECUCIÓN DE LAS MISMAS.



MARCO NORMATIVO

- ▶ En el marco de las facultades delegadas por el Congreso de la República mediante la Ley N° 30823, el 13 de setiembre de 2018 fue publicado el Decreto Legislativo N° 1422, mediante el cual se modificaron una serie de artículos del Código Tributario (CT) referidos a la aplicación de la norma antielusiva general contenida en los párrafos segundo al quinto de la Norma XVI del Título Preliminar de dicho Código (conocida como “norma para evitar el fraude de ley”), y se establecieron diversas reglas complementarias dirigidas a implementar un régimen de responsabilidad solidaria de los Directores, Gerentes y representantes legales de las empresas que hayan colaborado con el diseño o la aprobación o la ejecución de actos, situaciones o relaciones económicas calificadas como “fraude de ley”. El texto de la Norma XVI mencionada está citado en la siguiente página del presente documento.
- ▶ Entre otras reglas relevantes, podemos mencionar las siguientes:
 - [Opinión previa de un Comité Revisor de la SUNAT](#): Para que la SUNAT pueda implementar reparos amparados en la regla para combatir el “fraude de ley” requerirá contar previamente con la opinión favorable de un Comité Revisor conformado por tres (3) funcionarios de la SUNAT. El contribuyente tiene oportunidad de exponer su posición.
 - [Declaración de sujetos involucrados](#): Una vez que el equipo fiscalizador de la SUNAT emita su informe para el examen del Comité Revisor, que deberá ser notificado también al contribuyente, éste debe declarar a la SUNAT los datos de **todos los involucrados** en el diseño o aprobación o ejecución de los actos, situaciones o relaciones económicas materia del referido informe.
 - [Presunción de responsabilidad solidaria de los representantes legales](#): Cuando el contribuyente sea sujeto de la aplicación de la regla para evitar el “fraude de ley”, se presumirá que existe dolo, negligencia grave o abuso de facultades del representante legal, lo que da lugar a una **responsabilidad solidaria** con el contribuyente (salvo prueba en contrario). La responsabilidad se atribuye a los representantes legales siempre que hayan colaborado con el diseño o la aprobación o la ejecución de actos, situaciones o relaciones económicas previstas en dicha regla.
 - [Rol del Directorio](#): Tratándose de sociedades que tengan **Directorio**, corresponde a este órgano societario definir la estrategia tributaria de la sociedad debiendo decidir sobre la aprobación o no de actos, situaciones o relaciones económicas a realizarse en el marco de la planificación fiscal. Esta facultad es indelegable.
 - [Revisión extraordinaria de planificaciones fiscales por parte del Directorio](#): Los actos, situaciones y relaciones económicas realizados en el marco de la planificación fiscal e implementados al 14 de setiembre de 2018, que sigan teniendo efectos, deben ser **evaluados por el Directorio para su ratificación o modificación hasta el 29 de marzo de 2019**, sin perjuicio que la gerencia u otros administradores de la sociedad hubieran aprobado en su momento los referidos actos, situaciones y relaciones económicas.
 - [Aspectos temporales de la norma](#): La regla para combatir el “fraude de ley” es aplicable a los actos, hechos o situaciones **producidos desde el 19 de julio de 2012**.

Aunque el tema es discutible, la SUNAT ha señalado, de manera extraoficial, que en la práctica esta regla empezará a aplicarse una vez que se aprueben: (i) el Reglamento que establecerá “los parámetros de fondo y forma que se encuentren dentro del ámbito de aplicación” de la norma y (ii) la Resolución de Superintendencia que regule la selección, áreas y cargos de los miembros del Comité Revisor y los designe. Pero, se entiende, que la facultad de la SUNAT siempre se aplicaría respecto de los actos, hechos o situaciones **producidos desde el 19 de julio de 2012**.

¿QUÉ ES LO QUE ESTABLECE LA NORMA XVI?

“Para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible, la SUNAT tomará en cuenta los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los deudores tributarios.

En caso que se detecten supuestos de elusión de normas tributarias, la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria - SUNAT se encuentra facultada para exigir la deuda tributaria o disminuir el importe de los saldos o créditos a favor, pérdidas tributarias, créditos por tributos o eliminar la ventaja tributaria, sin perjuicio de la restitución de los montos que hubieran sido devueltos indebidamente.

Quando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se reduzca la base imponible o la deuda tributaria, o se obtengan saldos o créditos a favor, pérdidas tributarias o créditos por tributos mediante actos respecto de los que se presenten en forma concurrente las siguientes circunstancias, sustentadas por la SUNAT:

- a) Que individualmente o de forma conjunta sean artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido.
- b) Que de su utilización resulten efectos jurídicos o económicos, distintos del ahorro o ventaja tributarios, que sean iguales o similares a los que se hubieran obtenido con los actos usuales o propios.

La SUNAT, aplicará la norma que hubiera correspondido a los actos usuales o propios, ejecutando lo señalado en el segundo párrafo, según sea el caso.

Para tal efecto, se entiende por créditos por tributos el saldo a favor del exportador, el reintegro tributario, recuperación anticipada del Impuesto General a las Ventas e Impuesto de Promoción Municipal, devolución definitiva del Impuesto General a las Ventas e Impuesto de Promoción Municipal, restitución de derechos arancelarios y cualquier otro concepto similar establecido en las normas tributarias que no constituyan pagos indebidos o en exceso.

En caso de actos simulados calificados por la SUNAT según lo dispuesto en el primer párrafo de la presente norma, se aplicará la norma tributaria correspondiente, atendiendo a los actos efectivamente realizados.”





EVENTUAL MODIFICACIÓN DE LAS NORMAS

- ▶ El 18 de diciembre de 2018 la Comisión de Constitución del Congreso emitió un Dictamen especial en relación al Decreto Legislativo N° 1422, con una propuesta de derogación o modificación de algunas de las disposiciones relacionadas con la aplicación de la norma antielusiva.
- ▶ Dicho Dictamen ha ingresado a trámite como un Proyecto de Ley (con el N° 03740/2018-CR), que deberá ser debatido en el Pleno del Congreso. A la fecha, este Proyecto de Ley se encuentra en Relatoría del Congreso, esperando a que se incluya en la agenda del pleno. Se espera que sea incluido, e inclusive debatido, en esta semana o en la próxima, pero ello no es seguro.
- ▶ En resumen, lo que se está proponiendo en el referido Proyecto de Ley es lo siguiente:
 1. Derogar la regla que establece que tratándose de sociedades que tengan **Directorio**, corresponde a este órgano societario definir la estrategia tributaria de la sociedad debiendo decidir sobre la aprobación o no de actos, situaciones o relaciones económicas a realizarse en el marco de la planificación fiscal, y que tal facultad es indelegable.
 2. Derogar la regla según la cual los actos, situaciones y relaciones económicas realizados en el marco de la planificación fiscal e implementados al 14 de setiembre de 2018, que sigan teniendo efectos, **deben ser evaluados por el Directorio para su ratificación o modificación hasta el 29 de marzo de 2019.**
 3. Derogar la disposición que ordena que la regla para combatir el “fraude de ley” es aplicable a los actos, hechos o situaciones **producidos desde el 19 de julio de 2012.**
 4. Agregar que la regla para evitar el “fraude de ley” será de aplicación a los actos, hechos y situaciones que se produzcan **a partir de la publicación del Decreto Supremo** que establezca los parámetros de fondo y forma que se encuentran dentro del ámbito de aplicación de dicha regla antielusiva.
 5. Derogar la regla conforme a la cual cuando el contribuyente sea sujeto de la aplicación de la regla para evitar el “fraude de ley”, se presumirá que existe dolo, negligencia grave o abuso de facultades del representante legal, lo que da lugar a una **responsabilidad solidaria** con el contribuyente (salvo prueba en contrario).
- ▶ Las propuestas reseñadas en los puntos **1.** al **4.**, con algunas variantes, están en línea con lo que sugirió el Grupo de Trabajo encargado de revisar los Decretos Legislativos expedidos al amparo de la Ley N° 30823.

Lo novedoso es la propuesta reseñada en el punto **5.** Esto no fue tratado en el seno del mencionado Grupo de Trabajo y fue incorporado en el Dictamen sin una explicación o sustento. Si prosperase esta última propuesta de la Comisión de Constitución, en la práctica se eliminaría la atribución de responsabilidad solidaria a los Gerentes y Directores que persiguió el Poder Ejecutivo con el Decreto Legislativo N° 1422, con lo cual estaríamos, en esta materia, en el mismo escenario legal existente antes de la aprobación de dicho Decreto Legislativo.

PARA CUALQUIER CONSULTA SOBRE ESTE TEMA DIRIGIRSE A:

JULIO PINO

Socio Tax & Legal

jpino@bdo.com.pe

www.bdo.com.pe

