

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



**“EFECTOS DE LA NORMA ANTIELUSIVA GENERAL EN LOS DIRECTORIOS DE
LAS EMPRESAS DE SEGUROS Y REASEGUROS”**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE
MAGÍSTER EN DERECHO DE LA EMPRESA**

AUTOR

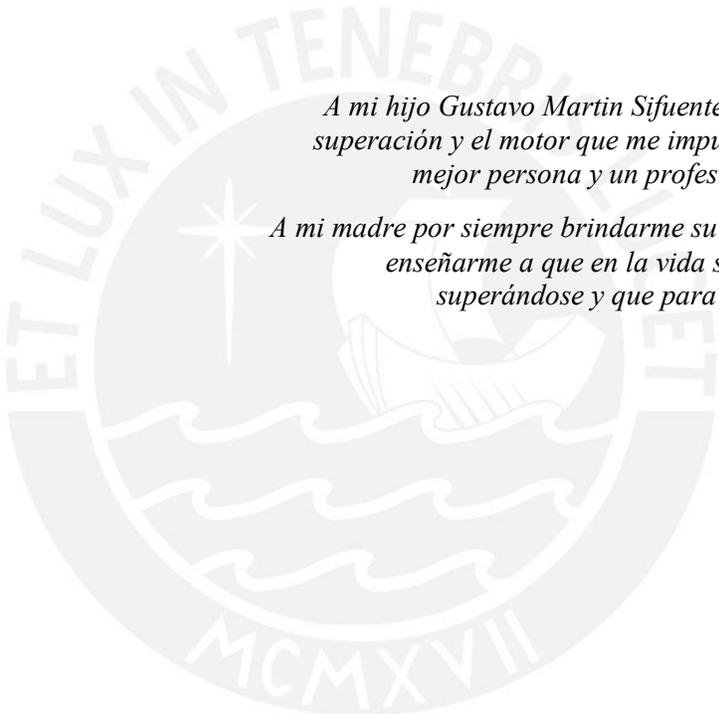
Ricardo Alberto Martin Beuermann

ASESOR

Edison Paul Tabra Ochoa

LIMA – PERÚ

Octubre, 2020



A mi hijo Gustavo Martin Sifuentes por ser mi motivo de superación y el motor que me impulsa a ser cada día una mejor persona y un profesional más competitivo.

A mi madre por siempre brindarme su apoyo incondicional y enseñarme a que en la vida siempre hay que seguir superándose y que para ello no existen límites.

Ricardo Martin

RESUMEN EJECUTIVO

La recaudación tributaria de nuestro país se ve afectada a consecuencia de la elusión fiscal, que es practicada desde hace muchos años por los contribuyentes, quienes recurren a expertos en la materia para estructurar planeamientos fiscales agresivos y, de esta manera disminuir su base imponible y obtener beneficios tributarios indebidos. El Poder Ejecutivo con la finalidad de evitar estos actos el 18 de julio del 2012, incorporó la Norma XVI al Título Preliminar del Código Tributario, la misma que fue cuestionada desde su entrada en vigencia por diversos gremios empresariales, debido a sus imprecisiones, razón por la cual en el mes de julio del 2014 sus efectos quedaron suspendidos mediante el artículo 8 de la Ley N° 30230, dado que el Poder Ejecutivo tendría que previamente reglamentar los parámetros de forma y fondo para su aplicación, y en razón a ello, dicha norma fue publicada el 06 de mayo del 2019.

La norma antielusiva desde su concepción no fue gratamente percibida por el sector empresarial, ya que les impuso una nueva limitación legal, pero ha llamado bastante la atención, y a su vez ha generado una gran preocupación el haberse establecido un régimen de responsabilidad solidaria e ilimitada conjuntamente con los miembros del directorio y representantes legales que participen en actos de planificación fiscal.

La presente investigación está orientada a demostrar la necesidad de que los directores cuenten con una póliza D&O para salvaguardar su patrimonio personal, como consecuencia del nuevo régimen de responsabilidad solidaria instaurado por el Estado. Así mismo, se ha realizado un análisis comparativo de la norma antielusiva peruana frente a otros países a fin de analizar las críticas que la misma ha recibido al supuestamente vulnerar principios como el de reserva de ley, seguridad jurídica, debido proceso y no ofrecer un procedimiento administrativo garantista.

INDICE

	Pág.
Resumen ejecutivo	1
Índice	2
Introducción	4
CAPÍTULO I: ESTADO DEL ARTE	13
1.1. El directorio	13
1.1.1. Deberes fiduciarios	18
1.1.2. Tipos de responsabilidad de los directores	22
1.2. Las empresas de seguro y reaseguro	32
1.2.1. Contrato de seguro	36
1.3. Gobierno corporativo	40
1.4. OCDE	42
1.5. El plan BEPS	45
1.6. Conceptos y diferencias entre economía de opción, evasión tributaria y elusión tributaria	50
1.6.1. Economía de opción	50
1.6.2. Evasión tributaria	51
1.6.3. Elusión tributaria	53
1.7. Planificación Tributaria	57
CAPÍTULO II: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	60
2.1. Informe del grupo de trabajo de Control Constitucional	60
2.2. Impacto en el mercado e implicancias fiscales	62
2.3. Perú	70
2.4. Chile	77
2.5. Colombia	82
2.6. México	88
2.7. España	92
2.8. Aspectos resaltantes del análisis comparativo	98

2.8.1. Chile	99
2.8.2. Colombia	99
2.8.3. México	100
2.8.4. España	101
2.9. Carencias de la norma antielusiva peruana	103
2.9.1. La falta de definición de conceptos	103
2.9.2. Responsabilidad solidaria atribuible no solo al directorio	104
2.9.3. Autonomía e imparcialidad del órgano decisorio.	104
2.9.4. Temporalidad de la norma antielusiva general	105
2.10. Imprecisiones de la legislación societaria peruana	105
CAPÍTULO III: DISCUSIÓN	107
3.1. Críticas a la norma antielusiva	107
3.1.1. Principio de legalidad	108
3.1.2. Principio de reserva de ley	111
3.1.3. Principio del derecho al debido proceso	114
3.2. La importancia de las pólizas de responsabilidad civil D&O en la labor del directorio	116
3.3. La culpa leve como causal de exención de la responsabilidad de los directores	125
3.4. La caducidad de la responsabilidad de los directores como mecanismo de defensa	128
3.5. La obligatoriedad de una reforma societaria	132
Conclusiones	137
Recomendaciones	141
Referencias Bibliográficas	144

INTRODUCCIÓN

El Estado, en los últimos años, ha prestado un mayor interés en mejorar los índices de recaudación tributaria y, a consecuencia de ello, se ha logrado obtener un mayor crecimiento, puesto que en el año 2019, la recaudación aumentó en un 3.5% en comparación con el ejercicio anterior, pero pese a ello, la recaudación resulta insuficiente y conlleva a que el Estado no cuente con los recursos necesarios para realizar inversiones en los sectores altamente críticos, como son la educación, salud y seguridad ciudadana. La recaudación fiscal se ve terriblemente afectada, principalmente a causa de la evasión y elusión tributaria, ya que a consecuencia de dichos mecanismos la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (en adelante SUNAT) deja de percibir grandes cantidades de dinero que en el futuro impactan de manera directa en el gasto público.

En la presente investigación se analizará la norma antielusiva peruana y su implicancia en los directorios de las empresas de seguro y reaseguro, ya que dicha norma al haber sido reglamentada en el segundo trimestre del 2019, puede actualmente ser invocada en un proceso de fiscalización por parte de los funcionarios de SUNAT.

El mercado peruano de seguros se encuentra conformado por 20 compañías con capitales nacionales y extranjeros, cuyo mercado es liderado por RIMAC que tiene una participación del 30.4%, seguida por PACIFICO con una participación del 26.39%, luego por MAPFRE con una participación del 13.44 % y por ultimo por LA POSITIVA con el 11.87%, estas empresas en su conjunto representan el 82.11% de dicho mercado, lo cual es bastante importante, ya que por ejemplo en el año 2018 registró ventas por US\$. 3,921 millones de dólares. De acuerdo a lo indicado por la Asociación Peruana de Empresas de Seguro (APESEG), el mercado de seguros representa el 1.8% del PBI y se espera que en el futuro sus ingresos aumenten, debido a que la economía interna está cambiando y, a consecuencia de ello, se requiere de la implementación de nuevos productos, más aun tomando en cuenta que los ingresos de los sectores productivos han aumentado y que a su vez se proyecta ejecutar mayores proyectos de inversión privada, que conllevarán a la contratación de

diversas pólizas de seguro para mitigar los riesgos durante su ejecución y los que se puedan presentar con posterioridad en relación a los activos que requieran ser adquiridos.

La elusión fiscal es un problema latente y que viene configurándose desde muchos años atrás, cuyas malas prácticas deben ser erradicadas y suelen ser practicadas por los principales contribuyentes (PRICO), constituidos con capitales nacionales y/o extranjeros, bajo el modelo de sociedades anónimas, que como bien es sabido, se amparan en normas tributarias complejas y/o vacíos legales existentes para eludir el pago de los tributos, evitando la incidencia de la norma tributaria con la finalidad de evitar el hecho generador, es decir encuadran su conducta dentro de la figura jurídica que conlleve al menor pago de impuestos a través de una planificación tributaria agresiva, esto evidentemente con la finalidad de rentabilizar el valor de la sociedad y que sus accionistas perciban un mayor dividendo en deterioro de las arcas del Estado. De acuerdo a lo indicado por el economista Carlos Oliva, entre el 4% y 10% de la recaudación del Impuesto a la Renta se ve afectada por la elusión. Es importante tener en cuenta que los actos antielusivos son efectuados por el sector formal, y en especial por las grandes empresas que generan estructuras tributarias complejas, amparándose en los vacíos legales existentes a fin de obtener beneficios tributarios indebidos.

Las sociedades comerciales de nuestro país se encuentran constituidas bajo el tipo societario de sociedades anónimas ordinarias o abiertas, esto debido a que pueden tener un número ilimitado de accionistas y, en razón a ello captar capitales y atraer inversiones nacionales o extranjeras, pudiendo incluso cotizar en la Bolsa de Valores . Los órganos de gobierno que conforman su estructura organizacional son: La Junta General de Accionistas, el Directorio y la Gerencia General. Al respecto, es importante precisar que a lo largo de la presente investigación nos abocaremos a analizar los deberes y obligaciones del directorio desde una perspectiva societaria y de buen gobierno corporativo en concordancia con las nuevas obligaciones que ha dispuesto el Estado dentro de su normativa tributaria.

La elusión tributaria traspasa fronteras, por ello es que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) dio a conocer en el año 2013 el proyecto BEPS (Erosión de la Base Imponible y Traslado de Beneficios), el mismo que tiene por

finalidad lograr una alineación entre tributación y actividad económica, debido a las grandes pérdidas fiscales en las que se han visto inmersos distintos países desarrollados y en vías de desarrollo, ya que a consecuencia de los planeamientos tributarios agresivos realizados por las empresas transnacionales se deja de recaudar grandes sumas de dinero que afectan terriblemente al Estado acreedor, esto principalmente en el caso de los países en vía de desarrollo como Perú que depende de la recaudación fiscal para poder subsistir. Perú aspira a ser miembro de la OCDE en el año 2021, por ello es que ha adecuado su legislación nacional a los parámetros de dicha organización, siendo ésta la razón principal por la cual se promulgo con fecha 18 de Julio del 2012 el Decreto Legislativo N° 1121, el mismo que en su artículo 3 dispuso la inclusión de la “Norma XVI del Código Tributario”, a la cual denominaremos en lo sucesivo “NAG” ya que ésta hace referencia a la elusión tributaria, la misma que fue suspendida a los dos años de su promulgación, mediante el Artículo 8 de la Ley N° 30230 (publicado el 12 julio 2014), esto debido a sus cuestionamientos muchos de los cuales se siguen manteniendo, tales como la generalidad de la norma, puesto que esta no ha contemplado situaciones claramente definidas, lo cual dota de un alto grado de subjetividad al ente fiscalizador y en la misma línea un alto grado de inseguridad hacia los administrados.

La norma antielusiva estuvo suspendida hasta el 06 de Mayo 2019, ya que se promulgó el D.S. N° 145-2019-EF, que aprobó “los parámetros de forma y fondo de la NAG contenida en la Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario”, razón por la ya puede ser aplicada por SUNAT, esta última norma ha establecido que los directores y representantes legales que hayan participado en el diseño o aprobación de estos actos responderán ante el fisco de forma solidaria, lo cual llama bastante la atención, ya que de acuerdo a lo estipulado en el artículo 78 del Código Civil, las personas jurídicas tienen una existencia distinta a las de sus miembros. No cabe duda que la entrada en vigencia de esta norma ha generado grandes incertidumbres en las diversas empresas que ocupan un lugar dentro del mercado nacional, no siendo la excepción las empresas de seguros y reaseguros, ya que sus directores tendrán que reevaluar y revisar las decisiones relacionadas a planteamientos tributarios efectuados desde el año 2012, más aun tomando en cuenta el régimen de responsabilidad solidaria que ha dispuesto la norma antielusiva.

La reglamentación de la norma antielusiva marca el inicio de la lucha frontal contra la elusión, puesto que hoy en día se ha convertido en una herramienta que coadyuvará al desempeño del rol recaudador de SUNAT, sobretodo en la actualidad que, a consecuencia del COVID-19, el Estado ha efectuado grandes desembolsos de dinero para apoyar a los sectores vulnerables de la población. Esta norma tendrá un efecto directo dentro de las funciones que realizan los directores en las sociedades que representan, ya que dicho órgano es el encargado de tomar la mejor decisión para el desenvolvimiento estratégico de la compañía dentro del mercado y, en ocasiones, parte de dichas funciones están orientadas a la elaboración y aprobación de los presupuestos financieros, dentro del cual tiene gran relevancia la planificación fiscal que debe estar orientada al cumplimiento de las normativa tributaria, sobre todo porque las empresas objeto de estudio (aseguradoras y reaseguradoras) cuentan con políticas de cumplimiento de buen gobierno corporativo.

La Norma Antielusiva, ya puede ser nuevamente invocada por la administración tributaria desde el mes de Mayo de 2019, situación que ha causado una gran incertidumbre en el sector empresarial, en especial en aquellas compañías que realizan múltiples operaciones de prestaciones de servicios y préstamos con empresas internacionales. En este punto los directores cumplen un papel protagónico, ya que los motivos principales que conllevan a su incorporación en estas empresas es que en merito a sus conocimientos generen un mayor valor a la compañía, tal es el caso que muchos intervienen en el planeamiento tributario, y, aprovechándose de sus amplios conocimientos fiscales, generan estructuras complejas con el objetivo de diluir su rentabilidad entre sus vinculadas o subsidiarias ubicadas en países de nula o baja imposición (paraísos fiscales) para pagar un menor impuesto a la renta en nuestro país, pero hoy en día con la limitación que ha impuesto SUNAT tendrán que pensar en más de una ocasión realizar esta clase de actos, ya que de determinarse en una posterior fiscalización, que se efectuó un planeamiento tributario con fines elusivos, los directores podrán ser incluidos dentro del proceso administrativo sancionador como responsables solidarios, lo que conllevará a que tengan que responder con su patrimonio personal en caso se determine que existe un impuesto por reparar a favor del fisco como consecuencia de prácticas elusivas, esta preocupación es aún mayor, ya que la evaluación será realizada por un Comité Revisor integrado por funcionarios de SUNAT, situación que bajo la luz de los

administrados puede ser considerada arbitraria, ya que el mencionado comité será juez y parte del proceso y al tratarse de una norma antielusiva general deja muy abierta la posibilidad de que la decisión sea tomada bajo subjetividad de sus integrantes. En razón a lo antes indicado, SUNAT publicó en el mes de Febrero del 2020 un manual que comprende cinco esquemas a los que ha denominado de alto riesgo y que podrían ser considerados como actos jurídicos con fines elusivos, esto es un gran avance, ya que adelanta ciertos criterios que podrían ser aplicados por la Administración Tributaria, por lo que los administrados deben evitar incurrir en la configuración de dichos actos.

La manera en que se aplicará la norma antielusiva es preocupante, ya que en el D.S. N° 145-2019-EF publicado el 06 de mayo del 2019, se establecieron parámetros bastante genéricos que por el contrario han generado mayor incertidumbre en el sector empresarial, lo cual podría conllevar a que la norma resulte inaplicable en el tiempo o que sea modificada. De acuerdo a lo indicado por Osorio, la aplicación de las cláusulas antielusivas siempre será criticada por sus detractores (por la subjetividad y generalidad con las que pueden ser aplicadas), pero pese a ello no se puede desestimar su importancia en la lucha contra la elusión (2017, p. 37). Las críticas a estas normas se dan principalmente por la percepción que tienen los contribuyentes, debido a que las consideran ambiguas, lo cual les resulta desfavorable, ya que el fisco podría cubrir dichos vacíos legales o imperfecciones con una interpretación por analogía, por ello se critica e indica que lo mejor es que se promulguen normas antielusivas específicas, situación que no comparto, puesto que la solución sería pasajera, debido a que los contribuyentes utilizarían su ingenio amparándose en supuestos jurídicos para no incurrir en el supuesto que la norma ha previsto y eludir el pago del tributo, y se entraría en un círculo vicioso donde el Estado crearía normas antielusivas específicas y al poco tiempo los contribuyentes idearían estructuras dentro de su organización con la manifiesta intención de evitar que la norma les pueda ser aplicada. Para Garcia, la aplicación de normas antielusivas específicas será razonable para ciertos supuestos específicos y que estén debidamente justificados, ya que de primar la excesiva promulgación de normas antielusivas específicas generaría una sobreproducción normativa, donde el contribuyente se dedicará a inventar negocios al advertir un vacío legal y el legislador a regular dichos vacíos mediante cláusulas especiales, lo que generaría una inestabilidad dentro del ordenamiento

jurídico, así mismo, deberán de preferirse las normas antielusivas generales, pero en la medida que sean aplicadas razonablemente y con sustentos válidos y que el acto pueda ser cuestionado en vía administrativa y judicial bajo una tutela judicial efectiva. (2008, p. 331). Así mismo, es importante precisar que en el marco peruano contamos con una norma antielusiva general y la carga de la prueba le corresponde al fisco, ya que es quien debe probar el supuesto de hecho que ha dado origen a la elusión.

Evidentemente sería imposible para el legislador poder contemplar en la norma los supuestos específicos que conlleven a su vulneración, pero considero que por lo menos las causales de incumplimiento deben ser claras y no ambiguas, ya que la norma no conceptualiza y/o específica a qué se refiere con actos artificiosos o impropios, sino que, por el contrario enumera siete supuestos genéricos en los cuales podría aplicarse.

El artículo 51 de la Ley General de Sociedades (en adelante LGS) - Ley N° 26887, establece que “los accionistas no responden personalmente por las deudas sociales de la sociedad”, siendo así resulta cuestionable que a un directivo se le pida mayores obligaciones que las de un accionista, al tener que responder por deudas patrimoniales ajenas a su persona como consecuencia de la norma antielusiva. Al respecto, considero que en efecto el Estado debe utilizar su poder punitivo para garantizar el cumplimiento y respeto de las normas, pero esto bajo ningún contexto justifica la afectación de los derechos de terceras personas. Para ello, es importante diferenciar las responsabilidades tributarias de los directores reguladas en nuestra legislación, ya que desde la perspectiva de la LGS, responderán frente a la sociedad, accionistas o acreedores por los daños y perjuicios que pudieran haberles ocasionado como consecuencia de haber sido partícipes de actos o acuerdos contrarios al ordenamiento jurídico y estatuto de la sociedad, así como por haber actuado abusando de las facultades que les fueron otorgadas e incurrido en actos dolosos o negligentes, ya que en merito a los deberes fiduciarios tienen responsabilidades legales y morales que cumplir frente a los accionistas que le otorgaron su confianza, entendiéndose a esta última como la obligación de actuar con rectitud, honestidad y priorizando el respeto de los valores y normas legales existentes. En estos casos se justifica la atribución de la responsabilidad que se les puede imputar, por ello es que la LGS en su artículo 181 regula la pretensión social de responsabilidad, que es una

acción que se sigue contra los directores, con la finalidad de que restituyan los daños causados a la sociedad mediante una indemnización por daños y perjuicios, esta acción deberá ser interpuesta en el plazo no mayor de dos años desde que se tomó conocimiento del daño causado. Esta acción de responsabilidad se basa en el presupuesto de que haya causado un daño a la sociedad y por ello, actúa en defensa de los intereses sociales, más no personales de los accionistas (Denegri, 2011, p. 147), mientras que en el ámbito tributario de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del TUO del Código Tributario un director podrá responder solidariamente en los casos, que dentro del estatuto de la sociedad y/o en el ejercicio del cargo, se le haya atribuido la responsabilidad de realizar el pago de los tributos a favor del fisco. En tal sentido, no cabe duda que los directores dentro del marco normativo actual pueden responder solidariamente desde una perspectiva societaria y tributaria, al existir supuestos claramente determinados en ambas ramas del derecho, pero un punto que es importante dilucidar es si la responsabilidad solidaria de los directores, por actos antielusivos, debe ser vista desde el ámbito tributario o societario; al respecto soy de la opinión que esta regulación de responsabilidad debió haberse hecho mediante una ley que modifique la actual LGS, puesto que este tipo de responsabilidad está ampliamente ligada a las atribuciones del cargo como director, por ello es que incluso la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas – CONFIEP, cuestionó a la NAG en muchos aspectos, siendo uno de ellos el atribuir responsabilidad solidaria a los directores, ya que el Poder Ejecutivo se excedió en sus funciones, debido a que no contaba con atribuciones para legislar en materia societaria.

La presente investigación se limita sólo a determinar las responsabilidades de los directores desde una perspectiva societaria y tributaria, y, en razón a ello se ha formulado la siguiente interrogante: ***¿Es necesaria la contratación de pólizas de responsabilidad D&O para salvaguardar el patrimonio personal de los miembros del directorio?***

De conformidad con la LGS las responsabilidades que se pueden atribuir a los directores son de tipo societaria, penal y/o administrativa, pero debe tenerse en cuenta que para ello deben actuar de manera negligente y/o tener la manifiesta intención de causar un daño a la sociedad, ya que los directores tienen la obligación de actuar con la debida diligencia y

deberes de cuidado, puesto que esta relación involucra el cumplimiento de los denominados deberes fiduciarios.

El directorio ejerce una función clave, ya que sus miembros toman decisiones muy importantes con la finalidad de velar por la buena marcha del negocio, pero estas decisiones deben provenir de planteamientos y/o recomendaciones que no contravengan la ética profesional, ya que como profesionales de alto prestigio deben actuar dentro del marco de la legalidad y la moralidad, por ello deben respetar las normas y a su vez no propiciar malas prácticas empresariales, pese a que no estén reguladas, tales como incurrir en actos que tengan por finalidad eludir el pago de impuestos a favor de fisco, ya que como contribuyentes conocemos que toda actividad económica se encuentra afectada al pago de un tributo a favor del fisco, salvo que exista una exoneración expresa dada por ley. A consecuencia de estas malas prácticas, y con la finalidad de evitar que las grandes compañías se aprovechen de las falencias legales existentes en nuestra legislación tributaria se implementó en el año 2012 una norma antielusiva general, la misma que estuvo suspendida hasta el 06 de mayo del 2019 y hoy en día como consecuencia de su reglamentación, puede ser aplicada. El objetivo de esta norma es asegurar el pago de los tributos por parte de las grandes empresas transnacionales, puesto que a consecuencia de los actos elusivos de los que son parte se afecta en gran medida la recaudación del impuesto a la renta, y adicionalmente actúa como un mecanismo de control para persuadir la planificación de estos actos en los directorios por ello nuestros legisladores consideraron conveniente atribuir una responsabilidad solidaria a sus miembros.

La norma antielusiva incluyó la responsabilidad solidaria como un elemento persuasivo para evitar esta clase de conductas, por ello es que hoy en día los directores deben responder solidariamente con su patrimonio personal cuando promuevan y/o participen en actos de planificación tributaria, situación que no se comparte en esta investigación, ya que los directores realizan dichas funciones por encargo de los accionistas de la sociedad, debido a que parte de las atribuciones que se les encomienda es la de maximizar su rentabilidad, pero evidentemente bajo los parámetros de la legalidad, puesto que al efectuar un juicio de valor es reprochable vulnerar un sistema tributario justo. En el presente caso las empresas a quienes

va dirigida esta norma realizan el pago de sus impuestos de acuerdo a una escala progresiva, es decir mientras más ganancias tengan mayor será el impuesto que deberán pagar. De acuerdo por el IPDT, la norma antielusiva podría poner en conflicto a diversos principios constitucionales, tales como el principio de reserva de ley y seguridad jurídica, pero esta situación no debe conllevar a que se declare la inconstitucionalidad de la norma, debido a que debe ser armonizada con cláusulas que tengan las siguientes características: (i) precisen con mayor claridad el supuesto que habilita su aplicación; (ii) estableciendo que la carga de la prueba recaerá en la administración pública, tanto para determinar los casos de elusión y atribuir responsabilidad solidaria a terceros; y (iii) adoptar un procedimiento garantista (IPDT, 2019).

La implementación de esta norma es bastante importante, puesto que regula una conducta que, hasta antes de la entrada en vigencia de la norma antielusiva, no se encontraba prohibida y, por lo tanto no existía ningún impedimento para que los administrados incurran en actos elusivos con el objetivo de obtener beneficios tributarios, pero tal como hemos mencionado la norma en cuestión, debe ser clara y delimitar los indicios que podrían conllevar a su vulneración. Según Tarsitano, la implementación de esta norma exigirá a SUNAT, la comprobación de un doble estándar: (I) la desadecuación objetiva del negocio y sus fines y (II) la ausencia de otros efectos jurídicos o económicos que los sustenten (2014, p. 49).

De acuerdo a la línea de la investigación, a fin de dar respuesta a la interrogante planteada se ha formulado la siguiente hipótesis: ***“La contratación de pólizas de responsabilidad D&O constituirá un mecanismo auxiliar para salvaguardar el patrimonio personal de los directores, independientemente de las críticas que ha recibido la norma antielusiva”***.

CAPÍTULO I: ESTADO DEL ARTE

Este apartado comprende aquellos trabajos que guardan relación con la presente investigación, ya que han servido como base para la estructuración del problema planteado, y a su vez han ayudado a arribar a una respuesta del mismo. Por ello, en primer lugar se han abordado las funciones del directorio como órgano de gobierno de las sociedades anónimas, así como los supuestos bajo los cuales sus miembros pueden ser responsabilizados desde el punto de vista civil, penal y administrativo, y que tipo de seguros pueden contratar para salvaguardar sus intereses en caso se les atribuya responsabilidad.

Luego se han analizado los aspectos del contrato de seguro y la necesidad de la contratación de una póliza de responsabilidad civil para Gerentes y Directores. Posteriormente los Principios del Buen Gobierno Corporativo en relación a las responsabilidades del directorio. Luego la importancia de la OCDE para promover la aplicación de normas antielusivas y del mismo modo la importancia del Plan BEPS como una herramienta para contrarrestar las practicas antielusivas. Adicionalmente se ha considerado pertinente conceptualizar y diferenciar la economía de opción, elusión tributaria y evasión tributaria, ya que son conceptos ampliamente distintos y que suelen confundirse. Como último punto se ha abordado a la planificación tributaria como herramienta para incurrir en conductas elusivas, ya que es un móvil necesario para la materialización de estas malas prácticas empresariales.

1.1. El directorio

El directorio como órgano de alta dirección tiene una función muy importante, ya que será quien realice el planteamiento de las estrategias del negocio, buscando que éstas generen la mayor rentabilidad posible, pero he aquí un gran problema donde juega un papel muy importante la ética que tengan los directores de la sociedad, ya que las decisiones que tomen por ningún motivo deben vulnerar el marco jurídico establecido por el Estado. Para Flores & Rosas, el directorio debe trabajar con idoneidad e independencia y su conocimiento debe generar valor para los socios o accionistas, es decir debe brindarle un mayor valor a la sociedad (2014, p.12). De acuerdo a nuestra LGS el directorio se encuentra bajo

subordinación de la Junta General de Accionistas, por ello es que este órgano tiene la obligación de rendirle cuentas, así como el gerente general al directorio, ya que es quien básicamente ejecuta las decisiones tomadas por el órgano colegiado. Para Escobar, los directores son los encargados de dirigir los negocios y operaciones de las compañías que representan y, en razón a ello, les compete tomar decisiones muy importantes como definir las estrategias del negocio e implementar diversas políticas para una adecuada gestión y, a su vez efectuar una labor de supervisión para garantizar su cumplimiento. (2012, p. 211).

En el cuadro adjunto se muestra el orden jerárquico de los órganos de gobierno que conforman una sociedad anónima de acuerdo a la estructura que se encuentra establecida en la LGS y que su anteproyecto ha considerado pertinente mantener.

Figura 1: Organización Jurídica de la Sociedad Anónima



Fuente: Martínez (2013)

Es importante tener en cuenta que en la actualidad existe una disociación entre el capital invertido y el control de la sociedad, debido a que la gestión y administración debe recaer en aquellas personas lo suficientemente capacitadas para el desarrollo de dichas funciones (Elias, 2015, p. 580). El directorio forma parte de los órganos de gobierno de las sociedades anónimas y está conformado por un mínimo de tres personas, quienes realizan las funciones de gestión y representación que son necesarias por su administración y, que posteriormente, son ejecutadas por el gerente general, por ello es que el directorio es el responsable de planificar la estrategia para el mejor funcionamiento de la sociedad, y la gerencia es quien la ejecuta. Al respecto, resulta importante precisar que las decisiones del directorio son

ejercidas de manera conjunta como un órgano colegiado y no individualmente a título personal por cada uno de sus miembros, dejando abierta la posibilidad de que los directores que no se encuentren de acuerdo con alguna decisión tomada manifiesten su desacuerdo en el acta de sesión de directorio o mediante un documento de fecha cierta, con el objetivo de salvaguardar una posible atribución de responsabilidad en el futuro. Es importante precisar que de acuerdo al artículo 184 de la LGS, la responsabilidad de los directores caduca a los dos años, computados desde la fecha de adopción del acuerdo o del acto que originó el daño.

Al respecto, considero que las empresas de seguro y reaseguro que conforman nuestro mercado de investigación cuentan con un directorio, en primer lugar, porque existe un mandato legal, pero a su vez porque dicho órgano societario es clave para la buena marcha de la compañía, ya que estructura las mejores estrategias, que posteriormente la gerencia ejecuta en la misma línea.

La LGS contempla dos esferas de actuación, siendo estas las de gestión o administración y de representación como persona jurídica, la primera corresponde a los actos necesarios para su marcha y cumplimiento de su objeto social (funciones de dirección, convocar a juntas ordinarias o extraordinarias, otorgamiento de poderes de acuerdo a lo estipulado en el estatuto, entre otros), la segunda corresponde a las funciones de representación que comprende a los actos que la persona natural (director) realiza en representación de la sociedad, por ejemplo: firma de acuerdos, contratos, apertura de cuentas, entre otras, debe quedar claro que para que un director pueda realizar las gestiones de representación de la sociedad debe encontrarse debidamente facultado, ya que el hecho de tener dicho cargo no conlleva a que pueda ser considerado como el representante legal de la sociedad. En este punto es importante definir un aspecto central que marca las diferencias entre las funciones del directorio y las de la gerencia, lo cual se basa principalmente en que el gerente general no pertenece a un órgano colegiado, y que por el contrario, es el ejecutor de los acuerdos a los que arribe el directorio, siempre con el objetivo de maximizar los intereses de la sociedad y dentro de un marco de actuación determinado. Lo antes indicado concuerda con la visión que tiene Salas respecto al directorio, ya este órgano no tiene por función administrar el patrimonio social; ya que sólo debe ocuparse de asuntos estructurales y estratégicos de la

sociedad, siendo la gerencia la encargada de realizar las funciones ordinarias de la sociedad. (2019, p.103).

Las principales obligaciones de este órgano colegiado son el convocar a los accionistas y fijar la fecha en que se realizará junta general de accionistas, ya sea de forma ordinaria o extraordinaria, delegar responsabilidad a los directores para la ejecución de determinados actos, brindar información clara a los accionistas cuando les sea requerida, cumplir con los acuerdos arribados por la junta general de accionistas. Así mismo, la LGS ha reservado funciones específicas que sólo podrán ser ejercidas por el directorio, y por lo tanto, no podrán ser objeto de delegación, tales como: la rendición de cuentas y presentación de estados financieros a la junta general, ni las facultades que esta conceda al directorio, salvo que ello sea expresamente autorizado por la junta general.

La Ley General de Sociedades (Ley N° 26887) desde su entrada en vigencia (01 de enero del 1998) no ha sufrido modificaciones de vital importancia, por lo que a la fecha tomando en cuenta el tiempo transcurrido resulta necesario que la misma sea modificada, especialmente en los acápites que corresponden a las funciones del directorio, ya que si bien es cierto en la práctica se conocen las funciones de este órgano societario, es necesario que sean delimitadas con mayor exactitud. Para Salas, la LGS no contempla de manera literal las funciones del directorio, limitándose únicamente a lo establecido en el artículo 172 de la norma societaria que deja un espacio bastante amplio para que este órgano societario pueda realizar sus operaciones, contratos y demás actos jurídicos que resulten necesario para el cumplimiento del objeto social y representación de la sociedad; debe quedar claro que estas facultades se encuentran limitadas en función a los parámetros que establece la norma antes mencionada, ya que determinados actos sólo podrán ser ejecutados por la junta general de accionistas (2017, p. 101).

El 04 de setiembre del 2018 el Ministerio de Justicia publicó el anteproyecto de la nueva LGS proponiendo diversas modificaciones, puesto que la ley actual tiene más de 20 años de antigüedad y por tanto, necesita de una reforma. En la nueva propuesta efectuada por el legislador se han evidenciado cambios muy importantes, pero tomando en cuenta la presente

investigación es conveniente hacer mención a aquellos que están relacionados a las funciones y responsabilidades del directorio; tales como:

- Protección de la discrecionalidad empresarial en el ejercicio del cargo (Artículo 151), puesto que se establecen una serie de requisitos como causal de extinción de responsabilidad.
- Deberes de diligencia y lealtad (Artículo 147 y 148), se especifican los deberes mínimos que deben cumplir los miembros del directorio en el ejercicio de sus funciones.
- Conflicto de intereses del director (Artículo 157 y 159), se establece una regulación más específica y las acciones que debe tomar un director para no incurrir en estos actos.
- Responsabilidad de los directores (Artículo 160 y 161), se establecen causales bajo las cuales se les libera de responsabilidad frente a la sociedad, accionistas o terceros.
- Ampliación del plazo de caducidad de la responsabilidad de los directores por un periodo de cuatro años (Artículo 165).

En lo personal considero que es un gran acierto por parte del legislador haber ampliado el plazo de caducidad de la responsabilidad de los directores a un período de cuatro años y, a su vez establecer parámetros y requisitos que deban ser valorados para determinar si un director actuó de manera negligente o no, que son muy similares al business judgment rule (Regla del Juicio Empresarial). Estos requisitos son: actuar de buena fe, sin conflicto de interés, con información razonablemente suficiente y siguiendo un procedimiento adecuado, independiente y transparente para la toma de decisiones.

Los requisitos que ha establecido el anteproyecto de LGS son considerados elementos de la discrecionalidad empresarial y, considero, que hoy en día son utilizados por una gran cantidad de empresas, debido a que estos lineamientos coadyuvan a una mejor toma de decisiones, y si bien, la norma actual no los contempla como eximentes de responsabilidad en una valoración subjetiva, pueden ser considerados como tales, ya que mediante su implementación las sociedades realizaran un filtro previo antes de arribar a una decisión, debido a que estos lineamientos pueden ser utilizados como herramientas de control ex-ante.

En tal sentido, considero que las propuestas que establece el anteproyecto de la LGS son asertivas, ya que delimitan las atribuciones, responsabilidades y deberes de los miembros del directorio, puesto que este órgano colegiado ejerce funciones muy importantes y sensibles, al ser quien materializa la voluntad de los accionistas, y debido a su amplio conocimiento y experiencia, propone las mejores alternativas y estrategias para que la sociedad pueda obtener una mayor rentabilidad en cumplimiento de su objeto social, cuyas decisiones posteriormente son ejecutadas por el gerente general, debido a que es el encargado de ejercer la representación de la sociedad frente a terceros, quien a su vez tiene la obligación de informar a los miembros del directorio sobre el desempeño de la compañía, y velar por el cumplimiento de las disposiciones legales que afecten al giro del negocio.

1.1.1. Deberes fiduciarios

El artículo 171 de la LGS establece los principales deberes que deben cumplir los miembros del directorio, y que la doctrina ha denominado “deberes fiduciarios”, que implican la obligación legal de actuar en interés de otro, es decir la obligación que tiene un director de actuar buscando maximizar los beneficios de los accionistas, y no por el contrario, velar por sus intereses personales, estos deberes son: el deber de diligencia, deber de lealtad y el deber de reserva. Para Elias, el artículo en mención establece los patrones que deben observarse para el desempeño del cargo de director, y a su vez debe ser considerada como una norma de conducta y no como parámetros para su juzgamiento (2015, p. 611).

a. Deber de diligencia – Duty of care

En nuestro ordenamiento jurídico este deber se encuentra establecido en el primer párrafo del artículo 171 de la LGS, el cual prescribe que un director debe actuar con la debida diligencia de un ordenado comerciante, es decir de alguien especializado y dedicado a la actividad y, que evidentemente, arribe a las decisiones que pudiere tomar luego de haber efectuado un análisis de los riesgos que ésta podría acarrear. El concepto de ordenado comerciante no ha sido definido, ni mucho menos desarrollado por la norma, pero tomando en cuenta las funciones propias de los directores se encuentran plenamente aplicadas en el desempeño de sus funciones, ya que deben cumplir diligentemente con las obligaciones propias del cargo.

Es importante precisar que este deber debe configurarse como una obligación de medio y no de resultados, puesto que en la actividad empresarial las decisiones son riesgosas, por lo que no es posible asegurar en un 100% que producto de dicha decisión la empresa vaya a obtener una ganancia, ya que pueden existir factores externos que conlleven a asumir pérdidas que no pudieron ser previstas.

Tomando en cuenta lo antes mencionado el cumplimiento de este deber no puede circunscribirse sólo y únicamente tomando como referencia la rentabilidad obtenida por la sociedad, ya que al tomar dicho parámetro como medida en los casos en los que existan pérdidas podría inferirse que el directorio incumplió con este deber. Por lo tanto, es indispensable evaluar los criterios bajo los cuales sus miembros arribaron a una decisión, tales como: los procedimientos, mecanismos, análisis y consultorías realizadas para poder disminuir los factores de riesgos que podrían haberse presentado.

Este deber se puede materializar en las empresas de seguro y reaseguro, por ejemplo, al momento de tomar una decisión que involucre la inversión de un capital altamente atractivo a un mediano o largo plazo, con el objetivo de adquirir acciones desmaterializadas en empresas que se encuentren cotizando en la Bolsa de Valores, debido a que por su rentabilidad podría conllevar a que se obtengan altos beneficios económicos al momento de percibir los dividendos anuales, o en un futuro, al efectuar su venta por un precio mucho mayor. Para tomar tal decisión, los miembros del directorio previamente deben haber evaluado el mercado de inversión y realizado un Due diligence a la empresa en la cual se realizará la compra de acciones. Esto con la finalidad de disminuir los riesgos y contingencias que pudieren ser previstos y, de esta manera, evitar futuras pérdidas económicas en la sociedad que representan.

Este principio a su vez se materializa durante diversas gestiones que le son atribuidas de manera indelegable al directorio, tales como: aprobar los estados financieros trimestrales y consolidados que son reportados a la SMV como hechos de importancia, la memoria anual, cuya información es entregada a los accionistas a fin de que conozcan los resultados de la compañía, así como, al aprobar aumentos de capital y operaciones de fusión o escisión.

b. Deber de lealtad – Duty of loyalty

Se refiere principalmente a un conjunto de lineamientos éticos propios de los directores que serán los pilares y cimientos en función de los cuales por ningún motivo se antepondrán sus intereses personales frente a los de la sociedad, este deber también incluye diversas obligaciones de no hacer, como por ejemplo no revelar información que tiene carácter de confidencial, lo cual se encuentra regulado en el segundo párrafo del artículo 171 de la LGS. Así mismo, este deber refiere a la obligación del directorio de brindar información fehaciente y fidedigna (Artículo 175 de la LGS) para la toma de decisiones que adopte la junta general de accionistas de acuerdo a lo prescrito por el artículo 130 del mismo cuerpo normativo.

Al respecto, la LGS ha establecido parámetros para el otorgamiento créditos, préstamos y garantías personales (artículo 179), ya que la norma claramente especifica que estos contratos deben celebrarse en base a operaciones que la sociedad usualmente realice con terceros, caso contrario deberán contar con la aprobación de al menos las dos terceras partes de sus miembros, ya que de lo contrario los directores que se vean involucrados serán solidariamente responsables frente a la sociedad y terceros, la misma regla se aplicará en lo dispuesto por el artículo 180 de la LGS, ya que esta norma indica que en los casos en que los directores tengan un interés contrapuesto al de la sociedad deberán manifestarlo, estas situaciones pueden estar relacionadas, por ejemplo, en los casos que exista una relación de parentesco, afinidad, profesional o laboral que podría afectar la objetividad del juicio del director al momento de tomar una decisión.

Por lo tanto, este deber impone a los directores la obligación de que las decisiones que tomen sean objetivas, y que a su vez, tengan como finalidad velar por los intereses de la sociedad y otros actores que ocupan un papel importante como los trabajadores, proveedores y la comunidad, ya que por ningún motivo los intereses personales o de determinados grupos de interés son los que deben prevalecer.

Dentro de este deber se encuentra intrínseco el deber de revelación (duty of disclosure), que refiere principalmente sobre la obligación del director de informar al accionista sobre cualquier hecho o circunstancia que pudiera generar algún grado de desconfianza en el

ejercicio de sus actividades, tales como situaciones personales, vínculos cercanos con otras sociedades que pudieran ser competencia de la que representa, entre otros.

En este caso, se puede tomar como ejemplo la contratación de un director que tenga algún vínculo con otra empresa del rubro de seguros que sea competidor directo de la compañía que representa; imaginemos que RIMAC contrata a un director independiente y la esposa de este director trabaja como Gerente de LA POSITIVA, en este caso el director que hemos contratado tiene la obligación de informar esta situación a la junta general de accionistas antes de su nombramiento.

c. Deber de reserva

Este deber se encuentra establecido en el segundo párrafo del artículo 171, ya que establece que los directores se encuentran obligados a mantener confidencialidad respecto de los negocios de la sociedad y de la información social a la que tuviesen acceso, incluso esta obligación persiste después del cese de sus funciones. Básicamente este deber consiste en que los directores de las sociedades anónimas, bajo cualquier de sus formas, debido al cargo que ocupan, están obligados a guardar absoluta reserva de aquella información de carácter sensible que no haya sido divulgada con antelación por la sociedad. Por lo tanto, en el cumplimiento de este deber está orientado a que los directores guarden absoluta confidencialidad de aquella información a la que tuvieron acceso durante el desempeño de sus funciones. Es importante indicar que este deber no se infringe si se trata de información que pudo estar al alcance de cualquier tercero o fue de conocimiento público con anterioridad (2015, 610).

Este tipo de información es mucho más sensible y relevante en el caso de sociedades anónimas abiertas con acciones desmaterializadas que cotizan en la Bolsa de Valores, puesto que de darse a conocer dicha información en un momento inoportuno puede conllevar a que el valor de sus acciones pueda verse terriblemente afectado.

El cumplimiento de este deber tiene como objetivo evitar que los directores utilicen la información privilegiada que conocen para su propio beneficio o para beneficiar a terceras

personas, ya que su incumplimiento podría conllevar a que la sociedad pierda credibilidad en el mercado, sufra un deterioro significativo en su imagen comercial, entre otros conflictos que podrían generarles grandes pérdidas económicas que incluso pueden ocasionar la quiebra de la sociedad.

Este deber puede manifestarse en las empresas de seguro y reaseguro, cuyos directores conocen información sensible que aún no es de conocimiento público y que, de ser divulgada, podría conllevar a que la sociedad sufra graves pérdidas económicas, ya que la rentabilidad esperada podría verse afectada, debido al impacto que podría surgir frente a los consumidores, por ejemplo dañando la imagen reputacional de la compañía. En tal sentido, los miembros del directorio deben guardar absoluta confidencialidad, respecto a dicha información, ya que de acuerdo a la estrategia del negocio será revelada en un momento oportuno.

Para Martínez, los directores están obligados al cumplimiento de dos requisitos fundamentales: el deber de cuidado y el deber de lealtad, entendiéndose al primero como el deber de actuar con el cuidado necesario que cualquier persona diligente tomaría en cuenta antes de arribar a alguna decisión, y al segundo como la obligación de actuar lealmente, es decir por ningún motivo deben imponerse los intereses personales por encima de los de la sociedad (2013, p. 64).

A los representantes de este órgano de gobierno se les puede atribuir responsabilidades civiles, penales y tributarias en casos de realizar ciertas conductas contempladas en el marco jurídico de la LGS y otros cuerpos normativos como el código penal y tributario, para fines de la presente investigación se abordan a continuación dichos tipos de responsabilidad.

1.1.2. Tipos de responsabilidad de los directores

Los seres humanos tenemos capacidad de discernimiento por lo que somos conscientes de las decisiones que tomamos y, cuando estas decisiones afectan a terceras personas, es necesaria la intervención del Estado a través de los sistemas de responsabilidad civil o penal

en función a la tipificación de la conducta realizada y la magnitud del daño que esta pudiera haber ocasionado.

La atribución de responsabilidad civil ha sido trasladada al ámbito societario, ya que sin ella, no existirían incentivos para un adecuado desempeño de las labores por parte de los representantes legales y directores, puesto que de estar exentos de responsabilidad no tendrían incentivos para desempeñar sus funciones de manera diligente y esta situación conllevaría a la obtención de resultados ineficientes al carecer de un régimen sancionador.

La doctrina contempla el régimen de responsabilidad subjetiva y objetiva, siendo el elegido por nuestra legislación el de la responsabilidad subjetiva, puesto que para que se materialice requiere de la existencia del dolo, abuso de facultades y negligencia a diferencia de la responsabilidad objetiva en la que dichos elementos no son necesarios. Para Escobar, ambos tipos de responsabilidad pueden generar incentivos de eficiencia, pero existen diferencias importantes entre ellas, ya que en el caso de la responsabilidad subjetiva no es seguro que los jueces cuenten con la información adecuada para determinar el nivel óptimo de precaución que conlleve a minimizar el costo social, mientras que en la responsabilidad objetiva el órgano jurisdiccional sólo debe determinar la magnitud de las pérdidas, lo que conllevaría a que su costo sea mucho elevado en función al riesgo (2012, p. 209).

Para Elias, la atribución de responsabilidad a los miembros del directorio tiene como finalidad evitar un abuso de poder durante el ejercicio de sus funciones, por lo que es necesario que la legislación contemple este tipo de normas, teniendo en cuenta que no deberán establecer exigencias de responsabilidad excesivas, ya que podrían conllevar a un juzgamiento apresurado, reiterativo y hasta malicioso (2015, p. 624).

En las próximas líneas se procederá a conceptualizar y delimitar los tipos de responsabilidad que desde la perspectiva de nuestra legislación pueden ser atribuidas a los directores en el ejercicio de sus funciones.

a. Responsabilidad civil

Los directores, no están exentos de responsabilidades civiles, ya que en determinadas situaciones deberán responder por los actos que pudieran haber cometido durante sus funciones, los mismos que deben ser consecuencia de un actuar negligente o desleal, siendo principalmente éstos responsables por la comisión de actos contrarios a la ley o el estatuto, actos realizados sin la diligencia necesaria e incluso por efectuar actos dolosos que tengan como finalidad causar un daño a la sociedad. De acuerdo a lo indicado por Espinoza (1998), los directores responderán solidaria e ilimitadamente frente a la sociedad por los daños y perjuicios que sean consecuencia de su actuar negligente, contrario a la ley o al estatuto, así como por aquellos actos en que hayan actuado de manera dolosa con la intención de causar un daño, hayan abusado de las facultades que le fueron otorgadas, y a su vez en aquellas situaciones en los que habiendo tomado conocimiento previo de las irregularidades existentes no fueron comunicadas de manera oportuna y formal a la junta general de accionistas (1998, p. 48).

El daño que se cause a la sociedad debe materializarse, por lo que es necesario que exista un nexo causal entre los acuerdos adoptados y el daño ocasionado para que pueda atribuírseles responsabilidad a los miembros del directorio que hayan respaldado dicha decisión. En el caso de actos negligentes nos llama bastante la atención la incongruencia de la norma societaria, debido a que en su artículo 171 indica que los directores deben actuar con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal, pero en artículo 177 establece que sólo se les podrá atribuir responsabilidad por negligencia grave que va mucho allá de lo indicado en la norma antes mencionada. En tal sentido, tal como lo indica Elias, se estarían eximiendo de responsabilidad a aquellos directores que produzcan daños por negligencia leve o simple negligencia (2015, pp. 627 y 628).

La naturaleza jurídica de este tipo de responsabilidad puede ser mirada desde tres frentes distintos, que involucra la relación de los miembros del directorio con:

a.1. La sociedad

Las conductas que vayan en contra de la sociedad corresponden a una relación de origen contractual, debido a que los accionistas le han confiado su gestión y representación, por lo que independiente del tipo de relación existente los directores deben actuar con dignidad y lealtad.

Las acciones de los directores pueden ser consideradas como obligaciones de medios y no de resultados, pero ello no implica que al momento de desempeñar sus funciones no deben actuar de manera diligente. Las obligaciones de medios son aquellas en las que se espera un resultado positivo por parte obligado y de no ser así, la falta de diligencia debe ser probada, mientras que en la obligación de resultados la culpa se infiere.

a.2. Los socios y terceros

El actuar negligente o las conductas contrarias a la Ley o el Estatuto por parte de los directores no sólo puede generar daño a la sociedad, sino también a sus accionistas y terceras personas, por lo que bajo estos supuestos responderán extracontractualmente, la potestad de poder atribuir este tipo de responsabilidad a los directores no tiene como finalidad garantizar los intereses de terceros, sino buscar un trabajo eficiente y responsable por parte de los directores.

La responsabilidad civil debe entenderse como la obligación de toda persona de indemnizar un daño causado como consecuencia de una conducta voluntaria o accidental y que en el caso de los directores puede ser de carácter contractual y extracontractual, siendo necesario que en el primer supuesto el daño ocasionado por el director recaiga directamente en el patrimonio de la sociedad, esto se da en el ejercicio de sus funciones, mientras que el segundo supuesto, refiere a aquellas situaciones en las que el daño es ocasionado directamente a los accionistas o acreedores de la compañía, pero debe quedar claro que nada limita que estos tipos de responsabilidad puedan concurrir conjuntamente. De acuerdo a lo indicado por Gutierrez Arteaga (2004), se requieren de tres componentes para que acreditar la responsabilidad de los directores, el daño, la negligencia o culpa al actuar con diligencia y la causalidad (Guerra, 2011, p.101).

Al respecto, considero que los supuestos que deben tomarse en cuenta para atribuir responsabilidad a los directores son:

1. Determinar que las acciones u omisiones del director se encuadran dentro de los supuestos que establece el artículo 177 de la LGS, pero a su vez deben tomarse en cuenta los requisitos establecidos por el Código Civil (antijuricidad, acreditación del daño, relación de causalidad y factores de atribución), los cuales deben cumplirse en su conjunto
2. La conducta realizada debe, necesariamente, haber ocasionado un daño, ya sea a la propia sociedad, patrimonios de los accionistas o terceros acreedores.
3. Debe existir una relación de causa efecto entre el acto ilícito (1) y la conducta (2), este requisito es esencial, puesto que de lo contrario no existiría ningún tipo de responsabilidad.
4. Por último, se deben tomar en cuenta los criterios subjetivos que fueron tomados por el director para arribar a la decisión, a fin de determinar si actuó con la debida diligencia; para ello se puede tomar como referencia la observancia por ejemplo de principios técnicos e informes realizados por especialistas de la materia, entre otros.

Este tipo de responsabilidad es la que podría serle atribuida a los ex miembros del directorio de la empresa Graña y Montero, los señores Jose Graña Miró Quesada (Presidente del Directorio), Hernando Graña Acuña (Director), ya que mediante la aprobación de diversos acuerdos por parte del órgano colegiado en mención se pagaron coimas a funcionarios públicos para que les fuera adjudicada la buena pro de diversos proyectos de gran envergadura, tales como el Corredor Vial Interoceánico Sur, el tramo 1 y 2 de la línea 1 del Metro de Lima, entre otros, cuyos resultados le han costado cuantiosas sumas de dinero al Estado Peruano. Los Sres. Quesada y Graña se han acogido a un acuerdo de colaboración eficaz a fin de obtener beneficios en la graduación de la pena que les pudiera ser impuesta, por lo que es muy probable que compartan una responsabilidad solidaria con la persona jurídica en el pago de la indemnización civil que determinen las autoridades.

Otro ejemplo relevante en el que podemos advertir este tipo de responsabilidad corresponde al fatal accidente sucedido el 20 de julio del 2002 en la discoteca Utopía ubicada

en el Centro Comercial Jockey en el que fallecieron 29 personas. La empresa Administradora del Jockey Plaza Shopping Center (arrendador) suscribe el 14 de abril del 2000 un contrato de arrendamiento con Centros Comerciales del Perú S.A. (arrendatario) facultando a esta última empresa a subarrendar los locales comerciales del centro comercial, razón por la cual se subarrendó un local comercial a favor de Inversiones Garcia North S.A.C., a fin de que dicho establecimiento sea utilizado como discoteca, en las investigaciones realizada se advirtió que no contaba con una licencia de funcionamiento y mucho menos con la autorización de Defensa Civil y que a su vez el día en que ocurrieron los hechos no se contaba con extintores, luces de emergencia, el material decorativo era altamente inflamable, existía una inadecuada señalización y las salidas de emergencia se encontraban bloqueadas, lo cual es imperdonable, ya que para que un establecimiento pueda brindar atención al público debe salvaguardar las medidas de seguridad que mitiguen cualquier tipo de accidente que pudiera producirse. Así mismo, en lo que respecta a Centros Comerciales del Perú y la Administradora del Jockey Plaza Shopping Center, se les atribuyó responsabilidad debido a que tenían la obligación de supervisar el cumplimiento de las normas de carácter municipal, y a su vez, supervisar que las instalaciones de la discoteca cuenten con los permisos requeridos por el Municipio. En este caso en particular, se les atribuyó responsabilidad solidaria a los directores y representantes de las empresas antes mencionadas al haber actuado con negligencia en el ámbito de sus funciones, por lo que fueron condenados al pago de cuantiosas sumas de dinero a favor de las familias de los fallecidos.

En este accidente, de haberse cumplido con las normas Municipales que fueron burdamente transgredidas se habría evitado el siniestro y si el mismo se hubiera producido por una causa inesperada e imprevisible de haberse contado con una póliza de responsabilidad civil, la compañía aseguradora hubiera tenido la obligación de coberturar los montos correspondientes a los daños y perjuicios causados, y por tanto, con dicho importe se hubiese indemnizado a las familias y afectados, salvaguardándose el patrimonio personal de los implicados.

Es pertinente precisar que una AFOCAT (Asociación de Fondos contra Accidentes de Tránsito) no puede emitir pólizas de ningún tipo, ya que únicamente se encuentran

autorizadas a emitir certificados contra accidentes de tránsito (CAT) para empresas de transporte público con una cobertura limitada a la provincia dentro de la cual se contrató. Por ello, es importante acudir a las empresas del sector seguros, a fin de poder salvaguardar los riesgos que pueden ser propios del negocio, pero con la obligatoriedad de velar por el cumplimiento de las normas y deberes de cuidado propias del giro de negocio.

b. Responsabilidad penal

Los directores pueden ser sujetos de responsabilidades penales, puesto que pueden realizar conductas que claramente encuadran en los tipos legales que establece el Código Penal, ya que utilizan la estructura organizacional de la persona jurídica para, de esta manera, poder ocultar su identidad como autores del ilícito y de esta manera poder causar grandes perjuicios económicos a la sociedad en beneficio propio. Al respecto, es importante precisar que la persona jurídica no puede ser sujeto activo de un delito, y ante la comisión de un ilícito es necesario poder individualizar a la persona natural que cometió el ilícito. Según Elias, el desarrollo y expansión de las actividades societarias ha conllevado a que se tipifiquen diversas conductas en las que podrían incurrir los administradores de una organización y, a su vez han sido recogidas en un materia especializada que se encuentra normada dentro del Código Penal (2015, p. 649).

Este tipo de responsabilidad es sancionado mediante la privación de la libertad, tal como ha ocurrido en el caso de los directores de la empresa Graña y Montero a quienes se les privó de su libertad mediante un mandato de prisión preventiva, así como, en el caso de la discoteca Utopía en el cual se ha sentenciado a Alan Michel Azizolahoff Gate (Presidente del directorio), Edgar Jesús Paz Ravines (Director) y Percy Edward North Carrión (Director - Gerente General) por el delito de homicidio culposo atribuyéndoles una pena privativa de la libertad de 10 años.

La administración fraudulenta se encuentra tipificada en el artículo 198 del Código Penal, según Juárez, éste es un delito especial que se origina por el incumplimiento de determinadas obligaciones establecidas en la LGS o Código Civil (ley extrapenal) y como consecuencia de estos incumplimientos legales se ocasiona un perjuicio económico a la sociedad,

accionistas, socios, asociados o terceros con legítimo intereses (2016, p. 190). Este tipo de delito sólo y únicamente puede ser cometido por aquella persona que tenga funciones de representación, que bien puede ser un gerente general, director y/o algún apoderado con facultades suficientes, y sus actos necesariamente deben generar un peligro real al patrimonio de la sociedad, por tanto no basta que solamente se haya realizado la acción delictiva.

En este delito, se señala como sujeto activo a aquella persona que ejerce funciones de administración o representación de una persona jurídica, en tal sentido un director en cuadraría en dicho tipo penal, por tanto podrían imputársele las conductas que dicho cuerpo legal establece, tales como: ocultar información, proporcionar datos falsos, promover por medios fraudulentos falsas cotizaciones de acciones, entre otros; el sujeto pasivo estaría representado por la persona jurídica que sufre el perjuicio económico, y el bien jurídico protegido estaría representado por el patrimonio de la sociedad. La comisión de este delito se da en función a la siguiente secuencia lógica:

Tabla 1: Delito de Administración Fraudulenta

Competencias del sujeto	Calidad del sujeto	Titular del derecho	Acción u omisión	Efecto
Ejerciendo funciones.	De administración o representación.	Una persona jurídica.	Uno de los incisos.	En perjuicio

Fuente: Juárez (2016)

c. Responsabilidad administrativa

Este tipo de responsabilidad es atribuida a una persona jurídica cuando incumple una obligación que se encuentra establecida en la norma y es sancionada por la Administración Pública mediante multas, cierre del establecimiento, cancelación de licencias y autorizaciones, etc. Se denomina sanción administrativa, ya que sólo puede ser aplicada a través de los órganos administrativos del Estado, tales como SUNAT, SBS, INDECOPI y los órganos reguladores.

Desde una perspectiva tributaria los representantes legales pueden responder solidaria e ilimitadamente por las deudas que no hayan sido honradas por la persona jurídica, ya que de

acuerdo a lo indicado por el artículo 16 del TUO del Código Tributario se establece que los representantes legales y los designados por las personas jurídicas están obligados a pagar los tributos y cumplir con las obligaciones formales en calidad de representantes, dicho cuerpo legal establece una presunción “iuris tantum”, ya que SUNAT presumirá que dicha omisión se realizó mediante la preexistencia de un dolo, negligencia grave o abuso de facultades, salvo que el deudor tributario demuestre lo contrario en los casos que expresamente la norma a delimitado, tales como: no llevar la contabilidad o realizar el registro de una partida en más de un libro.

Al respecto, cabe señalar que desde el punto de vista tributario pueden ser considerados como representantes legales **los directores** y gerentes, por lo que es necesario remitirnos a lo establecido en la LGS y el estatuto de la sociedad, ya que es necesario validar que la persona que ha sido nombrada cuenta expresamente con facultades que impliquen el deber de cumplir con el pago de las obligaciones tributarias, puesto que podrían habersele otorgado otro tipo de facultades, tales como contractuales o de representación procesal. De acuerdo a lo indicado por Villegas, para que un director sea responsable solidario frente al fisco tienen que cumplirse dos presupuestos: (i) representar a la sociedad conforme a sus estatutos y (ii) tener la obligación de cumplir con el pago de los tributos y haber estado encargado de cumplir con dicha obligación tributaria. (1999, p. 5). Así mismo, se debe tener en cuenta que existen dos actores principales por un lado el contribuyente, cuya definición obra en el artículo 8 del TUO del Código Tributario, siendo quien realiza el hecho generador de la obligación tributaria y por consiguiente el principal obligado a realizar el pago a favor del fisco, y por otro lado al responsable definido por el artículo 9 del mismo cuerpo normativo, que es aquella persona que sin tener la condición de contribuyente debe cumplir obligación tributaria de este último.

La norma no establece taxativamente los requisitos y/o criterios para que a los representantes legales se les atribuya responsabilidad solidaria, pero en dicho sentido el Tribunal Fiscal ha emitido reiterados pronunciamientos señalando que deben concurrir los siguientes requisitos:

- Primero: La administración debe demostrar indudablemente la certeza del nombramiento y aceptación del cargo (RTF N° 516-5-98).
- Segundo: Las deudas imputadas deben corresponder al periodo en el que el representante legal ejerció el cargo (RTF N° 504-4-2001 y 03259-4-2005).
- Tercero: El representante debe tener el poder de decisión de disponer de los recursos para el pago de las obligaciones tributarias (RTF N° 058-5-2003, 3259-4-2005).
- Cuarta: El representante debe haber sido participe de la decisión de omitir el pago a favor del fisco (RTF N° 64-3-2000).

En tal sentido, los directores responderán solidariamente en caso del incumplimiento del pago de tributos en la medida que actúen con *animus de incumplimiento*, es decir sin que exista alguna causa de justificación que pudiera eximirlo de responsabilidad (Medrano 1987, p. 26).

En la actualidad se ha implementado un nuevo supuesto de responsabilidad solidaria que apunta directamente a los directores, dado que mediante la implementación de la norma antielusiva se busca responsabilizarlos por los actos de planificación tributaria agresiva, ya que de acuerdo a las estructura de las sociedades anónimas dicha colegiado es el encargado de planificar la estrategia del negocio, este punto es bastante discutible, razón que ha conllevado a que sea duramente criticado. Para Medrano, el simple hecho de ocupar el cargo de director no convierte a dicha persona automáticamente en un experto en materia tributaria, ya que pudo haber sido elegido en función al conocimiento técnico que constituye parte del giro del negocio (1987, p. 25).

Así mismo, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP mediante la Resolución SBS N° 2755-2018 aprobó su Reglamento de Infracciones y Sanciones, y en lo que nos ocupa en la presente investigación es bastante relevante, ya que dispuso que los directores de las empresas que se encuentran bajo su supervisión se les podrá iniciar procesos administrativos y ser sujetos de sanciones administrativas en caso se determine algún tipo de responsabilidad en las imputaciones que le pudieran ser atribuidas. Este tipo de sanciones pueden ser tipificadas como leves, graves y muy graves, por lo que la autoridad administrativa podría

disponer desde una amonestación, multa e incluso suspender e inhabilitar al director para el ejercicio del cargo hasta por un periodo de 10 años.

En el anteproyecto de la nueva LGS se ha establecido una regulación mucho más específica y completa respecto a los deberes y responsabilidades de los directores y sobre todo los casos de extinción de la responsabilidad de los mismos frente a la sociedad, accionistas o terceros, siendo estos los siguientes:

- Cumplir con los deberes de diligencia actuando de buena fe, sin que medie ningún tipo de conflicto de interés.
- No haya participado en el acuerdo, para lo cual debe tomar las precauciones para prevenir el daño y haber manifestado su disconformidad en dicho acuerdo dejando constancia en el acta o remitir una carta de fecha cierta al presidente del directorio o gerente general.
- Habiendo sido designado no haya ejercido el cargo.

Al respecto, considero que de llegar a promulgarse esta nueva ley se producirían aspectos positivos, ya que se delimitarían muchas de las funciones del directorio y a su vez quedarían claramente establecidos los supuestos y lineamientos bajo los cuales se les puede imputar una responsabilidad que sea consecuencia del ejercicio de sus funciones.

Por lo tanto, luego del análisis realizado hoy en día a un director se le pueden atribuir responsabilidades civiles, penales y hasta administrativas, aplicando en esta última la responsabilidad solidaria como consecuencia de la implementación de la norma antielusiva e incumplimientos de pago de los tributos por parte de la persona jurídica, ya que en estos casos un director, deberá responder con su patrimonio personal por las deudas que el fisco ordene reparar.

1.2. Las empresas de seguro y reaseguro

Las empresas que pertenecen al mercado de seguros y reaseguro, por mandato legal, deben constituirse como sociedades anónimas ordinarias, tal como lo establece el artículo 12 del

TUO de Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (Ley N° 26702), y con un capital social mínimo de S/ 9'491,000.00 de acuerdo a lo indicado por el artículo 16 del mismo cuerpo normativo.

Así mismo, es importante hacer mención al denominado margen de solvencia que deben tener las empresas aseguradoras, debido a que la solvencia patrimonial constituye su mejor carta de presentación, ya que de esta manera podrán garantizar el cumplimiento de sus obligaciones en caso de algún siniestro que amerite ser coberturado. En razón a ello, es que se les obliga a contar con un patrimonio no comprometido, que básicamente se encuentra comprendido entre sus activos ajustados y pasivos debidamente depurados, el cual debe guardar absoluta relación con sus responsabilidades potenciales. En el mercado peruano este margen es determinado por la SBS en función al importe anual de las primas y de la carga media de siniestralidad de sus últimos tres ejercicios. Por lo tanto, una compañía aseguradora que haya asumido una gran cantidad de obligaciones al haber emitido pólizas de seguro requerirá de un mayor patrimonio para solventar el cumplimiento de sus obligaciones frente a sus asegurados (Nuñez, 2017, p. 87).

La Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, establece que el directorio de una empresa de seguros, debe contar con un mínimo de cinco personas, y que por lo menos deberán reunirse una vez al mes. Así mismo, este órgano, entre sus principales funciones tiene la obligación de nombrar un oficial de conducta de mercado y aprobar las políticas, medidas y procedimientos que permitan a estas empresas tener una conducta idónea en la ejecución de sus estrategias de negocio, y a su vez el directorio también tiene la obligación de nombrar un oficial cumplimiento que será el responsable de vigilar la implementación y funcionamiento del Sistema General de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo (SPLAFT), ya que ésta es una obligación impuesta mediante la Ley N° 27693 y es requisito indispensable que en esta clase de negocios la persona que sea designada ocupe un nivel gerencial, o se encuentre en una categoría de primer nivel de dirección sin importar la denominación propia del cargo.

Las empresas de seguros y reaseguros, al igual que las demás empresas que realizan actividades económicas dentro del mercado nacional, tienen que cumplir con las obligaciones y exigencias que establece el Estado mediante el Código Tributario, y a su vez deben cumplir con ciertos requerimientos adicionales que establece la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP como la presentación mensual de los estados de situación financiera, estado de resultados y el balance de comprobación de saldos, entre otras obligaciones como la presentación de los estados de flujo de efectivo y estado de cambios en el patrimonio que deben realizarse de forma anual en los plazos que establece la SBS. Así mismo, por tratarse de empresas que cotizan en la Bolsa de Valores, se deben sujetar a las obligaciones que establece la Superintendencia de Mercado de Valores (SMV), tales como la presentación de los Estados Financieros trimestrales, reporte de hechos de importancia y demás obligaciones que establece dicho órgano supervisor.

Las compañías aseguradoras reparten el daño entre sus asegurados, por lo que mientras capten la mayor cantidad de clientes y exista una menor siniestralidad, maximizarán su rentabilidad. Por ello, es que cuando ocurre un siniestro el dinero pagado por demás asegurados es utilizado para indemnizar al o los afectados, puesto que con las primas que recibió la compañía aseguradora se constituye un “fondo común”, ya que afrontar el daño de manera individual es mucho más costoso, mientras que al repartirlo entre un gran número de personas, con las mismas condiciones, resulta mucho más oneroso. Para aplicar estas medidas las aseguradoras deben, en primer lugar, reunir un amplio número de personas para garantizar el funcionamiento del sistema, posteriormente realizar un cálculo de la siniestralidad a fin de poder determinar un punto de equilibrio y, por último gestionar el proceso brindando una atención oportuna al asegurado.

Uno de los aspectos fundamentales, que considero que ampara la importancia de las compañías aseguradoras, es que ofrece una seguridad y tranquilidad a las personas naturales y jurídicas que opten por la contratación de un seguro, puesto que ante un siniestro que resulte amparable, el asegurado será indemnizado económicamente, por lo que sus pérdidas serán mucho menores, debido a que sólo tendrá que asumir el pago de un deducible previamente estipulado.

El contar con una póliza de seguro no garantiza que la cobertura sea brindada por la aseguradora, por tal motivo es importante que las empresas implementen procedimientos internos a fin de reducir la probabilidad de que un siniestro pudiera producirse, ya que por ningún motivo se pueden coberturar situaciones que sean consecuencia de la negligencia manifiesta del asegurado o que provengan de una conducta dolosa.

En tal sentido, es importante que las compañías opten por contratar un seguro acorde a sus necesidades, ya que en el ejercicio de su actividad económica se encuentran expuestas a distintos tipos de riesgo, por lo que sus representantes deberán evaluar cada uno de ellos, y en función a dicho análisis optar por la contratación del seguro que mejor se adecue a sus necesidades, más aun tomando en cuenta que existen una gran variedad de productos ofertados en el mercado, según el riesgo que busca ser coberturado. Por lo tanto, resulta importante contar con dicho respaldo, ya que de producirse un siniestro y al no contar con la liquidez suficiente las empresas se verían terriblemente afectas e incluso podrían llegar a quebrar. Así mismo, estos seguros son considerados por el fisco como un gasto deducible, por lo que es recomendable que las empresas que efectúan su contratación los tomen en cuenta al momento de realizar su planificación fiscal a fin de aprovechar al máximo dichos beneficios tributarios.

A consecuencia del Covid-19, los mercados durante los próximos meses van a verse afectados, por lo que tendrán que reinventarse. Este aspecto involucra, en gran medida, a las empresas de seguros, ya que la estrategia del negocio deberá tomar un rumbo distinto, y el directorio cumplirá un papel importantísimo, debido a que será el encargado de trazar la línea que la sociedad debe seguir para conseguir una mayor rentabilidad, en tal sentido, será de mucha importancia tener en cuenta las reglas de juicio empresarial que ha establecido el anteproyecto de la LGS a fin de salvaguardar la responsabilidad de sus miembros, por último, considero que será importante que la labor de supervisión del directorio hacia la gerencia se reinvente como una labor de acompañamiento.

1.2.1. Contrato de seguro

Este tipo de contratos se encuentran regulados por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP y se rigen por lo establecido en la Ley N° 29946 – Ley del Contrato de Seguro, la cual le ha otorgado la siguiente definición “Aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar dentro de los límites pactados el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas”. En tal sentido, el contrato de seguro es un contrato bilateral, por medio del cual la aseguradora se compromete a brindar a un asegurado una indemnización económica ante un determinado riesgo que se encuentre coberturado en la póliza, en la medida de que al momento de producirse el siniestro no se hubiera configurado alguna causal de exclusión contemplada dentro de la misma.

En las compañías de seguro, sus asegurados aportan a una bolsa común, ya que dichos importes servirán para indemnizar los siniestros que puedan presentarse, por ello, es que los riesgos que son coberturados se evalúan de acuerdo a su siniestralidad y la probabilidad de que pudieran ocurrir. Para determinar el valor de la prima se toma en cuenta el monto de la cobertura que ha sido solicitada por el tomador del seguro y de corresponder el valor del bien asegurado. Para ello, los directores cumplen un papel muy importante, debido a que en función a su conocimiento son quienes determinan el valor de las pólizas, ya que son los encargados de la administración de la bolsa o fondo común (Nuñez, 2017, p.31).

Las empresas aseguradoras cuentan con una cartera de productos de distinta clase, según la necesidad y bien que se desee proteger, en el presente acápite nos centraremos en analizar el Seguro de Responsabilidad Civil de Directores y Gerentes, también conocido como pólizas D&O, por las siglas en inglés de Directors and Officers Liability. En su contratación intervienen las siguientes partes:

- El asegurado.- Persona designada como director y/o gerente que ejerce funciones de alta dirección bajo subordinación de los órganos de administración.

- La aseguradora.- Es la compañía de seguros que en nuestro país debe ser una empresa supervisada por la SBS, lo cual no restringe la potestad de que pueda contratarse un seguro ante alguna aseguradora extranjera.
- Compañía.- Es la empresa contratante que pudiera verse afectado por las acciones y/o omisiones del asegurado (director).

Este tipo de seguro tiene por finalidad salvaguardar el patrimonio personal de los directores o gerentes, ya que el artículo 177 de la LGS ha dispuesto que “responderán solidaria e ilimitadamente ante la sociedad, accionistas y terceros por los daños y perjuicios que causen por los acuerdos o actos contrarios a la ley, al estatuto o por los realizados con dolo, abuso de facultades o negligencia grave”. Tal como indica Signorino, este tipo de póliza tiene por finalidad brindar una cobertura para los gerentes, directores y administradores por las atribuciones de responsabilidad que podrían sufrir como consecuencia de la toma de decisiones propias de su cargo siempre y cuando sean consecuencia de errores, omisiones y negligencias (2013. P.17).

Este tipo de pólizas establece las coberturas que otorga la compañía aseguradora que principalmente son:

- a) Demandas interpuestas por terceros que se hayan visto afectados por las decisiones del asegurado (director).
- b) Errores en que hayan incurrido los directores al momento de tomar decisiones y que hayan generado un perjuicio a la sociedad.
- c) Gastos legales y cobertura de las indemnizaciones.
- d) Reembolso de gastos en los que haya tenido que incurrir el director a consecuencia de su actuar.

Como podemos advertir las coberturas que brinda esta póliza son adecuadas, ya que permitirá a los directores poder tomar decisiones con una mayor tranquilidad, pero siempre bajo el respeto y cumplimiento de sus deberes fiduciarios establecidos en el artículo 171 de la LGS, debe quedar claro que bajo ninguna circunstancia las compañías aseguradoras

brindaran cobertura a actos dolosos, puesto que sería irracional coberturar la intención de causar el daño. Así mismo, la cobertura sólo aplicará para actos que sean cometidos durante la vigencia de la póliza. La cobertura de un seguro es *claims made*, lo cual quiere decir que solo cubrirá los riesgos que hayan sido asegurados durante su vigencia sin importar la fecha de ocurrencia, ya que de suscitarse algún acto no asegurado o durante un periodo de tiempo no coberturado la cobertura será desestimada (Lopez, 2014, p.68).

Figura 2: Propósito de la Póliza D&O



Fuente: Lopez (2014)

Este tipo de pólizas son poco utilizadas en nuestro país, ya que solo el 2% de las empresas las contratan, siendo sus principales clientes las empresas transnacionales que cotizan en la bolsa de valores, uno de los motivos que considero ha influido en su escasa contratación es la informalidad existente en nuestro país que se concentra sobre todo en las pequeñas y medianas empresas.

Las pólizas D&O pueden ser contratadas por el propio director y ser endosadas a favor de la persona jurídica a quien se presta el servicio, aplicándose el mismo procedimiento dentro de los directorios que prestan sus servicios al mercado de seguros, y trasladar dicho costo a la compañía, ya que pese a haber realizado todos los actos de diligencia debidos, pueden tomar una mala decisión que genere cuantiosas pérdidas a la sociedad, en tal sentido, es recomendable que durante el tiempo de prestación de sus servicios cuenten con este respaldo a fin de salvaguardar su patrimonio personal por un reclamo que pudiera ser realizado por la propia sociedad y/o un tercero afectado.

Es importante tener en cuenta que la póliza D&O no debe ser confundida con la póliza de responsabilidad civil que puede haber contratado una sociedad con el objetivo de coberturar los riesgos propios de la actividad de la persona jurídica siendo esta la beneficiaria, mientras que en el caso de la póliza D&O el beneficiario final es el director, debido a que este último responde solidariamente e ilimitadamente con su patrimonio por las responsabilidades civiles que le puedan ser atribuidas.

Por último, resulta pertinente dar a conocer los mecanismos en función a los cuales las empresas aseguradoras nivelan sus riesgos, ya que la sola estadística e información de la siniestralidad no es suficiente, debido a que por ejemplo existen factores imprevisibles como son los fenómenos naturales que pueden ocasionar pérdidas a una gran cantidad de personas que podrán haber optado por asegurar sus bienes ante una misma aseguradora y en su conjunto sufrir las consecuencias de dicho evento, lo que conllevaría a que la aseguradora recaiga en insolvencia. En tal sentido, es importante que estas compañías minimicen sus riesgos financieros y en razón a los antes indicado recurren al coaseguro y reaseguro que es explicado en las siguientes líneas.

Mediante el coaseguro dos compañías aseguradoras de la misma línea (sistema horizontal) comparten el riesgo en las proporciones que han sido fijadas en la póliza y son de conocimiento del asegurado. Esta clase de seguros, nace principalmente a solicitud del asegurado, pero esto no limita la posibilidad de que pueda configurarse como una iniciativa de la compañía aseguradora, siendo recomendable obtener previamente la autorización del asegurado para evitar problemas al momento de realizar el pago de algún siniestro. Su característica principal es que mediante este tipo de contratos las responsabilidades de cada compañía son individuales frente al asegurado, puesto que su relación contractual frente al mismo es limitada en función a su participación dentro del riesgo asumido. Para Nuñez, el coaseguro otorga ventajas a favor de ambas partes, ya que por un lado las compañías aseguradoras pueden distribuir el riesgo entre diversas compañías y el asegurado diluir entre varias aseguradoras la responsabilidad a fin de minimizar el riesgo de insolvencia (2017, p.45).

Los reaseguros son llamados en términos coloquiales el “seguro del seguro”, ya que corresponde a un contrato de seguros que la compañía aseguradora suscribe con otra compañía (reaseguradora) para que asuma una parte o la totalidad de un posible siniestro. Este tipo de seguros opera bajo un sistema vertical, debido a que las compañías aseguradoras comparten su cartera de riesgos en una proporción o exceso ajeno con otra compañía ajena al contrato original y es contratado por las aseguradoras para poder asumir riesgos bastante altos, ya que es quien tiene la obligación de asumir los costos de las reclamaciones que pudieran ser irrogadas por los asegurados, por lo que la reaseguradora es considerada como un proveedor de la aseguradora y dicha relación no requiere ser comunicada al asegurado. Según Nuñez, “los reaseguros permiten que las compañías aseguradoras asuman riesgos de mayor envergadura que superan sus capacidades financieras, incluido su margen de solvencia” (2017, p.46).

Un aspecto muy importante que coadyuvará a que los miembros del directorio ejerzan sus funciones con el debido respeto y cumplimiento de las normas de control interno, así como disposiciones externas promulgadas por las entidades gubernamentales son las prácticas de Buen Gobierno Corporativo.

1.3. Gobierno corporativo

Hablar de gobierno corporativo implica hacer mención a dos grandes esferas de acción: la regulación y la autorregulación, entendiéndose a la primera como aquellas normas de carácter imperativo y/o legal que los Estados promulgan con la intención de generar confianza dentro de sus mercados, cuyo cumplimiento por parte del sector empresarial es de carácter obligatorio, respecto a la autorregulación corresponde a las prácticas empresariales que se realizan al interior de la sociedad y que son establecidas mediante el estatuto y el código de buen gobierno corporativo, así como a través de políticas internas, reglamento interno de trabajo, estos dispositivos legales son de cumplimiento obligatorio, pero al interno de la sociedad, ya que buscan regular las relaciones entre los accionistas minoritarios, accionistas que no ocupen algún cargo dentro de la administración, acreedores y demás grupos de interés (Alfaro, 2008, p. 99). Al respecto, Rocca, ha indicado que su importancia radica en ofrecer un conjunto de condiciones que garanticen a la empresa y accionistas que primarán lo

intereses colectivos de la sociedad antes que los intereses particulares de sus stakeholders, es decir de los grupos conformados por trabajadores, proveedores, contratistas y otros grupos de interés (2008, pp. 328-329).

En la actualidad contamos con un Código de Buen Gobierno Corporativo aplicable a las sociedades peruanas que fue publicado por Superintendencia de Mercado de Valores (SMV) en el año 2013 y que está estructurado en cinco pilares fundamentales: Derechos de los accionistas, Junta General de Accionistas, El Directorio y la Gerencia General, Riesgo y cumplimiento, y Transparencia de la información.

Un sistema efectivo de gobierno corporativo descansa en dos factores claves: rendición de cuentas y eficiencia, siendo esta última un factor primordial, ya que las empresas deben generar un mayor valor y rentabilidad a sus accionistas, pero dentro de un marco de legalidad, es decir cumpliendo las leyes y regulaciones impartidas por el Estado (Díaz, 2007, p. 97).

Así mismo, es de vital importancia la labor de supervisión del directorio a la gerencia general, puesto que al respecto la OCDE en sus recomendaciones de los principios de buen gobierno corporativo ha indicado que “Aun cuando las empresas no dependan principalmente de capital extranjero, un marco de gobierno corporativo creíble, sustentado por mecanismos de control y supervisión eficaces, ayuda a aumentar la confianza de los inversores nacionales, reduce el coste del capital, mejora el buen funcionamiento de los mercados de capitales y, en última instancia, atrae fuentes de financiación más estables”. En tal sentido, las funciones del directorio no deben sólo limitarse al planteamiento de la estrategia del negocio, sino que también deben cumplir un rol fiscalizador, ya que esto coadyuvará a que la sociedad reduzca sus costos y atraiga fuentes de financiamiento.

El directorio juega un rol preponderante en la implementación de las Buenas Prácticas de Gobierno Corporativo, al ser uno de sus principales órganos de gobierno, y a su vez, es el encargado de aprobarlas y divulgarlas. El Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas le atribuyó las siguientes obligaciones:

- Aprobar y dirigir la estrategia corporativa de la sociedad, controlar y supervisar su gestión, así como hacerse cargo de su administración y gestión.
- Implementar un Reglamento del Directorio que establecerá las políticas y procedimientos para su funcionamiento, su estructura y las responsabilidades de su presidente.
- Conformación de comités especiales para evaluar el desempeño de los aspectos más relevantes de la sociedad, tales como: auditoría, gestión de riesgos, políticas de buen gobierno corporativo, entre otros. Siendo el directorio el responsable de aprobar sus reglamentos.
- Implementación y aprobación del código de ética y conflicto de intereses. El directorio es el responsable de verificar su cumplimiento.
- Establecer políticas y procedimientos para las operaciones que se realicen entre partes vinculadas.
- Evaluar con una periodicidad anual el desempeño de la gerencia.

En nuestra legislación los principios propuestos por la SBS son de aplicación voluntaria para todas las empresas en general, pero en el caso de las sociedades anónimas que cotizan en la Bolsa de Valores existe un mandato imperativo que conlleva a su divulgación, por lo que debe formar parte de la memoria anual que es aprobada por la Junta General de Accionistas, ya que de lo contrario, el órgano regulador podría iniciar un procedimiento administrativo sancionador.

La OCDE es un gran referente para la práctica de los principios de Buen Gobierno Corporativo, ya que la esencia de sus principios fueron recogidos en nuestra legislación, motivo que nos conlleva analizar la importancia de este organismo internacional al cual el Perú aspira pertenecer en un futuro.

1.4. OCDE

La OCDE es un organismo internacional que fue creado con la finalidad de mejorar el bienestar económico y social de las personas alrededor del mundo y que a su vez promueve el gobierno corporativo a través de las buenas prácticas empresariales.

Este organismo es un gran aliado de los países a nivel mundial, ya que busca hacerle frente a la pobreza mediante el crecimiento económico, comercio, inversión, estabilidad financiera, entre otros mecanismos, para ello propone la implementación de políticas públicas como mecanismos de prevención que ayuden a mitigar estos serios problemas. En la actualidad Chile, Colombia y México forman parte de la OCDE, quienes a su vez son miembros de la Alianza del Pacífico, situación que debe preocuparnos, debido a que el único país no miembro de la OCDE y que forma parte de dicha alianza es el Estado Peruano.

Los principales objetivos de la OCDE son:

- Lograr una gobernanza transparente y efectiva.
- Ayudar a la expansión de la economía, empleo y mejorar el nivel de vida de las personas.
- Contribuir a la sana expansión de la economía de los países que lo conforman y aquellos que se encuentran en vías de desarrollo.
- Contribuir a la expansión del comercio internacional.

Los principios de buen gobierno corporativo establecidos por la OCDE han sido un gran referente para la implementación del Código de Buen Gobierno Corporativo diseñado por la SMV, ya que su esencia ha sido recogida por nuestros gobernantes y, a consecuencia de ello, muchas de las atribuciones del directorio se han replicado en nuestro sistema. En referencia a la presente investigación sólo nos enfocaremos en las responsabilidades que la OCDE ha atribuido al Consejo de Administración (Directorio), ya que para dicho organismo internacional “es el responsable de controlar los resultados de la gestión ejecutiva y de la obtención de una rentabilidad adecuada para los accionistas, evitando simultáneamente la aparición de conflictos de interés estableciendo un equilibrio entre las exigencias concurrentes hacia la sociedad” (OCDE, 2004, P.58). Los principales lineamientos que este documento dispone para el Consejo de Administración son:

- Que sus miembros actúen siempre disponiendo de información completa, de buena fe, con diligencia y atención debida y en el más alto interés de la sociedad. Este

principio guarda mucha relación con los deberes fiduciarios que establece nuestra doctrina, es decir el deber de diligencia y el deber de lealtad.

- En las situaciones que las decisiones puedan afectar de manera diferente a los distintos grupos, el consejo deberá conceder un trato justo a los distintos grupos de accionistas. Este principio refiere a que los miembros del consejo deben tomar sus decisiones de forma homogénea con respecto a todos los accionistas, es decir sin tener preferencia por determinados grupos.
- La aplicación de niveles de ética muy elevados. Este principio se materializa mediante la implementación de un Código de Ética, que debe establecer límites lo suficientemente claros en lo que respecta a los intereses particulares que pueden conllevar a un conflicto de interés.
- El desempeño de determinadas funciones claves, tales como: la revisión y orientación estratégica de la compañía, implementación de políticas de riesgo, presupuestos anuales y de los planes de la empresa, controlar y supervisar las prácticas de buen gobierno corporativo, entre otras.
- La potestad de poder realizar juicios independientes sobre cuestiones relativas a la sociedad. Para ello, es recomendable que el consejo de administración este conformado por un número suficiente de miembros que no sean empleados de la sociedad ni de ninguna de sus filiales, y a su vez no deben tener vínculos familiares o de otro tipo, ya que de lo contrario su voluntad podría verse parcializada.
- El acceso a información relevante, suficiente y oportuna para que puedan tomar una buena decisión. En razón a lo antes indicado, los directores para poder arribar a una mejor decisión pueden recurrir a expertos en la materia a través de asesorías especializadas, cuyo costo será asumido por la sociedad que representan.

Un aspecto que debe ser considerado con la debida importancia es que los directores persigan una remuneración apropiada, ya que en función a ello, se evitará que puedan verse tentados a incurrir en actos desleales que podría quebrantar la confianza existente con la finalidad de obtener una compensación por la prestación de sus servicios. Por tal motivo, se recomienda que reciban un pago fijo por sus servicios y adicionalmente un monto variable

en función a los resultados que ha obtenido la sociedad, bajo el esquema antes indicado se alinearían los intereses de los directores con el de los accionistas.

Uno de los serios problemas que afecta a los diversos países del mundo es la elusión tributaria, ya que a consecuencia de la misma el Estado deja de recaudar grandes cantidades de dinero y por consiguiente su economía se ve afectada. Con la finalidad de combatir estas malas prácticas la OCDE implementó en el año 2015 el plan BEPS, cuya finalidad es identificar cuáles son las estrategias que utilizan las grandes empresas transnacionales para erosionar su base gravable o transmitir sus utilidades a países de nula o baja imposición.

1.5. El plan BEPS

El termino BEPS proviene de la acumulación de los vocablos Erosion and Profit Shifting, que en español significa “*Plan de acción contra la erosión de la base imponible y la transferencia de beneficios*”, este plan tiene por finalidad hacerle frente a los problemas de recaudación fiscal a causa de los vacíos legales existentes o el uso de sistemas impositivos de países considerados como paraísos fiscales donde existe una nula o baja imposición tributaria por lo que son utilizados por las empresas transnacionales para trasladar sus principales ganancias afectando al Estado acreedor.

Las empresas multinacionales son las grandes gestoras de las denominadas economías a escala que les permiten alcanzar los niveles más altos de producción a un costo mucho menor que sus competidores, puesto que migran parte de su proceso productivo o redistribuyen el mismo en países de nula o de baja imposición con el objetivo de tener una mayor eficiencia y poder administrar de mejor manera sus costos financieros. De acuerdo a lo indicado por Ramos, para las multinacionales los impuestos y en general todo tributo son considerados costos y, por lo tanto deben gestionarse, ya que impactan negativamente en el negocio y por ello reconocen a las jurisdicciones que ofrezcan tratamientos fiscales preferenciales como un nicho de oportunidades que les genera un alivio fiscal para trasladar sus utilidades (2015, p. 377).

Hoy en día la globalización ha contribuido a que los países puedan estar interconectados e intercambiar información en tiempo real, lo cual ayuda a fomentar el comercio internacional, así como diversas operaciones de intercambio de bienes y servicios, las mismas que están afectas al pago de determinados impuestos, pero como bien sabemos muchos de los obligados a tributar buscan la manera de eludir el pago de estos tributos a fin de maximizar sus ingresos y como consecuencia de ello se termina causando un gran problema al Estado acreedor, para llevar a cabo estas malas acciones los sujetos obligados se amparan en vacíos legales existentes y a través de mecanismos legales eluden el pago del tributo respectivo o trasladan sus beneficios a un Estado donde la tasa de afectación de los mismos sea menos gravosa, esto tipo de actos es lo que hoy en día se le conoce como “Elusión Tributaria”, de acuerdo a la información proporcionada por la OCDE por estas malas prácticas se pierde entre un 4% y 10% de la recaudación mundial, es decir entre 100 y 240 mil millones de Dólares por año.

En un informe emitido por la OCDE quedó en evidencia la carencia de las legislaciones nacionales frente a los retos de la globalización, ya que los principios y directrices del derecho tributario son burdamente transgredidos como consecuencia de una economía cada vez más intangible y el dinamismo empresarial de las grandes empresas transnacionales, por ello la OCDE promovió la creación del foro multilateral denominado BEPS, conformado por 116 países que representan en su conjunto el 95% del PBI mundial, cuyo objetivo principal es prevenir los planeamientos tributarios agresivos que vienen realizando las empresas multinacionales con la finalidad de reducir su carga tributaria. De acuerdo a lo indicado por Osorio, este proyecto tiene como objetivo lograr la alineación entre tributación y actividad económica mediante la implementación de una política tributaria internacional (2017, p. 34).

El plan BEPS se implementó debido a que a la gran preocupación que afligía a los Estados, ya que en los últimos años han visto afectada su recaudación, debido principalmente a los planeamientos tributarios agresivos que vienen realizando las empresas nacionales y transnacionales con la finalidad de reducir su carga tributaria y maximizar sus ganancias, estas malas prácticas afectan principalmente a los países en vías de desarrollo como Perú, ya

que el Estado deja de percibir el pago de determinados tributos que de acuerdo a ley deberían haber sido pagados.

El Plan BEPS está conformado por 15 acciones que en su conjunto tienen como objetivo principal proponer más no imponer cambios en los sistemas fiscales para evitar la doble no imposición internacional, así como exención o la imposición de bajas tasas como consecuencia del traslado de beneficios. Al respecto, se busca solucionar ambos problemas de distintas formas, por lo que soy participe de que una de las mejores opciones será por intermedio de la celebración de un instrumento multilateral que cohesione todas las medidas modificando prácticamente los convenios fiscales de todos los países adherentes, en una suerte de mega legislación sin precedente en el ámbito tributario (Ramos, 2015, 386). Esta solución suena muy bien, pero será un reto bastante complicado de cumplir, puesto que el sólo el hecho de lograr que dos países suscriban un tratado bilateral demanda un gran esfuerzo, bajo la solución planteada se pretende que los países miembros de la OCDE y no miembros con distintas economías, niveles de desarrollo y demás factores de gran relevancia adopten un acuerdo de forma conjunta y uniforme. En tal sentido, los planes de acción patrocinados por la OCDE adolecen de dos problemas potenciales: (i) las medidas implementadas deben ser aplicadas por distintos países que tienen su propia soberanía y jurisdicción, (ii) los lineamientos y recomendaciones postuladas provienen de un soft law, por lo tanto no son obligatorias ni vinculantes.

En nuestra legislación tributaria contamos con una norma antielusiva general, es decir la noma XVI que se encuentra contemplada en el Título Preliminar del TUO del Código Tributario, norma, que como bien sabemos, estuvo suspendida hasta el 19 de mayo del 2019, ya que se reglamentó su aplicación mediante los Parámetros de Forma y Fondo (El Decreto Supremo N° 145-2019-EF) que fueron aprobados por el Poder Ejecutivo. Este suceso es muy importante, puesto que ha otorgado las armas requeridas al fisco para poder actuar dentro de la jurisdicción peruana, esta norma es necesaria, pero adolece de ciertas deficiencias que considero deben ser abordados por el legislador, ya que de lo contrario tendrá problemas en su aplicación. La norma XVI indica como uno de los supuestos para que un hecho sea considerado antielusivo que provenga de un acto “artificial o impropio”, pero al respecto,

el reglamento que fue hace poco promulgado no ha definido el significado de dichos adjetivos. Así mismo, este reglamento aparte de no definir claramente los parámetros de aplicación de la norma antielusiva, adicionó 7 supuestos de hecho bajo los cuales podría ser aplicada, pero dejó la puerta abierta para distintos tipos de interpretación, ya que no definió nuevamente el significado de los siguientes conceptos: figuras legales, empresariales, actos, contratos o esquemas no usuales que contribuyan al diferimiento de rentas o ingresos, y a su vez otorgó amplias facultades discrecionales al Comité Revisor encargado de determinar si los actos cuestionados son antielusivos, claro está que estas situaciones han generado una gran preocupación en el sector empresarial y sobre todo a los directores, ya que la norma ha considerado atribuirles responsabilidad solidaria en caso se compruebe su participación en el planeamiento de estas malas prácticas empresariales.

El plan BEPS ha sido un gran referente que ha conllevado a que distintas naciones incluyan dentro de su legislación normas destinadas a luchar contra la elusión y la evasión tributaria y, es en este punto donde los miembros del directorio de las sociedades anónimas peruanas cumplen un papel protagónico, ya que acuerdo a lo establecido en la tercera disposición complementaria final del D.L. 1422, que modificó diversos artículos del Código Tributario, se le atribuyó al directorio la obligación indelegable de aprobar los actos relacionados a la planificación fiscal del negocio e incluso mediante su única disposición complementaria transitoria se le otorgó la responsabilidad de ratificar o modificar los actos de planificación tributaria aprobados en el 2012 y que a la fecha sigan teniendo efectos fiscales.

Es importante hacer referencia a la Acción N° 4 del Plan BEPS, cuya finalidad es limitar la deducibilidad de intereses y, en función a las recomendaciones brindadas por la OCDE, se introdujo en nuestra legislación el Decreto Legislativo N° 1424, que modificó el artículo 37 de la Ley del Impuesto a la Renta, esta norma modificó aspectos relacionados con el tratamiento aplicable a la deducción de intereses para la determinación del impuesto a la renta e introdujo reglas para la subcapitalización mediante el financiamiento entre vinculadas. La finalidad de la norma es combatir la elusión tributaria, ya que limita la posibilidad de que las empresas puedan deducir indebidamente los intereses generados por préstamos realizados

entre sus vinculadas, debido a que se establece un límite (ingresos en la parte que excedan el 30% del EBITDA del ejercicio anterior) mediante un coeficiente que se aplica al patrimonio neto, y en razón a ello, es que el exceso es desconocido. De acuerdo a lo indicado por la OCDE la aplicación de la regla del EBITDA es la más eficiente, ya que garantiza que la deducción de intereses netos esté directamente vinculada a los ingresos gravables de la sociedad, siendo ésta la regla por la que opto nuestra legislación.

La norma antes indicada no aplica para el sector bancario y de seguros, debido a que conllevaría al desconocimiento de las operaciones entre las empresas de dicho sector, ya que en particular tienen un mayor nivel de ingresos netos por intereses que por gastos netos por intereses, debido a que su principal giro de negocio es la colocación de préstamos y su principal fuente de ingreso son los intereses que son pagados por sus clientes, pero pese a ello, considero que el Estado debe reevaluar dicho mercado a fin de idear una estrategia idónea que limite la materialización de actos elusivos que pudieran estar siendo cometidos por estos grupos económicos.

El directorio cumple una función importante respecto a las implicancias del plan BEPS, ya que este órgano es el encargado de implementar la mejor estrategia del negocio que conlleva a un adecuado uso de su capital social, buscando para ello maximizar la rentabilidad de la sociedad, debido a que parte de sus honorarios pueden estar condicionados a los resultados, y en razón a ello, es que deben implementar las mejores estrategias que pueden darse de manera externa, como es el caso de aprobar la comercialización de un nuevo producto, y en el caso de estrategias internas velarán por un uso adecuado de los instrumentos fiscales ofrecidos por el Estado, mediante una adecuada planificación tributaria, ya que esto puede generarles un importante ahorro, pero debe tenerse en cuenta que por ningún motivo deberán configurarse actos jurídico que en el fondo tengan un fin elusivo.

En la actualidad los sujetos pasivos (contribuyentes) de la carga tributaria buscan las formas de cancelar la menor cantidad de impuestos a favor del Estado, puesto que consideran que los pagos que realizan no le son retribuidos y como consecuencia de esto buscan un

ahorro fiscal, mediante prácticas de economía de opción, elusión fiscal y evasión fiscal, cuyos significados e implicancias son definidas en el próximo acápite.

1.6. Conceptos y diferencias entre economía de opción, evasión tributaria y elusión tributaria

Es importante definir los conceptos de economía de opción, evasión tributaria y elusión tributaria, puesto que corresponden a herramientas que deberán tener en cuenta los miembros del directorio al implementar el planeamiento tributario de la sociedad que representan, a fin de no incurrir en actos que en el futuro puedan ser cuestionados por el fisco.

1.6.1. Economía de opción

Este término ha sido reconocido en diversos países del mundo, y el Perú no es ajeno a ello, como bien sabemos existen normas de obligatorio cumplimiento que obligan a los particulares a pagar determinados tributos, pero esto no significa que los administrados siempre tengan que pagar la tasa más alta, ya que pueden planificar su actuación en la medida de evitar verse inmersos en el hecho generador de la obligación, esta planificación legal tiene como objetivo evitar la generación de la obligación y es denominada “economía de opción”, si bien es cierto en nuestro ordenamiento no tenemos una definición expresa de este término, este refiere a aquellos actos en los que la ley de manera expresa o tácita faculta al sujeto obligado a elegir de las opciones con las que cuenta, aquella que le permita un mayor ahorro fiscal.

Es recomendable que los directores con las nuevas exigencias del gobierno, para la aprobación de un planeamiento tributario, recurran a especialistas en tributación que puedan ayudarles a tomar decisiones, pero bajo los lineamientos de una economía de opción, ya que no se encuentra prohibida, pero debe realizarse bajo los límites que ha establecido la norma antielusiva general por lo que es necesario que antes de tomar una decisión se apliquen los test de proporcionalidad y relevancia jurídica, debido a que los mismos serán aplicados por SUNAT en caso de una fiscalización.

Un caso muy común se da en aquellos sujetos que se dedican a la compra venta de inmuebles que en un determinado periodo sólo realizan 2 ventas, ya que las mismas están gravadas con un tasa del 5%, puesto que de realizar alguna operación adicional en el mismo periodo dicha tasa aumentaría al 30%; cómo podemos apreciar en el presente caso el sujeto obligado planificó realizar sólo dos operaciones en un periodo a fin de evitar tener que cancelar un impuesto mucho mayor, adicionalmente podemos hacer mención a los casos en que un empresario puede elegir a que régimen tributario desea acogerse, por ejemplo podría elegir un régimen único simplificado (RUS) o constituir una sociedad en la amazonia Peruana, ya que en dicha zona las personas naturales y/o jurídicas que se dediquen a determinadas actividades como la agropecuaria, agricultura, pesca, transformación de productos primarios provenientes de las actividades antes descritas, entre otras, se encuentran acogidas a un régimen tributario especial con ciertos beneficios, como un Impuesto a la renta del 10% y la exoneración del IGV.

Es importante precisar que dentro de una economía de opción no existe ningún elemento de antijuridicidad, ya que su finalidad no es evadir el cumplimiento de una obligación tributaria, para Walker, este tipo de conductas no tiene nada censurable y por ello se distingue de cualquier tipo de conducta defraudadora, ya que es la búsqueda legítima de un ahorro fiscal (2017, pp. 132-133).

1.6.2. Evasión tributaria

Esta figura se materializa cuando a través de cualquier medio se induce a un error a la Administración Tributaria con la manifiesta intención de evitar total o parcialmente el pago de un determinado tributo que se generó al haberse cumplido la hipótesis de incidencia tributaria, y que evidentemente conlleva a que el contribuyente obtenga un beneficio económico indebido que perjudica directamente al Estado en su rol recaudador e indirectamente a la población. Este tipo de actos es considerado un delito, ya que su comisión se efectúa con dolo.

La materialización de esta conducta se efectúa mediante la simulación de figuras tributarias con la manifiesta intención de confundir al fisco e inducirlo a un error. La evasión

tributaria puede conllevar a cometer una defraudación fiscal que se manifiesta mediante la transgresión directa de la ley por parte del sujeto obligado, quien de manera dolosa incurre en alguno de los supuestos de hecho establecidos en la norma, en nuestra legislación esta figura se encuentra regulada en su forma básica en el artículo 1 de la Ley Penal Tributaria y refiere aquellos casos en los que el sujeto obligado (personal natural o jurídica a través de su representante) valiéndose de cualquier artificio, engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta oculta información para su propio benéfico o de un tercero a fin de efectuar un pago menor al tributo que legalmente le corresponde. Esta figura se caracteriza principalmente por la existencia de dos leyes o normas establecidas en el ordenamiento jurídico tributario, la primera que es denominada “norma defraudada”, ya que el supuesto jurídico que se ha vulnerado dolosamente y respecto del cual correspondería haberse efectuado el pago del impuesto, la segunda es denominada “norma de resguardo”, que es aquella a la cual el contribuyente orienta su conducta y la utiliza para diferir o evitar el pago, ya que su carga impositiva es mucho menor, a manera de ejemplo podemos indicar un caso en el que se adulteran los libros contables de una empresa con la intención de pagar una menor cantidad de impuestos, comprar facturas a empresas fantasmas con la intención de obtener un mayor crédito fiscal, así como realizar la venta de mercadería sin que haya sido declarada previamente.

El código tributario para prevenir la comisión de este delito establece acciones de fiscalización a fin de disuadir a conducta de los posibles infractores, para la procedencia de la acción penal es indispensable que la Administración Tributaria emita un informe motivado en el cual se acredite que el Estado sufrió un perjuicio económico, debido a que el contribuyente dejó de pagar los impuestos que le correspondían mediante actos dolosos que planificó con la debida anticipación.

El delito de defraudación tributaria puede ser atribuido por más de una persona dentro de una misma organización, y no necesariamente, deberá ser el gerente general, director o administrador a quien tenga que imputársele tal responsabilidad sólo por el hecho de ostentar dicho cargo y ser el responsable de efectuar las declaraciones ante SUNAT, dado que estos

actos pueden haber ser cometidos sin su conocimiento, razón por la cual al igual que todo proceso penal deberá acreditarse su culpabilidad.

De acuerdo a lo indicado por Meza (2015), la evasión se caracteriza principalmente por el nacimiento perfecto de una obligación, y por el incumplimiento por parte del contribuyente, el cual puede ser total o parcial y se materializa mediante el ocultamiento de información a las autoridades fiscales con el objetivo de obtener un ahorro impositivo contradiciendo abierta y flagrantemente una disposición legal que, tras verificarse los supuestos de hecho, se desacata por los contribuyentes (citado en Gamarra, 2018, p. 70).

1.6.3. Elusión tributaria

La elusión debe entenderse como aquellas conductas que mediante el abuso de figuras amparadas legalmente simulan obligaciones y/o actos jurídicos con la intención dolosa de disminuir la carga tributaria. Consiste en efectuar conductas intencionadas con el objetivo de evitar el hecho generador de la obligación tributaria, mediante la simulación de actos que aparentan no adolecer de ninguna causal de invalidez, los cuales merecen ser castigados, puesto que transgreden los valores y principios de un sistema tributario (Zuzunaga, 2013, p. 63).

Para Ramos, la elusión fiscal desde la perspectiva internacional puede ser considerada como lícita e ilícita, la primera se identifica con la economía de opción, ya que por este mecanismo se obtienen ventajas tributarias en más de una jurisdicción sin que exista de por medio algún mecanismo artificioso para tal fin, mientras que en el caso de la elusión fiscal se recurren a actos jurídicos para rodear la norma de dos o más países mediante medios artificiosos con la finalidad de obtener alguna ventaja fiscal en al menos uno ellos (2015, p. 379).

Los contribuyentes con la finalidad de incurrir en actos antielusivos recurren a normas legales de las distintas ramas del derecho, como las civiles, societarias y laborales, pero no con la finalidad de conseguir una mayor eficiencia, sino para estructurar actos jurídicos artificiosos, cuyo objetivo es evitar el pago del tributo. En razón a lo antes mencionado, Ruiz,

ha indicado que este tipo de conductas genera un conflicto entre fines y medios que giran en torno a la ley, debido a que los privados recurren a las distintas especialidades del derecho, pero no con el objetivo de obtener una mayor eficiencia, sino para utilizarlas como medios, para no tributar, y es razón a ello, los Estados se han visto forzados a implementar cláusulas antielusivas (2018, p. 179). Esta conducta es reprochable, ya que genera consecuencias jurídicas negativas, debido a que el Estado acreedor deja de percibir un dinero que legalmente le corresponde como consecuencia de una planeación tributaria agresiva efectuada por el sujeto obligado.

La norma antielusiva se encuentra contenida desde segundo hasta el quinto párrafo de la norma XVI del título preliminar del Código Tributario, la norma en mención establece como presupuestos para incurrir en un acto antielusivo que se reduzca la base imponible o la deuda tributaria, o se obtengan saldos o créditos a favor, pérdidas tributarias o créditos por tributos, debiendo para ello concurrir conjuntamente los siguientes requisitos:

- 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 ventajas tributarios, que sean iguales o similares a los que se hubieran obtenido con los actos usuales o propios.

Estos supuestos resultaron ser bastante genéricos e imprecisos ya que se esperaba que sean aclarados mediante la norma que dispuso la aprobación de los parámetros de forma y fondo de la NAG, pero sucedió todo lo contrario, puesto que la norma en mención estableció siete supuestos de hecho que podrían ser considerados antielusivos, sin aclarar o brindar un lineamiento sobre los requisitos que deberían concurrir para su aplicación. Así mismo, la norma estableció dentro de sus disposiciones que los directores que hayan tomado conocimiento de la existencia de una planificación tributaria con fines antielusivos y que hayan dejado constancia de su desaprobación en el acta de directorio o mediante carta notarial estarán exonerados de la responsabilidad solidaria establecida en- la Tercera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1422.

Figura 3: Responsabilidad Solidaria de los Representantes Legales



Adaptado de: Zuzunaga (2019)

La norma antielusiva general puede ser aplicada a cualquier de persona jurídica, que mediante la ejecución de planteamientos tributarios agresivos haya generado un perjuicio a la Administración Tributaria. Esta norma no es ajena al mercado de las empresas de seguros y reaseguros, ya que debido a la cantidad de operaciones que efectúan y al gran capital que involucran es probable que el Estado, en un mediano plazo, decida auditar las planificaciones tributarias que han realizado en años anteriores, y respecto de las cuales no ha prescrito su potestad sancionadora.

La Administración Tributaria en el mes de febrero del 2020 publicó una primera versión con cinco esquemas, que de ser utilizados por los contribuyentes, podrían ser considerados como actos antielusivos, situación que considero es un gran acierto, ya que de esta manera se ha contribuido a desincentivar tales conductas. Los supuestos que estableció dicho instrumento son:

- Deducción de regalías por cesión en uso de Marca.
- Enajenación de compañía peruana a través de un patrimonio autónomo.
- Redomicilio de una empresa y uso de CDI (Convenio Doble Imposición).
- Cesión de marcas y capitalización de créditos.
- Contrato de gerenciamiento.

La elusión tributaria no debe ser confundida con la economía de opción, ya que esta última faculta al contribuyente a elegir la opción que le resulte menos gravosa, situación que es completamente distinta a la elusión, puesto que en estos casos se transgrede la norma

tributaria amparando la conducta en el uso de procedimientos jurídicos y financieros lícitos con la manifiesta intención de neutralizar los efectos tributarios que deberían haberse aplicado. En nuestro marco jurídico se ha implementado la norma antielusiva general con la finalidad de evitar que estos actos se materialicen, ya que de acuerdo al principio de legalidad recogido en la Constitución Peruana “**Nadie está** obligado a **hacer lo que la ley no manda**, ni **impedido de hacer** lo que ella no prohíbe”. Este principio cumple un papel protagónico en el derecho tributario, ya que como ha indicado Medrano, “Las circunstancias que determinan el surgimiento de la obligación, la cuantía de la misma, el sujeto activo, el señalamiento del contribuyente, entre otros, son aspectos que deben ser materia de ley expresa” (1987, p.21).

Para que una conducta sea considerada antielusiva los actos jurídicos individualmente o en forma conjunta deben ser artificiosos o impropios para la consecución del resultado; y, a su vez deben generar un ahorro o renta fiscal para el contribuyente. A continuación se muestra un ejemplo:

Figura 4: Acto Elusivo



Fuente: La Republica (2019)

Tomando en cuenta las definiciones antes indicadas, queda claro existen supuestos legales en base a los cuales el contribuyente puede optar por aquel que considere menos gravoso (economía de opción), ocasiones en las que pretenda evadir de manera dolosa el pago de los impuestos mediante actos de simulación, engaño u ocultamiento de información (evasión tributaria) y a su vez actos en los que apoyándose de personas expertas en la materia como contadores, financistas, abogados tributarios se buscará eludir el pago de los tributos como

consecuencia de las excesivas normas tributarias y/o vacíos legales existentes (elusión tributaria).

Las empresas hoy en día contratan asesores externos que las ayudan a realizar sus planteamientos tributarios, esto con la finalidad reducir o eliminar su carga fiscal o gozar de determinados beneficios que la propia norma tributaria ofrece, ya que de lo contrario tendrían una corta existencia, debido a que podrían incurrir en errores que les generarían grandes pérdidas económicas, pero aquí existe una línea muy delgada, ya que el planeamiento tributario es legal en la medida que el mismo no se realice con fines elusivos que tengan como objetivo rentabilizar las arcas de la compañía a costa de la recaudación del Estado, hechos que como bien sabemos hoy en día podrían conllevar al inicio de un proceso administrativo sancionador contra la persona jurídica y sus directores.

1.7. Planificación Tributaria

De acuerdo a lo indicado por el Colegio de Contadores Públicos de Lima, la planificación tributaria es definida como un conjunto de actos coordinados que tienen como finalidad optimizar la carga tributaria, ya sea para reducirla o eliminarla y por consiguiente obtener un beneficio tributario no mayor al que por economía de opción le corresponda. Esta herramienta es muy importante, puesto que permite a las empresas gestionar y administrar de manera más eficiente sus recursos y por consiguiente obtener un mayor margen de beneficios tributarios. El planeamiento financiero como herramienta de gestión empresarial ayuda a eliminar contingencias tributarias y optimiza los recursos económicos de la empresa, generando una menor carga tributaria que se replicará en mayor margen de utilidades al finalizar el ejercicio económico y es principalmente realizada por contadores, personas expertas en finanzas y abogados tributaristas, quienes conjuntamente evalúan las opciones más factibles, debe quedar claro que no siempre un planeamiento financiero será considerado como un medio para lograr la elusión de impuestos, puesto de acuerdo a ley no existe alguna restricción para su aplicación en la medida que no tenga una finalidad oculta que es la valerse de las falencias y/o vacíos legales existentes con el objetivo intencional de asumir una menor carga tributaria.

Las estrategias de planificación agresiva conllevan una serie de actos societarios, contractuales, financieros y comerciales indirectos y artificiosos sobre activos, riesgos o funciones del grupo multinacional que son trasladados hacia otras jurisdicciones de nula o baja imposición con el objetivo de maximizar la rentas del negocio reduciendo el impacto de la carga tributaria (Ramos, 2015, p. 380).

El directorio cumple un papel protagónico en la implementación de los planteamientos tributarios, debido a que de acuerdo a las nuevas disposiciones legales es el órgano encargado de aprobarlo, lo cual es concordante con las atribuciones que le ha otorgado la LGS, ya que cuenta con facultades de gestión y representación legal. Este órgano societario tiene hoy en día la responsabilidad de diseñar la estrategia tributaria, buscando el mayor ahorro posible en el pago de impuestos, por lo que sólo podrán ampararse en supuestos de economía de opción, ya que éstos no se encuentran prohibidos, por lo que es recomendable que recurran a expertos en la materia a fin de evitar en un futuro contingencias que podrían afectar su patrimonio personal y el de la sociedad.

La planificación tributaria agresiva para efectos de esta investigación es considerada como el punto de inicio para incurrir en una elusión tributaria, ya que por este medio los contribuyentes recurren a un personal especializado a fin de valga la redundancia planificar con la debida antelación el pago de sus impuestos amparando su conductas en los vacíos legales existentes o en las contradicciones por parte de la administración tributaria de dos países distintos. Esto tipo de actos es posible como consecuencia de la falta de armonización de las normas tributarias de distintos países, situación que es aprovechada por las empresas multinacionales que alinean el pago de sus impuestos en función a estos vacíos o falta de coherencia entre las normas de los distintos Estados. (Villanueva, 2017, p. 251).

Las empresas del rubro de seguros al momento de realizar el planeamiento tributario de sus obligaciones deben hacerlo no valiéndose de vacíos legales como herramientas para generar ventajas tributarias indebidas, ya que por el contrario deben respetar las normas que regulan el marco tributario, por lo que es indispensable que recurran a expertos en la materia, a fin de salvaguardar el patrimonio de la sociedad. En este escenario, los miembros del

directorio actualmente cumplen un papel protagónico, ya que son tienen la obligación de aprobar la planificación tributaria del negocio y deben hacerlo en cumplimiento del deber de diligencia que la propia LGS les ha atribuido, puesto que de lo contrario tendrán que responder solidariamente con su patrimonio personal, salvo que hayan dejado constancia de su falta de aceptación.

El directorio es un órgano de gobierno vital e indispensable en las grandes corporaciones naciones y transnacionales, ya que mediante los conocimientos de sus miembros se buscará generar la mayor rentabilidad a la sociedad, pero estos conocimientos deben ser usados en el marco de respeto de los principios del buen gobierno corporativo que conlleva al cumplimiento y respeto de las normas de los países donde estas empresas desarrollan sus actividades, por ello es que no deben incurrir en actos elusivos, ya que este tipo de comportamientos son legal y moralmente reprochables, incluso la OCDE lo ha considerado un problema mundial, debido a que traspasa las fronteras y afecta a muchos Estados, por ello es que implementó un plan de acción denominado BEPS que tiene como objetivo proponer cambios en la política fiscal de los países miembros y aquellos que deseen adherirse para luchar contra las malas prácticas empresariales ocasionadas por los planeamientos fiscales agresivos que buscan aprovecharse de manera dolosa de los vacíos legales existentes para eludir el pago de los tributos que corresponden al Estado donde se ha generado la actividad económica.

CAPÍTULO II: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

La entrada en vigencia de la norma antielusiva ha generado una gran preocupación en los directores, debido a que el D.S. N° 145-2019-EF que reglamento los parámetros de forma y fondo ratificó un régimen de responsabilidad solidaria para los directores que participen en los actos de planificación fiscal, salvo que dejen constancia de su desacuerdo en la misma acta o mediante una comunicación cursada por conducto notarial antes del inicio del procedimiento administrativo.

El Congreso de la República otorgó facultades al Poder Ejecutivo mediante la Ley N° 30823 para que pueda legislar en **materia tributaria** y en dicho sentido lo autorizó a “modificar el Texto Único Ordenado del Código Tributario, a fin de brindar **mayores garantías a los contribuyentes en la aplicación de la Norma XVI del Título Preliminar**, estableciendo la configuración de infracciones y sanciones vinculadas con dicha disposición; establecer parámetros para su no aplicación a las micro y pequeñas empresas (MYPE); y **ampliar los supuestos de responsabilidad solidaria de los representantes legales por aplicación de la cláusula antielusiva general, garantizando el derecho al debido proceso de los contribuyentes**”. Posteriormente se procedió a realizar el control de legalidad de la norma promulgada por el Poder Ejecutivo (D.L. N° 1422), ya que dispuso que los directorios de las empresas deberían ratificar los acuerdos de planificación anteriores al 19 de julio del 2012. Para efectos de la presente investigación es importante analizar el informe emitido por el grupo de trabajo de Control Constitucional.

2.1. Informe del grupo de trabajo de Control Constitucional

El grupo de trabajo encargado del control constitucional sobre actos normativos del Poder Ejecutivo mediante informe N° 63/2018-2019¹ de fecha 29 de noviembre del 2018, arribó a las siguientes conclusiones:

¹ A la fecha el poder legislativo ha recogido las sugerencias brindadas y ha propuesto el Proyecto de Ley N° 3740/2018-CR, el mismo que cuenta con un dictamen favorable y a su vez se encuentra pendiente de ser debatido en el pleno del Congreso de la República.

Primero, dicha norma se emitió dentro de las facultades que le fueron otorgadas al Poder Ejecutivo, con excepción de la tercera disposición complementaria final, puesto que dispuso 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. Esta facultad es indelegable”. Al respecto, considero que esta disposición excede de las facultades otorgadas, debido a que impone una obligación al directorio, la misma que es indelegable. Es importante indicar que este tipo de regulación comprende al ámbito societario que se encuentra regulado en la Ley N° 26887 - Ley General de Sociedades y en dicha materia no le fueron otorgadas facultades al Poder Ejecutivo.

Segundo, la norma bajo análisis en su segunda disposición complementaria final vulnera el principio de seguridad jurídica contemplado en el artículo 103 de la Constitución, ya que faculta a la Administración Tributaria a aplicar lo dispuesto en el artículo 62-C del Código Tributario para procedimientos de fiscalización definitiva en los que **se revisen actos, hechos o situaciones producidos desde el 19 de julio de 2012**, es decir pretende aplicar un supuesto que recién acaba de ser regulado para situaciones que pudieran haber ocurrido con anterioridad.

Así mismo, el Decreto Legislativo N° 1422, pretende desconocer lo dispuesto por el artículo 8 de la Ley N° 30230, pese a que la norma señala lo contrario en su primera disposición al indicar que “La vigencia del Decreto Legislativo no está condicionada a lo regulado en el artículo 8 de la Ley N° 30230”. Al respecto, cabe indicar que estas normas tienen una vinculación, ya que a través de la segunda disposición complementaria final del Decreto Legislativo N° 1422 se pretende aplicar retroactivamente la norma antielusiva, pese a que el artículo 8 de la Ley N° 30230, **dispuso la suspensión de la norma antielusiva hasta que el Poder Ejecutivo mediante Decreto Supremo refrendado por el MEF establezca los parámetros de forma y fondo para su aplicación**. En tal sentido, el Poder Ejecutivo estaría desconociendo el contenido de una norma, ya que los parámetros de forma y fondo fueron promulgados el 06 de mayo del 2019, mediante Decreto Supremo N° 145-2019-EF.

Por los motivos antes indicados, es importante tener en cuenta el exceso en que incurrió el Poder Ejecutivo, ya que restringió la posibilidad de poder delegar la facultad de aprobar los actos de planificación fiscal, y es en este punto donde pueden generarse diversos problemas, debido a que no necesariamente el directorio tiene que ser el encargado de aprobar los actos de planificación fiscal propios del negocio, puesto que en las principales empresas como las aseguradoras cuentan con un Gerente de Planificación Financiera, quien tiene la responsabilidad de definir el esquema en base al cual se realizará la planificación tributaria. En tal sentido, para atribuir esta nueva obligación y limitar su delegación lo correcto debió ser modificar la Ley General de Sociedades.

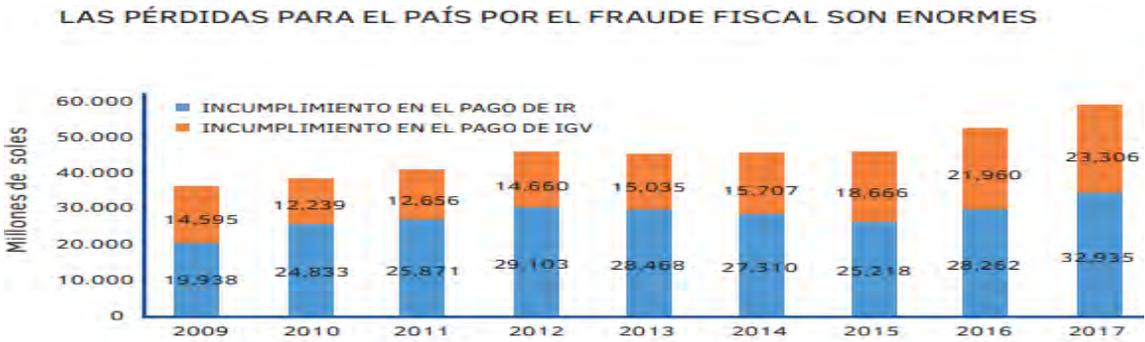
2.2. Impacto en el mercado e implicancias fiscales

La implementación de la norma antielusiva tendrá diversos impactos en el mercado laboral, sobre todo en las dietas de los directores independientes que en nuestro país prestan sus servicios para aproximadamente en seis empresas a la vez y hoy en día se verán forzados a disminuir el número de empresas a las que asesoran, debido a que tendrán que dedicar un mayor tiempo a analizar las estructuras de los negocios, más aun tomando en cuenta que la norma les exige un mayor grado de conocimiento y responsabilidad, ya que en el directorio recae la obligación de aprobar los actos de planificación tributaria. Estos cambios aumentarán los costos operacionales de la sociedad, ya que los directores tendrán que recurrir a especialistas tributarios como un mecanismo de control previo a fin salvaguardar su responsabilidad, por lo que será recomendable que este tercero les proporcione un informe técnico - legal que podrá ser utilizado como un elemento de defensa ante la Administración Tributaria, ya que ayudará a demostrar una debida diligencia en el ejercicio de sus funciones, y a su vez es muy importante que las sociedades evalúen la necesidad de contratar una póliza D&O para salvaguardar sus propios intereses y los de sus directores.

La elusión tributaria es un problema que afecta a la recaudación fiscal del Estado Peruano y amerita ser contra arrestada. De acuerdo, a la información brindada por Palmer de la Cruz (Intendente de SUNAT) en la entrevista realizada al diario oficial el Peruano, el monto que deja de ser recaudado bordea aproximadamente los 4,774 mil millones de dólares al año y dichos actos elusivos son cometidos principalmente por la grandes empresas corporaciones,

con la finalidad de reducir el pago de sus impuestos, pero considero que si lo que se busca es aumentar la recaudación no debe sólo ser enfocada en los actos antielusivos, ya que el núcleo del problema radica en la evasión tributaria, cuya afectación al fisco según TPC GROUP bordea los 18,000 millones de dólares, es decir casi cuatro veces más que la elusión, situación que llama la atención tomando en cuenta las cifras antes indicas, por ello considero que el Estado debería también implementar mecanismos para erradicar la evasión fiscal que es consecuencia directa de la gran informalidad que existe es nuestro país.

Figura 5: Perdidas por Evasión Fiscal



Fuente SUNAT

Fuente: Grupo de Justicia Fiscal (2019)

En el presente capítulo se analizarán las normas antielusivas y sus implicancias frente al directorio en los siguientes Estados: **Perú, Chile, Colombia y México**, quienes actualmente conforman la Alianza del Pacífico y **España**. Así mismo, se analizarán sus leyes societarias y su implicancia en lo que respecta a las obligaciones de los miembros del directorio, desde una perspectiva de Buen Gobierno Corporativo, y por último si en dicha legislación extranjera se ha contemplado la responsabilidad solidaria de los directores que incurran en actos antielusivos.

Los países que conforman la Alianza del Pacífico representan el 40% del PBI de Latinoamérica, de las cuales sólo Chile, Colombia y México son miembros de la OCDE, si bien es cierto Perú aún no es miembro, se espera que en un futuro pueda ser considerado como tal. Es importante precisar que los países objeto de comparación son relevantes para la presente investigación, debido a que sus políticas tributarias son muy similares, ya que

cumplen con los estándares internacionales de política tributaria que ha recomendado la OCDE, siendo una de las políticas fiscales más relevantes la lucha contra la elusión fiscal, que como bien sabemos, es un problema que traspasa fronteras.

De acuerdo a la información obtenida por el Fondo Monetario Internacional (FMI), Perú, Chile, Colombia y México se encuentran entre los 10 países con las mejores economías de Latino América y, como consecuencia de la globalización, han mejorado sus actividades de comercio exterior, lo cual ha conllevado a que grandes grupos económicos opten por realizar inversiones en dichos países, y por ello han aperturado filiales y/o constituido nuevas sociedades, a fin de maximizar sus capitales. Las inversiones, sin importar si provienen de capitales nacionales o extranjeros, son importantes para todo Estado, pero es necesario que los contribuyentes cumplan con sus obligaciones tributarias, ya que en función de la recaudación se podrán atender las necesidades de la población, más aún cuando en nuestro país se debe tributar de acuerdo a una escala progresiva, y ésta considero que es una de las razones por las cuales se ha implementado la norma antielusiva general, ya que pese a que la obligación tributaria ha nacido en territorio peruano, algunas grandes empresas se aprovechan de los vacíos legales existentes e implementan estructuras complejas a fin de disminuir el pago que les corresponde asumir por concepto de impuesto a la renta causando un perjuicio económico a la Administración Tributaria.

En el cuadro adjunto se ha delimitado la importancia del marco teórico abordado en el capítulo precedente, cuyo contenido es importante para el realizar análisis de la norma antielusiva de los países objeto de comparación.

Tabla 2: Matriz Conceptual

<u>País</u>	<u>Perú</u>	<u>Chile</u>	<u>Colombia</u>	<u>México</u>	<u>España</u>
Directorio	Órgano colegiado encargado de fijar la estrategia y directrices de gestión de la compañía.				
Contratación póliza D&O	Su implementación es considerada una buena práctica de gobierno corporativo, debido a que permite a los directores el poder tomar mejores decisiones, permitiéndoles poder tener una mejor visión. Así mismo, conlleva al involucramiento de las aseguradoras como parte interesada en mantener el control del riesgo.				
Gobierno Corporativo	Son de vital importancia para el desempeño de las mejores prácticas empresariales y de transparencia, ya que conllevan a una mayor generación de valor dentro de la sociedad que se ve reflejada en el otorgamiento de mayores beneficios a favor de los accionistas.				
OCDE	Aspira a ser miembro en el 2021.	Es parte de los países miembros.			
Plan BEPS	Los estados han tomado en cuenta los lineamientos y propuestas que establece el PLAN BEPS, para combatir las estrategias de planificación fiscal que son utilizadas para obtener beneficios fiscales indebidos. En razón a lo antes indicado, en la actualidad cuentan con normas antielusivas.				
Economía de Opción	Es contemplada por la normativa tributaria de cada uno de los estados y es considerada una buena práctica, ya que dentro del marco de la legalidad se obtienen beneficios tributarios.				
Evasión y elusión tributaria	Son consideradas malas prácticas empresariales, ya que afectan a la recaudación de todos los Estados miembros y no miembros de la OCDE, debido a que se trata de un problema transfronterizo y en merito a ello, es que se han regulado normas antielusivas y a su vez se han suscrito convenios internacionales para evitar la doble imposición.				
Planificación Tributaria	Es una práctica habitual utilizada por las grandes compañías de los diversos Estados, ya que la aplicación de esta herramienta les permite maximizar la rentabilidad de los negocios, debido a que con la debida anticipación pueden conocer el momento oportuno para efectuar el pago de los tributos, pero su uso indebido puede conllevar a incurrir en la generación de esquemas complejos de planificación fiscal que ostenten un fin elusivo.				

2.3. Perú

El Perú es un país con una economía muy sólida, razón por la cual, de acuerdo a lo indicado por el FMI, ocupó en el 2019 el noveno lugar en la economía de los países de Latinoamérica y, al ser la norma antielusiva general de este Estado la que ha motivado la presente investigación, es necesario, en primer lugar, proceder a analizar su normativa para posteriormente analizar la norma antielusiva de los demás países que serán objeto de estudio.

La norma antielusiva general fue publicada el 18 de Julio del 2012 mediante el Decreto Legislativo N° 1121, por medio del cual se dispuso la inclusión de la “Norma XVI” en el Código Tributario, la cual generó una gran preocupación en el sector empresarial debido a su alto grado de subjetividad e imprecisiones, y a consecuencia de ello, el Congreso de la República debido a la presión de los grandes gremios del sector privado (CONFIEP), luego de 02 años dispuso su suspensión a través del artículo 8 de la Ley N° 30230. Posteriormente, en el año 2018 mediante la promulgación del Decreto Legislativo 1422 se realizaron diversas modificaciones al Código Tributario, siendo las más relevantes para efectos de la presente investigación la obligación indelegable del directorio de aprobar los actos relacionados a la planificación fiscal y el otorgamiento de un plazo perentorio para que ratifiquen o modifiquen los actos de planificación fiscal aprobados con anterioridad al año 2012, cuyos efectos fiscales se encuentren vigentes hasta la fecha. No cabe duda que bajo la promulgación del dispositivo legal antes mencionado se fue preparando el escenario bajo el cual se implementaría la norma antielusiva general, ya que el 06 de mayo del 2019 mediante el Decreto Supremo N° 145-2019-EF, se publicaron los parámetros de forma y fondo que regularon la aplicación de la tan cuestionada NAG, pero algo que llamo mucho la atención es que dispuso un régimen de responsabilidad solidaria en el cual los representantes legales y miembros del directorio que hayan participado en la aprobación de actos antielusivos deban responder solidaria e ilimitadamente con su patrimonio.

Nuestra norma antielusiva tiene una finalidad disuasiva, ya que busca desincentivar a que las empresas recurran a estos actos para maximizar su rentabilidad, debido a que se estimada que el Estado deja de recaudar aproximadamente entre 2,500 y 6,000 millones de soles anuales, lo cual afecta directamente a la recaudación del impuesto a la renta entre el 4% hasta

10%². La entrada en vigencia de esta norma marco un precedente importante, debido a que hasta antes de su promulgación, no existía ninguna herramienta o mecanismo que aborde una lucha directa y frontal contra la elusión fiscal

Para la activación de la cláusula antielusiva general, deben concurrir los requisitos establecidos en el tercer párrafo de la Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario.

- 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, que sean iguales o similares a los que se hubieran obtenido con los actos usuales o propios.

La problemática que surge de los requisitos antes expuestos es que el literal A), implica conceptos jurídicos indeterminados, tales como hechos “artificiosos o impropios” que se esperaba fueran aclarados o delimitados al promulgarse los parámetros de forma y fondo (D.S. 145-2019-EF), pero sucedió todo lo contrario, ya que dicha norma generó una mayor confusión al indicar que todo caso sería analizado de forma puntual, situación que conllevó a una gran preocupación por parte de los administrados, debido a que existen conceptos que no han sido debidamente delimitados y **adicionalmente se otorgó un alto grado de subjetividad y discrecionalidad al fisco.** Así mismo, la norma en cuestión establece determinados supuestos bajo los cuales podría aplicarse, lo cual es adecuado, ya que nos permite conocer ciertos escenarios que pueden acarrear indicios de actos elusivos, pero mientras exista un alto grado de subjetividad e imprecisión de conceptos esta situación sigue siendo muy delicada.

Resulta necesario que los administrados al momento de realizar actos de planificación fiscal, cuenten con todos los mecanismos necesarios que respalden y sustenten que la

² Información brindada en una entrevista realizada el 07 de mayo del 2019 al Sr. Carlos Oliva Neyra, quien fue Ministro de Economía durante el periodo comprendido entre el 07 de junio del 2018 y 30 de setiembre del 2019.

aplicación de las normas tributarias se han realizado bajo un esquema de “economía de opción”, y es algo que vale la pena resaltar dentro del contenido del Decreto Supremo N° 145-2019-EF, ya que lo ha definido como “La acción de elegir y el resultado de elegir llevar a cabo actos que tributariamente son menos onerosos que otros posibles o disponibles en el ordenamiento jurídico y respecto de los cuales no se presenten ninguna de las circunstancias previstas en los literales a) y b) del tercer párrafo de la norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario”. En razón a lo indicado, la norma nos permite poder realizar actos jurídicos, siempre y cuando no concurren los requisitos que anteriormente hemos mencionado, pero tomando en cuenta el alto grado de subjetividad dotado al funcionario a cargo de la fiscalización, se corre el riesgo que esta atribución dotada al contribuyente pueda ser vulnerada, más aun tomando en cuenta que la norma antielusiva contempla una presunción de dolo y que SUNAT tiene un fin pro-fiscalización.

El legislador mediante el Decreto Legislativo N°1422, estableció que el directorio es el órgano societario encargado de aprobar los actos de planificación fiscal, cuya facultad es indelegable, hecho que fue complementado mediante los parámetros de forma y fondo, dentro de los cuales se precisó que se excluiría de este tipo de responsabilidad a aquellos directores que hayan manifestado su disconformidad dejando constancia en la misma acta o remitiendo una carta notarial con anterioridad al inicio del proceso de fiscalización.

En razón a lo indicado, la norma antielusiva adolece diversas deficiencias, debido a que ha dispuesto la atribución de nuevas responsabilidades al directorio, sin tomar en cuenta que dicho cambio debió realizarse mediante una modificación directa a la Ley General de Sociedades, por lo es preocupante que esta atribución sea una responsabilidad del director, más aun tomando en cuenta que este órgano societario no necesariamente está conformado por especialistas en derecho tributario, contabilidad o finanzas, puesto que muchos de sus miembros son elegidos por la Junta General de Accionistas, debido a su amplia experiencia técnica que forma parte del objeto social de compañía. Al respecto, considero que esta obligación guardaría una mayor coherencia al ser responsabilidad del contador general y demás funcionarios que han sido participes de la estructuración del planeamiento tributario de la compañía y que regularmente forman parte de la gerencia de planeamiento financiero.

La LGS en su artículo 177 contempla los supuestos de responsabilidad bajo los cuales los miembros del directorio responden solidariamente, siendo estos únicamente situaciones bajo las cuales los daños y perjuicios son consecuencias de actos o acuerdos contrarios a la ley, al estatuto o por los actos realizados con dolo, abuso de facultades o negligencia grave. Si bien es cierto la norma indica que puede atribuírseles responsabilidad por actos o acuerdos contrarios a la ley, particularmente considero que necesariamente debe efectuarse una modificación a la LGS, ya que la norma antielusiva estaría atribuyendo una nueva obligación al directorio, la misma que no puede ser tomada como válida al haberse promulgado mediante una reforma de carácter tributario, puesto que esta nueva función necesariamente amerita una reforma en materia societaria.

Tomando en cuenta el análisis de la LGS los directores desde un punto de vista tributario responderán solidaria e ilimitadamente en caso que hayan tenido la obligación de realizar el pago de los tributos, y dicha obligación haya sido incumplida de manera dolosa, por negligencia grave o abuso de facultades. La norma antielusiva peruana viene siendo duramente cuestionada, debido a que se ha ampliado el ámbito de la responsabilidad hasta los directores y representantes legales, situación que no comparto, ya que una persona jurídica debe responder por sus propias deudas, puesto que de lo contrario se estaría desnaturalizando la LGS, salvo que dicho régimen se encuentre contemplado. Así mismo, la norma antielusiva general vulnera el principio de legalidad, ya que pretende sancionar los actos de planificación tributaria con fines elusivos, bajo un criterio de generalidad, dado que no se han establecido supuestos específicos dentro del marco legal peruano, salvo los cinco esquemas de alto riesgo fiscal que publicó SUNAT en el mes de Febrero del 2020, lo cual considero que es un gran avance, ya que la norma que reglamento su aplicación dejó muchas dudas al respecto, al no aclarar por ejemplo el significado de un hecho artificioso o impropio, incluso busca tener una aplicación retroactiva y sancionar a las personas jurídicas y sus representantes legales y miembros del directorio que hayan sido partícipes de actos de planificación fiscal realizados desde el año 2012. Al respecto, el IPDT ha indicado que esta norma deberá ser aplicada para actos que se produzcan luego de haber entrado en vigencia la

norma que promulgó los parámetros de forma y fondo que regulan la aplicación de la Norma XVI³.

Así mismo, el artículo 160 del anteproyecto de la LGS, hace mención de manera más específica a los supuestos bajo los cuales se les puede atribuir responsabilidad a los directores, ya que delimita su ámbito de aplicación en cuatro incisos, el primero es muy similar al supuesto contemplado en el artículo 177 de la LGS, el segundo precisa que este tipo de responsabilidad es personalísima, el tercero indica que los directores serán conjuntamente responsables con aquellos que los han precedido en caso no hayan informado a la Junta General de Accionistas sobre aquellos actos y omisiones respecto de los cuales han tomado conocimiento, en su cuarto inciso precisa que la responsabilidad a la que se encuentran sujetos también se extiende a los administradores de hecho, quienes son definidos como aquellas personas que en la realidad de los hechos desempeñan funciones propias de un director o gerente y, por último, en su quinto inciso se establece la prohibición de eliminar de forma anticipada la responsabilidad del director. En los supuestos antes indicados, no se evidencia la potestad de atribuir responsabilidad a los miembros del directorio por la comisión de actos elusivos, esto debido a que la norma bajo análisis no contempla como una obligación del directorio la aprobación de los actos de planificación fiscal.

Para determinar si una persona jurídica y sus representantes fueron partícipes de un acto elusivo el fisco debe iniciar previamente un proceso de fiscalización y posteriormente un Comité Revisor determinará si corresponde aplicar la NAG, debiendo para ello emitirse una resolución de determinación y multa, lo cual conllevaría a la exigibilidad de la deuda tributaria que deberá ser determinada en la resolución correspondiente que deberá incluir como deudores solidarios a los miembros del directorio involucrados.

³ Recomendación N° 5 de la XIV Jornada Nacional de Derecho Tributario formulada el 22 de abril del 2019 por el Comité de Resolución II del IPDT.

Figura 6: Sujetos Comprendidos en la Elusión Fiscal



Fuente: Zuzunaga (2019)

La determinación de responsabilidad se efectuará dentro de un proceso administrativo, en el cual el contribuyente y las demás personas, a quienes se les atribuya responsabilidad, justificarán su actuación mediante argumentos de defensa, los mismos que deberán ser valorados por los representantes de la administración tributaria antes de emitir la resolución correspondiente, ya que de lo contrario, se estarían vulnerando las normas de un debido proceso.

La norma antielusiva tiene un rol disuasivo y por ello es que la Administración Tributaria se encuentra facultada a exigir el pago de la deuda que será determinada mediante una resolución de determinación y, a su vez también podrá disminuir los saldos o créditos que hayan sido otorgados a favor del contribuyente, sin perjuicio de las sanciones administrativas que pudieran serle impuestas. La comisión de actos antielusivos no conlleva a la atribución de responsabilidades penales para los representantes legales y miembros del directorio que hayan participado en la estructuración de esquemas de planificación fiscal a diferencia de lo contemplado en el delito de defraudación tributaria, esto principalmente debido a que la elusión se ampara en vacíos legales existentes con la finalidad de obtener beneficios fiscales que reduzcan la base imponible del impuesto a la renta del contribuyente, mientras que en el caso de la defraudación tributaria estamos frente a un fraude fiscal en el cual existe un comportamiento doloso por parte del obligado, cuyo objetivo es engañar al fisco.

Desde la promulgación de los parámetros de forma y fondo que reglamentaron la aplicación de la NAG, SUNAT no ha emitido ninguna resolución atribuyendo

responsabilidad a alguna persona jurídica y sus directores, por lo que resulta imposible poder determinar los criterios subjetivos en base a los cuales podrían arribar a tal decisión, ya que por ejemplo la norma en cuestión no ha definido a que se considera un hecho artificioso o impropio, situación que ha generado una gran preocupación, dado que estaríamos frente a una norma abstracta que quedaría bajo la libre interpretación del funcionario público que pretenda aplicarla, esta preocupación es aún mayor en aquellas personas posibles de poderles ser atribuida una responsabilidad solidaria (representantes legales y directores), por ello es recomendable que las empresas implementen mecanismos preventivos para evitar estas malas prácticas y sobre todo que los accionistas, gerentes y representantes legales comprendan que deben actuar dentro del marco de la legalidad, que si bien la norma antielusiva contempla graves defectos que afectan la seguridad jurídica de los grandes contribuyentes, debido a sus imprecisiones, no es correcto recurrir a dichas prácticas, dado que se estaría afectando gravemente la recaudación fiscal. La incertidumbre que salta a la duda, es qué podría pasar en los casos en que una persona jurídica haya actuado dentro del marco de legalidad y no haya incurrido en actos antielusivos, pero pese a ello, SUNAT piense lo contrario, en este aspecto, a fin de salvaguardar los intereses de la compañía y el patrimonio personal de los directores, considero que es necesaria la contratación de una póliza D&O.

El buen gobierno corporativo juega un papel muy importante para evitar incurrir en actos antielusivos y en tal sentido las empresas hoy en día deben implementar procedimientos de control interno que garanticen que los actos de planificación fiscal se realizan dentro de un esquema de economía de opción, para ello es necesario que se implementen políticas y lineamientos internos dentro de las sociedades. El Código de Buen Gobierno Corporativo para Sociedades Peruanas aprobado por la SMV nos brinda una aproximación sobre estas buenas prácticas, ya que dentro del pilar III que involucra al directorio y la alta gerencia ha establecido dentro del principio 16 las funciones principales de este órgano colegiado, indicando que deberán aprobar y dirigir la estrategia corporativa de la sociedad; establecer objetivos, metas y planes de acción, incluidos los presupuestos anuales y los planes de negocios; controlar y supervisar la gestión; así como encargarse del gobierno y administración de la sociedad. Como podemos apreciar estas buenas practicas se interrelacionan con las obligaciones de carácter tributario, pero como bien sabemos su

aplicación es de carácter voluntario y sólo las sociedades que cotizan en bolsa tienen la obligación de reportar su cumplimiento.

2.4. Chile

Chile contempla una economía emergente y abierta, por lo que su economía es considerada una de las más consistentes e importantes de Latinoamérica. En el 2019 de acuerdo a lo informado por el FMI fue considerado el país con la tercera economía más importante de Latinoamérica en función a su PBI, pero al igual que otros países del mundo la elusión tributaria le ha generado cuantiosas pérdidas económicas en su recaudación fiscal, razón por la cual tuvo que implementar una regulación para luchar contra estas malas prácticas y a consecuencia de ello, es que el Poder Ejecutivo y Legislativo trabajaron en conjunto una norma antielusiva general que fue promulgada el 29 de setiembre del 2014 mediante Ley N° 20780 por el Congreso Nacional de Chile, para su redacción se tomó como referencia a la norma española, pero debido a la insistencia en los cambios sugeridos por el Poder Ejecutivo, la norma fue modificada, por lo que no tomó en cuenta la definición propuesta por el texto original español que hacía mención a la siguiente expresión: ***“individualmente considerados o en su conjunto,”*** y el requisito de que ***“no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal”***, conjuntamente con la exigencia que los actos ***“sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido”***. Al respecto, Vergara ha indicado que este cambio se realizó sin brindarse ninguna justificación de las causas que lo motivaron, situación que conlleva a la mutilación de la cuestionada norma antielusiva española, ocasionando que sea incomparable, debido a sus diferencias sistemáticas y alteración de la esencia de su regulación, ya que propuso una definición distinta de abuso, pero bastante detallada (2016, p. 162).

Es importante resaltar el trabajo en conjunto realizado por el Poder Ejecutivo y Legislativo, ya que ambos poderes del Estado articularon una norma antielusiva única, al no tomar como referencia a la norma española y esto evidentemente ha conllevado a que su norma antielusiva no tenga que acarrear las críticas sobre su forma y fondo, tal como sucede en el marco legal peruano. El primer párrafo del artículo 4° ter de la norma bajo análisis, nos brinda una aproximación del objetivo del legislador, ya que su intención es prohibir la

materialización de hechos antielusivos, razón por lo cual prescribe que las leyes tributarias no podrán ser eludidas *mediante “el abuso de formas jurídicas”, las mismas que son definidas como “aquellas situaciones en las que se evite total o parcialmente la realización del hecho gravado, o se disminuya la base imponible o la obligación tributaria, o se postergue o difiera el nacimiento de dicha obligación, mediante actos o negocios jurídicos que, individualmente considerados o en su conjunto, no produzcan resultados o efectos jurídicos o económicos relevantes para el contribuyente o un tercero, que sean distintos de los meramente tributarios”*. Al respecto considero que la definición brindada por el legislador es asertiva, ya que permite a los contribuyentes tener un panorama claro del bien jurídico protegido que en este caso es la recaudación fiscal y los elemento bajo los cuales se configuraría la conducta infractora, incluso esta norma en su artículo 4 quáter realiza una precisión, dado que aclara que también serán considerados antielusivos aquellos actos o negocios en los que exista simulación, es decir en aquellos actos por medio de los cuales se trate de disimular la configuración del hecho gravado, la naturaleza de la obligación tributaria, su verdadero monto o fecha de nacimiento. Para Cattaneo & Burgos, la naturaleza jurídica de la norma antielusiva general chilena se fundamenta en que el hecho material gravado no se aplicará sobre la forma de los actos gravados, sino sobre el fondo de los mismos (2016, p.21). En tal sentido, corresponderá analizar la verdadera naturaleza del acto, ya que la denominación que le puede ser atribuida es secundaria.

Un aspecto importante a resaltar en la presente norma es que efectúa un reconocimiento expreso de la buena fe, ya que aquellos actos que se hayan configurado sin el ánimo de eludir el cumplimiento de las obligaciones serán reconocidos por el Sistema de Impuestos Internos (Administración Tributaria Chilena). La buena fe se encuentra reconocida como un principio del derecho, por lo que se presume que los contribuyentes han actuado conforme a la naturaleza de sus negocios y por lo tanto, la misma conlleva a un reconocimiento de los efectos que se desprendan de actos jurídicos celebrados independientemente de la forma en que hayan sido efectuados, pero este principio no es absoluto por lo que si tiene un fin antielusivo evidentemente no existirá buena fe (2016, p.21). Al respecto, considero que los actos elusivos que provienen de una planificación fiscal agresiva se encuentran revestidos de una conducta dolosa, ya que el responsable a planificado su conducta, por lo que debe ser

considera como ilícita, puesto que el ánimo del contribuyente es disfrazar la naturaleza de una operación con la intención de pagar una menor cuantía, lo cual acarrea un problema en la Administración Pública al afectar la recaudación fiscal.

El incumplimiento de esta norma es resuelto por un Juez especializado en Derecho Tributario, quien será el encargado a su vez de determinar si corresponde atribuir dicha responsabilidad a los directores y representantes legales de la persona jurídica en la medida que hubieren infringido sus deberes de dirección y supervisión. Esto es un gran avance, ya que si el Sistema Interno de Impuestos fuera quien deba pronunciarse podría conllevar a un proceso parcializado a favor de la Administración Tributaria, debido a que actuaría como juez y parte. Así mismo, esta norma ha contemplado expresamente que **no podrá ser aplicada para actos realizados con anterioridad al 30 de setiembre del 2015**, a diferencia de la norma Peruana que busca ser aplicada retroactivamente.

Figura 7: Esquema Elusivo Chileno



Fuente: Sistema de Impuestos Internos (2018).

La ley N° 18.046 sobre sociedades anónimas establece que la administración de las sociedades es efectuada por el directorio, el mismo que debe estar integrado por un mínimo de tres directores, cuyas decisiones son tomadas en conjunto como un órgano colegiado. Al igual que nuestra legislación los directores tienen la obligación de dar cumplimiento a sus deberes fiduciarios, ya que deben actuar con el debido cuidado, diligencia y lealtad, dado que de lo contrario tendrán la obligación de responder por los daños causados a la sociedad y sus accionistas. Para Wigodski, el cumplimiento de los deberes de cuidado y lealtad son

considerados estándares para la determinación de la responsabilidad del director y en lo que refiere a la regla del juicio de los negocios debe ser considerada como un estándar para la evaluación legal de su comportamiento (s.f., p. 17). El cumplimiento de estos deberes los podemos observar al igual que en nuestra legislación mediante la presentación de los balances y los estados financieros que son realizados por el directorio ante la JGA, ya que los mismos deben reflejar información fidedigna de la compañía, puesto que de haberse tomado acuerdos con culpa leve, grave o dolo deberán responder solidariamente por los perjuicios causados a la sociedad. En este punto considero importante precisar que la presente norma contempla la atribución de responsabilidad por culpa, mientras que en nuestro ordenamiento jurídico esta clase de responsabilidad se encuentra exenta, ya que nuestro legislador solo sanciona las conductas dolosas o en las que haya existido un abuso de facultades o negligencia grave.

La legislación societaria chilena al igual que la normativa peruana establece que los directores que discrepen con la decisión tomada podrán salvaguardar su responsabilidad dejando su disconformidad en el acta de sesión de directorio o en su defecto comunicar por un escrito de fecha cierta tal circunstancia, si bien es cierto, esta segunda opción no se encuentra contemplada dentro de la norma nada limita a que pueda efectuarse. Así mismo, la norma establece en su artículo 133 los tipos de responsabilidades que pueden ser atribuidas a sus representantes, estableciéndose que sus representantes legales, administradores y miembros del directorio responderán solidariamente por los hechos constitutivos de la infracción, pudiendo atribuírseles responsabilidades civiles, penales y administrativas. Los regímenes de responsabilidad en esta normativa son bastante amplios y genéricos, ya que dejan abierta la posibilidad de que al director se le puedan imputar diversos tipos de conductas lo cual no es malo, pero es importante que existan determinados lineamientos sobre todo al atribuir responsabilidades de tipo fiscal. Cabe indicar que la presente norma societaria no contempla expresamente un plazo para el cómputo de la caducidad a diferencia de la norma societaria peruana en la que se ha establecido un tiempo límite de dos años.

Así mismo, el artículo 100 bis del Código Tributario de Chile, establece que en el caso de las personas jurídicas responderán solidariamente sus directores siempre y cuando hayan infringido sus deberes legales de dirección y supervisión. Por lo tanto, es importante resaltar

que a diferencia de nuestra normativa no se le está atribuyendo una nueva obligación al directorio, pero si la labor de ser más diligente como órgano de dirección y supervisión, ya que de una u otra manera deberán velar por que la sociedad que representan no incurra en actos de planificación fiscal agresiva.

La presente norma contempla un régimen de solidaridad con los directores, tal como lo ha establecido el artículo 100 bis del Código Tributario Chileno, pero para que este hecho se materialice es indispensable que el directorio haya incumplido sus deberes de dirección y supervisión, es decir que al momento de arribar a una decisión, ésta no se haya realizado con la debida diligencia de un ordenado comerciante, puesto que de lo contrario dicha responsabilidad no le podrá ser atribuida. Es importante resaltar que en la presente norma el legislador *no impuso la obligación al directorio de aprobar los actos de planificación fiscal, pero es necesario que realicen estudios especializados y análisis previos a fin tomar una acertada decisión para salvaguardar su responsabilidad en un futuro.*

El 07 de mayo del 2020, Chile pasó a ser miembro de la OCDE por lo que ha tenido que realizar cambios en sus regulaciones que conlleven a mejorar sus estándares de cumplimiento de buenas prácticas de gobierno corporativo, puesto que su buen desarrollo podría conllevar a disminuir el fraude tributario dentro del país. En un enfoque tradicional de Gobierno Corporativo los impuestos son considerados un gasto que disminuye la rentabilidad de las compañías, por lo que afecta a la distribución de dividendos a favor de los accionistas y, por consiguiente, disminuye el valor de la sociedad. En tal sentido, existe una constante confrontación entre el cumplimiento de las obligaciones tributarias y la rentabilidad que el accionista espera percibir. Según Sikka (2010), “El uso de estrategias de elusión/evasión de impuestos es ante todo una cuestión de discreción ejecutiva en lugar de cualquier obligación legal o moral”. (Citado en Orellana & Azúa, 2015, p. 103). Al respecto, debo indicar que no comparto esta ideología, ya que toda persona que realiza una actividad comercial y producto de la misma obtiene un beneficio económico debe cumplir la obligación de pagar los tributos que correspondan a favor del fisco, ya que en función a su recaudación se pueden realizar mayores inversiones de carácter público.

En Chile las prácticas de gobierno corporativo, se vienen desarrollando bajo un enfoque tradicional fundado en la teoría de agencia, cuyo objetivo principal es la creación de valor y protección de los intereses del accionista mayoritario. Este modelo como bien sabemos, proviene de instituciones extranjeras como la OCDE, FMI, Banco Mundial, etc. Este enfoque ha conllevado en gran parte a que las sociedades perciban a los impuestos como una carga. Autores como Yañez (2015), señalan que existen dos mecanismos para disminuir el pago de impuestos que son la elusión y la evasión, quien señala que la elusión es un concepto empleado en finanzas públicas y puede ser percibido en dos sentidos, el primero corresponde al beneficio que presentan los impuestos en sus textos legales y que por lo tanto son actos lícitos, el segundo se trataría de una acción que no va acorde con el espíritu de la ley, por lo que estos casos los contribuyentes caerían en conductas ilícitas. En lo que respecta a la evasión la considera como una conducta ilícita e ilegal (Citado en Orellana & Azúa, 2015, p. 104).

2.5. Colombia

Colombia cuenta con una economía estable, ya que es uno de los principales productores de café en el mundo y a su vez exporta una gran cantidad de materias primas y minerales. De acuerdo a la información recabada por el FMI en el 2019 se posicionó como la economía número diez en Latinoamérica, pero al igual que otros países su recaudación tributaria se ve gravemente afectada a consecuencia de la elusión fiscal, razón por la cual el 26 de diciembre del 2012 promulgó la Ley N° 1607 por medio de la cual se reguló la implementación de la cláusula general antiabuso también conocida en otros ordenamientos jurídicos como cláusula antielusiva general, debido a que antes de la entrada en vigencia de dicha normativa sólo se contaba con cláusulas antielusivas específicas que resultaron insuficientes. La finalidad de esta norma fue generar un efecto disuasivo con el objetivo de obtener una mayor recaudación fiscal, esta norma al igual que la nuestra fue criticada, debido a que contaba con una redacción confusa y un procedimiento fragmentado y complejo que dificultaba su ejecución, y por otro lado múltiples interpretaciones que debido a su subjetividad facultaban a que la DIAN (Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de Colombia) pudiera realizar una interpretación arbitraria.

La norma bajo análisis establece que para que un acto sea considerado antielusivo debe involucrar el uso o implementación de un negocio y/o acto jurídico artificioso, con el objetivo principal de obtener un beneficio tributario, ya que de haberse actuado conforme a la norma no hubiere sido posible conseguir. El párrafo 2 del artículo 869 del Estatuto Tributario establece los requisitos que deben configurarse para que un acto sea considerado artificioso y por consiguiente se configure un acto elusivo:

1. *El acto o negocio jurídico se ejecuta de una manera que, en términos económicos y/o comerciales, no es razonable.*
2. *El acto o negocio jurídico da lugar a un elevado beneficio fiscal que no se refleja en los riesgos económicos o empresariales asumidos por el obligado tributario.*
3. *La celebración de un acto o negocio jurídico estructuralmente correcto es aparente, ya que su contenido oculta la verdadera voluntad de las partes.*

Al respecto, considero que establecer determinados requisitos puede conllevar a que la norma tenga dificultades en su aplicación, ya que la evaluación debe realizarse en función a cada caso en particular, tomando en cuenta la capacidad del contribuyente y los principios de legalidad a fin de que existan las garantías suficientes, puesto que de esta forma la administración tributaria podrá pronunciarse de manera razonable y se evitaren arbitrariedades. Según Sarmiento, el objetivo que persigue la cláusula general antiabuso es determinar si la finalidad de las normas tributarias han sido vulneradas (2017, p.143).

En caso de que un hecho transgreda la norma y sea considerado como antielusivo, la Administración Tributaria se encuentra facultada a desconocer la operación o serie de operaciones realizadas y a su vez como medida correctiva puede reestructurar la operación. La reconfiguración de la operación se realizará tomando en cuenta la capacidad económica del sujeto obligado, buscando que esta tenga los mismos efectos tributarios de un escenario en donde se hubiera realizado un planeamiento tributario, pero bajo las reglas de una economía de opción, ya que de realizarse la recategorización bajo una estructura mucho más gravosa, sería considerado un abuso por parte de la Administración Tributaria. De acuerdo a lo indicado por Sarmiento, el propósito de la cláusula general antiabuso es aplicar la norma

defraudada que conlleva al cumplimiento de la obligación imponible y consecuentemente desmontar el negocio que amparó la norma de cobertura, siempre y cuando concurren los siguientes elementos: provecho tributario, formas artificiosas y ausencia de propósito comercial (2017, p.144). Así mismo, es importante precisar que esta norma entro en vigencia el 01 de enero del 2013 y desde su promulgación sólo ha sido aplicada para **actos que se hayan realizado con posterioridad**, debido a que no tiene un efecto retroactivo, puesto que de lo contrario se estaría vulnerando el principio de legalidad.

La presente norma nos brinda un gran aporte, ya que es interesante la potestad resarcitoria con la que cuenta la Administración Tributaria, debido a que puede reconfigurar la estructura tributaria elaborada por el contribuyente en base a mecanismos artificiosos, pero en este aspecto hay una subjetividad bastante peligrosa que podría conllevar a una dotación de herramientas desmedidas a favor del fisco, dado que no necesariamente la estructura tributaria que imponga puede ser la más adecuada, salvo que se dote a sus funcionarios de los conocimientos necesarios, y en conjunto con el contribuyente, se adopte dicha medida, pero siempre buscando el planteamiento más adecuado dentro de una economía de opción y del marco legal vigente. Al respecto, es importante mencionar que la presente norma no se encuentra gobernada por un espíritu sancionador, sino por un ánimo de gestión y contribución en merito a lo establecido por el artículo 95-9 de su Constitución que establece que todo ciudadano debe contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado, en razón a ello, es que esta cláusula general anti-abuso busca enderezar la conducta garantizando el cumplimiento de la obligación tributaria establecida en la ley, dejando de lado una finalidad represiva o de castigo.

La legislación societaria colombiana denomina al directorio como Junta Directiva y al igual que nuestra legislación dicho órgano societario debe estar conformado por un mínimo de tres personas, con la finalidad de que al momento de tomar los acuerdos exista un voto dirimente. El Código de Comercio Colombiano no establece literalmente las funciones de este órgano societario, ya que las mismas deben ser establecidas dentro del estatuto de la sociedad por lo que la Junta Directiva se encontrará facultada a realizar cualquier acto comprendido dentro del objeto social, salvo que exista una limitación expresa, puesto que

este órgano tiene la responsabilidad de tomar decisiones que son trascendentales para la marcha de la sociedad, tales como: nombrar al gerente general, revisor fiscal y otros cargos relevantes. Al respecto, es importante indicar que nuestro marco regulatorio no contempla el nombramiento de un revisor fiscal, pero tomando en cuenta sus funciones podemos indicar que son muy similares a las de un auditor fiscal externo, ya que para ocupar dicho cargo es requisito indispensable ser contador público y no tener ninguna vinculación con la sociedad para evitar posibles conflictos de intereses. Cabe indicar que el nombramiento del revisor fiscal se encontrará vigente mientras la Junta Directiva que lo nombro se encuentre en función y al igual que sus miembros no podrán ejercer dicha función en más de cinco empresas.

El incumplimiento de los deberes y obligaciones del revisor fiscal es causal suficiente para que se le atribuya responsabilidad por los perjuicios causados a la sociedad, accionistas o terceros, por lo que su inacción puede generar la imputación de responsabilidad solidaria frente al fisco en casos de elusión fiscal, puesto que se estaría causando perjuicio a un tercero que es el Estado.

El artículo 200 del Código de Comercio de Colombia al igual que nuestra LGS contempla un régimen de responsabilidad solidaria por parte de los administradores (gerentes y directores) en caso causen un perjuicio a la sociedad o sus accionistas, ya sea por dolo o culpa, por lo que es posible que se les atribuya responsabilidad en caso que durante el ejercicio de sus funciones se hayan violentado leyes o el estatuto de la sociedad. Así mismo, los miembros de la Junta Directiva pueden ser responsabilizados por sus malas decisiones, pero es necesario determinar si dicha responsabilidad se puede ampliar a los actos de planificación, y en ese sentido el legislador colombiano en el año 2018 mediante Ley N° 1943, adicionó el inciso g) dentro del artículo 793 de Estatuto Tributario estableciendo un régimen de responsabilidad solidaria que puede ser atribuido frente a la administración tributaria y en sentido se indica que respecto abuso (elusión) las **personas naturales** que hayan sido partícipes de dichos actos responderán solidariamente por el pago de los impuestos, intereses y sanciones que dejaron de ser recaudados. Como podemos apreciar en el presente texto la responsabilidad por los actos elusivos no sólo se limita a los miembros

de la Junta Directiva, sino que va mucho más allá, lo cual es adecuado, puesto que no sólo este órgano societario puede ser partícipe y consentir esta clase de operaciones, ya que estas prácticas requieren de la intervención de distintos órganos de la sociedad, como el departamento de contabilidad, jefatura de planeamiento financiero e incluso en caso de tratarse de una filial requerirán de la autorización de los departamentos que forman parte de la matriz. Es importante precisar que este régimen de responsabilidad ha sido declarado inexecutable por la Corte Constitucional por lo que a partir del 01 de enero del 2020, la posibilidad de atribuir responsabilidad más allá de los accionistas ha quedado suspendida al no haberse respetado el procedimiento de forma para su aprobación, ya que no pudo ser debatida por distintos grupos de interés antes de su promulgación.

La norma antielusiva originaria promulgada en el año 2012 estableció un procedimiento especial para el levantamiento del velo societario contemplado en el artículo 869-2, puesto que facultó a la administración para que en los casos que se haya configurado un acto jurídico elusivo se pueda remover el velo corporativo de las empresas que fueron partícipes de la operación. Para Calderon, el disregard of legal entity - levantamiento del velo corporativo, es uno de los mecanismos más eficaces en la lucha contra la elusión, motivada en el abuso que se hace de la persona jurídica y el principio de su identidad (2010, p. 326). Al respecto, esta potestad es muy importante, debido a que la DIAN podrá desconocer la existencia de la persona jurídica que incurrió esta clase de actos y exigir el pago de la deuda tributaria, intereses y de corresponder sanciones administrativas a los accionistas de las empresas que fueron partícipes.

En el año 2014 la Superintendencia Financiera de Colombia publicó la segunda versión del Código de Mejores Prácticas Corporativas, en el cual por intermedio del apoyo financiero brindado por la CAF participaron diversos grupos empresariales y se obtuvo un consenso para mejorar su contenido, este documento toma en cuenta diversos consejos brindados por la OCDE, tales como: la naturaleza evolutiva de los fundamentos de Gobierno Corporativo, la necesidad de ser adoptados según el tipo de empresa y la obligación de ser revisados periódicamente. Los lineamientos que establece el presente documento deben ser cumplidos por las empresas emisoras de valores, pudiendo a su vez ser aplicados sin carácter de

obligatoriedad por empresas públicas o privadas a fin de fortalecer sus estructuras y modelos de gobierno. Este código contempla un capítulo denominado Junta Directiva (Directorio) que busca promover e incentivar un adecuado equilibrio en la delegación de funciones a fin de garantizar el cumplimiento de aquellas que son irrenunciables e indelegables, tales como las funciones generales de estrategia, supervisión y control. Este código es muy importante, debido a que complementa los vacíos existentes en el Código de Comercio, el mismo que comparación a nuestra LGS tiene mucho que envidiar, ya que por ejemplo no contempla las funciones inherentes de la Junta Directiva y que particularmente considero deben ser previamente definidas y no quedar supeditadas a lo establecido en el estatuto de la sociedad, puesto que este órgano cumple un papel protagónico entre la JGA y los órganos de administración.

El Código de Mejores Prácticas Corporativas contempla la facultad de que la Junta Directiva se apoye en comités especializados para la mejor toma de decisiones, debido a actuar con la debida diligencia, tal lo como lo establece la Medida N° 20.2 que hace referencia a los deberes de sus miembros. A su vez contempla dentro de la Medida N° 13, que la aprobación de los presupuestos anuales y la aprobación de políticas financieras y de inversión no podrán ser delegadas, por tanto es indispensable que para la correcta aprobación de estos puntos se recurra a especialistas y para ello, se deben conformar los comités especializados que pueden estar conformados por miembros de la alta gerencia o especialistas externos. Cabe indicar, que los informes que puedan ser expedidos no liberan de responsabilidad a los miembros de la Junta Directiva.

Entre los deberes y responsabilidades de la junta directiva que indica el Código de Mejores Prácticas Corporativas destaca la importancia de **garantizar la estratégica de la compañía y la labor de supervisión que son indelegables**, y en dicho sentido es la Junta Directiva quien debe garantizar el cumplimiento y respeto de la leyes, por tal motivo los órganos de gobierno al momento de realizar la planificación tributaria del negocio deben hacerla buscando la opción menos gravosa, a fin de obtener un ahorro fiscal, sin que ello implique valerse de los vacíos legales existentes para generar estructuras complejas. Según Villasmil, la elusión tributaria no es antijurídica, dado que no implica la violación de ninguna norma,

sino que aprovecha los vacíos legales existentes mediante una interpretación caprichosa en beneficio del contribuyente (2017, p. 126).

2.6. México

La economía de México es muy similar a la nuestra, debido a que cuenta con una diversidad de recursos naturales y climas, razón por la cual sus principales actividades productivas son la pesca, agricultura, silvicultura, extracción de minerales y entre otros recursos. De acuerdo al FMI, su economía en función al PBI ocupa el quinto lugar en Latinoamérica, pero al igual que Perú su población considera que existe una inadecuada administración de las contribuciones que conlleva a una resistencia al pago de los tributos.

De acuerdo a la Carta Magna Mexicana, es una obligación de los mexicanos contribuir al gasto público en la forma y modo que dispongan las leyes. Al respecto, es importante precisar que este mandato constitucional no es cumplido a cabalidad, dado que existe un grupo importante de personas que buscan aminorar su carga tributaria, y en razón a ello realizan una planificación tributaria agresiva, basada en un uso abusivo de las normas que son desnaturalizadas para conseguir un beneficio ilícito mediante actos elusivos, que incluso en el 2019 han tenido un gran impacto en la economía, debido a que el Estado ha dejado de percibir entre el ISR (Impuesto sobre la renta) e IVA (impuesto del valor agregado) un monto aproximado de 68 mil millones de pesos. Como consecuencia de las pérdidas y al no existir una regulación se realizó una reforma en materia fiscal que fue aprobada por el Poder Legislativo el 31 de octubre del 2019, y como consecuencia de ello, se promulgó la cláusula general antiabuso que incluyó el artículo 5-A en el Código Fiscal de la Federación que contempla los siguientes requisitos:

- El acto jurídico carezca de una razón de negocios.
- Generar un beneficio fiscal directo o indirecto.

Respecto al primer requisito, la legislación mexicana no ha definido el concepto de razón de negocios, lo que ha conllevado a que se transmita una gran inseguridad en los contribuyentes; si bien es cierto no se cuenta con una definición expresa brindada por alguna

norma del ordenamiento jurídico en la exposición de motivos de esta regulación se indicó que existe una “ausencia de razón de negocios” cuando el beneficio económico es menor al beneficio fiscal, pero limitó su interpretación en sentido contrario y como consecuencia de sus imprecisiones sus detractores se han pronunciado indicando que afecta el principio de seguridad jurídica. Al respecto, concuerdo con esta postura, ya que podría conllevar al desconocimiento de la economía de opción, que como bien sabemos es un mecanismo que le permite al contribuyente optar por la opción menos gravosa dentro del marco de la legalidad.

En el caso del segundo requisito su existencia podría ser acreditada al comprobarse la ausencia de la buena fe, por ello, la importancia de una nueva reforma, a fin de que su incorporación sea considerada como un elemento adicional que debe ser tomado en cuenta por la Administración Tributaria, ya que a su vez ayudará a mitigar los riesgos de indefensión por parte de los administrados, puesto que de no establecerse límites su ámbito de aplicación recaería en la subjetividad de la administración pública que es representada por un órgano colegiado conformado por funcionarios de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y el Servicio de Administración Tributaria, lo cual no es adecuado, ya que serían juez y parte en el proceso.

La norma define el término beneficio fiscal, y en dicho aspecto ha precisado los siguientes alcances “Se consideran beneficios fiscales cualquier reducción, eliminación o diferimiento temporal de una contribución. Esto incluye los alcanzados a través de deducciones, exenciones, no sujeciones, no reconocimiento de una ganancia o ingreso acumulable, ajustes o ausencia de ajustes de la base imponible de la contribución, el acreditamiento de contribuciones, la recharacterización de un pago o actividad, un cambio de régimen fiscal, entre otros”. Estos lineamientos son muy positivos, ya que permitirá que los contribuyentes tengan en cuenta estos aspectos al momento de diseñar sus esquemas de planificación tributaria.

Los miembros de la Comisión Técnica Fiscal del Colegio de Contadores de México, consideran conveniente que deba demostrarse la ausencia de la buena fe como un requisito adicional, debido a que ayudará a subsanar el espacio de inseguridad jurídica existente,

tomando en cuenta que este concepto se encuentra definido dentro del ordenamiento jurídico a diferencia del término “razón de negocios”. La implementación de este requisito es necesario, ya que en el ordenamiento jurídico mexicano al igual que el nuestro la buena fe se presume, salvo prueba en contrario. En tal sentido, su aplicación obligaría a que la carga de la prueba recaiga en la Administración Tributaria, quien tendrá que acreditar mediante un medio probatorio idóneo su ausencia.

La configuración de un acto con fines elusivos es determinada por un órgano colegiado conformado por funcionarios de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y el Servicio de Administración Tributaria, esta situación puede conllevar a que se vulnere el debido proceso, ya que parte de los órganos de la administración tributaria actuaran como juez y parte. Es importante resaltar que este colegiado cuenta con un plazo perentorio de dos meses desde que el SAT le informe sobre el caso para emitir un informe, puesto que de no existir un pronunciamiento en el plazo indicado, se tomará como una respuesta negativa, y en dicho sentido el proceso será archivado. La contemplación de un plazo perentorio es importante, pero puede generar un aspecto positivo como negativo a la vez, debido a que por un lado brinda seguridad a los administrados a fin de que estos procesos no se encuentren abiertos por un tiempo prolongado, pero a su vez al contar con un periodo de tiempo tan reducido podría generar una respuesta bastante prematura que termine afectado a los interés del contribuyente. Así mismo, es importante indicar que la presente norma antielusiva no contempla responsabilidades penales, y a su vez no podrá ser aplicada retroactivamente, debido a que **el legislador mexicano ha establecido que su vigencia iniciaría desde el 01 de enero del 2020**, situación con la cual concuerdo, puesto que de esta manera se garantiza el respeto al principio de legalidad contemplado en la Constitución Política Mexicana.

El directorio es conocido como Consejo de Administración y a diferencia de nuestro ordenamiento puede estar conformado por un mínimo de dos personas a quienes se les denomina consejeros, salvo que la sociedad cuente con acciones desmaterializadas en el mercado bursátil el número mínimo de consejeros es de cinco personas. Al respecto, es importante precisar que para las sociedades que cotizan en la Bolsa de Valores tienen la obligación legal de contar con este órgano colegiado, ya que al igual que nuestra legislación

es considerado un eslabón que facilita la comunicación entre los accionistas y los miembros de la alta gerencia, puesto que busca un equilibrio entre ambos poderes a fin de que por sobre todas las cosas siempre prevalezca el interés de la compañía que representan.

El Consejo de Administración cumple una importante labor de supervisión por lo que debe conformar un comité de auditoría que supervise la información contable y financiera a fin de prevenir fraudes como la elusión fiscal y garantizar un correcto desempeño de la sociedad. Este órgano societario cumple un rol muy importante, ya que una de sus principales funciones es establecer la visión estratégica de la compañía, por lo que podemos inferir que sus miembros son los encargados de aprobar los planeamientos tributarios los cuales deben realizarse dentro del marco de la legalidad, ya que de lo contrario responderán solidariamente, dado que el artículo 157 de la norma antes indicada establece un régimen de responsabilidad solidaria en caso de incumplimiento de las obligaciones que la ley y el estatuto les imponen. La presente legislación al igual que nuestra LGS exime de responsabilidad a los miembros del Consejo de Administración que hayan manifestado en su debida oportunidad el no estar conforme con un determinado acuerdo que a su criterio podría generar un perjuicio a la sociedad.

De igual manera, el Código Fiscal de la Federación establece un régimen de responsabilidad compartida en su artículo 26, pero se refiere a supuestos que no están vinculados con la elusión tributaria, por lo que al respecto considero que el legislador debió haber cubierto dicho vacío con la finalidad de evitar futuros cuestionamientos, tal como ha sucedido en nuestro país.

El código fiscal de la federación establece en su artículo 26 los supuestos bajo los cuales puede configurarse la responsabilidad solidaria frente al fisco, existiendo un amplio debate en si ésta puede ser atribuida al Consejo de Administración como órgano colegiado y a sus miembros, debido a que la norma contempla la siguiente frase “La persona o personas cualquiera que sea el nombre con que se les designe”, la cual tiene un contenido muy genérico y que entraría en conflicto con el artículo 5 del mismo cuerpo normativo que indica que las disposiciones fiscales que establezcan a los particulares cargas, infracciones y

sanciones son de carácter estricto. En tal sentido, considero que para atribuir este tipo de responsabilidad la norma debe contemplar tal supuesto de una manera mucho más explícita a fin de evitar futuros cuestionamientos.

México implementó desde hace algunos años un Código de Principios y Mejores Prácticas de Gobierno Corporativo, el cual estableció diversas responsabilidades al Consejo de Administración, siendo las más relevantes definir el rumbo estratégico, vigilar la operación y aprobar la gestión de la compañía que representan, por lo que es importante que las funciones que le han sido encomendadas se realicen dentro del cumplimiento de las disposiciones legales vigentes, y tal sentido, parte de sus funciones es establecer mecanismos internos que permitan comprobar que la sociedad cumple con las normas legales existentes, por lo que al haberse promulgado la cláusula antielusiva tienen la obligación de implementar procedimientos o normativas internas que conlleven a garantizar que la sociedad no incurra en actos de planificación fiscal agresiva. La legislación societaria mexicana no atribuyó al directorio la responsabilidad de aprobar la estrategia fiscal, pero el presente código de manera indirecta la atribuye tal función, puesto que incluso en la práctica número 17, se establece que el Consejo de Administración deberá tomar decisiones de manera informada y a su vez debe realizar funciones de auditoría con el apoyo de órganos intermedios. En razón a lo antes indicado, el órgano intermedio que coadyuve a la labor de auditoría financiera brindará su opinión al Consejo de Administración, la misma que por ningún motivo exime de responsabilidad al órgano colegiado, ya que al aceptar ser miembro de dicho órgano sus integrantes, deben actuar con la debida diligencia en cumplimiento de sus deberes fiduciarios.

2.7. España

España cuenta con una economía consistente y sólida, razón por la cual es considerada la cuarta economía de la Unión Europea y la décimo tercera en el mundo, pero al igual que los países que hemos comparado también sufre grandes pérdidas a consecuencia de la elusión fiscal, el promedio anual de sus pérdidas bordea los cinco millones de euros, ya que se estima que la Hacienda Pública recauda un 20% menos de impuestos a consecuencia de los planeamientos fiscales agresivos realizados por las grandes multinacionales, lo cual disminuye en un 0.4% el PBI de cada año. Para disuadir estas prácticas empresariales, el

legislador español promulgo el 17 de diciembre del 2003 la Ley 58/2003 con la finalidad de reconfigurar su antigua cláusula antiabuso a la cual paso a denominar conflicto de aplicación de la norma tributaria que quedó plasmada en el artículo 15 del Código de Legislación Tributaria. Esta norma entro en vigencia el 01 de enero del 2004 y **su aplicación no tiene efectos retroactivos.**

La norma antielusiva española para su configuración requiere de dos requisitos muy particulares que son:

- A. Que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido.
- B. Que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios.

Los requisitos antes mencionados son idénticos a los que contempla la Norma XVI del título preliminar de nuestro Código Tributario, puesto que el legislador peruano importo la norma, y debido, ello también replicó sus problemas que pese al tiempo transcurrido no han podido ser resueltos. Esto debido a la generalidad de conceptos que contemplan los requisitos antes indicados y a su vez la potestad discrecional de la administración tributaria que conlleva al desconocimiento de diversos derechos de orden constitucional, tales como: el principio de legalidad, reserva de ley y debido proceso. Así mismo, diversos magistrados se han pronunciado dando a conocer la ambigüedad de la norma, situación que ha conllevado a que exista un amplio debate al determinar si el acto jurídico que viene siendo cuestionado se configura como un acto elusivo o tiene las particularidades de una simulación, que como bien sabemos, ambas conllevan a distintos tipos de responsabilidad. Al respecto, los magistrados del Tribunal Supremo Joaquín Huelin Martínez de Velasco y Montero Fernandez⁴, han indicado que: “Existen dificultades prácticas para poder determinar si una conducta se configura como elusión o evasión, esto debido a que ambas comparten un elemento en común

⁴ Sentencia administrativa del Tributan Supremo de fecha 12 de noviembre del 2014, recaída en la Rec. 881/2012

que es la intención del contribuyente, pero debido a la complejidad de las operaciones cuestionadas en más de una ocasión determinar la configuración del acto es bastante complejo, y en razón a lo indicado se produce una superposición entre figuras como simulación y la elusión que buscan un beneficio fiscal mediante la creación de operaciones ficticias, que son resueltas en mérito al criterio en primer lugar del organismo administrativo y posteriormente de los tribunales, debido a que no existe una norma que determine criterios objetivos específicos”.

El conflicto de las normas antes mencionadas fue reconocido en la Memoria del Análisis Normativo del Proyecto de Ley de modificación parcial de la Ley General Tributaria, la misma que argumenta que “La falta de sanción y la confusión en cuanto a la delimitación entre esta figura y otras reguladas en la norma, esencialmente la simulación, invita a los contribuyentes a emplear fórmulas de elusión fiscal que caen en la letra de la previsión normativa del conflicto en la aplicación de la norma”. Como podemos apreciar, la generalidad y falta de delimitación de conceptos ha conllevado a que la norma antielusiva tenga problemas en su aplicación, pese a que a la fecha han transcurrido casi 9 años desde que entró en vigencia. Esta situación es preocupante, más aun tomando en cuenta los amplios cuestionamientos de los que ha sido parte la norma antielusiva peruana, sobre todo por su generalidad, ya que no ha establecido un parámetro o límite objetivo que permita determinar cuando estamos frente ante un acto elusivo y un acto jurídico realizado bajo el esquema de una economía de opción que es un medio legítimo para conseguir un ahorro fiscal.

El legislador español le otorgo al directorio la denominación de Consejo de Administración que al igual que en nuestra LGS cumple un rol trascendental, ya que es el encargado de realizar el planteamiento estratégico de la compañía. Así mismo, la Ley de Sociedades de Capital contempla de manera expresa el cumplimiento de los deberes fiduciarios de los administradores (directores), ya que de lo contrario se les podrá atribuir responsabilidades por los perjuicios causados a la sociedad. Este órgano colegiado debe estar conformado por un mínimo de tres personas y deberán por lo menos reunirse trimestralmente.

El legislador español ha establecido en el caso de empresas que realizan operaciones bursátiles obligaciones que por ningún motivo pueden ser delegadas, siendo para efectos de

la presente investigación la más importante “La determinación de la política de control y **gestión de riesgos, incluidos los fiscales**, y la supervisión de los sistemas internos de información y control”. Por lo que se infiere que la aprobación de los actos de planificación fiscal son una función inherente del Consejo de Administración. En tal sentido, de producirse actos de planificación agresiva se le podrá atribuir responsabilidad a sus miembros.

La presente legislación contempla un plazo de 4 años para que la responsabilidad del administrador se extinga por caducidad, pero tiene una particularidad bastante peculiar, ya que para que este plazo pueda contabilizarse se toma como referencia la fecha en que dicha acción de responsabilidad pudo ser ejercida, es decir desde el momento en que se tuvo conocimiento del daño, lo cual deja una línea tiempo bastante amplia para la imputación de responsabilidad contra los administradores, y en razón a lo antes indicado es que en este Estado se suelen contratar con mayor frecuencia pólizas D&O.

La legislación societaria española contempla un régimen de responsabilidad solidaria atribuible a los miembros del Consejo Directivo tipificados en los artículos 236 y 237 de la Ley de Sociedades de Capital, ya que establece que sus miembros responderán frente a la sociedad, socios y acreedores sociales por los actos y omisiones contrarias a la ley o los estatutos o por los actos realizados incumpliendo los deberes inherentes al cargo, siempre y cuando dicha conducta sea realizada con dolo o culpa, en este caso en particular la norma hace referencia a los deberes fiduciarios que son inherentes al cargo y que al igual que en las legislaciones que anteriormente hemos analizado son de obligatorio cumplimiento para los directores durante el ejercicio de sus funciones. Así mismo, el artículo 529 del mismo cuerpo normativo establece obligaciones indelegables a los miembros del Consejo de Administración de las sociedades que cotizan en bolsa, siendo las más relevantes las siguientes:

- La determinación de la política de control y gestión de riesgos, incluidos los fiscales, y la supervisión de los sistemas internos de información y control (Inciso b).
- La aprobación de las inversiones u operaciones de todo tipo que por su elevada cuantía o especiales características, tengan carácter estratégico o especial riesgo fiscal, salvo que su aprobación corresponda a la junta general (inciso f).

- La determinación de la estrategia fiscal de la sociedad (inciso i).

A continuación analizaremos la responsabilidad de los directores, tomando como referencia lo establecido en el Código de Legislación Tributaria y, en dicho sentido la norma establece dos regímenes de responsabilidad que considero se complementan entre sí.

En lo que respecta al primer régimen tenemos a la responsabilidad solidaria contemplada en el artículo 42, inciso a), que prescribe que “Serán responsables solidarios de la deuda tributaria las personas que sean causantes o colaboren activamente en la realización de una infracción tributaria”. Este artículo, llama bastante la atención, puesto que deja abierta la posibilidad de atribuir responsabilidad por la violación de una norma tributaria a cualquier persona que haya participado en la comisión de la conducta infractora, a diferencia de la norma peruana que respecto a los actos elusivos sólo ha contemplado la posibilidad de responsabilizar solidariamente a los directores, situación que no comparto ya que los actos de planificación fiscal no sólo son realizados por el directorio, puesto que las grandes corporaciones en su estructura organizacional tienen una gerencia de planificación financiera, quien es la encargada de elaborar la estrategia fiscal que conlleva a que la compañía obtenga la mayor cantidad de beneficios tributarios, este tipo de responsabilidad puede ser exigida sin necesidad de que el deudor principal se declare en la imposibilidad de asumir la obligación.

El segundo régimen contempla una responsabilidad subsidiaria que es aquella que se aplica cuando el deudor principal no se hace cargo de la obligación tributaria, y se encuentra contemplada en el 1 del artículo 43 del mismo cuerpo normativo, cuyo literal h), faculta a la autoridad administrativa a poder atribuir responsabilidad a las personas naturales o jurídicas que tengan vinculación con el obligado principal, cuando se haya acreditado que tales personas o entidades han sido creadas o utilizadas de forma abusiva o fraudulenta como medio de elusión de la responsabilidad patrimonial universal frente a la Hacienda Pública”. El legislador mediante este dispositivo legal estableció un mecanismo para ampliar la esfera de la responsabilidad hacia las personas naturales y jurídicas que hayan sido participes de la cadena de actos jurídicos implementados para confundir al fisco y de esta manera obtener

beneficios tributarios indebidos. Este tipo de responsabilidad puede a su vez conllevar al desconocimiento de la persona jurídica por lo que sus accionistas se verán obligados a responder frente a la administración tributaria por las deudas que se liquiden.

La determinación de haber incurrido en una práctica elusiva se encuentra a cargo de una comisión consultiva, quien emitirá un informe precisando el alcance de las obligaciones y se encontrará conformado por tres representantes de la Hacienda Pública, su conformación es muy similar a la del Comité Revisor de SUNAT que está conformado por la misma cantidad de integrantes, quienes a su vez son trabajadores. Al respecto, considero que es inadecuado que el órgano encargado de definir si se ha configurado un acto elusivo o no, actué como juez y parte, puesto que no podrá ser imparcial, debido a que existirá un conflicto de intereses al interno de la administración pública.

Resulta impórtate hacer mención que la elusión fiscal sólo conlleva a la atribución de responsabilidad civil, mientras que en el caso de la evasión fiscal tiene connotaciones penales esto debido a la actitud dolosa de engañar al fisco, lo que es bastante preocupante tomando en cuenta la delgada línea que existe entre uno u otro supuesto, más aun cuando no se han establecido claramente los presupuestos para delimitar la configuración de estas conductas, debido a que esto queda a criterio de la administración tributaria y en última instancia el Poder Judicial que en reiterados pronunciamientos ha indicado la dificultad de determinar este tipo de conductas por su complejidad y ausencia de elementos objetivos en la norma.

Esta nación cuenta con un Código de Buenas Prácticas de Gobierno Corporativo que fue implementado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) y es aplicable a las sociedades que cotizan en el mercado bursátil. Los lineamientos establecidos en este dispositivo se complementan con las obligaciones contempladas en la normativa societaria, ya que dentro de los principios atribuibles al Consejo de Administración se precisan ciertas obligaciones como su responsabilidad directa sobre la administración y supervisión de la dirección de la sociedad con el propósito común de promover el interés social que se complementa con el cumplimiento de los deberes fiduciarios propios de este órgano societario. Así mismo, en concordancia con lo establecido por este dispositivo es importante

mencionar la necesidad de que al interior de las sociedades se implemente una comisión de auditoría conformada por miembros independientes del Consejo de Administración que necesariamente tengan conocimientos en contabilidad, finanzas y auditoría con la finalidad de implementar políticas que conlleven al cumplimiento y control de los riesgos fiscales, cuya labor de supervisión debe ser realizada por un departamento interno u otra comisión especializada.

2.8. Aspectos resaltantes del análisis comparativo

Entre los aspectos más relevantes de las normas antielusivas de Perú, Chile, Colombia, México y España, podemos advertir que dichos Estados cuentan una norma genérica, puesto que es imposible poder advertir de manera específica cada uno de los supuestos bajo los cuales podría estructurarse un esquema de planificación tributaria con fines elusivos.

Tabla 3: Aspectos Relevantes de los Estados

<u>País</u>	<u>Perú</u>	<u>Chile</u>	<u>Colombia</u>	<u>México</u>	<u>España</u>
Denominación del órgano colegiado	Directorio	Directorio	Junta Directiva	Consejo de Administración	Consejo de Administración
Responsabilidad de los miembros del directorio	Si	Si	Si	Si	Si
Publicación de la Norma	18 de junio del 2012	29 de setiembre del 2014	26 de diciembre del 2012	31 de octubre del 2019	17 de diciembre del 2003
Entrada en vigencia	07 de mayo del 2019	30 de setiembre del 2019	01 de enero del 2013	01 de enero del 2020	01 de enero del 2004
Aplicación retroactiva de la norma	Si	No	No	No	No
El organismo instructor forma parte de la Administración Tributaria	Si	No	Si	Si	Si
Finalidad de la norma	Sancionatoria y devolución del beneficio tributario obtenido.	Reconfigurar el acto jurídico.	Restructurar las operaciones y desconocer los efectos jurídicos	Recategorizar los actos jurídicos y desconocer sus efectos.	Sancionatoria y devolución del beneficio tributario obtenido.

En el cuadro de doble entrada adjunto podemos observar las similitudes y diferencias de los ordenamientos jurídicos que han sido objeto de análisis, y que nos permitirá conocer que aspectos podemos importar para mejorar nuestra norma antielusiva general.

2.8.1. Chile

La norma antielusiva chilena tiene muchos aspectos positivos que resaltar, ya que ha superado problemas que en nuestro marco normativo vienen siendo duramente criticados, tales como la ambigüedad de la norma, la imparcialidad por parte del organismo resolutorio a cargo e incluso a dilucidado cualquier duda sobre su posible aplicación retroactiva por lo que el SII no se encuentra facultado a poder fiscalizar actos de planificación fiscal realizados antes de la entrada en vigencia de la norma.

La cláusula antielusiva chilena carece de la esencia de la norma española y se configuró mediante el trabajo en conjunto entre el poder ejecutivo y legislativo, situación que le permitió no recaer en los problemas de la norma extranjera. Entre los requisitos para su configuración debe existir un abuso de formas jurídicas, cuyo significado y amplitud ha sido claramente definido en comparación con los requisitos de la norma peruana, cuya generalidad a la fecha no ha sido delimitada. Así mismo, para que un acto jurídico sea considerado como elusivo, el SII debe acreditar que el contribuyente actuó con mala fe.

Un aspecto muy importante a resaltar es la intervención de un organismo independiente que no forma parte de la Administración Tributaria, ya que en estos casos interviene el Tribunal Tributario y Aduanero que está conformado por Jueces especializados en materia tributaria y aduanera, lo cual garantiza un debido proceso e imparcialidad a favor de las partes, siendo ésta una realidad muy distinta a la que contempla nuestro marco peruano, debido a que el Comité Revisor está integrado por trabajadores de SUNAT.

2.8.2. Colombia

La norma antielusiva colombiana tiene algunos aspectos positivos que resaltar y que pueden ser de mucha utilidad para introducir mejoras en nuestro marco regulatorio peruano, ya que carece de terminología ambigua y por consiguiente los contribuyentes pueden conocer

con la debida anticipación sus alcances e implicancias. Así mismo, es importante mencionar que dentro del contenido de estos requisitos no existe ningún término ambiguo. Para su aplicación deben configurarse tres requisitos concurrentes, cuyos conceptos no generan una ambigüedad que pudiera conllevar a la vulneración de los derechos del contribuyente, si bien es cierto no es adecuado establecer parámetros generales para determinar la configuración del acto elusivo, esta situación puede ser resuelta mediante el análisis individual de cada caso en concreto, teniendo como referencia las practicas tributarias realizadas bajo un esquema de economía de opción.

Dentro de su potestad sancionatoria el legislador opto por reconfigurar el acto jurídico de acuerdo a la capacidad económica del sujeto obligado y bajo los lineamientos de una economía de opción, puesto que la esencia de esta norma es gobernada por un espíritu de gestión y contribución, ya que busca enderezar la conducta del sujeto obligado, dejando de lado su finalidad represiva. Respecto a la aplicación de la norma sólo podrá ser invocada para actos que se hayan configurado desde 01 de enero del 2013.

2.8.3. México

Para la configuración de un acto elusivo la norma establece que debe obtenerse un beneficio fiscal directo o indirecto, y en ese sentido es importante resaltar que el legislador ha definido ampliamente el alcance de dichos beneficios, lo cual conlleva a que el contribuyente, con la debida anticipación, pueda conocer los aspectos que tendrá en cuenta la administración tributaria al momento de efectuar una posterior fiscalización. Así mismo, es importante precisar que esta norma entro en vigencia el 01 de enero del 2020 y no contempla la posibilidad de que pueda ser aplicada retroactivamente.

Al igual que nuestra clausula antielusiva el órgano encargado de determinar la configuración de un acto jurídico elusivo pertenece a la Administración Tributaria, pero es importante resaltar que a diferencia de nuestra norma, dicho colegiado cuenta con un plazo perentorio de dos meses para la emisión del informe determinando si existen elementos para determinar la configuración de un acto elusivo, puesto que de no existir un pronunciamiento dentro del plazo se entenderá como una respuesta negativa y el proceso deberá ser archivado.

Esto puede conllevar a un arduo debate, ya que el dotar de un plazo tan corto a la administración tributaria podría conllevar a que no realice un análisis adecuado y tome decisiones prematuras que puedan terminar afectando al contribuyente.

La presente norma en comparación a la peruana es mucho más extensa y detallada, ya que establece determinados lineamientos que de manera anticipada dan a conocer al contribuyente los parámetros bajo los cuales debe efectuar sus actos de planificación fiscal, puesto que lo contrario podrían ser considerados por el SAT como actos elusivos y conllevar a desconocer sus efectos y recategorizarlos a la forma en que inicialmente debieron ser planteados, debido a que dicho planteamiento estaría generando a favor del contribuyente un beneficio fiscal indebido. Así mismo, es importante resaltar que la propia norma establece que no necesariamente un acto que carezca de una razón de negocios debe ser considerado como antielusivo, ya que por ejemplo las reestructuraciones accionarias tienen un fin administrativo.

En este caso es importante precisar que la norma antielusiva no establece la obligación directa de que el Consejo de Administración sea el único órgano autorizado para la aprobación de los actos de planificación fiscal, lo cual es un aspecto positivo que debo resaltar, ya que no necesariamente los administradores (directores) son quienes elaboran la estrategia tributaria.

2.8.4. España

La norma antielusiva española es muy similar a la nuestra, esto debido a que el legislador peruano la importó y plasmó en nuestro ordenamiento jurídico, sin tomar en cuenta los problemas que ha generado en dicho Estado, y en razón a lo antes mencionado su problemática también migro a nuestro sistema tributario, motivo por el cual inicialmente tuvo que suspender sus efectos. Para la configuración de un acto elusivo ambas normas contemplan los mismos requisitos, tal como puede apreciarse en el cuadro comparativo adjunto:

Tabla 4: Comparación NAG española y peruana

Cláusula Antielusiva Española	Cláusula Antielusiva Peruana
Artículo 15 del Código de Legislación Tributaria. A. Que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido. B. Que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios.	Norma XVI del T.P. del Código Tributario. 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.

En el ordenamiento jurídico español a diferencia del nuestro, el legislador realizó modificaciones en materia societaria para atribuir nuevas obligaciones a los miembros del Consejo de Administración (directorio), a fin de que respondan solidariamente frente al fisco por permitir la estructuración de esquemas de planificación fiscal agresiva, y en ese sentido modificó el artículo 529 de la Ley de Sociedades de Capital, precisando que el directorio es el obligado de “determinar la estrategia fiscal de la compañía”. Considero que esto es un gran acierto, puesto que en nuestra legislación dicha obligación le ha sido atribuida al directorio mediante una reforma de carácter fiscal, cuando debió modificarse la Ley General de Sociedades.

Así mismo, la legislación societaria española importó a su legislación societaria prácticas de buen gobierno corporativo con la finalidad de garantizar su cumplimiento, atribuyéndole al Consejo de Administración la obligación de publicar anualmente un informe sobre su cumplimiento, siendo la práctica más relevante para la presente investigación “informar sobre los sistemas de implementación de control de riesgos de carácter fiscal”, la cual es indelegable.

El legislador al atribuir estas nuevas obligaciones al Consejo de Administración de las sociedades cotizadas, buscó incrementar sus responsabilidades desde una perspectiva fiscal, ya que por su tamaño realizan importantes operaciones en el mercado, por lo que al ser los responsables de elaborar el planteamiento de la estrategia tributaria, no podrán alegar el desconocimiento de tal responsabilidad, lo cual los obliga a recurrir a expertos en la materia

y tomar decisiones acordes a una economía de opción, ya que de lo contrario deberán responder de manera solidaria e ilimitada. La modificación de la Ley de Sociedades de Capital en este sentido fue un gran acierto debido a que la atribución de este tipo de responsabilidades es de carácter societario.

2.9. Carencias de la Norma Antielusiva Peruana

En merito a la comparación efectuada la NAG contemplada en la Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario, requiere ser complementada con la finalidad de viabilizar su aplicabilidad y perduración en el tiempo.

2.9.1. La falta de definición de conceptos

La norma peruana carece de una clara conceptualización de criterios, ya que dentro de los requisitos que se requieren para que un acto jurídico pueda ser considerado elusivo se han utilizado términos bastante genéricos como “artificiosos o impropios”, cuyo alcance necesariamente debe ser definido por el Estado, ya que de lo contrario se atendería contra la seguridad jurídica al no otorgarse las garantías para un debido proceso.

El legislador chileno dejó de lado la esencia de la norma española y promulgó su propia norma antielusiva, ya que de lo contrario al igual que Peru hubiera exportado sus deficiencias normativas. En el presente caso la norma utiliza la palabra “abuso de formas jurídicas” que es un término bastante amplio y en razón a ello, la propia norma ha definido claramente dicho concepto haciendo referencia a “aquellos actos en los que el contribuyente busque evitar total o parcialmente la realización del hecho gravado o disminuya su base imponible o difiera el nacimiento de la obligación tributaria”.

La norma antielusiva mexicana contempla el término “beneficio fiscal” como parte de sus requisitos de configuración, el cual ha sido definido por el legislador como “cualquier reducción, eliminación o diferimiento temporal de una contribución”. Esto es muy importante, ya que al conocerse el criterio bajo el cual se realizará el análisis del acto jurídico se reducirá la esfera de subjetividad otorgada a la administración tributaria.

En razón a lo antes indicado, el legislador peruano tiene una ardua tarea por realizar, ya que debe definir los conceptos objeto de cuestionamiento tomando como referencia las conceptualizaciones realizadas por los Estados antes mencionados a fin de aclarar las ambigüedades existentes y fortalecer la NAG Peruana.

2.9.2. Responsabilidad solidaria atribuible no solo al directorio

Un aspecto muy importante que amerita ser resaltado es que no siempre el directorio es el encargado de realizar los actos de planificación fiscal, debido a que en primer lugar esta clase de actos son realizados por las grandes empresas, ya que se necesitan de esquemas complejos para su montaje y los directores en su mayoría son elegidos por su conocimiento y experiencia que no necesariamente está vinculada a las finanzas. Desde mi punto de vista considero que no es correcto limitar la atribución de esta responsabilidad sólo a los miembros del directorio, debido a que existen otros actores que pueden haber desarrollado un papel mucho más protagónico, como por ejemplo: el contador general, el jefe de planeamiento financiero.

En razón a lo indicado, considero importante tomar como referencia a la norma colombiana, ya que no ha limitado su esfera de responsabilidad sólo a los directores, ya que dentro de un proceso de fiscalización puede ser incluido como responsable solidario cualquier persona natural que haya sido participe de la estructuración del esquema de planificación fiscal. La legislación española contempla un régimen similar y en dicho sentido la autoridad administrativa también puede atribuir responsabilidad solidaria a las personas que hayan colaborado activamente en la realización de la infracción tributaria. Como podemos apreciar en ambos Estados el ámbito de la responsabilidad no se ha limitado sólo a los miembros del directorio, sino que ha ido mucho más allá a diferencia de norma antielusiva peruana que tiene una esfera de responsabilidad restrictiva.

2.9.3. Autonomía e imparcialidad del órgano decisorio

En nuestra legislación el órgano encargo de pronunciarse respecto a la configuración de acto elusivo es el Comité Revisor que está conformado por trabajadores de SUNAT, por lo

que discrepo con el legislador, debido a que dentro un proceso administrativo el órgano resolutorio no debe ser juez y parte, ya que su imparcialidad se vería afectada.

El problema antes indicado ha sido resuelto en la legislación Chilena, puesto que en los procesos de fiscalización el órgano resolutorio no forma parte de la Administración Tributaria, debido a que dicha función recae sobre un juez especializado en materia tributaria y aduanera, lo cual brinda mayores garantías de que se emita una pronunciamiento acorde a derecho y sobre todo respetando un principio de vital relevancia como el de la seguridad jurídica.

2.9.4. Temporalidad de la norma antielusiva general

Los Estados que han sido objeto de análisis han solucionado este impase que hasta la fecha sigue siendo un problema en nuestra legislación, debido a que la Administración Tributaria defiende una posición en la cual pretende fiscalizar ejercicios económicos en los cuales la NAG no se encontraba vigente, ya que el Congreso de la Republica suspendió sus efectos mediante el artículo 8 de la Ley N° 30230 que dispuso que su implementación quedaba supeditada hasta que el Poder Ejecutivo promulgará los parámetros de forma y fondo para su aplicación que fueron publicados después de casi cinco años mediante Decreto Supremo N° 145-2019-EF. En tal sentido, llama bastante la atención que el Estado Peruano pretenda castigar actos elusivos cuando la norma no contaba con un reglamento que regule su aplicabilidad.

Este conflicto en nuestro país afecta directamente al principio de legalidad, por lo que es importante resaltar la proactividad de los Estados que hemos comparado, ya que han especificado que su norma antielusiva no tiene efectos retroactivos, esto debido principalmente a que se estarían desconociendo normas de rango constitucional.

2.10. Imprecisiones de la legislación societaria peruana

La legislación societaria peruana carece de elementos necesarios que coadyuven a complementar la norma antielusiva general, esto debido principalmente a que nuestra LGS tiene aproximadamente 22 años desde que fue promulgada y en aquel entonces no existía una norma que luche frontalmente contra la elusión fiscal. Al respecto, debo indicar que es

preocupante que mediante una reforma de carácter fiscal (Decreto Legislativo N° 1422) se pretendan atribuir nuevas responsabilidades al directorio con la finalidad de disuadir la estructuración de esquemas de planificación fiscal, cuando por obvias razones lo correcto debió ser modificar la Ley General de Sociedades, tal como sucedió en el ordenamiento jurídico español que modificó su Ley General de Capitales.

En nuestra legislación societaria es necesario en primer lugar delimitar las funciones del directorio, y por tal razón es necesario referirnos al Anteproyecto de la Ley General de Sociedades que hace mención a la importancia de este órgano societario y sus principales funciones. Así mismo, el cuerpo legal antes mencionado contempla los requisitos a considerar para eximir de responsabilidad a sus miembros, lo cual es importante porque bajo dichos supuestos se podrá determinar si corresponde responsabilizar a los directores por los acuerdos que pudieran haber causado un perjuicio a la sociedad, accionistas o terceros, ya que debemos tener en cuenta que no necesariamente una decisión que cause una contingencia amerita ser castigada, puesto que el acuerdo cuestionado pudo haberse tomado con una debida diligencia y respetando la normativa legal, pero por factores externos que no pudieron ser previstos el negocio simplemente no obtuvo los resultados esperados. Ante una discusión frente al fisco puede suceder algo similar, ya que un acto jurídico realizado bajo un esquema de economía de opción puede ser considerado por SUNAT como un acto elusivo al existir una delgada brecha entre ambos conceptos, siendo bastante reprochable en estos casos la atribución de responsabilidad a la sociedad y los miembros del directorio.

Un defecto importante a considerar en nuestra legislación societaria es que contempla un plazo muy corto para atribuir responsabilidad a los directores, ya que de acuerdo a la LGS su responsabilidad caduca a los dos años por lo que si se busca que la NAG pueda ser aplicada de manera eficiente este umbral de tiempo debe ser ampliado, tal como ha sucedido en la legislación española que actualmente contempla un plazo de cuatro años y que son contabilizados desde el momento en que se tomó conocimiento del perjuicio. En tal sentido, si nuestro legislador buscó atribuir responsabilidad al directorio debió tomar en cuenta el plazo tan reducido que contemplaba la LGS y realizar su modificación conjuntamente con la incorporación de las nuevas obligaciones impuestas a través del D.L. N° 1422.

CAPÍTULO III: DISCUSIÓN

En el presente capítulo, se fundamentarán los argumentos que han conllevado a determinar que la hipótesis propuesta ha podido ser validada. En tal sentido, en las siguientes líneas se explican las razones y fundamentos que respaldan la posición a la que he arribado como consecuencia de la comparación de la legislación nacional y extranjera que ha sido objeto de análisis en los capítulos precedentes.

3.1. Críticas a la norma antielusiva

La cláusula antielusiva general fue incorporada en el Código Tributario Peruano el 18 de julio del 2012, mediante la promulgación del Decreto Legislativo N° 1121 y desde aquel entonces fue criticada por diversos gremios empresariales que indicaron que la misma era imprecisa debido a su generalidad y que afectaba a la seguridad jurídica. En razón a lo antes mencionado, en el año 2014 el Estado suspendió su aplicación hasta el 07 de Mayo del 2019, que corresponde a la fecha en que entro en vigencia el Decreto Supremo N° 145-2019-EF que aprobó los parámetros de forma y fondo para su aplicación.

La norma antielusiva adolece de diversas deficiencias que han originado que desde su concepción sea duramente criticada, debido a que el legislador no tomó en cuenta ciertos aspectos que han conllevado a que sea objeto de críticas negativas, ya que incluso se ha indicado que esta norma podría vulnerar principios constitucionales, como: el principio de legalidad, el principio de reserva de ley y el debido procedimiento.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en relación a los principios que deben ser tomados en cuenta por el Estado para un ejercicio legítimo de su potestad tributaria a fin de que esta no sea ejercida de una manera ilegítima y arbitraria en perjuicio de los derechos fundamentales de las personas, y en razón a ello, procedo a hacer mención a la sentencia recaída en el expediente 02724-2007-PA/TC, que en su considerando número 11 señala que: ‘*Los principios constitucionales tributarios **son límites al ejercicio de la potestad tributaria, pero también son garantías de las personas frente a esa potestad; de ahí que dicho ejercicio será legítimo y justo en la medida en que su ejercicio se realice en observancia de los***

principios constitucionales que están previstos en el artículo 74° de la Constitución, tales como el de legalidad, reserva de ley, igualdad, respeto de los derechos fundamentales de las personas e interdicción de la confiscatoriedad”. Al respecto, debo indicar que concuerdo con la posición del Tribunal Constitucional, ya que los principios constitucionales que engloba nuestra carta magna tienen un fin garantista, debido a que salvaguardan los derechos de los contribuyentes para evitar arbitrariedades y abusos por parte del Estado y, en razón a ello, deben ser respetados por el Poder Legislativo y Poder Ejecutivo al momento de diseñar las Leyes que contengan normas de índole tributario y al reglamentar su aplicación.

A continuación se abordaran las principales críticas que ha recibido la NAG en relación a la posible vulneración de principios constitucionales en merito a la comparación realizada con las normas de los Estados que hemos analizado en el capítulo precedente, debo advertir que no se está realizando ninguna afirmación al respecto, ya que para ello, se deberá efectuar una investigación a mayor profundidad.

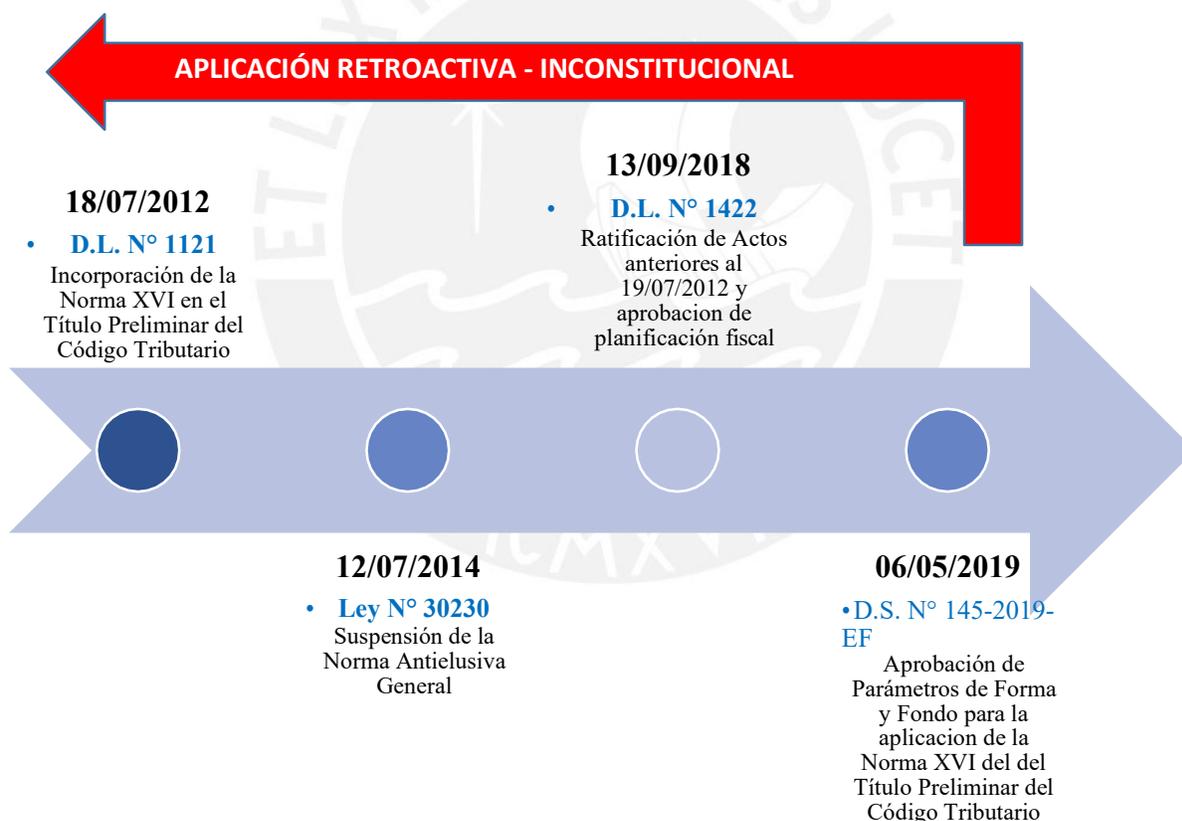
3.1.1. Principio de legalidad

A la luz de la comparación realizada con la legislación de los países que conforman la Alianza del Pacifico, existen indicios que podrían generar la percepción de que la NAG peruana transgrede el principio de legalidad establecido en el artículo 74 de nuestra Constitución, debido a que pretende ser aplicada retroactivamente para sancionar actos elusivos producidos a partir del 19 de julio de 2012, es decir al día siguiente en que se publicó el Decreto Legislativo N° 1121, que dispuso la inclusión de la Norma XVI dentro del Título Preliminar del Código Tributario, cuando ni siquiera se habían establecido los parámetros de forma y fondo, tal como lo dispuso el artículo 8 de la Ley N° 30230 promulgada por el Poder Legislativo.

El principio de legalidad cumple un rol imprescindible dentro de los poderes de Estado, dado que garantiza el respeto de los derechos fundamentales de la persona, y que para efectos de la presente investigación es importante citar al artículo 2, inciso 24, acápite a) de nuestra Constitución, que establece que “*Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, **ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe***”. En este punto, considero que es importante tener

en cuenta la parte final del texto antes indicado, ya que la propia constitución no impide que una persona lleve a cabo una conducta que no se encuentra regulada dentro del ordenamiento jurídico, y en el presente caso durante muchos años la norma antielusiva estuvo suspendida por la inacción del Estado, debido a que su entrada en vigencia estuvo condicionada a la promulgación de los parámetros de forma y fondo que delimitarían su aplicación. Por lo tanto, considero que al no haber existido una norma expresa que se encontrará **vigente**, las empresas que hayan incurrido en actos elusivos no debería ser sancionada y mucho menos atribuírsele responsabilidad solidaria a sus directores, ya que se estaría desconociendo del principio de legalidad. A continuación se presenta una línea de tiempo en la que se han plasmado las principales regulaciones que guardan relación con la NAG.

Figura 8: Línea de tiempo de la NAG



El 13 de setiembre del 2018 el Poder Ejecutivo promulgó el Decreto Legislativo N° 1422, por medio del cual se efectuaron diversas modificaciones al Código Tributario, debido a que el Congreso de la Republica delegó facultades en materia tributaria al Poder Ejecutivo, **lo más resaltante de este dispositivo legal es que dispuso que el órgano societario encargado**

de aprobar los actos de planificación fiscal es el directorio, salvo que no cuente con dicho órgano la responsabilidad recaerá en el gerente general. Lo relevante de esta norma es que obligó a las personas jurídicas, por medio de su directorio, a ratificar o modificar los actos de planificación fiscal, que hasta la fecha sigan surtiendo efectos, ello en razón a que busco ser aplicada retroactivamente, dado que en el 06 de Mayo 2019 se promulgó el D.S. N° 145-2019-EF que reglamento su aplicación y debido a que la norma sólo estuvo suspendida el Estado pretende aplicarla para actos que hayan ocurrido desde el 19 de julio del 2012, situación que no comparto, ya que se podrían estar transgrediendo normas de rango constitucional como la plasmada en el artículo 103 de nuestra carta magna, que indica que una Ley sólo puede ser aplicada desde su entrada en vigencia y para las consecuencia de las situaciones jurídicas existentes. El permitir que estos actos tengan un efecto retroactivo podría conllevaría al desconocimiento del principio de seguridad jurídica. De acuerdo a lo indicado por Ruiz, las normas tributarias que no respetan los principios tributarios que establece la constitución son nulas de tal forma que no surten efectos, razón por la cual el sujeto afectado cuenta con diversos mecanismos constitucionales para lograr su inaplicabilidad, tales como: la acción de inconstitucionalidad, acción popular, acción de amparo, entre otros (2018, pp. 129 y 130).

No cabe duda, que el Estado se olvidó de la norma antielusiva durante muchos años y que en la actualidad con un ánimo recaudador busca retrotraer sus efectos cuando la negligencia de no haberse podido aplicar en el pasado es ajena a los contribuyentes, ya que éstos realizaron sus actos de planificación fiscal en mérito a las disposiciones legales que existían en el ordenamiento jurídico, y por tanto al haberse encontrando suspendida la norma no estaban transgrediendo ningún mandato legal, más aun tomando en cuenta que la Norma XVI ni siquiera había sido reglamentada.

La NAG se reglamentó después de casi 8 años mediante el D.S. N° 145-2019-EF, en dicho cuerpo legal se establecieron los presupuestos que deberían concurrir para que un acto jurídico sea considerado elusivo. Por lo que de acuerdo a lo establecido en la Norma X del Título Preliminar del Código Tributario los preceptos que contiene una norma fiscal surgirán

efectos desde el día siguiente de su publicación, ya que los sujetos obligados tienen derecho a conocer las implicancias que podría tener su incumplimiento.

Por lo tanto, considero que el legislador peruano al levantar la suspensión de norma antielusiva general, como consecuencia de la aprobación de los parámetros de forma y fondo, debió precisar al igual que los ordenamientos jurídicos de Chile, Colombia, México y España que su aplicación no es retroactiva, ya que este conflicto ha surgido como consecuencia de la promulgación del Decreto Legislativo N° 1422 que dispuso su aplicación para actos que hayan acontecido desde el 19 de julio del 2012.

3.1.2. Principio de reserva de ley

El principio de reserva de ley cumple un rol muy importante dentro del ordenamiento tributario, ya que limita la potestad regulatoria del Poder Ejecutivo con la finalidad de evitar excesos por parte de dicho poder del Estado. Este principio al igual que el de legalidad se encuentra recogido en el artículo 74 de la Constitución y la Norma IV del Título Preliminar del Código Tributario, tiene por función garantizar que los tributos se creen, modifiquen, deroguen y exoneren sólo por Ley o mediante decreto legislativo, siempre y cuando el Poder Legislativo haya realizado una delegación específica de facultades al Poder Ejecutivo.

Este principio debe ser interpretado en un sentido amplio, puesto que obliga al legislador a que en las normas tributarias se contemplen los elementos esenciales y fundamentales para que de esta manera un tributo tenga tal reconocimiento y, en razón a lo antes indicado es que el hecho generador de la hipótesis de incidencia tributaria debe ser lo suficientemente clara, pudiendo flexibilizarse en el sentido que ciertos aspectos esenciales puedan ser regulados por el reglamento, como es el caso de nuestra norma antielusiva general. Al respecto el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída el Expediente N° 2762-2002-AA/TC, estableció que el principio de reserva de ley tiene una característica relativa, por lo que es justificable que “se flexibilice permitiendo la remisión de aspectos esenciales de tributo para que sean regulados por el reglamento, siempre y cuando la ley sea la que imponga los límites al Poder Ejecutivo”.

Existen indicios que pueden conllevar a afirmar que la norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario vulnera el principio de reserva de ley, debido a que pretende con una norma abstracta abarcar la mayor cantidad de hechos posibles, sin que se haya predeterminado una causal específica, pero *el problema radica principalmente en que la norma antielusiva no es lo suficientemente clara*, ya que para su configuración establece que se evite un hecho imponible mediante la concurrencia de dos elementos: a) *Actos artificiosos o impropios* y 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. El problema central se suscita al evaluar el primer requisito, ya que el legislador no ha definido en que consiste un “*acto artificial*” o “*impropio*”, cuyos conceptos pueden abarcar un sinnúmero de presupuestos y, en tal sentido, resulta necesario que por lo menos se precisen los criterios bajo los cuales se analizarán.

En el 2012 como consecuencia de la delegación de facultades en materia tributaria otorgadas por el Congreso de la República al Poder Ejecutivo, este último promulgó la norma antielusiva que replicó a la norma Española, situación que lamentablemente demostró que nuestros legisladores plagieron la norma, sin haber realizado previamente un análisis de las particularidades de nuestro país, ya que por el simple hecho de que una norma pueda funcionar en un ordenamiento jurídico extranjero no quiere decir que lo mismo pueda suceder en el Estado que la réplica, y lo que es peor aún en España desde que esta norma fue implementada ha tenido problemas, debido a los amplios conceptos indeterminados que no han sido definidos y que han quedado bajo la subjetividad de la Administración Tributaria, quien incluso hasta la fecha tiene problemas en diferenciar el límite existente entre la economía de opción y los actos antielusivos. Es lamentable que ha consecuencia de haber replicado la norma antielusiva del ordenamiento español, nuestros legisladores también hayan replicado sus deficiencias. Esta situación es aún más preocupante, ya que desde que fue implementada ha sido duramente cuestionada y hasta la fecha no se han resuelto estos problemas.

La norma antielusiva fue reglamentada después de cinco años de su suspensión, por lo que se esperaba que en esta oportunidad se subsanen sus deficiencias, pero el reglamento no aclaró las incertidumbres que quedaron pendientes de resolver, tales como conceptualizar y definir a que se refirió el legislador con actos artificiosos o impropios, ya que dicho término es bastante amplio y puede conllevar a una interpretación subjetiva que vulnera el principio de predictibilidad que contempla la Ley N° 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General, y a su vez tampoco ha definido los supuestos bajo los cuales se busca un fin distinto al ahorro fiscal.

La norma en cuestión es abstracta, puesto que busca poder coberturar la mayor cantidad de supuestos; por lo cual considero que es necesario que bajo el esquema actual cada caso sea analizado de manera particular, siendo indispensable que la Administración Tributaria efectúe previamente el test de propiedad de la operación y el test de relevancia jurídico - económica. El primer test corresponde al primer requisito para que un acto sea considerado antielusivo, en tal sentido, de acuerdo al caso en particular deberá delimitarse el concepto de artificioso o impropio, dado que el legislador no ha definido claramente dicho concepto y el segundo test refiere a que debe realizarse una ponderación del beneficio económico obtenido y si el mismo ha sido realizado en base a una figura distinta al de la economía de opción. Por lo tanto, es necesario que los conceptos de “acto artificioso” o “impropio” sean definidos y/o se establezca una aproximación de tales conceptos y a su vez se fijen criterios para diferenciar los actos antielusivos de aquellos que pueden haberse configurado en mérito de una economía de opción.

Para poder resolver este problema de interpretación debemos tomar como referencia a la norma antielusiva chilena, ya que dicho Estado estableció un concepto distinto para que un acto sea considerado elusivo y, en razón a ello, para que se configure este presupuesto la conducta del contribuyente debe tener por finalidad un “abuso de formas jurídicas”, cuyo concepto ha sido ampliamente delimitado, ya que el legislador extranjero las ha definido como ***“aquellas situaciones en las que se evite total o parcialmente la realización del hecho gravado, o se disminuya la base imponible o la obligación tributaria, o se postergue o difiera el nacimiento de dicha obligación, mediante actos o negocios jurídicos que,***

individualmente considerados o en su conjunto, no produzcan resultados o efectos jurídicos o económicos relevantes para el contribuyente o un tercero, que sean distintos de los meramente tributarios”. En tal sentido, tomando en cuenta que nuestros legisladores no son lo suficientemente proactivos, considero que un buen punto de partida para fortalecer a nuestra norma antielusiva general, es recurrir a las normas internacionales en donde existe una mayor experiencia a fin de poder complementar las deficiencias de nuestro ordenamiento jurídico y evitar la configuración de estos actos que como bien sabemos pueden acarrear responsabilidades económicas a los directores.

3.1.3. Principio del derecho al debido proceso

El derecho a un debido proceso fue plasmado primigeniamente en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución y posteriormente replicado, pero con un mayor desarrollo en la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General. Este principio cumple un rol fundamental, ya que engloba una gran cantidad de derechos que deben ser respetados a la luz de un procedimiento administrativo y, en razón a ello, considero que se encuentra ampliamente vinculado con el principio de imparcialidad, cuyo espíritu es brindar una seguridad legítima a los administrados, ya que garantiza que la autoridad al momento de arribar a una decisión no se encontrará parcializada a favor de alguna de las partes, situación que en el contexto actual no será respetada, ya que como bien sabemos el encargado de determinar si un acto jurídico tiene la condición de elusivo es un Comité Revisor que se encuentra integrado por tres trabajadores de SUNAT, por lo que existirá una parcialización al momento de arribar a una decisión final, más aun tomando en cuenta que dicho organismo administrativo tiene como una de sus principales funciones la recaudación tributaria.

Mi posición no es respaldar los actos elusivos, ya que los mismos acarrearán efectos negativos en la población como consecuencia del déficit en la recaudación fiscal, pero ello no quiere decir que se deba consentir la implementación de una norma que adolece de diversas imprecisiones como las que he mencionado y sobre todo transgrede al ordenamiento jurídico existente con el objetivo de cubrir el tiempo en que no fue ejecutada por una negligencia propia del poder Legislativo y Ejecutivo. No cabe duda, que pese a ello, nuestros mandatarios la aplicarán sobre todo en aquellas empresas que tienen la categorización de

principales contribuyentes, pero considero que las reglas del juego deben ser claras y en ese sentido el Estado debe ofrecer un “*procedimiento garantista para su adecuada aplicación*” y en razón a ello, debería reunirse con los diversos gremios para aclarar las dudas existentes e incluso considero que *el órgano a cargo de determinar si un acto se configura como antielusivo debe ser ajeno a la Administración Tributaria.* Postura que es compartida por el IPDT que ha indicado que para garantizar un procedimiento garantista el Comité Revisor deberá ser ajeno a la administración pública⁵.

Para salvaguardar el cumplimiento de este principio podemos tomar como referencia a la norma antielusiva chilena, puesto que en dicho ordenamiento jurídico el organismo instructor a cargo del procedimiento administrativo no forma parte de la Administración Tributaria, y en razón a ello, es que el encargado de determinar si un acto jurídico se configura como elusivo o no es un “Juez Especializado en Derecho Tributario”. Al respecto, debo indicar que admiro el criterio que tuvo el legislador chileno al redactar su norma antielusiva, ya que la misma es auténtica y le ha brindado la importancia debida a la imparcialidad que obligatoriamente debe existir dentro de un proceso administrativo al atribuir la facultad resolutoria a un tercero autónomo e independiente.

Existen indicios que pueden llevarnos a pensar que nuestra norma antielusiva vulnera este principio, por lo que sería recomendable modificarla. En el sentido, a fin de garantizar el derecho a un debido proceso es necesario que un organismo independiente a las partes resuelva el conflicto, más aun tomando en cuenta que las sumas de dinero que probablemente sean discutidas serán de bastante consideración e incluso podrían desencadenar la inviabilidad de que el negocio pueda continuar de determinarse que existen deudas por reparar a favor del fisco. Por tal motivo, dentro de nuestro ordenamiento jurídico esta competencia debe ser atribuida a los Jueces Especializados en Derecho Contencioso Administrativo, ya que son quienes finalmente resuelven los procedimientos contenciosos en los cuales se cuestionan los actos de la administración tributaria, cuyos magistrados, de considerarlo conveniente, pueden recurrir a especialistas en la materia mediante un peritaje

⁵ Recomendación N° 3 de la XIV Jornada Nacional de Derecho Tributario formulada el 22 de abril del 2019 por el Comité de Resolución II del IPDT.

de oficio garantizando, de esta manera que la decisión que pudiera tomarse sea la más justa para ambas partes, es decir para la SUNAT y el contribuyente.

3.2. La importancia de las pólizas de responsabilidad civil D&O en la labor del directorio

Las distintos tipos de seguro ofrecidos en el mercado por las compañías aseguradoras deben estructurarse tomando en cuenta el marco normativo previsto en la Ley N° 29946 – Ley del Contrato de Seguro, puesto que de lo contrario aquellas cláusulas que transgredan la norma antes indicada podrían ser declaradas nulas a pedido de parte o por disposición del organismo regulador que en el presente caso es la SBS. La póliza D&O se encuentra comprendida dentro de los seguros patrimoniales su finalidad es proteger el patrimonio del asegurado (director) ante un hecho o situación desfavorable que puede suscitarse y generar un perjuicio a la sociedad o un tercero, **siempre y cuando sea consecuencia de un acto de gestión.**

El artículo 105 de la Ley del Contrato de seguro hace mención al alcance de este tipo de pólizas y en razón a ello se refiere al término “responsabilidad prevista en el contrato”, el cual debe entenderse como el o los supuestos en que la compañía aseguradora se subrogará en lugar del asegurado y cancelará a favor del afectado el importarte determinado como indemnización hasta por la suma máxima asegurada en la medida que no se haya incurrido en alguna causal de exclusión.

La póliza D&O es un seguro de responsabilidad civil que tiene como finalidad proteger el patrimonio de los directores en caso de que a consecuencia de una mala decisión, la sociedad a la cual representan pueda sufrir pérdidas económicas y verse involucrada en litigios legales. En situaciones normales los gerentes y directores se encuentran expuestos a incurrir en actos, que a consecuencia de una mala decisión, pueden conllevar a que la sociedad incurra en grandes pérdidas pudiendo ser responsabilizados por lo que tendrían que solventar con su propio patrimonio los gastos de su defensa legal y los importes que le sean ordenados para resarcir el daño ocasionado. La póliza D&O, surge como una herramienta viable para afrontar este escenario, puesto que tiene como finalidad salvaguardar el

patrimonio personal de los asegurados (director), que a consecuencia de sus errores, omisiones y/o negligencias durante el ejercicio del cargo pueden ser responsabilizados civilmente (Rivera & Loli, 2015, pp. 343-344).

Es importante conocer la esfera de cobertura de este tipos de seguros, por lo que debemos realizarnos la siguiente pregunta ¿a quiénes se les considera como asegurados?, la respuesta a esta interrogante la podemos obtener al consultar la definición de “asegurado” que contemplan las pólizas D&O dentro de sus términos generales de contratación. En el presente caso tomaremos como referencia la póliza de la compañía aseguradora Chubb Seguros Perú S.A.

*ASEGURADO: Cualquier persona natural que haya sido, sea o llegue a ser designado, durante la Vigencia del Contrato, Administrador de la COMPAÑÍA como Miembro del Directorio o Gerente de la misma, **entendiéndose por Director también aquellas personas naturales que desarrollen funciones de alta dirección** bajo la dependencia directa de su Órgano de Administración, de comisiones ejecutivas o de consejeros delegados de la COMPAÑÍA, según la legislación de otros países. No tendrán la condición de ASEGURADO los auditores externos, depositarios, interventores, o liquidadores.*

*DIRECTORES Y/O GERENTES: Cualquier persona natural debidamente nombrada y/o elegida como Director y/o Gerente o su posición equivalente en la COMPAÑÍA, atendiendo a sus capacidades respectivas, **incluyéndose cualquier persona natural que desempeñe funciones de dirección de alto mando o relevantes que pueda comprometer a la COMPAÑÍA con sus actos y decisiones***

Fuente: Chubb Seguros Perú S.A.

Luego de analizar el concepto antes indicado, podemos evidenciar que este tipo de seguro no solamente brinda cobertura a los miembros del directorio y gerentes que cuenten con dicho nombramiento, sino también a aquellas personas naturales que podrían ser considerados directores de hecho, puesto que realizan dichas funciones bajo supervisión directa del

directorio. Al respecto, Elena Carrillo, ha indicado que la delimitación contractual del asegurado no se limita a fijar una delimitación orgánica o funcional. Por el contrario, constituye un elemento causal de delimitación del riesgo asegurado (citado en Isaza, 2009, p. 46). El aporte realizado por la Dra. Carrillo, es muy importante, ya que este tipo de póliza no busca coberturar al director o gerente como tal, sino los actos de gestión realizados en desempeño del cargo que no necesariamente amerita un nombramiento como tal. Este tipo de seguro puede ser contratado directamente por la sociedad o por el propio director, en la práctica su contratación es efectuada directamente por la sociedad mediante pólizas colectivas, por lo que es importante que se evalúe el monto máximo de cobertura, ya que actuará como un fondo común y de no ser suficiente los asegurados podrían verse afectados.

Los contratos de seguro tienen por finalidad la transferencia del riesgo y en ese sentido, las pólizas D&O transfieren el riesgo en que podría verse el asegurado al atribuírsele responsabilidades civiles como consecuencia de las decisiones tomadas durante su gestión que podrían disminuir potencialmente su patrimonio personal. Al contratar este tipo de seguro, se transfieren dos riesgos muy importantes: el riesgo jurídico y el riesgo de responsabilidad civil. En lo que refiere al primer riesgo, corresponde a los gastos de asistencia legal, costas y costos en los que incurre el asegurado para salvaguardar su patrimonio. Esta cobertura está orientada al reembolso de los gastos antes mencionados, por lo que es recomendable que la póliza especifique que estos gastos serán coberturados desde un inicio, puesto que de lo contrario podrían ser reembolsados hasta el final.

Por otro lado, los riesgos de responsabilidad civil, son aquellas sumas de dinero que tendría que verse obligado a pagar el asegurado ante el incumplimiento de sus obligaciones, como la toma de una decisión negligente o por culpa. En estos casos, de no existir dolo la compañía aseguradora se subroga y realiza el pago al afectado que puede ser la sociedad o un tercero.

Un aspecto que es muy importante a tener en cuenta es el periodo durante el cual la póliza D&O brinda cobertura y en dicho sentido se toma como referencia para realizar una delimitación temporal la fecha de reclamación realizada al asegurado y no el momento en

que surge la responsabilidad contra el asegurado como consecuencia de un actuar negligente, omisión o el acto culposo que causo el perjuicio, debiendo tenerse en cuenta que el perjuicio debe ser consecuencia directa del ejercicio de sus funciones. El tomador del seguro (sociedad o director) debe tener mucho cuidado al momento de negociar con la compañía aseguradora los términos de la póliza a fin de delimitar claramente la línea de tiempo de cobertura, debido a que los periodos en que se produzca un siniestro y sean anteriores a la fecha de retroactividad pactada podrían ser excluidos al no haber sido tomados en cuenta dentro de la negociación. De acuerdo a lo indicado por Ávila, la cobertura retroactiva se encuentra limitada a un periodo determinado de tiempo, por lo que en ningún caso se activará la garantía del seguro para periodos no comprendidos. (s.f., p. 20).

En esto punto, considero que es muy importante tomar en cuenta la recomendación brindada por Elena Perez Carrillo, quien indica que es preferible contar con cláusulas denominadas **“full prior acts”, puesto que no imponen un periodo retroactivo y a su vez establecen la obligación de que la compañía de seguros indemnice las reclamaciones interpuestas durante la vigencia de la póliza**, sin tomaren cuenta el momento en que tuvo lugar la acción u omisión de los administradores (citado en Isaza, 2009, p. 40).

Así mismo, considero que un aspecto a tener en cuenta frente a las aseguradoras en caso decidan no renovar estos seguros por su alta siniestralidad es solicitar mediante un endoso la implementación de una “clausula sunset” con la finalidad de que se brinde una cobertura adicional luego de producido el vencimiento del contrato a cambio de una prima. Es importante precisar que esta cobertura sólo cubrirá reclamos que sean consecuencia de hechos ocurridos durante la vigencia de la póliza inicial, por lo que las empresas de seguro para diluir el riesgo es muy probable que recurran al reaseguro. En estos casos, recomiendo que el periodo adicional sea de por lo menos dos años, tomando en cuenta que en el tiempo antes indicado de acuerdo al artículo 184 de la LGS caduca la responsabilidad de los directores.

Este tipo de pólizas por lo general no establece de manera específica las coberturas brindadas, ya que es materialmente imposible poder individualizar cada acto de gestión que

puede ser realizado por los directores, más aun tomando en cuenta que ninguna empresa es 100% parecida a otra, la cláusula de cobertura principalmente es redactada de la siguiente manera:

1.1. Cobertura A: Cobertura para Directores y Gerentes

*La ASEGURADORA pagará en nombre y por cuenta del ASEGURADO las pérdidas de las que la COMPAÑIA, conforme a derecho, pueda resultar responsable por cualquier Reclamación que se formule al ASEGURADO durante la Vigencia del Contrato o durante la Prórroga de Notificaciones, **por un Acto Culposo relacionado de manera directa, cometido con motivo de sus funciones como Director y/o Gerente,** solo hasta el Límite de Responsabilidad establecido en las Condiciones Particulares de la Póliza y conforme a las condiciones establecidas en el presente Contrato de Seguro*

Fuente: Chubb Seguros Perú S.A.

En tal sentido, las coberturas que brinda esta póliza deben ser determinadas en función a sus exclusiones que son claras y específicas. En la presente investigación se ha recurrido a las pólizas D&O como un mecanismo opcional, ya que su contratación es facultativa, por lo que podría ser contratada por las sociedades en beneficio de sus directores o por el propio director a fin de poder ejercer sus funciones con una mayor tranquilidad y eficiencia, debido a que este seguro se activará ante un reclamo que pudiera ser realizado por un accionista o tercero perjudicado a consecuencia de dicha decisión, siempre y cuando no haya existido una intención dolosa, puesto que es ilógico brindar una cobertura al propio asegurado, cuando el mismo es quien ha tenido la intención de causar el daño. En el contexto de la investigación, es incierto conocer cómo podrán las compañías de seguro determinar si el asegurado actuó con dolo, más aun tomando en cuenta que en el 2019 se promulgaron los parámetros de forma y fondo que regulan la norma antielusiva, cuyo contenido no es lo suficientemente claro, incluso contempla conceptos que la propia norma no ha definido.

Es de vital importancia que las compañías aseguradoras delimiten los criterios que serán aplicados para excluir de su cobertura a los actos antielusivos, ya que de lo contrario, podrían

generarles contingencias cuando sus asegurados soliciten su activación, sobre todo tomando en cuenta que la póliza D&O fue introducida en el mercado con la finalidad de brindarles una mayor seguridad a los directores al momento de arribar a las decisiones que son propias de su gestión y, como bien sabemos, hoy en día parte de sus funciones, de acuerdo a lo dispuesto por Estado, es la aprobación de los actos vinculados a la planificación fiscal del negocio. Por lo tanto, considero que es necesario precisar la causal de exclusión vinculada a los aspectos tributarios, a continuación procedo a transcribir parte de la póliza de la compañía Chubb Seguro Peru S.A.:

Cláusula 3° Exclusiones

Queda establecido y aceptado por la COMPAÑIA, que la ASEGURADORA no estará obligada, en ningún caso, a pagar pérdida alguna, ni tampoco, cualquier indemnización o reembolso por cualquier reclamación que, directa, indirectamente, derive de, tenga su causa en o guarde relación alguna, en todo o en parte con:

3.11 Multas y sanciones

*Pérdidas originada en, basadas en, o de cualquier manera atribuibles directa o **indirectamente a multas o sanciones pecuniarias o administrativas de cualquier naturaleza impuestas a los asegurados**, incluyendo las costas de defensa directa y exclusivamente relacionados con las mismas y con otras obligaciones económicas, salvo aquellas derivadas de la indemnización de un perjuicio causado a un tercero y amparado por esta póliza.*

Fuente: Chubb Seguros Perú S.A.

Al respecto, considero que la cláusula de exclusión impuesta por la aseguradora es genérica, ya que al ser analizada en el contexto de la norma antielusiva puede ser ampliamente discutida, tomando en cuenta que la citada norma carece de una adecuada reglamentación, debido a que atribuye un alto grado subjetividad e imparcialidad al Comité Revisor, dado que no necesariamente los actos que la Administración Tributaria pueda considerar como elusivos tienen tal condición. El inciso g) del artículo 40 de la Ley del Contrato de Seguro (Ley N° 29946), señala que son nulas las “cláusulas que imponen la

pérdida de derechos del asegurado en caso de violación de leyes, normas o reglamentos, a menos que esta violación corresponda a un delito o constituya la causa del siniestro”, tomando en cuenta la norma antes mencionada podría generarse una amplia discusión en la vía judicial, ya que un magistrado podría emitir un pronunciamiento distinto al de la aseguradora, debido a que la norma antielusiva tiene una complejidad bastante discutible que podría incluso llevar a un error al fisco, sobre todo tomando en cuenta sus imprecisiones que hasta le fecha son objeto de cuestionamiento.

Considero importante remitirnos a un caso que ha sido resuelto en el mes de Enero del 2019 por el Tribunal Supremo Español, cuyo criterio en base al cual se ha emitido el fallo es compartido por mi persona. En el presente caso la sociedad Puente Fierros contrató en el año 2011 una póliza D&O con la aseguradora Zurich Insurance PLC (Sucursal España) a favor de sus dos administradores a fin de coberturar posibles daños que pudieran presentarse durante el ejercicio de sus funciones. Encontrándose vigente la póliza en el 2014, la Administración Tributaria reclamó a ambos administradores el pago de diversas retenciones por IVA e IRPF por un valor de 66,713.32 euros en calidad de responsables subsidiarios y el importe de 924.44 euros por concepto de gastos legales. La compañía aseguradora rechazó la cobertura, ya que la póliza coberturaba pérdidas de cualquier reclamación presentada por terceros, **pero excluía expresamente los impuestos, multas y sanciones.** El presente caso fue resuelto por el Tribunal Supremo, quien determinó que la privación de la indemnización en las pólizas D&O por incumplimiento de deberes tributarios de la sociedad se configura como una **cláusula limitativa de derechos**, dado que limita el derecho de la cobertura al beneficiario una vez que el riesgo se ha producido. Por tal motivo, se determinó que para que dicha exclusión fuera válida la compañía aseguradora **debió haber plasmado de forma clara y precisa dentro de la póliza dicha limitación** y, a su vez ser aceptadas por su contraparte, esto en mérito a lo estipulado por el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguros de España.

En referencia al caso antes mencionado, considero que las pólizas de seguro D&O de nuestro país deben brindar cobertura a los actos jurídicos que puedan ser considerados como elusivos por SUNAT, debido a que las consecuencias que hoy en día pueden derivarse de los

actos de planificación fiscal **forman parte de la esfera de riesgos a los que los directores se encuentran expuestos en el ejercicio de sus funciones.** Debo advertir que la contratación de una póliza D&O es de carácter facultativo, ya que en la actualidad en los distintos ordenamientos jurídicos que hemos comparado e incluso nuestra propia legislación no se contempla una norma que obligue a las sociedades a su contratación, pero tomando en cuenta que el directorio es el órgano societario encargado de la gestión estratégica de la compañía y que tiene el rol de asumir constantemente riesgos al tomar decisiones, si bien es cierto previamente pueden haberse evaluado los posibles escenarios y prever ciertas contingencias, esto no garantiza que se puedan presentar situaciones no previstas acontecidas por ejemplo por un caso fortuito o de fuerza mayor. Respecto a las pólizas de responsabilidad civil sucede todo lo contrario, ya que existen situaciones en las que el propio Estado obliga a los particulares a contar con este seguro, por ejemplo: en el caso de que las bases de una licitación pública lo contemple, las empresas que realizan el servicio de transporte de materiales y residuos peligrosos, los profesionales dedicados a la intermediación de pólizas de seguro, las empresas dedicadas a la comercialización de hidrocarburos, entre otros.

Tomando como referencia a la onerosidad y elevado riesgo que puede generar para las aseguradoras la activación de este tipo de pólizas, debido a la inclusión de los directores como responsables solidarios, es probable que se presenten los siguientes cambios en el mercado:

- Por su alto riesgo se disminuirá su oferta en el mercado aumentado su precio, lo cual conllevará a que sean menos atractivas.
- Se brindará una cobertura por tramos y limitada, es decir el asegurado tendrá que asumir parte del riesgo, ya que solamente se brindará a partir de un determinado monto y por un importe máximo que deberá ser definido por las partes al momento de su contratación.

Así mismo, es importante tener en cuenta que este tipo de seguros no podrá activarse por la reclamación de un accionista realizada directamente a la sociedad, ya que el riesgo cubierto

es la responsabilidad personal del director. En tal sentido, salvo que la reclamación efectuada por el accionista conlleve a una responsabilidad solidaria, aplicaría la activación de esta póliza.

Al respecto, considero que el riesgo que este producto puede representar para las compañías aseguradoras es manejable, pese a que hoy se encuentra vigente la norma antielusiva. Esto debido a que la Ley General de Sociedades establece un plazo de 2 años para la caducidad de la responsabilidad de los directores, dicho plazo es computado desde que la fecha en que se tomó el acuerdo (aprobación de la planificación fiscal). En tal sentido, salvo que se amplíe dicho plazo, su riesgo no aumentará, ya que esta póliza cobertura los gastos de defensa legal y, en razón a ello, los abogados de la compañía aseguradora es seguro que alegarán dicho argumento como medio de defensa.

Considero que mientras que no se declare la inconstitucionalidad de la norma antielusiva o el legislador aclare su contenido mediante las modificaciones pertinentes, es necesario que los directores de las empresas de seguro y de cualquier empresa en general cuenten con una póliza de responsabilidad civil D&O, ya que de esta manera podrán ejercer un rol con mayor eficiencia y tranquilidad, debido a que podrán salvaguardar su patrimonio familiar y a su vez las sociedades mercantiles no podrán verse perjudicadas económicamente en la medida que los actos de planificación fiscal no se hayan realizado dolosamente y con una finalidad elusiva.

En razón a lo antes indicado, la contratación de las pólizas civil D&O en la actualidad es muy importante, ya que permitirá que el directorio realice una labor más eficiente, bajo el cumplimiento de los deberes fiduciarios propios del cargo, puesto que ante algún supuesto en que se pretenda atribuirle responsabilidad a sus miembros por actos realizados durante su gestión, esta póliza se activará y cubrirá los gastos de defensa y posibles indemnizaciones que les sean requeridas. Esta clase de seguro cumple un papel fundamental en la actualidad, puesto que la cláusula antielusiva general se encuentra vigente y ha contemplado la posibilidad de incluir a los miembros del directorio como responsables solidarios. Por lo tanto, es importante tener en cuenta los siguientes aspectos al momento de contratar una póliza de responsabilidad D&O: (i) determinar el monto de la cobertura a fin de que el mismo

sea adecuado, (ii) la retroactividad a fin de determinar los actos que se encuentran coberturados en una determinada línea de tiempo y (iii) el periodo adicional en que se encontraran coberturados posibles reclamos luego vencimiento de la póliza en la medida que la misma no sea renovada.

3.3. La culpa leve como causal de exención de la responsabilidad de los directores

La LGS establece determinados supuestos bajo los cuales se podría atribuir responsabilidad solidaria a los miembros del directorio y que de llegar a configurarse su patrimonio personal podría verse afectado. Es importante tener en cuenta que este tipo de responsabilidad es atribuida a los directores de manera personal y no al directorio como órgano societario, ya que bajo este supuesto la sociedad estaría respondiendo a sí misma.

Los supuestos de responsabilidad se encuentran establecidos en el artículo 177 de la LGS y para su configuración necesariamente deberá haberse causado un daño y perjuicio a la sociedad. Estos supuestos son:

- Actos o acuerdos contrarios a la ley o al estatuto.
- Acuerdos o actos realizados con dolo, abuso de facultades o negligencia grave.

Resulta importante precisar que nuestra normativa no contempla a la **culpa leve** como un supuesto de responsabilidad, por lo que a continuación se analizará el ámbito de la responsabilidad que establece el artículo 177 de la LGS a fin de determinar si dicho supuesto deber ser considerado como un eximente.

En primer lugar hare mención a los actos o acuerdos contrarios al estatuto, por lo que es importante que las decisiones o acuerdos que tome el directorio estén vinculados al objeto social de la sociedad, por ejemplo: los directores de TRANSPORTES PUCP S.A.C., que es una sociedad dedicada al transporte nacional de pasajeros optan por asociarse con la CONSTRUCTORA RMB S.A.C., para participar en la ejecución de una obra civil patrocinada por el Fondo mi Vivienda, pero dicho negocio en el futuro genera cuantiosas pérdidas económicas a la sociedad. En este caso los directores de TRANSPORTES PUCP

S.A.C., tendrán la obligación de responder frente a la sociedad, salvo que la Junta General de Accionistas los hubiese facultado para participar en la ejecución de la obra, ya que la misma no estaba vinculada al rubro de la sociedad.

Otro supuesto que la norma contempla son aquellos actos realizados en contravención de las disposiciones legales. Esto quiere decir que por ningún motivo el directorio puede aprobar actos que vulneren la normatividad vigente. Por ejemplo: los miembros del directorio de la MINERA ANTAMINA S.A., con el objetivo de reducir los costos operacionales y evitar realizar inversiones disponen que el vertimiento del agua utilizada en su proceso productivo sea devuelta a su fuente natural sin que previamente haya sido tratada y como consecuencia de ello, la sociedad pierde la concesión que le fue otorgada.

Un segundo aspecto muy importante a tratar son aquellos actos que se han configurado con la existencia de dolo, abuso de facultades o negligencia grave. El dolo de acuerdo a lo establecido en el artículo 1318 del Código Civil se configura cuando deliberadamente no se ejecuta una determinada obligación. Esta clase de omisiones se pueden configurar por ejemplo: cuando un director oculta intencionalmente información que debió ser reportada a la Junta General de Accionistas con el objetivo de encubrir determinados actos ilícitos. Un director incurrirá en el supuesto de abuso de facultades cuando por ejemplo suscriba en representación de la sociedad un contrato que conlleve a que ésta contraiga obligaciones por cuantías mayores a las que se encontraba facultado. Un último aspecto a analizar es la negligencia grave que tiene una relación directa con las funciones propias del cargo como director, para evaluar su comisión es necesario que se evalúen diversos factores en conjunto, como por ejemplo: la magnitud del riesgo asumido frente a la inversión realizada, la ejecución previa de un Due Diligence, entre otros factores.

En razón a los casos analizados previamente se evidencian con claridad determinados supuestos de responsabilidad que podrían conllevar a que el patrimonio personal de los directores que fueron partícipes del acuerdo se vea involucrado, salvo que su actuar sea considerado como una **negligencia leve**, la misma que no es sancionable. La LGS y su anteproyecto no contemplan de manera expresa los lineamientos que deben tenerse en cuenta

para diferenciar ambos tipos de responsabilidad. Si bien es cierto, la legislación societaria peruana no establece criterios específicos para determinar los elementos a tener en cuenta para atribuir responsabilidad a los miembros del directorio por actuar con negligencia grave o leve, considero que estos deben ser analizados en función a cada caso en particular, tomando en cuenta el estándar que establecen los deberes fiduciarios propios del ejercicio del cargo. Al respecto Elias, ha indicado que es un acierto que la LGS no contemple a la culpa leve como un supuesto de responsabilidad, puesto que sería complicado que un director acepte el cargo si tuviera que responder por faltas leves de diligencia (2015, p. 631).

Los directores son los encargados de establecer las estrategias de la sociedad que representan y por tal motivo al ejercer el cargo en determinadas oportunidades estarán obligados a asumir riesgos por lo que es recomendable que antes de arribar a una decisión hayan analizado las posibles consecuencias (positivas y negativas) con el objetivo de evitar asumir mayores riesgos a lo que pueden ser amparados. En razón a lo antes indicado, considero que un buen punto de partida para diferenciar un acto por negligencia leve o grave es la magnitud del riesgo asumido y su impacto frente a los resultados de la compañía.

En relación a la presente investigación la aprobación de los esquemas de planificación fiscal sin un debido sustento y respecto de los cuales en un futuro se pueda responsabilizar al directorio, clasificarían como actos contrarios a la ley y a su vez por negligencia grave, debido a que resulta necesario que estas decisiones sean tomadas con un sustento legal que las respalde, más aun tomando en cuenta las implicancias que podrían tener frente a la sociedad (multas administrativas, deudas tributarias, desconocimiento de gastos, etc) y sobre todo que el directorio no necesariamente estará conformado por expertos en materia tributaria y financiera.

Debo advertir que no es posible atribuir responsabilidad a los directores por aquellos actos que hayan generado resultados adversos a los esperados, es decir aquellas situaciones en las cuales la sociedad haya sufrido un menoscabo significativo en su patrimonio, siempre y cuando se haya actuado con una debida diligencia, esto debido a que la negligencia no debe ser analizada tomando como único criterio el resultado obtenido, puesto que es importante

que se evalúen otros factores como la conducta razonable y diligente en merito a la cual se tomó la decisión, ya que se pueden presentar escenarios que no pudieron ser previstos, como por ejemplo el que actualmente atraviesa el país a consecuencia de la pandemia ocasionada por el COVID-19. Si bien es cierto, existen situaciones que no pueden ser anticipadas es muy importante que siempre se mida el riesgo a fin de poder ponderar su magnitud.

Así mismo, los directores tienen la obligación de comunicar a la Junta General de Accionistas cualquier irregularidad que hayan podido advertir en relación al trabajo efectuado por su predecesor, ya que esta omisión es considerada como un supuesto de responsabilidad solidaria, debido a que se estaría encubriendo dichas conductas.

En tal sentido, es un acierto que la negligencia leve sea considerada un eximente de responsabilidad, pero debe ser analizada en función a la magnitud del riesgo asumido por el directorio. Es importante tener en cuenta que aquellos directores que no se encuentren de acuerdo con la decisión tomada podrán dejar constancia de su discrepancia en la misma acta o en su defecto deberán remitir una carta por conducto notarial dirigida a la sociedad a fin de salvaguardar su responsabilidad de conformidad con lo establecido en el artículo 178 de la LGS.

34. La Caducidad de la responsabilidad de los directores como mecanismo de defensa

A consecuencia de la implementación de la norma antielusiva, las empresas aseguradoras y aquellas que pudieran verse afectas vienen ideando estrategias de defensa que puedan alegar ante el inicio de un proceso administrativo sancionador, por ello considero que los mecanismos que serán alegados con mayor frecuencia son la prescripción por parte de las sociedades y la caducidad de la obligación por parte de los directores. En el presente punto, se analizará la caducidad de la responsabilidad de los directores en relación a la aprobación de actos de planificación fiscal, ya que en función a ello, podrán salvaguardar su patrimonio, debido a que esta acción de conformidad con lo establecido en el artículo 2003 del Código Civil conlleva a que se extinga el derecho y la acción correspondiente.

La LGS establece en su artículo 184 que **“la responsabilidad civil de los directores caduca a los dos años de la fecha de adopción del acuerdo o realización del acto que origino el daño, sin perjuicio de la responsabilidad penal”**. Es conveniente realizar un análisis a la norma antes mencionada, y razón a ello, debo indicar que nuestro ordenamiento jurídico en la materia objeto de análisis, no admite la interrupción, ni suspensión de plazos (artículo 2005 del Código Civil), por lo que, pese a que se inicie un proceso de fiscalización en el que se pretenda responsabilizar a los directores atribuyéndoles una responsabilidad solidaria, dicho plazo no podrá verse afectado y seguirá siendo computado. A continuación presento un ejemplo que ayudará a que el lector pueda tener un mejor panorama de lo antes mencionado:

El directorio de la empresa Ricardo S.A.A. en el 15 de noviembre del 2016 aprobó su planificación tributaria para el ejercicio económico 2017, la misma que tenía fines elusivos, ya que buscaron maximizar la rentabilidad de la compañía y poder dotar de una mayor dividendo a sus accionistas, los efectos fiscales de dicho acuerdo se materializaron el mismo año, sucede que en el 15 de enero del 2021, SUNAT inicia un proceso de fiscalización y detecta que el esquema tributario aprobado por el órgano societario tenía fines elusivos por lo que la sociedad se encontraba obligada a reparar a favor del fisco el importe de S/ 1,000,000 más los intereses legales correspondientes, por lo que aperturó un proceso administrativo sancionador contra la persona jurídica y sus directores como responsables solidarios. Nos surgen las siguientes interrogantes ¿podrá atribuírsele responsabilidad a los directores?, ¿la sociedad estará obligada a realizar el pago? En el presente caso, SUNAT no podrá atribuir responsabilidad a los miembros del directorio, debido a que está desde la fecha en que se aprobó el acuerdo (15 de noviembre del 2016) y el inicio de la fiscalización (15 de enero del 2021) han transcurrido más de dos años e incluso la sociedad no estaría obligada a realizar el pago, ya que la obligación ha prescrito al haber transcurrido más de cuatro años desde que se produjeron los efectos fiscales de dicha decisión.

El ejemplo antes indicado, no es muy distante de la realidad, y en ese sentido considero que el plazo de caducidad que establece la LGS es muy reducido, por lo que será necesario ampliarlo si el Estado busca garantizar la eficacia de la norma, más aun tomando en cuenta

que las fiscalizaciones no son inmediatas. En tal sentido, el plazo que establece el anteproyecto de la LGS es mucho más razonable, ya que prescribe que la caducidad opera luego de haber transcurrido cuatro años, desde la fecha del acuerdo o de ocurrido el acto que causo el daño.

En el escenario actual las empresas aseguradoras pueden administrar de mejor manera los riesgos que hayan sido consecuencia del actuar de los directores, incluyendo dentro de los mismos a las conductas que puedan ser consideradas elusivas, ya que sólo deberán cargar con dicha responsabilidad durante un periodo de dos años, pero que pasará si llega a aprobarse el anteproyecto de la LGS y, como consecuencia de ello, el plazo de la caducidad de la responsabilidad civil aumenta, evidentemente les generará un mayor riesgo, por lo que es muy probable que se evalúe la posibilidad de disminuir la oferta de las pólizas de responsabilidad civil D&O aumentando su valor o retirando dicho producto del mercado, debido a los altos riesgos que les genera.

En el marco normativo español el legislador amplió el plazo de la responsabilidad de dos a cuatro años y en dicho sentido modificó el artículo 241 bis de la Ley de Sociedades de Capital, estableciendo que “La acción de responsabilidad contra los administradores, sea social o individual, **prescribirá a los cuatro años a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse**”, lo que llama bastante mi atención es que esta norma no establece claramente un punto de partida para iniciar el computo de los plazos, por lo que podría generar amplias discusiones al momento de su aplicación, por ello considero que la propuesta plasmada en el artículo 165 del anteproyecto de la LGS es mucho mejor, ya que dispone el mismo plazo, pero delimita los supuestos en los cuales se iniciará el computo, siendo estos “**la fecha de adopción del acuerdo o de la realización del acto o de la omisión que originó el daño o desde que se pueda ejercer la acción**”.

En razón a lo indicado, considero que una estrategia muy usual que será utilizada por las compañías aseguradoras, en caso realicen la defensa legal de sus asegurados, es alegar la caducidad de la obligación, situación que conllevará a que los actos antielusivos ocurridos

en años anteriores no puedan ser cuestionados y que dicha responsabilidad sólo y únicamente pueda serle atribuida a la persona jurídica.

Existen diversos fundamentos que desde la perspectiva del derecho constitucional nos conducen a realizar el análisis respectivo a fin de determinar si la cláusula antielusiva general no vulnera las normas contempladas en la carta magna y, en tal sentido debo indicar que existen indicios que podrían llevarnos a indicar que la norma es inconstitucional por los factores indicados en los puntos precedentes, pero como bien sabemos, mientras la norma no sea dejada sin efecto o modificada, podrá ocasionar graves perjuicios a los directores que podrían verse afectados, debido a que la esfera de responsabilidad se ha ampliado y su patrimonio personal por mandato legal se encontrará comprometido. En tal sentido, considero que debido a las nuevas responsabilidades que se les han atribuido a los directores y los riesgos a los cuales su patrimonio puede verse expuesto ameritarían un aumento en sus dietas, tal como indica Beatriz Boza, al mencionar que "La noción del director como cargo honorífico o de estatus está quedando en el pasado, para dar paso a un mayor nivel de responsabilidad. Eso implica una mayor profesionalización y un ajuste en las compensaciones".

Hace unos años sucedió algo muy similar, puesto que al entrar en vigencia el Decreto Legislativo N° 1352, publicado 07 de enero del 2017, se dispuso poder responsabilizar al director por actos de corrupción y, a consecuencia de dicha norma entre el 2017 y 2018 las dietas de los directores aumentaron, tal cual se indica a continuación.

Tabla 5: Dietas del Directorio

Dietas directorio 2017 – 2018	
Salario anual	Aumento
Mayor a S/ 300,000.00	De 7% a 11%
S/ 150,000.00 a S/ 200,000.00	De 3% a 17%
S/ 100,000 a S/ 150,000	De 9% a 16%

Adaptado de: IPSOS PERU (2019)

Si bien es cierto el D.L. N° 1422 no se publicó hasta setiembre del 2018, sus alcances eran de conocimiento público y por ello, influyó en los aumentos antes indicados. En tal sentido,

antes de la entrada en vigencia de los D.L. N° 1352 y D.L. N° 1422, los directores sólo debían responder ante los accionistas por los daños que pudieran causar a la sociedad por un actuar negligente, pero hoy en día también tienen la obligación de responder solidaria e ilimitadamente frente al Estado por deudas y obligaciones de carácter fiscal de la compañía a la cual han asesorado. Si bien es cierto, esta responsabilidad tiene un tiempo de vigencia de dos años en concordancia con lo establecido en el artículo 184 de la LGS, surge la siguiente interrogante ¿qué pasará si dicho periodo es ampliado?, al respecto, considero que se generaría una gran incertidumbre en el mercado de los directores sean independientes o no, por lo que para salvaguardar su patrimonio personal, será necesario que las sociedades al negociar la contratación de un seguro D&O obligatoriamente contemplen la implementación de una “cláusula sunset” por lo menos por un periodo adicional de cuatro años, el cual será computado luego del vencimiento de la póliza.

Por lo tanto, estas nuevas obligaciones de índole tributario van a conllevar a que los directores independientes, ya no puedan pertenecer a la misma cantidad de directorios a los que pertenecían hasta antes de la entrada en vigencia de la cláusula antielusiva general, debido a que tendrán que revisar con mayor detenimiento las decisiones que involucren riesgos de carácter fiscal, por lo que a su vez se abre un mercado importante para los expertos en materia tributaria, puesto que los directorios se verán obligados a contratar sus servicios para poder documentar y sustentar de una mejor manera sus decisiones, situación que les demandará un mayor tiempo en el ejercicio de sus funciones y tendrán que disminuir el número de empresas a las cuales prestan sus servicios, más aun tomando en cuenta que en nuestro país los directores independientes pertenecen a un promedio de seis directorios, mientras que el promedio internacional es dos a tres directorios por director.

3.5. La obligatoriedad de una reforma societaria

De acuerdo a nuestro marco normativo constitucional el Poder Legislativo cuenta con facultades para legislar en diversas materias, el inciso 1 del artículo 102 de la Constitución señala que una de sus principales funciones es la formulación de leyes, las mismas que para su promulgación deben seguir los procedimientos formales establecidos, puesto que de lo contrario no surtirán efectos legales y en futuro podrán ser declaradas inconstitucionales. Es

importante advertir que de acuerdo al artículo 79 de la Constitución, el Congreso de la Republica se encuentra impedido de promulgar leyes que pueden aumentar o generar un nuevo gasto público, debido a que el Poder Legislativo no tiene capacidad de gasto.

El Congreso se encuentra facultado a delegar facultades al Poder Ejecutivo para que pueda legislar en materias específicas, en dicho sentido el primer párrafo del artículo 104 de la Constitución Política prescribe que *“El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa”*. Este artículo es muy importante, ya que habitualmente las reformas de carácter tributario son realizadas por el Ejecutivo, debido a que la SUNAT es un organismo adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas que conoce las carencias y debilidades de nuestra normativa tributaria, razón por la cual el ejecutivo en determinadas situaciones solicita que se le deleguen este tipo de facultades a fin de fortalecen el sistema tributario.

En el presente caso es importante hacer referencia a la Ley N° 30823, ya que a través de la misma el Congreso de la Republica, otorgó facultades al Poder Ejecutivo para que legisle sobre las siguientes materias: 1) tributaria y financiera, 2) gestión económica y competitividad, 3) integridad y lucha contra la corrupción, 4) modificar la Ley 29360, Ley del Servicio de Defensa Pública, prevención y protección de las personas en situación de violencia y vulnerabilidad y 5) modernización del Estado. La norma antes mencionada delegó la potestad de legislar en materias específicas al Poder Ejecutivo y en cumplimiento de dicha disposición se promulgó con fecha 13 de setiembre del 2018 el Decreto Legislativo 1422 que en cumplimiento a lo dispuesto en el punto 1) involucró una reforma a diversos artículos del Texto Único Ordenado del Código Tributario. La norma contempla la atribución de nuevas responsabilidades al directorio, las cuales considero no debieron haberse incluido, ya que el Poder Ejecutivo no contaba con facultades expresas para legislar en materia societaria, pero pese a ello se dispuso lo siguiente:

Tercera Disposición Complementaria Final

Aprobación de los actos, situaciones y relaciones económicas a realizarse en el marco de la planificación fiscal. **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.**

Disposición Complementaria Única

Los actos, situaciones y relaciones económicas realizadas en el marco de la planificación fiscal e implementada a la fecha de entrada en vigencia del Decreto Legislativo **que sigan teniendo efectos, deben ser evaluados por el directorio de la persona jurídica para efecto de su ratificación o modificación.**

Lo dispuesto en el párrafo anterior es sin perjuicio de que la gerencia u otros administradores de la sociedad hubieran aprobado en su momento los referidos actos, situaciones y relaciones económicas.

El plazo para la ratificación o modificación de los actos, situaciones y relaciones económicas antes mencionadas vence el 29 de marzo de 2019.

Las disposiciones que contempla el D.L. N° 1422, configuran nuevas obligaciones al directorio por lo que se debió modificar la Ley N° 26887 – Ley General de Sociedades mediante una reforma legislativa realizada directamente por el Poder Legislativo o a través de una delegación de facultades expresa a favor del Poder Ejecutivo, dado que es un completo absurdo que estas nuevas disposiciones se hayan incluido dentro de una normativa de carácter fiscal. Particularmente considero que de no objetarse esta grave omisión significaría aceptar la transgresión del artículo 104 de la Constitución, puesto que las facultades delegadas al Poder Ejecutivo sólo pueden ser empleadas para legislar en las materias específicas que fueron objeto de delegación, ya que de lo contrario se estaría atentando contra el equilibrio de los poderes del Estado. El legislador español a diferencia nuestra tomó en cuenta la necesidad de realizar una reforma de carácter societario y modificó su Ley de Sociedades de

Capital atribuyéndoles mayores obligaciones a los miembros del Consejo de Administración con la finalidad de garantizar el estricto cumplimiento de sus deberes fiduciarios.

La norma bajo discusión, a su vez contempla, una exigencia aplicable para actos ocurridos con anterioridad, ya que otorga un plazo perentorio (29 de marzo del 2019) para que los directorios ratifiquen los actos de planificación fiscal que a la fecha sigan surtiendo efectos. Este hecho transgrede la constitución, ya que no es posible que se busque atribuir una nueva obligación con la manifiesta intención de que el Estado en un futuro pueda iniciar un procedimiento administrativo sancionador en función de la información que le pudiese ser proporcionada por los contribuyentes, debido a que toda norma de conformidad con lo establecido en el artículo 103 de Constitución se aplica situaciones jurídicas existentes y no tiene efectos retroactivos, salvo en materia penal siempre y cuando favorezca al reo.

Los puntos antes indicados fueron cuestionados por el grupo de trabajo encargado del control constitucional sobre actos normativos del Poder Ejecutivo mediante el informe N° 63/2019, quienes indicaron que para atribuir nuevas facultades al directorio se requiere de una reforma de carácter societario y en dicho sentido el Congreso de la Republica no le otorgó facultades al Poder Ejecutivo, por lo que lo correcto era que se modifique la LGS respetando los procedimientos y lineamientos que establece la Constitución Política. Al respecto, debo indicar que por más que se realice la modificación pertinente a la normativa societaria, no es posible que por ningún motivo se pueda imputar una responsabilidad administrativa a la sociedad e incluir como responsables solidarios a los miembros del directorio por actos ocurridos con anterioridad a dicha reforma legislativa, puesto que este tipo de normas no pueden ser aplicadas con efectos retroactivos, ya que incluso es importante tener en cuenta que diversas empresas en su oportunidad formularon su estrategia fiscal bajo el estricto cumplimiento de la normativa legal que en aquel entonces se encontraba vigente.

Por lo antes mencionado, debo indicar que considero que es justo que se sancionen a las empresas que incurran en actos elusivos, pero para ello se debe respetar el marco normativo constitucional, y en dicho sentido el Estado Peruano, debe tener en cuenta que no necesariamente el directorio es quien formula y estructura los esquemas de planificación

fiscal de la sociedad e incluso no todos sus miembros tienen los conocimientos y experiencia necesaria para tales fines, por lo que en la mayoría de los casos las grandes empresas cuentan con áreas especializadas para dicho fin o en su defecto recurren a consultores expertos en la materia, por ello considero que no sólo se debe responsabilizar a los miembros del directorio, y en tal sentido podemos tomar como referencia a la NAG Colombiana que dispuso que la responsabilidad pueda ser atribuida a cualquier persona natural que haya sido partícipe de la comisión del acto jurídico antielusivo.



CONCLUSIONES

Luego de haber analizado la norma antielusiva peruana y su efecto en las compañías de seguro y reaseguros, desde una perspectiva societaria, tributaria y de buen gobierno corporativo he arribado a las siguientes conclusiones que a su vez pueden ser tomadas en cuenta por empresas de otros rubros.

- La norma antielusiva amerita ser modificada, debido a que bajo su concepción actual podría conllevar a la vulneración de los principios constitucionales de legalidad, reserva de ley y derecho al debido proceso, tal como ha sido advertido por el grupo de trabajo encargado del control constitucional sobre actos normativos del Poder Ejecutivo mediante el informe N° 63/2018-2019 de fecha 29 de noviembre del 2018.
- El legislador chileno dio importancia al derecho a un “debido proceso” al momento de estructurar su NAG, ya que el órgano a cargo de determinar si un acto se configura como elusivo o no es un organismo independiente y autónomo, lo cual conlleva a brindar una mayor seguridad jurídica a las partes, puesto que no es correcto que el órgano a cargo de imponer la sanción se encuentre bajo subordinación de la Administración Tributaria. Por lo tanto, el órgano resolutorio no debe actuar como juez y parte dentro del proceso.
- La normativa colombiana no limita la responsabilidad solidaria solo a los directores, ya que esta responsabilidad puede ser atribuida a todas las personas naturales que hayan intervenido para que el acto jurídico elusivo se haya materializado. Esto es bastante importante, ya que no sólo el directorio es quien realiza los actos de planificación fiscal, dado que en la mayoría de los casos son estructurados por profesionales especializados en materia financiera, societaria o tributaria que no necesariamente forman parte del directorio.
- Los directores no siempre son los encargados de realizar los actos de planificación fiscal, ya que las empresas de seguros y otras de diversos rubros cuentan con áreas mucho más especializadas que podrían realizar dicha labor con mayor eficiencia, como por ejemplo:

la gerencia central de finanzas, gerencia integral de gestión de riesgos, gerencia financiera y de planeamiento estratégico, entre otras. Por la tanto, considero que la obligación de aprobar los planeamientos tributarios no solo debe recaer en el directorio, debido a que algunos directores suelen ser contratados por sus conocimientos técnicos y podrían desconocer el marco regulatorio tributario, por lo que es irracional atribuirles exclusivamente dicha responsabilidad.

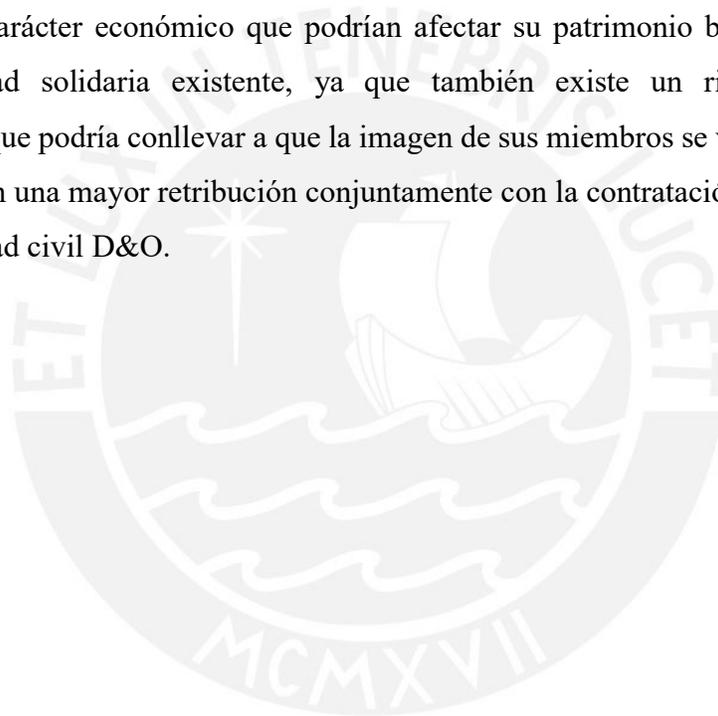
- El legislador español modifico su Ley de Sociedades de Capital, atribuyéndole al directorio la obligación de “determinar la política de control y gestión de riesgos, incluidos los fiscales”, lo cual es correcto, ya que la atribución de este tipo de responsabilidades necesariamente amerita una reforma de carácter societario, lo cual en nuestro marco normativo no ha sucedido, ya que al directorio se le atribuyo la obligación de aprobar los esquemas de planificación tributaria mediante una modificación de carácter fiscal.
- El Decreto Legislativo N° 1422 promulgado por el Poder Ejecutivo corre el riesgo de ser declarado inconstitucional, debido a que el Poder Legislativo mediante Ley N° 30823 sólo le otorgó facultades expresas para legislar en materia tributaria y financiera con el objetivo de que se implementen las prácticas recomendadas por OCDE (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos) y la GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional) para combatir la elusión y evasión fiscal, pero el Poder Ejecutivo **cometió un exceso al atribuir nuevas obligaciones al directorio** disponiendo en la tercera disposición complementaria final que dicho órgano societario sea el encargado de definir la estrategia fiscal de la sociedad y que dicha facultad es indelegable.
- No es posible aplicar retroactivamente la cláusula antielusiva general, más aun tomando en cuenta que se pretenden fiscalizar actos de planificación fiscal anteriores al 19 de julio del 2012, sobre todo teniendo en cuenta que el artículo 8 de la Ley N° 30230 de fecha 12 de julio del 2014 suspendió los efectos de la NAG hasta que el Poder Ejecutivo defina los parámetros de forma y fondo para su aplicación. A su vez, no es posible responsabilizar a los miembros del directorio por actos de planificación fiscal ocurridos con anterioridad a

la publicación del reglamento, ya que incluso la norma originaria (artículo 3 del D.L. 1121) no contempló dentro de sus disposiciones un régimen de responsabilidad compartida entre la sociedad y este órgano societario.

- Las pólizas de responsabilidad civil de D&O hoy en día son contratadas sólo por el 2% de las empresas peruanas, pero debido a la implementación de la cláusula antielusiva general es muy probable que su demanda aumente. Este seguro cumple un rol fundamental, ya que genera tranquilidad y confianza a los directores al momento de tomar alguna decisión, puesto que **protege su patrimonio personal**, debido a que a consecuencia de un acto culposo o negligente puede atribuírsele responsabilidad y, en razón a ello deben indemnizar a la sociedad o tercero (Estado) que pudo verse afectado a consecuencia de dicha decisión. En tal sentido, es importante que quien contrate este seguro (empresa o director) tenga en cuenta los limes de su cobertura, ya que debe ser lo bastante amplia para garantizar su efectividad, para su cobertura no debe tenerse en cuenta la fecha del acuerdo o en que surgieron sus efectos, sino el momento que se inició el proceso administrativo sancionador, por lo que es importante que la vigencia de esta póliza tenga un periodo adicional que brinde cobertura a los reclamos que se realicen con posterioridad al cese del cargo del director. En lo particular considero que el periodo a tomar en cuenta debe ser por un mínimo de dos años que es concordante con el plazo de caducidad establecido en el artículo 184 de la LGS.
- Es un acierto que el legislador haya contemplado a la negligencia leve como un eximente de responsabilidad, debido a que esta exención permitirá que los directores puedan tomar decisiones con una mayor tranquilidad. Este tipo de negligencia puede ser diferenciada de la negligencia grave en función a la magnitud del riesgo asumido y el perjuicio ocasionado, para ello, no sólo debe tomarse en cuenta el resultado obtenido, sino también a aquellos factores que fueron tomados en cuenta para que el órgano societario haya arribado a dicha decisión.
- La caducidad de las responsabilidades de los miembros del directorio en nuestra legislación es de dos años de acuerdo a lo prescrito en el artículo 184 de la LGS, por lo que dicha

norma al contemplar un periodo de tiempo tan reducido se convertirá en un elemento de defensa que será comúnmente invocado por los directores a quienes SUNAT pretenda atribuirseles responsabilidad solidaria por haber aprobado esquemas de planificación fiscal con fines elusivos anteriores al 06 de mayo del 2019 de acuerdo lo indicado por la Séptima Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 145-2019-EF que aprobó los parámetros de fondo y forma para la aplicación de la norma anti-elusiva general contenida en la Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario.

- La imputación de un acto elusivo a los miembros del directorio no sólo les puede generar pérdidas de carácter económico que podrían afectar su patrimonio bajo el régimen de responsabilidad solidaria existente, ya que también existe un riesgo de carácter reputacional que podría conllevar a que la imagen de sus miembros se vea afectada por lo que solicitaran una mayor retribución conjuntamente con la contratación de una póliza de responsabilidad civil D&O.



RECOMENDACIONES

Hoy en día es recomendable la contratación de pólizas de responsabilidad civil D&O para salvaguardar el patrimonio personal de los directores, puesto que ha consecuencia de la entrada en vigencia de la cláusula antielusiva general su esfera de responsabilidad se ha ampliado y en consecuencia responderán de manera solidaria por los actos de planificación fiscal agresiva efectuadas por la sociedad. En nuestro ordenamiento jurídico la contratación de esta póliza ayudará a que los directores puedan desempeñar sus labores de una manera más eficiente, ya que ante un reclamo contarán con el respaldo de la compañía aseguradora.

En contraprestación por sus servicios los directores son remunerados mediante dietas, cuyo valor de acuerdo a la política salarial de la sociedad podría encontrarse supeditados a sus resultados económicos, por lo que en la actualidad los directores tendrán que dedicar un mayor tiempo al análisis de la información que les es proporcionada para tomar decisiones acertadas referentes a la planificación fiscal y, en razón a ello, es necesario que recurrirán a especialistas en la materia a fin de obtener un informe que respalde su decisión a fin de salvaguardar su responsabilidad en el futuro.

Así mismo, existen otros mecanismos como la implementación de programas de cumplimiento que ameritaría una nueva investigación, por lo que a continuación procedo a mencionar algunas de las líneas que deben tenerse en cuenta para futuras investigaciones.

A. Los programas de cumplimiento normativo como mecanismos alternativos para la prevención de actos elusivos

Esta herramienta cumple un rol preventivo, por lo que coadyuvará a poder administrar, de una manera más eficiente, los riesgos tributarios, más aun tomando en cuenta que la cláusula antielusiva general ha entrado en vigencia y que a su vez dispone un régimen de responsabilidad solidaria con los miembros del directorio que participaron en los actos de planificación fiscal.

El Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas dispone que el directorio tiene la función de aprobar la política integral de gestión de riesgos de la compañía y, en razón a ello, considero que el directorio deberá ser el encargado de aprobar el “Programa de Cumplimiento Normativo Tributario” propuesto como medida para evitar que al interior de las sociedades se planifiquen actos elusivos, sobre todo en las empresas del sector Bancario y Seguros, que por su actividad, realizan diversas operaciones de subcapitalización con empresas vinculadas que no necesariamente se encuentran domiciliadas en nuestro país, por lo que podrían valerse de esta figura para diluir su rentabilidad a través de estas empresas mediante actos elusivos.

Un modelo a seguir por el cual me inclinaría para implementar un programa de cumplimiento normativo es la norma “UNE 19602:2019”, que establece un estándar que conlleva a la creación de un órgano de compliance tributario al interior de la sociedad con el propósito de que se administren de manera eficiente los riesgos que pudieran acontecer como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones fiscales. Al respecto, considero que la implementación de un programa como este coadyuvará a que las sociedades conozcan ex-ante los riesgos tributarios a los que se encuentran expuestas como consecuencia de las decisiones de los órganos de administración financiera, que no necesariamente forman parte del directorio, pero son quienes elaboran los esquemas de planificación fiscal que es remitido al directorio para su posterior aprobación. Para ello, debe desarrollarse una matriz de riesgos fiscales y luego establecer los mecanismos de control internos necesarios para evitar la imposición de infracciones administrativas e incluso sanciones penales, puesto que podrían estar cometiéndose delitos de defraudación tributaria al interior de la sociedad.

La alternativa se fundamenta en que los actos elusivos deben ser erradicados, y por ello, es necesario que desde el interior de la sociedad se implementen medidas que los restrinjan, puesto que el perjuicio no solo es causado al Estado, sino a toda la población en general. Para ello, es necesario que el sector privado y público trabajen en conjunto un Código de Buenas Prácticas Tributarias que incentive una relación de cooperación y lucha contra la elusión tributaria, siendo necesario para ello, que ambas partes se muestren con transparencia y buena fe y en conjunto absuelvan cualquier ambigüedad existente en la normativa actual e incluso

propongan mejoras en beneficio de la Administración Tributaria y los contribuyentes, pudiendo por ejemplo, complementar los cinco esquemas de alto riesgo fiscal que publicó SUNAT, sobre todo tomando en cuenta que la norma antielusiva es genérica por lo que requiere de cimientos sólidos que contribuyan a su efectividad.

Los mecanismos propuestos deben ser validados y aprobados por SUNAT, y en razón a lo antes indicado, nuestros legisladores deberán evaluar la posibilidad de equiparar sus beneficios con los que se ofrecen en materia penal en la Ley N° 30424, ya que su implementación podría ser considerada como una situación atenuante o eximente de responsabilidad de los directores en la medida que no hayan incurrido en actos de planificación dolosa, puesto que no necesariamente la totalidad de sus integrantes son expertos en materia tributaria, debido a que podría darse el caso que la gran mayoría hayan sido nombrados por la Junta General de Accionistas por sus conocimientos técnicos y experiencia en relación al objeto social de la compañía.

En razón a lo antes indicado, es importante que en la hoy en día las grandes empresas evalúen la inclusión de un sistema de cumplimiento normativo en materia tributaria, ya que esta herramienta les permitirá estructurar un mapa de riesgos y conocer sus obligaciones frente al fisco, cuyo cumplimiento será controlado por un trabajador designado para tales fines, cuyas funciones serán similares a las de un auditor independiente.

En tal sentido, considero que la presente propuesta debe motivarnos a realizar una nueva investigación en este sentido, ya que incluso puede ser la solución para romper la muralla existente entre la SUNAT y los contribuyentes, debido que involucra una gestión más eficiente y responsable que a su vez ayudará a mitigar los riesgos fiscales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alfaro, M. (2008) “Apuntes sobre el gobierno corporativo en el Perú”. Foro Jurídico. Lima, número 08, pp. 96-104.
- Arias, L. (2018). El Perú hacia la OCDE - La agenda pendiente para la política tributaria 2018-2021. Recuperado de <http://cooperacion.org.pe/wp-content/uploads/2018/09/17071-El-Peru-hacia-la-OCDE-CORR-web.pdf>
- Avila, I. (s.f) “El seguro de responsabilidad civil de los administradores D&O”. *Revista de Responsabilidad Civil y de Seguros*, pp. 11-24. Recuperado de <http://www.hispacolex.com/wp-content/uploads/documents/pdf/Articulo%20Irene%20Avila%20Villegas.pdf>
- Becerra, F. (2018). El compromiso del Peru con el marco inclusivo BEPS y su inclusión al instrumento Multilateral. *Revista Análisis Tributario*, 366, 10-13.
- Calderon, A. (2010). Levantamiento del velo corporativo, Panoramas y Perspectivas. El caso Colombiano. En Anzola, M, et al., (2010). *Desconocimiento de la personería jurídica en materia tributaria* (pp. 319-341).
- Cattenao, I & Burgos, J. (2016). Aplicación de la Norma General Antielusión en Chile. *Revista de Administración Tributaria*, 41, 19-32.
- Corcoy, B. (2014). Algunas Cuestiones Político-Criminales sobre la Corrupción Privada. En Mir, S. & Corcoy, M. & Gomez, V., *Limites y Eficacia de los Compliance* (pp. 161-194).
- Denegri, M. (2011). La pretensión de responsabilidad: Análisis comparativo entre el Companies Act 2006 Ingles y la Ley General de Sociedades Peruana. *THĒMIS-Revista De Derecho*, (59), 145-158.
- Díaz, E. (2007) “Marco de análisis del gobierno corporativo de una empresa en el Perú”. *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*. Lima, número 64, pp. 93-114.
- Elias, E. (2015). *Derecho Societario Peruano. Ley General de Sociedades del Perú*. 2º ed. Lima: Gaceta Jurídica.
- Escobar, F. (2012). El perverso efecto de la responsabilidad objetiva: el caso de los directores de las sociedades que cotizan en bolsa. *THĒMIS-Revista De Derecho*, (62), 205-222. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9021>
- Espinoza, J. (1998). Algunas consideraciones respecto de la responsabilidad de los directores y gerentes de una sociedad y el problema del denominado abuso de la mayoría. *THĒMIS-Revista De Derecho*, (37), 47-50.
- EY Abogados. (Ed.). (2015). *Clausula General Antiabuso Tributaria en España: Propuesta para una mayor seguridad jurídica*. Recuperado de <http://www.fundacionic.com/wp-content/uploads/2016/02/C1%C3%A1usula-General-Antiabuso-Tributaria-en-Espa%C3%B1a-Propuestas-para-una-mayor-seguridad-jur%C3%ADdica.pdf>

- Flores Konja, J., & Rozas Flores, A. (2014). El gobierno corporativo: un enfoque moderno. *Quipukamayoc*, 15(29), 7 - 22. Recuperado de <https://doi.org/10.15381/quipu.v15i29.2065>
- García, C. (2008). Cláusula general anti - elusiva y la norma VIII peruana. *THĒMIS-Revista De Derecho*, (55), 327-338. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9241>
- Gamarra, C. (2018). Análisis De La Cláusula General Antielusiva En El Perú Y Propuesta Para Su Reformulación. Universidad de Lima, Lima, Peru. Recuperado de http://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/ulima/6271/Gamarra_Acevedo_Carmen_Rosa.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Instituto Peruano de Derecho Tributario. (22 de abril de 2019). *XIV Jornadas de Derecho Tributario. La Cláusula Antielusiva General en el Ordenamiento Peruano.* <https://www.ipdt.org/resolucion-de-las-xiv-jornadas-nacionales-de-derecho-tributario-la-clausula-antielusiva-general-en-el-ordenamiento-peruano/>
- Isaza, M. (2009). Algunos aspectos relacionados con el seguro de responsabilidad civil para directores y administradores – D&O, el Colombia. *Revista Ibero-Latinoamericana de seguro*, 18 (31), 33-58.
- Juárez, A. (2016). Análisis y comentario del delito de administración fraudulenta. *Revista de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Alas Peruanas*. 14 (17), 189 – 219.
- Jugo, A. (2011). La Responsabilidad civil de los directores de las sociedades anónimas en el Perú. Universidad Mayor de San Marcos, Lima, Peru.
- Lopez, L. (2014). La importancia del seguro de directores y administradores frente al régimen de la responsabilidad de la ley 222 de 1995. *Revista de la Universidad de Bogotá (Colombia)*, 11, 62-87.
- Lujan. A. (2019). Breve aproximación al alcance de la polémica norma antielusiva general peruana. *Revista IUS 360*, 1-20. Recuperado de <http://ius360.com/publico/tributario/breve-aproximacion-al-alcance-de-la-polemica-norma-antielusiva-general-peruana/>
- Martinez, C. (2013). El directorio: funciones, facultades, obligaciones y régimen de responsabilidad. *Revista Contadores & Empresas*, 218, 62-64.
- Medrano, H. (1987). Responsabilidad tributaria de los directores de sociedades anónimas. *THĒMIS-Revista De Derecho*, (7), 21-32. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10666>
- Núñez, A. (2017). *Los secretos de los seguros*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Peru.
- Orellana, C., & Azúa, D. (2015). Gobiernos corporativos y el fraude tributario: un análisis teórico y dos estudios de casos. *CAPIC REVIEW*, 13, 101-110. Recuperado de <https://doi.org/10.35928/cr.vol13.2015.48>
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2004). *Principios de Gobierno Corporativo*. Paris: OECD.

- Osorio, L. (2017). El Proyecto BEPS y la perspectiva Latinoamérica. *Revista Enfoque Internacional del Análisis Tributario*, 14, AELE, Lima.
- Prebble Z. & Prebble J. (2015). Comparando la Norma Anti-elusiva General de la Ley del Impuesto a la Renta con la Doctrina del Abuso de Derecho del Civil Law (Parte II). *Revista IUS ET VERITAS*, 51, 16-31. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15649>
- Puga, M. (2007) “Buen gobierno corporativo y regulación en el Perú”. *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*. Lima, número 64, pp. 75-91.
- Ramos, J. (2015). El Proyecto BEPS de la OCDE y el Mito del Fin de la Planificación Fiscal Internacional: Un Enfoque Crítico a Propósito de los Final Reports 2015. *Derecho & Sociedad*, (45), 375-396. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/15255>
- Rivera, M & Loli, G. (2015). “Situaciones extremas, requieren medidas extremas...”. La Poliza D&O y la responsabilidad de los gerentes y administradores frente a situaciones extremas. *Revista Advocatius*, 32, 341-350.
- Rocca, L. (2008). Buen gobierno y auditoría interna en España. En Córdova, F. (Ed.) *Derecho de sociedades y gobierno corporativo* (pp. 327-349). Lima, Grijley.
- Ruiz, F. (Ed.). (2019). *Derecho tributario: Temas basicos*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Peru.
- Salas, J. (Ed.). (2019). *Sociedades reguladas por la ley general de sociedades*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Peru.
- Sarmiento, P. 2017. Procedimiento para aplicar la cláusula general antiabuso. *Revista de Derecho Fiscal*. 10 (jul. 2017), 135-152.
- Signorino, A. (2013). Los Seguros de Responsabilidad Civil de Directores y Gerentes: La utilidad que brinda su cobertura. *Revista Ibero – Latinoamerica de Seguros*, 39 (22). 13-26. Recuperado de <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/iberoseguros/article/view/11263/9973>
- Tarsitano. (2018). La Elusión Fiscal y la Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario. *Revista IUS ET VERITAS*, 49, 40-49. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/13613/14236>
- Vergara Quezada, G. (2016). Análisis crítico de la norma antielusiva genérica de la Ley N° 20.780. *Revista de Estudios Tributarios*, (12), pág. 151-179. Recuperado de <https://revistaestudiostributarios.uchile.cl/index.php/RET/article/view/40410/41956>
- Villanueva, W. (2017). Planificación Fiscal Agresiva, el nuevo paradigma de la norma de precios de transferencia y la elusión en el Código Tributario. *Revista IUS ET VERITAS*, 54, 244-259.
- Villasmil, M. (2017). La planificación tributaria: Herramienta legítima del contribuyente en la gestión empresarial. *Revista Dictamen Libre*, 20, 121-128. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6154121>

- Villegas, C (1999). Responsabilidad de los directores y gerentes de las empresas frente a la administración tributaria. Recuperado de https://derecho.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/6_responsab_solidar.pdf
- Wahn, W. (2017). Hacia una interpretación jurídica de la economía de opción y el abuso en la norma general antielusión del código tributario. *Revista de Estudios Tributarios*, 18, 127-159.
- Wigodsk, T. (s.f.). Los deberes del director de empresas y principales ejecutivos. Recuperado de <https://www.dii.uchile.cl/~ceges/publicaciones/ceges61.pdf>
- Zuzunaga, F. (2013). ¿La cláusula antielusiva general vulnera la Constitución Peruana? *Instituto Peruano de Derecho Tributario*, 53, 23-66. Recuperado de https://www.ipdt.org/uploads/docs/02_Rev53_FZDP.pdf
- Zuzunaga, F. (2019). *Nuevas obligaciones y responsabilidades de los directores y administradores a propósito de la entrada en vigencia de la CAG* [Diapositivas de Power Point]. Recuperado de <https://drive.google.com/file/d/1-ak99G1YUmQ1xYvrrr1wv-bSIrS45PWG/view?usp=sharing>

