



Dos mundos que se integran en un gran banco!



En el Banco Wiese se unen el maravilloso mundo del arte, de nuestra cultura, con el dinámico mundo de una banca eficiente, segura. Por algo, el WIESE... es el WIESE!



BANCO WIESE



para gente como usted.

EL REGIMEN TRIBUTARIO DE LAS EMPRESAS INSOLVENTES

César Luna-Victoria León
Profesor de Derecho Mercantil
y Derecho Tributario
Pontificia Universidad Católica

El presente artículo intenta desarrollar una propuesta para el tratamiento tributario de la empresa que deviene insolvente. De acuerdo con el esquema de la ley de reestructuración empresarial, producida la situación de insolvencia se dan dos posibilidades: o bien se atiende el pago a los directores acreedores que pudieran existir o bien se busca reactivar la empresa. Para optar por una de estas alternativas se requiere de una actitud previa, siendo inclusive posible la conciliación de intereses (los de los acreedores, especialmente el tributario, y los de los trabajadores).

Un análisis pertinente, por tanto, debe comprender la ubicación de la deuda tributaria para su pago efectivo, la refinanciación de deudas y una crítica a la condonación y a los límites a los beneficios tributarios, así como a su eficacia como incentivo a la reestructuración empresarial. Todo ello es tratado por el autor a la luz de la actual política económica del Estado.

I. ALCANCE DEL TEMA¹.

En términos generales, la empresa insolvente no tiene un régimen tributario orgánico. En ese sentido, no podemos referirnos a un régimen tributario de las empresas insolventes. Sin embargo, existen cuando menos tres situaciones cuyo tratamiento es principalmente tributario y que, de algún modo, establecen perfiles de lo que sería o debería ser un régimen tributario. El primero de esos temas es el de los privilegios que gozan determinados acreedores y la prelación para cobrar sus créditos, en el que resulta de particular importancia determinar la ubicación de la deuda tributaria.

El segundo tema es el de la refinanciación de las deudas, en el que se debate si la deuda tributaria puede ser tratada exactamente igual que las demás, incluyendo la posibilidad de capitalizarla o condonarla parcialmente. Normas recientes han precisado los límites de aplazamiento y fraccionamiento. El último tema es el de los incentivos y beneficios tributarios de que pueden gozar las empresas insolventes.

II. EL PRIVILEGIO Y LA PRELACION.

Es en la empresa insolvente donde el tema del privilegio y la prelación de acreedores tiene im-

¹ La empresa insolvente es aquella reconocida como tal por la Comisión de Simplificación del Acceso y Salida del Mercado del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) o por las entidades a las que esa comisión hubiese delegado funciones. El régimen legal es el previsto en la Ley de Reestructuración Empresarial (Decreto Ley N° 26116 del 28 de diciembre de 1992) y su reglamento (aprobado por Decreto Supremo N° 044-93-EF del 18 de marzo de 1993).

portancia. En efecto, mientras la empresa es solvente, esto es, mientras tiene capacidad de pago, es irrelevante el lugar que ocupa un acreedor, porque siempre tendrá la posibilidad de cobrar su crédito. El problema sólo se presenta en la empresa insolvente, porque en este caso los activos no son suficientes para pagar todos los créditos o a todos los acreedores. Por eso resulta necesario establecer un orden entre los acreedores, para determinar a quiénes se les paga primero y a quiénes se les deja de pagar.

Por la importancia que tienen los conceptos en este asunto, habrá que indicar que «privilegio» y «prelación» no son conceptos sinónimos, aun cuando en varias de las normas se utilizan como tales. «Privilegio» supone una preminencia absoluta. Se es privilegiado por razón de uno mismo, sin más requisito que ser uno mismo, por tanto no requiere o no debiera requerir mayor formalidad. Por ello, el «privilegio» es más una condición del sujeto acreedor que una característica de su crédito. Aplicando este concepto al tema de los créditos, el acreedor privilegiado excluye a todos los demás que no sean de su misma naturaleza, aun cuando los créditos de éstos últimos hubiesen sido constituidos antes, y ese privilegio no está condicionado sino a la prueba de la existencia del crédito. Es el caso del privilegio de los trabajadores por los créditos laborales.

Situación jurídicamente diferenciable es la de la «prelación». En este caso, la preminencia no es absoluta. No existe preminencia en abstracto, no se es preminente por sí mismo, sino frente a otros. Cuando hay «prelación», existe «preferencia», que es una característica del crédito mismo y no del acreedor titular de ese crédito. Tratándose de créditos, el acreedor con garantía real (prenda o hipoteca), tiene preferencia de pago sobre los demás acreedores, pero no a título personal, sino respecto de la liquidación (remate) de los bienes gravados con la garantía. Para que surta efectos la preferencia, se exige usualmente una formalidad (no sólo la prueba de la existencia del crédito); es el caso de la inscripción de la garantía (que además es una condición solemne para que exista el

derecho real). Sin embargo, esa «prelación», esa preferencia, sólo es oponible a los acreedores comunes. No surte efecto, por ejemplo, contra los acreedores laborales, porque éstos tienen «privilegio».

2.1. El privilegio del crédito laboral.

En el régimen de la empresa insolvente, hubo siempre un privilegio indiscutido: el de los acreedores laborales. Ese privilegio, además, tiene rango constitucional². Toda la legislación sobre el tema, siguiendo a la Constitución, otorga siempre el primer lugar al crédito laboral. A pesar de que en los textos constitucionales se utilizó el concepto «preferencia» o «prioridad», se trata sin duda de un «privilegio».

Se afirma que hay privilegio porque la preminencia del acreedor laboral excluye a todos los demás acreedores, sin formalidad alguna, aun cuando se trate de créditos anteriores. El privilegio laboral tiene preminencia incluso sobre los acreedores con garantías reales, como ha quedado anotado en el rubro anterior.

2.2. El acreedor tributario. Antecedentes.

Ni el acreedor ni el crédito tributario tuvieron reconocimiento especial hasta la promulgación del Código Tributario en diciembre de 1993³. No obstante, ante diversos dispositivos legales reconocieron una determinada prelación, usualmente después del acreedor laboral y, en su caso, del crédito por alimentos. Fue el caso, por ejemplo, de la antigua Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros⁴.

Pero la ubicación preferente del crédito tributario delante de todos los demás créditos no laborales, era sólo aparente. El sistema entendió que esa prelación no alcanzaba a los créditos garantizados con derechos reales (prenda o hipoteca). Para éstos últimos, se aplicaba el derecho que el acreedor real tiene preferencia para cobrar su crédito del producto del remate del bien que está gravando⁵. Como el crédito tributario no tiene el mismo

² El Art. 49 de la Constitución de 1979 estableció que «... el pago de las remuneraciones y beneficios sociales de los trabajadores es, en todo caso, preferente a cualquier otra obligación del empleador...». Igual norma ha sido recogida en el Art. 24 de la Constitución vigente, que establece que «... el pago de la remuneración y los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador...».

³ Dispuesta por el Decreto Legislativo N° 773 vigente a partir del 1 de enero de 1994.

⁴ Art. 338 del Decreto Legislativo N° 637 del 25 de abril de 1991.

⁵ Art. 1068 del Código Civil respecto de la prenda y Art. 1097 del mismo código respecto de la hipoteca.

sustento constitucional que el del acreedor laboral, se interpretó que la prelación del crédito tributario sólo era general respecto de los acreedores comunes.

La modificación del Código Tributario en 1992⁶ replanteó el tema. En virtud del Art. 6 de ese Código:

«... el acreedor tributario tendrá preferencia sobre los demás acreedores, excepto en los casos de alimentos, beneficios sociales, hipoteca u otra garantía real inscrita en el correspondiente registro, preexistente a la notificación de la deuda tributaria...».

Esta norma intentó resolver el problema de la prelación entre el crédito tributario y el crédito garantizado con derecho real, estableciendo una misma categoría para estos créditos, en cuya virtud la preeminencia de uno sobre otro dependía de una formalidad. En el caso del crédito con garantía real, la formalidad exigida era la inscripción en el registro, en tanto que para el crédito tributario se exigía la notificación al deudor. La antigüedad en el cumplimiento de la formalidad era el criterio para determinar la prelación.

Sin embargo, la Ley de Reestructuración Empresarial replanteó radicalmente el tema, reconociendo al crédito tributario preferencia frente a los créditos garantizados con derechos reales (Art. 7). A diferencia del Código Tributario anterior, el acreedor tributario en el régimen de la Ley de Reestructuración Empresarial gozaba de privilegio por sí mismo, no requería ninguna formalidad (ya no se exigía la notificación previa de la deuda) y su prelación sobre los créditos garantizados con derechos reales era total, incluso respecto de aquellos derechos inscritos antes del origen del crédito tributario.

Habría que precisar, no obstante, que el privilegio no se extendía a todos los créditos tributarios, sino tan sólo a aquellos que hubiesen tenido como origen tributos (inc. 3 del Art. 7). Evidentemente se trató de un error, porque la deuda tributaria no sólo tiene como origen los tributos, pues integra también las multas por el incumplimiento de obligaciones formales y los intereses sobre unos y otros según el Art. 28 del Código Tributario aprobado por Decreto Ley N° 25859, vigente en la fe-

cha en que se publicó la Ley de Reestructuración Empresarial. Posteriormente, el código vigente incorporó al concepto de deuda tributaria los importes correspondientes al recargo por reclamación inoficiosa, aplicable a los reclamos infundados o improcedentes que presenten los deudores tributarios⁷.

Todos estos últimos conceptos, siendo formalmente parte de la deuda tributaria, no podían estar comprendidos dentro del privilegio establecido por la Ley de Reestructuración Empresarial que, según su texto, sólo se aplicaba sobre la parte de la deuda originada por la falta de pagos de tributos. Tratándose de una norma que creaba un privilegio (al crédito cuyo origen eran los tributos), evidentemente restringía derechos (las de los demás acreedores) y en tal virtud sólo podía ser interpretada de manera restrictiva, sin estar admitida su aplicación por analogía, conforme lo dispuesto por el Art. IV del Título Preliminar del Código Civil.

III. EL CONFLICTO ENTRE EL CREDITO TRIBUTARIO Y EL CREDITO CON GARANTIA REAL.

Vigente la Ley de Reestructuración Empresarial, los acreedores cuyos créditos estaban garantizados con derechos reales reclamaron lo que, en su opinión, significaba no sólo una violación de los derechos reales, sino una práctica que ponía en peligro todo el sistema financiero.

Evidentemente, el problema no era de interpretación legal. Existían intereses en conflicto entre dos grupos de acreedores (la Administración Tributaria y las entidades del sistema financiero, éstas últimas usualmente acreedoras de créditos garantizados con derechos reales). El conflicto no podía ni debía ser resuelto analizando las instituciones jurídicas. De lo que se trataba era que la sociedad, en su conjunto, estableciera qué tipo de créditos deseaba privilegiar.

Por un lado, el sistema financiero había venido operando bajo la certeza de que sus créditos garantizados con derechos reales tenían preferencia para el pago con el producto del remate de los bienes gravados con esos derechos, sin más limitación que el supra privilegio del crédito laboral. Asegurar que el sistema siguiese funcionando así

⁶ Según el texto aprobado por el Decreto Ley N° 25859 del 24 de noviembre de 1992.

⁷ Arts. 28 y 182 del Código Tributario aprobado por Decreto Legislativo N° 773.

obedecía a una estrategia económica, la misma a la que obedece la Ley de Reestructuración Empresarial, esto es, la de establecer mecanismos para asegurar el desarrollo de los agentes económicos. Paradójicamente, otorgar privilegio al acreedor tributario, de la manera como lo hizo la Ley de Reestructuración Empresarial, no parecía congruente con los esfuerzos para reflotar a las empresas, toda vez que desalentaba el otorgamiento de créditos.

Pero en el otro lado existían razones no menores para reivindicar privilegios para el crédito tributario. Como se ha advertido, el tema del privilegio (y, en su caso, el de la prelación) sólo se materializa en el caso de la insolvencia. No se trata en consecuencia de determinar qué crédito, por su naturaleza jurídica, debe prevalecer sobre otro. Se trata, fundamentalmente, de optar legislativamente sobre quién sufre la insolvencia de una empresa y, por tanto, de precisar qué acreedor deja de cobrar. En ese contexto, en favor del privilegio al acreedor tributario se argumenta que su interés es mayor, porque cubre necesidades de toda la colectividad, a través de la ejecución del presupuesto. Contrariamente, el crédito con garantía real sólo cubre el interés del acreedor particular.

En relación al argumento de la seguridad para el otorgamiento de los créditos, habría que considerar que la existencia del supra privilegio laboral no perjudicó el desarrollo de los créditos garantizados con derechos reales. De la misma manera, ampliar el ámbito de los acreedores privilegiados para incluir al acreedor tributario, tampoco debería entorpecer el desarrollo del sistema financiero.

Esta última reflexión replantea la actuación del acreedor, exigiéndole que al otorgar un crédito evalúe las posibilidades de cobro, no tanto en las garantías (reales o personales) que el deudor pudiera ofrecer, sino principalmente en la capacidad de pago del deudor. Se obliga a una nueva mentalidad, el crédito supone una responsabilidad social conjunta de acreedor y deudor, estableciendo normas que obligan al otorgamiento y al uso de

los créditos en una forma socialmente rentable.

La creación de un Impuesto Mínimo a la Renta⁸ obedecía a esa lógica. En términos generales se aludió a ese impuesto como un impuesto a los activos, fraseando las disposiciones del régimen que establecían que el Impuesto a la Renta (régimen general) no podía ser inferior al 2% del valor de los activos. Sin embargo, el régimen admitía como crédito contra el Impuesto Mínimo, los pagos a cuenta y de regularización del Impuesto al Patrimonio Empresarial, cuya tasa también era del 2% aplicable sobre la diferencia entre el valor de los bienes del activo y el valor del pasivo (reducido a las obligaciones con terceros)⁹.

De lo que resulta que, en términos financieros, la tasa del 2% del Impuesto Mínimo se aplicase sobre los pasivos. En otras palabras, para que el impuesto no tuviese incidencia alguna, los pasivos debían tener un rendimiento neto de gastos no menor al 4.67%¹⁰. Dicho de otro modo, la empresa era libre de endeudarse, pero los créditos debían servir para generar una ganancia neta no menor al 4.67%. Sólo en esa hipótesis, la empresa no sufriría incidencia tributaria en el Impuesto Mínimo a la Renta, porque su ganancia generaba un Impuesto a la Renta (régimen general) mayor. La reflexión estaba de acuerdo al tono de la época. Se exigía la reconversión de los agentes económicos, su actuación de acuerdo a las reglas del mercado y la identificación de ventajas comparativas para actuar en forma competitiva en el mercado.

3.1. Una primera victoria: la del sistema financiero.

El conflicto estaba planteado y el sistema financiero presionó y obtuvo una modificación del tema, evidentemente a su favor.

Al ser modificada la Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros (Decreto Legislativo N° 770, del 28 de octubre de 1993), se regresó a la situación previa a la modificación del Código Tributario en noviembre de 1992. En tal virtud, los créditos garantizados con derechos rea-

⁸ Régimen vigente, durante la época del conflicto, regulado por los Art. 118 de la Ley del Impuesto a la Renta, establecido por el Decreto Ley N° 25751 del 1 de octubre de 1992.

⁹ Según las normas de los Arts. 9 y 4, respectivamente, de la Ley del Impuesto al Patrimonio Empresarial entonces vigente Decreto Legislativo N° 619 del 30 de noviembre de 1990.

¹⁰ El Impuesto Mínimo a la Renta (2% sobre los activos) equivale a la tasa efectiva del Impuesto a la Renta (30% régimen general) sobre una ganancia neta de 4.67% más el crédito del 2% sobre el patrimonio. Ver «El Impacto del Impuesto Mínimo a la Renta (IMR)» en Revista Análisis Tributario, febrero 1992, pág. 15, Lima.

les otorgaban preferencia a sus acreedores, sin más límite que respetar el supra privilegio de los acreedores laborales (arts. 196 y 197 de la Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros citada).

La misma norma respetaba la prelación (ya no privilegio) del crédito tributario, pero sólo respecto a los acreedores comunes. Sin embargo, como la ley sólo estaba referida a las instituciones que regulaba, era posible interpretar válidamente que el privilegio establecido al crédito tributario por la Ley de Reestructuración Empresarial, continuaba vigente y tenía preminencia sobre los créditos garantizados con derechos reales cuyos titulares fuesen entidades distintas a las reguladas por la ley general citada.

En realidad, la ofensiva del sistema financiero no era aislada. Durante los últimos años, el sistema financiero había venido recibiendo apoyo sistemático a través de normas legales que le concedían ventajas o privilegios, a pesar del discurso ideológico del gobierno en el sentido que los agentes económicos debían sujetarse a las reglas del mercado y que, por tanto, el Estado dejaba de ser un ente promotor de determinadas actividades económicas. Tal vez el caso más identificable es el conjunto de incentivos y beneficios tributarios que las entidades del sistema financiero reciben en el Impuesto a la Renta, tales como las exoneraciones al rendimiento de las colocaciones pasivas y las ganancias de capital en bolsa¹¹.

3.2. El nuevo régimen de prelación: la norma legal.

A partir del 1 de enero de 1994 está vigente un nuevo texto del Código Tributario (Decreto Legislativo N° 773 del 30 de diciembre de 1993). Conforme a él:

Art. 6.- Las deudas por tributos gozan de privilegio general sobre todos los bienes del deudor tributario y tendrán prelación sobre las demás obligaciones en cuanto concurren con acreedores cuyos créditos no sean por el pago de remuneraciones y beneficios sociales adeudados a los trabajadores, alimentos, hipoteca o cualquier otro derecho real inscrito en el correspondiente registro.

La Administración Tributaria podrá solicitar a los Registros la inscripción de Resoluciones de Determinación, Ordenes de Pago o Resoluciones de Multa, la misma que deberá anotarse a simple solicitud de la Administración, obteniendo así la prioridad en el tiempo de inscripción que determina la preferencia de los derechos que otorga el registro.

La preferencia de los créditos implica que unos excluyen a los otros según el orden establecido en el presente artículo.

Los derechos de prelación pueden ser invocados y declarados en cualquier momento.

El nuevo texto es confuso, precisamente porque confunde los conceptos de privilegio y prelación. La norma pareciera reconocer el privilegio al acreedor tributario, pero este privilegio no es oponible a otros acreedores privilegiados (es el caso de los acreedores laborales) ni a otros créditos preferenciales (es el caso de los acreedores cuyos créditos están garantizados con derechos reales). O el acreedor tributario no tiene privilegio, o se trata de un privilegio bastante disminuido.

Del primer párrafo de la norma queda claro que el crédito tributario no tiene preminencia sobre el crédito garantizado con derecho real, siempre y cuando éste se encuentre inscrito en el correspondiente registro, que es más bien una formalidad que se exige para que el derecho real exista. Sin la inscripción previa, el derecho real no existe¹².

Siguiendo la reflexión, la prenda sobre bienes no registrables no tendría preminencia sobre el crédito tributario, en la medida en que la formalidad de constitución de la prenda no consiste en el registro (material y jurídicamente imposible) sino en la entrega física de los bienes que constituyen la prenda al acreedor o a un depositario (inc 2 del Art. 1058 del Código Civil). Evidentemente se trata de un olvido. En este caso, para otorgar fecha cierta a la entrega física de los bienes que constituyen la prenda, en sustitución del registro, debería haberse exigido un documento bajo fe notarial.

Sin embargo, la omisión no puede ser subsanada por interpretación, ya que como se ha anotado an-

¹¹ Inc. «j» del Art. 18 de la Ley del Impuesto a la Renta vigente para 1993, ya citada, según la ampliación dispuesta por la Ley N° 26201 y el inc. «l» de la misma norma, agregado por el Decreto Ley N° 26010. El beneficio se otorgó con vigencia hasta el 31 de diciembre del año 2000.

¹² Tal como está regulado en el Art. 1059 del Código Civil para el caso de la prenda sobre bienes registrales y en el inc. 3 del

tes estamos frente a normas que al establecer privilegios restringen derechos y, por tanto, deben ser interpretadas en forma restrictiva según la norma del Art. IV del Título Preliminar del Código Tributario.

Un segundo comentario, también sobre el primer párrafo, es que repite la omisión en que incurrió la Ley de Reestructuración Empresarial al restringir la deuda tributaria sólo a la parte originada por tributos, olvidando que la deuda también se forma por multas, intereses, capitalización de intereses y recargos por reclamación inoficiosa. Más que olvido, se trata de una deficiente redacción, porque en el segundo párrafo de la norma, al regular la inscripción de la deuda tributaria, alude expresamente a las resoluciones y órdenes que emite la Administración y que incluyen no sólo el requerimiento de pago de tributos, sino también de multas e intereses. A pesar de ello, aplicando la interpretación restrictiva a la que hemos aludido, la preferencia del crédito tributario sobre los acreedores comunes se reduce a la deuda por tributos. En tal sentido, la parte del crédito integrado por los demás conceptos debiera ser tratada como un crédito común.

3.3. Nuevo conflicto.

La primera pregunta que surge frente a la lectura del Art. 6 en su conjunto, es si el crédito garantizado con derecho real tiene prelación sobre todas las deudas tributarias, sin importar si éstas han sido registradas según lo permite el segundo párrafo de la norma. Por técnica de interpretación, el segundo párrafo de una norma no modifica el primero, sino que lo precisa o lo complementa. Pues bien, conforme a ese criterio, el primer párrafo señala una prelación tal que coloca crédito garantizado con derecho real en un rango anterior al del crédito tributario, sin establecer entre ellos naturaleza similar alguna.

Conforme a ese temperamento, la inscripción de la deuda tributaria sería irrelevante frente a los acreedores con garantías reales, porque ellos siempre tendrán preferencia, aun cuando sus créditos fuesen posteriores. También sería irrelevante frente a los acreedores comunes, porque la preminencia del crédito tributario frente a ellos no requiere de inscripción alguna. En esta línea de interpretación, la inscripción de la deuda tributaria no tendría otro propósito que el establecer una prelación en caso que concurren diversos acreedores tributarios (por ejemplo, la Adminis-

tración Tributaria nacional contra la Administración municipal). Así se entendería la última parte del segundo párrafo que establece que la preferencia de los derechos que otorga el registro se determinará por el tiempo de inscripción.

Sin embargo, parece que la intención no ha sido esa. La impresión (pues la interpretación se ha complicado por el uso confuso de los conceptos) que surge de la lectura de la norma en su conjunto es que los créditos garantizados con derechos reales y los créditos tributarios tienen la misma prelación, zanjando el conflicto en un empate que a nadie perjudica. Teniendo ambos créditos la misma naturaleza, fue necesario regular la inscripción de las deudas tributarias para determinar la prelación según la antigüedad en el registro.

3.4. El registro de la deuda tributaria.

La segunda pregunta que surge es dónde se inscribe la deuda tributaria. Probablemente lo más funcional debiera ser que la Administración Tributaria amplíe el Registro Único de Contribuyente (RUC) para inscribir la deuda. Esta propuesta, sin embargo, está condicionada a varios supuestos. El primero es que la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) desee asumir esa responsabilidad o, en su caso, técnicamente esté dispuesta a ello. El segundo es que la SUNAT goce de la confianza de los demás acreedores tributarios, para que ellos puedan acceder al registro para inscribir las deudas tributarias de tributos que no son administrados por la SUNAT.

Otra opción son los Registros Públicos administrados por la Oficina Nacional de Registros Públicos. Aquí se plantea otro dilema: ¿en cuál registro inscribir? Si la deuda se inscribe en el Registro de la Propiedad, la inscripción del crédito tributario debería seguir el trámite de la inscripción de un embargo, pues la anotación de la deuda en la partida registral de un bien determinado lo grava como cualquier gravamen, esto es, ese gravamen persigue al bien aun cuando el titular deudor (o supuestamente deudor) lo transfiera a un tercero.

Tal no fue la intención del art. 6, que dispone la inscripción ante la simple solicitud de la Administración, sin la evaluación previa (prejuzgamiento) que debe realizar el ejecutor coactivo sobre la verosimilitud del derecho a cobrar que pretende la Administración Tributaria y la necesidad de la decisión preventiva para disponer medidas cautelares¹³. No habría otra opción sino la inscripción en

¹³ Los requisitos están establecidos para el proceso civil en el Art. 611 del Código Procesal Civil (Decreto Legislativo N° 768).

el registro personal del contribuyente, del retenedor o del responsable, esto es, del deudor tributario.

Si fuese así, la inscripción de la deuda tributaria en el Registro Personal del deudor tributario, transmitiría a la deuda tributaria una característica distinta a la de la garantía real que se inscribe sólo en el Registro de Propiedad. El registro de la garantía real en el Registro de Propiedad, establece un vínculo entre el acreedor titular de la garantía real y el bien que lo afecta, permitiendo a éste perseguir el bien no importa a quienes se transfiera. Fuera de este vínculo, el titular del derecho real de garantía es un acreedor común. En cambio, la inscripción de la deuda tributaria en el Registro Personal no establece un vínculo entre el acreedor tributario y un bien determinado, sino respecto al universo del patrimonio del deudor tributario.

En ese último caso, el deudor tributario es libre de transferir cualquiera o todos sus bienes sin que la Administración Tributaria pueda pretender perseguir esos bienes para el cobro de sus créditos, siempre que esa transferencia haya sido a título oneroso. La no persecución de los bienes transferidos se explica porque el deudor tributario no ha disminuido su patrimonio, a pesar de la transferencia, porque a raíz de ella lo que se ha producido es más bien la sustitución de unos bienes específicos por otros bienes específicos. Existiendo la misma solvencia (el mismo patrimonio) antes y después de la transferencia, no se ha menoscabado la posibilidad de cobro del acreedor tributario.

Pero hay una segunda consecuencia, acaso más importante. Si admitimos que la inscripción del crédito tributario en el Registro Personal afecta de modo general a todo el universo del patrimonio del deudor tributario, sus efectos serían los siguientes: (a) sobre todos los bienes sobre los que se hubiese preconstituido una garantía real, por la inscripción del crédito tributario se estaría constituyendo un nuevo gravamen, con rango inmediato posterior al rango del acreedor hipotecario o prendario preconstituido¹⁴; (b) sobre todos los de-

más bienes sobre los que no se hubiese preconstituido garantía real, se establecería un gravamen con el primer rango en favor del acreedor tributario; y (c) sobre todos los bienes futuros se establecería igual gravamen, incluso sobre aquellos que sustituyan bienes pre-existentes.

3.5. El Registro Personal.

La posibilidad que las deudas tributarias puedan ser inscritas en el Registro Personal supone una modificación de las normas que regulan los actos inscribibles en ese registro¹⁵.

También supone una modificación importante sobre la iniciativa para abrir una partida registral. Como es evidente, no todos los contribuyentes o potenciales deudores tributarios se encuentran preinscritos en los Registros Públicos. La posibilidad que tiene el acreedor tributario de inscribir una deuda tributaria en el Registro Personal del deudor tributario, debiera suponer el derecho también a su sola solicitud para abrir la partida registral de ese deudor. En caso contrario, la no inscripción previa del deudor impediría el ejercicio del derecho que el Código Tributario reconoce al acreedor tributario para obtener el privilegio en el cobro de sus créditos.

Llevado al extremo ese derecho, podría determinar abrir partidas registrales para sujetos que no son personas (naturales o jurídicas) y que, por tanto, no son inscribibles. Serían los casos de la sociedades de hecho (cuyas partes contratantes han constituido una sociedad que no desean inscribir en registros) o joint ventures (que aun cuando tienen un patrimonio común, constituyen más bien un contrato de colaboración entre empresas) o, incluso, de asociaciones en participación (que, según la Ley General de Sociedades, se trata de un contrato oculto entre las partes contratantes, por lo que el patrimonio y todos los actos que corresponden al contrato se imputan al asociante, desconociendo o manteniendo en reserva la identidad de los asociados).

La posibilidad de que estas entidades puedan lle-

La facultad del ejecutor coactivo para ordenar medidas cautelares está prevista en el Art. 116 del Código Tributario y la de ordenar embargos definitivos en el Art. 118 del mismo código.

¹⁴ Con la reserva anotada en el comentario anterior, esto es que este nuevo gravamen adicional en favor del acreedor tributario no persigue al bien y fenece con su transferencia.

¹⁵ Se trata del Art. 2030 del Código Civil para el caso del Registro Personal propiamente dicho; del Art. 5 del reglamento del Registro Mercantil para el Registro de Comerciantes; del Art. 2024 del Código Civil para el Registro de Personas Jurídicas; y, para hacer una última referencia, del Art. 25 del reglamento del Registro Mercantil para el Registro de Sociedades.

gar a tener partidas registrales autónomas de las partes contratantes se explica no por la naturaleza jurídica de estas entidades (que no es inscribible), sino por la situación tributaria de las mismas. Como se recuerda, las sociedades de hecho, los joint ventures y las asociaciones en participación son contribuyentes del I.G.V. (Impuesto General a las Ventas)¹⁶ y si bien no son contribuyentes del Impuesto a la Renta¹⁷, están obligadas a efectuar pagos a cuenta del Impuesto Mínimo a la Renta¹⁸. En tal virtud, pueden resultar siendo deudores tributarios. De ser así, el acreedor tributario tendrá derecho a exigir que se abra partida registral para esas entidades para poder inscribir las deudas tributarias que adeuden.

Esta posibilidad exige también reflexionar sobre la evolución del derecho, que recientemente viene reconociendo identidad jurídica a entidades que sin llegar a ser personas jurídicas, esto es sin tener inscripción registral, actúan como unidades jurídicas. Más allá del efecto registral, la teoría pura del derecho reconoce a un sujeto de derecho donde exista una unidad de imputación de derechos y obligaciones.

De un tiempo a esta parte, la sociedades de hecho y los joint ventures son unidades de imputación de derechos y obligaciones. En el caso de las sociedades de hecho, la Ley General de Sociedades no solo les reconoce un patrimonio común, sino que reconoce la autonomía de los actos jurídicos celebrados con terceras personas¹⁹. Igual norma se establece para el caso de las asociaciones de hecho²⁰.

En el caso de los joint ventures, iguales normas se aprecian en las distintas regulaciones que se han aventurado a normarlo. Por ejemplo, el contrato

de riesgo compartido²¹ y el contrato de operación conjunta²², así como la asociación temporal de contratistas²³. Por último, las sociedades de hecho y los joint ventures, en tanto poseen un patrimonio autónomo, también pueden actuar en procesos judiciales ya que el sistema les reconoce representación procesal²⁴.

Reuniendo esos antecedentes, la figura de la inscripción registral como acto que concede personalidad jurídica deviene en irrelevante, ya que el sistema jurídico evoluciona en sentido distinto reconociendo identidad jurídica fuera del registro. En ese escenario, la posibilidad de inscribir patrimonios autónomos para conceder el privilegio al crédito tributario no es incongruente con la realidad jurídica de nuestro ordenamiento positivo, aun cuando la naturaleza jurídica de estos patrimonios autónomos excluya el registro.

Otra reflexión merece el tema de la asociación en participación, porque por su naturaleza no es ni puede ser ni debe ser considerada como contribuyente ni potencialmente como deudor tributario. La asociación en participación no es un patrimonio autónomo. Si existe patrimonio lo es del asociante y a él se le imputa o se le debe imputar cualquier responsabilidad tributaria.

Lo que ocurre es que en el uso de las instituciones, frecuentemente a los patrimonios autónomos se les denomina indistintamente asociación en participación o joint venture. Si ese fuese el caso, evidentemente se trata de un error, porque se estaría denominando asociación a lo que es un joint venture. Ese error es repetido por las normas tributarias ya citadas, que pretendiendo gravar a todos los patrimonios autónomos, en vez de precisarlos de modo jurídico, los cita haciendo referen-

¹⁶ Art. 9 del Decreto Legislativo N° 775 del 30 de diciembre de 1993.

¹⁷ Último párrafo del Art. 14 del Decreto Legislativo N° 774.

¹⁸ Art. 109 de la misma ley.

¹⁹ Art. 385 y siguientes de la Ley General de Sociedades, texto único concordado aprobado por Decreto Supremo N° 003-85-JUS del 14 de enero de 1985.

²⁰ Art. 124 y siguientes del Código Civil.

²¹ Art. 4 la Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Minero, Decreto Legislativo N° 708 del 6 de noviembre de 1991.

²² Inc. «b» del Art. 15 de la Ley de Promoción de las Inversiones en el Sector Pesquero, Decreto Legislativo N° 750 del 8 de noviembre de 1991.

²³ Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas.

²⁴ Art. 65 del Código Procesal Civil.

cia a todas las denominaciones, acertadas o erradas, bajo las cuales usualmente son constituidos.

3.6. La refinanciación de la deuda tributaria.

Una segunda situación que se ha considerado es la refinanciación de las deudas tributarias dentro de los programas de reestructuración empresarial o, en su caso, de liquidación extrajudicial, siempre dentro de las regulaciones de la Ley de Reestructuración Empresarial. La experiencia del primer año de vigencia del sistema se ha caracterizado por privilegiar el principio de la obligatoriedad de los acuerdos adoptados por la mayoría de los acreedores. En concreto, la norma del Art. 21 del reglamento de la Ley de Reestructuración Empresarial estableció que aprobado el plan de reestructuración de la empresa, éste obligaba a todos los acreedores, incluyendo a los acreedores privilegiados, esto es en el lenguaje de esa ley, a los acreedores laborales y tributarios.

Bajo esta norma existen varios casos en los que los programas de reestructuración establecieron plazos de pago mayores a los doce meses para refinanciar deudas tributarias, excediendo el plazo inicialmente fijado por la Administración Tributaria como límite para fraccionar el pago de deudas tributarias; establecieron tasas de interés inferiores al 0.8 TIM (tasa de interés moratoria) que era la tasa más preferente autorizada por la Administración Tributaria; y se llegó al caso de condonar intereses y principal²⁵. Como es evidente, la Administración Tributaria no aceptó esos acuerdos, y siguió los procedimientos de cobranza que le autorizaba el Código Tributario. Los reclamos de los contribuyentes afectados aún no han sido resueltos por el Tribunal Fiscal, por lo que no se conoce el criterio definitivo.

Sin embargo, bajo el principio de que el acuerdo de la junta de acreedores obliga a todos los acreedores, la relación siguiente de acuerdos posibles que afectan al crédito tributario encuentran sustento en las normas del régimen de reestructuración empresarial. Como se recuerda, ese régimen concede a la junta de acreedores la facultad para adoptar un cronograma de pagos (Art. 9 de la ley); establecer condiciones de financiamiento (Art. 9 de la ley), incluyendo la posibilidad de convertir deudas en acciones (inc. «c» del Art. 15 del

reglamento); la suspensión de vencimientos de obligaciones (Art. 11 de la ley); la conversión de la moneda de las obligaciones (Art. 12 de la ley); la aplicación de una tasa de interés pasiva (Art. 12 de la ley); y, como facultad general, la de establecer cualquier otro aspecto (inc. «e» del Art. 15 del reglamento).

La posibilidad de condonar parcialmente las deudas sólo estaba expresamente prevista para el caso de la liquidación extrajudicial (Art. 16 de la ley). Pero nada impedía que dentro del programa de reestructuración empresarial se contemplara una figura similar, sobre todo si expresamente se establecían figuras similares en su efecto financiero, como la de convertir deudas en acciones, sin valor comercial tratándose de empresas insolventes.

3.7. Los límites a la refinanciación de la deuda tributaria.

La Primera Disposición Transitoria y Final del Código Tributario vigente ha pretendido establecer límites a la refinanciación de la deuda tributaria de las empresas insolventes o, visto de otro modo, ha autorizado la refinanciación de la deuda, bajo condiciones distintas a las usualmente concedidas por la Administración Tributaria, hasta esos límites. El texto del mencionado dispositivo es el siguiente:

«Tratándose de empresas en proceso de reestructuración al amparo del Decreto Ley N° 26116, las deudas tributarias se sujetarán a los acuerdos adoptados por la Junta de Acreedores siempre que, respecto de garantías y demás condiciones de pago, no se otorgue a dichas deudas un tratamiento menos favorable que el acordado para créditos no tributarios; con excepción de créditos por remuneraciones, beneficios sociales y alimentos».

Asimismo, en caso de fraccionamiento y/o aplazamiento de la deuda tributaria, no podrá acordarse un plazo mayor a cinco años.

La primera regla que resulta de la norma es que la junta de acreedores sigue teniendo la competencia para aprobar el programa de reestructuración. La segunda regla es que esa junta tiene libertad para establecer las características de ese programa.

²⁵ Las normas generales para el fraccionamiento y aplazamiento de deudas tributarias estuvieron reguladas por la Resolución de Superintendencia N° 012-93.EF/SUNAT del 10 de febrero de 1993. A la fecha de este artículo, las condiciones se habían hecho más flexibles sin llegar a representar un alivio total para empresas insolventes. El nuevo régimen está establecido por la Resolución de Superintendencia N° 028-94-EF/SUNAT del 1 de marzo de 1994.

La tercera regla es que, respecto de los créditos tributarios, esa libertad tiene límites. El texto de la norma sólo alude a dos supuestos, «las garantías» y las demás «condiciones de pago», en cuyo caso el crédito tributario no debe tener un tratamiento menos favorable que los demás créditos (con excepción, claro está, de los créditos laborales y alimentarios).

El supuesto de las garantías parece claro y no merece comentario alguno. Cosa distinta ocurre con el supuesto sobre las demás «condiciones de pago». Una primera interpretación puede encontrar en ese concepto cualquier tipo de condición, incluyendo la condonación de la deuda tributaria, parcial o totalmente, siempre que proporcionalmente todos los demás créditos soporten de igual o mayor manera la condonación total o parcial.

Esta interpretación reconoce en el concepto «condiciones de pago» el alcance que usualmente tiene en las operaciones financieras. También resulta congruente con la ideología de la Ley de Reestructuración Empresarial que reserva a la mayoría de los acreedores la decisión sobre el futuro de la empresa, estableciendo mayores requisitos para la quiebra judicial y favoreciendo la continuación de la actividad empresarial de empresas insolventes a través de programas de reestructuración empresarial.

3.8. La deuda tributaria no sería condonable.

Sin embargo, desde otra perspectiva, existirían un conjunto de interpretaciones en sentido contrario, postulando que la norma no autoriza la condonación de la deuda tributaria.

Una primera interpretación intenta analizar la frase «condiciones de pago» fuera de su contexto financiero para ubicarla dentro de su contexto jurídico, que es en el que deben ser interpretadas las normas tributarias. Conforme a ella, la palabra «condiciones» no puede ser entendida en su sentido estricto, en el que sólo reconoce a la condición suspensiva y a la condición resolutoria, según el alcance de los conceptos regulada por los Arts. 171 a 177 del Código Civil. Esto es así, porque jurídicamente las condiciones suspensivas o resolutorias son hechos futuros e inciertos establecidos como modalidades de los actos jurídicos que deben ser pactadas al celebrarse el acto y no como una forma en que deben ser ejecutadas las prestaciones debidas. Dicho de otro modo, haciendo referencia a la frase «condiciones de pago», no es concebible que el pago se realice de modo sus-

pensivo o resolutorio. Lo que es suspensivo o resolutorio no es el pago, sino el efecto que producen otros acontecimientos, que hacen depender el nacimiento o el término de los efectos del acto y, por tanto, de la posibilidad o no de exigir o ejecutar la prestación del pago.

Pareciera más bien que, en la frase, la palabra «condiciones» ha sido utilizada como un sinónimo del concepto genérico de las modalidades del acto jurídico, que si bien incluyen a las condiciones (suspensivas o resolutorias), también incluyen al plazo y al cargo (Art. 171 a 189 del Código Civil). El cargo, al igual que las condiciones, tampoco es aplicable en el contexto de la frase, porque se establece o se pacta con el acto jurídico. De ser así, sólo resta la modalidad del plazo, que es típicamente una condición de pago. Esta interpretación parecería reforzada con el segundo párrafo de la norma que regula la posibilidad del aplazamiento (plazo suspensivo) y fraccionamiento de la deuda tributaria (plazo propiamente dicho), estableciendo un término máximo a cinco años. En contra, habrá que aceptar, que la frase ha sido establecida en plural, reconociendo varias «condiciones de pago». Entonces, cabe preguntar qué otras condiciones, distintas al plazo, está regulando la norma del primer párrafo.

Para ser congruentes con la interpretación que se propone, excluyente de la posibilidad de condonar la deuda tributaria, la otra condición de pago distinta al plazo sería la de los intereses futuros, aceptando la posibilidad no sólo de reducir la tasa de interés, sino también la de establecer una refinanciación sin interés alguno.

La flexibilidad para pactar sobre los intereses se explica porque esta parte del crédito tributario no ha sido privilegiado. Recordemos que ese privilegio se ha reducido a la parte del crédito originado por tributos. En este asunto surgen diversas interrogantes. La primera es si la condonación de intereses es total o sólo puede incluir la de los intereses futuros, considerando que el acuerdo de la junta de acreedores es por el tratamiento futuro de las deudas.

La segunda interrogante asume el supuesto de que la condonación de intereses puede afectar los intereses ya devengados, en cuyo caso se pregunta si esa condonación alcanza a todos los intereses ya devengados o sólo a aquellos intereses corrientes del ejercicio. La inquietud surge del hecho que todos los intereses se capitalizan en algún momento. Como se conoce, los intereses sobre tributos en general se capitalizan al cierre del ejercicio y los de los pagos a cuenta de tributos anuales al

vencimiento del plazo para pagar la cuota de regularización²⁶.

Son preguntas aún sin respuesta, que en todo caso podrían quedar superadas si la ley se modifica para precisar, como corresponde, que el privilegio alcanza a toda la deuda tributaria y no sólo a aquella generada por tributos.

Más relevante para resolver estas inquietudes puede ser destacar que para la legislación tributaria la falta de pago de tributos, en sí mismo, no es un acto sancionable. Los intereses no tienen la naturaleza de una sanción, sino la de una compensación. A su modo, son una manera de actualizar el valor de la deuda tributaria y de establecer condiciones financieras tales que impidan al deudor preferir el pago de otras obligaciones.

Más adelante (ver «Falso dilema») aludiremos al carácter nominalista de las deudas en nuestro ordenamiento legal. Bajo esa perspectiva, pareciera que lo intangible de la deuda tributaria sería o debería ser el valor nominal de los tributos. Su actualización y los intereses estarían involucrados en el concepto «otras condiciones de pago» que conforme al razonamiento precedente, podrían ser condonados total o parcialmente.

Una segunda aproximación al problema es interpretar la palabra «pago», citando los Arts. 1220 y 1221 del Código Civil, cuyo texto es el siguiente:

«Art. 1220.- Se entiende efectuado el pago sólo cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación.

Art. 1221.- No puede compelerse al acreedor a recibir parcialmente la prestación objeto de la obligación a menos que la ley o el contrato lo autorice».

El texto de las normas citadas, dentro del contexto de la frase «condiciones de pago», indicaría que se acepta cualquier forma de pago, pero esto supone el pago íntegro de la prestación. En otras palabras, la junta de acreedores podrá fijar cualquier modalidad que suponga el pago total de la deuda. Siendo esto así, no cabe la condonación. Sin embargo, la norma del Art. 1221 reconoce la posibilidad del pago parcial, siempre que la ley o el contrato lo autorice. Cabe preguntar, entonces, si la Primera Disposición Transitoria y Final que se comenta es la «ley» que autoriza la condonación o, en su caso, es la norma que remite a la junta de acreedores la

facultad de adoptar un acuerdo de reestructuración (de naturaleza similar al contrato) que obligue a la Administración Tributaria a aceptar el pago parcial (o, lo que es lo mismo, a una condonación parcial del crédito tributario).

Para responder la pregunta debemos precisar si la norma de la Primera Disposición Transitoria y Final es una norma tributaria o mercantil. Se interpreta que es una norma tributaria no sólo porque forma parte del Código Tributario, sino porque está regulando el pago del crédito tributario. Aún más, en el tema específico que se comenta, la condonación (total o parcial) de una deuda tributaria no es otra cosa que regular un beneficio tributario. De acuerdo a la Constitución, siguiendo el principio de legalidad que regula al sistema tributario, los beneficios sólo pueden ser establecidos por ley (Art. 74 de la Constitución).

Esa norma ha sido tradicionalmente reglamentada por la norma IV del Título Preliminar del Código Tributario, que incluye expresamente la regulación por ley de los beneficios tributarios (inc. «b» de la norma citada).

Si se quisiera encontrar en la Primera Disposición Transitoria y Final la «ley» que la Constitución y el Código Tributario exigen para regular beneficios tributarios, debería resultar de la aplicación de métodos de interpretación, ya que no resulta claramente de su texto. Para proceder a la interpretación debemos considerar la norma VIII del Título Preliminar del Código Tributario, cuyo texto literalmente establece que:

«Al aplicar las normas tributarias podrá usarse todos los métodos de interpretación admitidos en derecho.»

En vía de interpretación no podrá crearse tributos, establecerse sanciones, concederse exoneraciones, ni extenderse las disposiciones tributarias a personas o supuestos distintos de los señalados en la ley.

Las reglas de interpretación de las normas tributarias no permiten, tratándose de beneficios tributarios como el que se comenta, extender los supuestos de la norma a otros que no sean aquellos que los señalados en la ley. No habiendo señalado la ley la posibilidad expresa de condonar deudas tributarias, en vía de interpretación no podría establecerse que esa condonación es posible.

²⁶ Arts. 33 y 34 del Código Tributario.

3.9. El acreedor tributario.

La interpretación precedente, que excluye la posibilidad de condonar deudas tributarias, rompe el principio de que todos los acreedores concurren a la junta convocada para decidir el destino de la empresa insolvente y que todos ellos quedan sometidos al acuerdo que adopte la mayoría.

El tema no se resuelve, como se anotó al principio del comentario, analizando la naturaleza o las características jurídicas. Es un camino errado pretender encontrar en las fisuras del texto de las normas o en los vacíos normativos, la posibilidad de interpretaciones jurídicas más o menos elaboradas para sustentar una opción que, en sí misma, no es jurídica, sino política.

Es necesario que se adopte una posición política sobre el interés que debe prevalecer: el intento de mantener una unidad de producción (la empresa insolvente) delegando al universo de los acreedores establecer las condiciones de reflotamiento que eventualmente supongan el sacrificio de sus propios intereses (condiciones de pago) o la necesidad de cobrar los tributos que financian el gasto público.

3.10. Falso dilema.

Si el problema se analiza sin pasiones, se puede descubrir una manera de conciliar perfectamente los dos intereses. La interpretación que no admite la condonación de la deuda tributaria, acepta el aplazamiento hasta sesenta meses libre de intereses, siempre que esas condiciones no sean más onerosas para la Administración Tributaria que las que se establecen para el resto de acreedores.

Esas condiciones debieran ser suficientes para que un programa de reestructuración pueda reflotar a la empresa insolvente. A su modo, un aplazamiento a sesenta meses sin intereses es una forma de condonar la deuda, ya que ésta mantendrá un valor nominal sin ajuste por inflación. Esta condonación real de la deuda tributaria no podrá ser interpretada como una condonación jurídica, en la medida en que nuestro ordenamiento legal sigue bajo el criterio nominalista (Art. 1234 del Código Civil), que mantiene el valor nominal de la deuda²⁷.

Más bien lo que se requiere para consolidar las opciones de un programa de reflotamiento es establecer, de modo claro e indubitable, que los nuevos créditos que contraiga la empresa insolvente en ejecución del programa de reestructuración, tienen todos ellos en conjunto prelación sobre los créditos devengados antes del acuerdo de la junta de acreedores que aprobó el programa. Una norma de este tipo facilitará el financiamiento y otorgará la certeza a los nuevos acreedores que sea cual sea su naturaleza, tendrán preferencia sobre el crédito tributario anterior.

Según la ideología prevaleciente, que reconoce que el Estado ya no es más un ente promotor de la economía y que no se le debe exigir mecanismos de promoción, incluyendo los incentivos tributarios para el desarrollo de los agentes económicos, del mismo modo tampoco se le debe exigir que conceda los mismos beneficios para reflotar empresas, sin importar que la condonación sea solicitada por el agente insolvente o acordada por sus acreedores, aun cuando ellos estén dispuestos a aportar una cuota de sacrificio al condonar proporcionalmente también parte sus créditos.

Existe una última razón para argumentar en contra de la condonación. El acreedor tributario no es sólo una instancia financiera (recaudadora) de tributos. Si sólo esa fuese su naturaleza, bajo determinados supuestos, nada impediría que pudiese comportarse como cualquier otro acreedor, concurriendo a condonar las deudas. Sin embargo, el acreedor tributario es también autoridad y, en tal virtud, también está obligado a sancionar los comportamientos ilícitos.

Si la condonación fuese impuesta por los demás acreedores, no sólo se estaría condonando el aspecto financiero del crédito tributario, sino que también se podría estar liberando una responsabilidad civil y/o penal de los directores y administradores por la falta de pago fraudulenta de los tributos. Bien se conoce que el fraude tributario exige dos elementos concurrentes: (a) la deuda tributaria; y (b) el engaño. Sin uno de los dos elementos no hay delito²⁸.

No se trata, en consecuencia, de reclamar una ley que autorice expresamente la condonación para salvar las objeciones que en este comentario se

²⁷ El ajuste sólo se establece por excepción (Arts. 1235 y 1237 del Código Civil) y la metodología del ajuste integral de los estados financieros por efectos de la inflación (Decreto Legislativo N° 627) reconoce a la deuda tributaria como una cuenta monetaria no susceptible de ajuste.

²⁸ Arts. 268 y 269 del Código Penal, con las modificaciones dispuestas por los Decretos Leyes Nos. 25495 y 25859.

señalan. El problema es más complejo y, sin duda, se requiere un mayor debate.

IV. LA ILUSION DEL PARAISO FISCAL.

El último tema que queda por comentar es de los incentivos y beneficios tributarios que pueden gozar las empresas insolventes. El antecedente es el de las empresas del sistema financiero para las cuales, una vez acordada su disolución y liquidación (aun cuando la causa sea distinta a la insolvencia), quedan inafectas a todo tributo que se devengue en el futuro²⁹.

Se trata sin duda de una norma de excepción, que confirma la tendencia que en nuestro ordenamiento jurídico, a pesar de que se eliminan beneficios e incentivos tributarios para diversos agentes económicos, se suele privilegiar en contrario a las instituciones del sector financiero formal. La norma recrea una suerte de inmunidad tributaria que la Constitución sólo ha reservado a las universidades y centros educativos.

Sin embargo, analizada la norma, no parece haber tal paraíso fiscal, como su texto parece anunciar. En primer lugar, la norma no está estableciendo técnicamente una «inafectación», porque ésta es una opción legislativa de la ley que regula cada impuesto. En rigor, «inafecto» es aquello que no está dentro del ámbito del impuesto y eso obedece al diseño del impuesto, por eso es privativo de la ley que lo regula.

Si algo o alguien está dentro del ámbito del impuesto y lo que se quiere es que no sufra la incidencia económica, lo que se le concede es una «exoneración». En otras palabras, se exonera aquello que está gravado. Lo inafecto no requiere norma alguna para no sufrir incidencia económica, sencillamente no la sufre porque la hipótesis de incidencia tributaria establecida en la ley no le alcanza.

Siguiendo este razonamiento, la «exoneración» que postula la norma que se comenta no se encuentra vigente en el régimen del Impuesto a la Renta ni en el régimen de los impuestos a las ven-

tas (ya sea del Impuesto General a las Ventas y/o del Impuesto Selectivo al Consumo)³⁰. De modo tal que la supuesta «inafectación» sólo alcanzaría a los aranceles de importación y a los tributos municipales.

Las empresas insolventes no tienen un régimen tributario especial como la establecida para las instituciones financieras en liquidación. Pero debemos reflexionar si merecen uno especial.

A lo largo de este artículo se ha reiterado la idea, que no es nuestra sino de la ideología jurídica prevaleciente, en el sentido en que las nuevas reglas del mercado liberan al Estado de cualquier obligación de establecer beneficios o incentivos en favor de determinados agentes económicos. Bajo ese supuesto, no cabría requerir un régimen tributario especial para las empresas en insolvencia.

El problema se presenta cuando existen más bien disposiciones tributarias que crean incidencias tributarias que pueden resultar inconstitucionales cuando la empresa es insolvente. En concreto, cuando la insolvencia es por pérdidas patrimoniales, la incidencia de un Impuesto Mínimo a la Renta equivalente al 2% del valor de los activos supone un impuesto confiscatorio y, por tanto, inconstitucional.

Se ha corregido parcialmente la inconstitucionalidad, al establecerse la inafectación del impuesto a las empresas en liquidación³¹, pero ese beneficio no se ha extendido a todos los supuestos de empresas insolventes, fundamentalmente a las que tienen programas de reestructuración empresarial.

Sin embargo, dejando de lado el tema del Impuesto Mínimo a la Renta, no se encuentra ninguna otra situación que merezca un beneficio especial. La incidencia tributaria es un costo, como la energía, el combustible, la materia prima, la mano de obra.

Una empresa insolvente no tiene como política pedirle un tratamiento especial a sus proveedores

²⁹ Art. 191 de la Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros, Decreto Legislativo N° 770.

³⁰ La Séptima Disposición Transitoria y Final de la Ley del Impuesto a la Renta (Decreto Legislativo N° 774) exige que la exoneración a ese impuesto sea expresa, prohibiéndose las exoneraciones genéricas. Para el caso de los impuestos a las ventas, el último párrafo del Art. 73 de Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo (Decreto Legislativo N° 775) deroga todas las normas que establezcan inafectaciones o exoneraciones no señaladas expresamente en esa ley.

³¹ Inc. «g» del Art. 116 de la Ley del Impuesto a la Renta (Decreto Legislativo N° 774).

por el hecho de su insolvencia, el mismo tratamiento debe tener la Administración Tributaria.

La ideología jurídica prevaleciente, nuevamente la citamos, exige que las unidades económicas sean eficientes, que no reclamen subsidio alguno para ser competitivas en el mercado. La Ley de Reestructuración Empresarial es una suerte de excepción que rescata otros valores socialmente más importantes: mantener fuentes de trabajo, generar riqueza para el pago de créditos, recrear condiciones para la continuidad de la marcha de las empresas involucradas. Es también, a su modo, una manera de compensar los desequilibrios a los que se vieron forzadas las empresas al soportar

un régimen de control y de inflación para pasar, sin transición alguna, a un régimen liberal y sin protección alguna³², en cuyo proceso se acumularon pérdidas patrimoniales. La ley pretende crear un sistema especial para compensar esas pérdidas.

Pero ese régimen especial no puede contradecir la lógica prevaleciente. Si se reflota una empresa, la actividad futura que realice debe ser tan o más competitiva que la de los otros agentes económicos. La única ventaja, si cabe el término, es la que le conceden los mismos acreedores, al refinanciar sus créditos para permitir la reestructuración empresarial.

³² En un comentario anterior indicamos que, desde el punto de vista estrictamente jurídico, la ley corregía también un sistema corrupto para resolver la insolvencia derogando la antigua Ley Procesal de Quiebras que reservaba a la voluntad de un sólo acreedor el futuro de la empresa. En el nuevo régimen en el que esa decisión corresponde al universo de acreedores. Ver «El reflotamiento de las empresas insolventes» en IUS et Veritas, Año IV, N° 6, pág. 19 (Lima, junio 1993).



ROTAPEL S.A.

Mcal. A. Gamarra Nº 320, Urb. El Pino, San Luis
Telfax. 740394 / Telf. 743239

Rollos para Fax, en papel térmico importado de la mejor calidad, mayor duración y excelente nitidez. Entrega a domicilio. Atendemos a nivel nacional.