Asociación
Corpus Iuris

@corpusiurisupc
Corpus Iuris
Corpus Iuris
CorpusIurisUPC

EDICIÓN XI 2022

DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO

Corpus Iuris

Corpus Iuris

EDICIÓN
XI
2022

DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO

JORGE OTOYA | ALFREDO LAU - TAM | JEAN BURGA | CARLOS ARATA | SHEERLEY CÁRDENAS
JORGE DÁVILA | MANUEL VARGAS | IBETH TORRES | DANIELA BERNUI | VICTOR DE LA FLOR
CESAR LUNA VICTORIA | EDUARDO ROJAS | MILAGROS VILLANUEVA | SOCORRO NUÑEZ

CORPUS IURIS
Derecho Financiero y Tributario
N.11, septiembre, 2022
Edición: septiembre 2022

Editado por:
ASOCIACIÓN ACI UPC CORPUS IURIS
20604219087
Av. de las Artes Sur N. 165 San Borja Sur Lima - Lima - San Borja

Equipo editorial:
Director General: Diego Alonso Peña Martinez
Directora de Edición: Luanna Castañeda Pomacino

ISSN: 2955-8395 (Impresa)
ISSN: 2788-8886 (En línea)
Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2019-03540.

Publicación:
Anual

Diseño e impresión:
INDUSTRIA GRÁFICA FINCAGRAF S.A.C.
20509000027
Av. Bolivia N. 148 Int. 2004 Centro Comercial Centro Lima - Lima

200 ejemplares

Contacto:
Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Prolongación Primavera 2390, Lima 15023

consejo@corpusiuris.pe
edicion@corpusiuris.pe
www.corpusiuris.pe

El contenido de los artículos publicados en la XI Revista de Derecho - Asociación Corpus Iuris es responsabilidad exclusiva de los autores.
Se autoriza la reproducción parcial o total del contenido de esta publicación, siempre que se cite la fuente y utilice para fines académicos.

CONSEJO DIRECTIVO 2022

Director General:
Peña Martínez, Diego Alonso

Secretaria General:
Salazar Cuaresma, Camila Antonieta

Directora de Recursos Humanos:
Morote Tarazona, Valeria Elisa

Directora de Edición:
Castañeda Pomacino, Luanna

Director de Economía y Finanzas:
Arboleda Romero, Sebastian

Directora de Imagen Institucional:
Portocarrero Bahamonde, Mariana Sofia

Directora de Eventos:
Granda Campos, Camila

Corpus Iuris

ASOCIADOS 2022

SECRETARÍA GENERAL
Ascarza Moreno, Kiara Beatriz
Cabello Araujo, Johan Jesus
Cóndor Leo, Malu Shantall
Gonzales Garrido, Aldana Yanina
Pariona Isla, Kiana Elizabeth
Peralta Delgado, Anthony
Torres Pacora, Miguel Ángel

RECURSOS HUMANOS
Choy Vasquez, Koway Rafael
Custodio Bravo, Fernanda
Hidalgo Tovar, Scolly Litta
Miranda Vásquez, Katia Milagros
Pulache Araujo, Gino Paolo

ECONOMÍA Y FINANZAS
Auqui Alvarez, Gabriela Mariel
Blanco Pomacondor, Angela Adriana
Lopez La Rosa, Sofía Rosa
Portanova Seminario, Nicole Kiara Kristina
Ricci del Castillo, Bruno

EDICIÓN
Angeles Alacha, Pamela Kaori
Carrasco Zamora, Ariana de Jesus
Del Villar Canchari, Priscilla Mercedes
Delgado Garcia, Diego Luis
Delgado Beizaga, Verioska
Miranda Arones, Kelly Daniela
Tonconi Mamani, Danitza Yulisa
Vela del Valle, Mario Carlos
Zavaleta Soto, Antonella
Zevallos Garcia, Camila Alexandra

EVENTOS
Bayona Mejía, Sarah Valeria
Chirinos Grados, Pamela del Pilar
Huamán Barboza, María Nieves
Miranda Diaz, Bryan Andree
Monteza Pino, Elio Martín
Orostegui Cabello, Sandy Mirella
Paz Vela, Joaquin Patricio
Valverde Carbajal, Marcelo Guillermo

IMAGEN INSTITUCIONAL
Alfaro Villafuerte, Daniela
Ampuero Rosales, Mishell
Cruzado Solís, Maria Fernanda
Daneri Cárdenas, Alondra
Luque Bresciani, Chrystell
Morales Vizcarra, Alejandra
Muñoz Solorzano, Daniel Alberty
Martinez Contreras, Carlos Andres
Pariona Rojas, James David
Ravello Luis, Diesslly Claudia
Vásquez Ramirez, Adriana Lucia



PRESENTACIÓN

La XI edición de la revista Corpus Iuris que tengo el enorme agrado de liderar, está relacionada al Derecho Tributario y Financiero, rama del Derecho que debe ejercerse en armonía con la composición tripartita de Estado, soberanía y tributo. El respeto soberano de cada país en materia tributaria, más adelante tendrá como consecuencia final la búsqueda de la transparencia en todo movimiento financiero y la solvencia de los derechos de los administrados que exigen a sus gobiernos, reflejado en la garantía de los contribuyentes.

Asumir el rol de Director General de la Asociación Corpus Iuris surge fundamentalmente por sacar adelante un proyecto que es exclusivamente elaborado por alumnos de la UPC. Alumnos que en su totalidad son profesionales con el trabajo que realizan, trabajo que es netamente altruista ya que conlleva un enorme sacrificio de por medio, como entregar horas luego del trabajo, de los estudios y la vida privada. Por ello, estar a la cabeza de la Asociación Corpus Iuris resulta en mi persona una gran responsabilidad que he asumido con total disciplina y que considero como mi mayor reto académico dentro de la carrera de Derecho. Reto que conlleva el dominio de la ética, la elocuencia y la investigación para estar constantemente a la vanguardia como representante de Corpus Iuris.

Finalmente, para lograr el resultado que orgullosamente podemos presentar, debo dedicar mis palabras de agradecimiento en primer lugar a todo asociado de Corpus Iuris, los vigentes asociados, los asociados honorarios y los ex asociados. En segundo lugar, a mi familia y a cada familia que se encuentra detrás de cada alumno de Corpus Iuris y por último a todo peruano que de alguna u otra forma contribuyó a la realización de la edición de la revista 2022.



Diego Alonso Peña Martinez
Director General 2022

EDITORIAL

Me llena de orgullo tener la oportunidad de presentarles la XI Edición de la revista Corpus Iuris. La presente revista abarca temas tributarios y financieros mediante artículos jurídicos y entrevistas a reconocidos juristas nacionales. Asimismo, se ha incluido una sección adicional con los distintos comentarios de nuestros asociados sobre la temática elegida. Estoy segura que podrán encontrar información de suma relevancia tanto para los estudiantes de derecho, docentes, abogados y demás personas interesadas en nuestra carrera.

En este sentido, me gustaría expresar mi agradecimiento a cada uno de los autores y entrevistados quienes nos ofrecieron su tiempo, conocimientos y total disposición para las coordinaciones relacionadas a nuestra revista, es increíble contar con el apoyo de profesionales de tan alto nivel comprometidos con la difusión de contenido jurídico.

De igual forma agradezco a todo el equipo de Edición por su constante apoyo: Camila Zevallos, Priscilla Del Villar, Pamela Angeles, Antonella Zavaleta, Verioska Delgado, Danitza Tonconi, Ariana Carrasco, Mario Vela, Diego Delgado y Kelly Miranda. Ser parte y liderar el equipo de Edición ha sido una de las experiencias más enriquecedoras en mi etapa universitaria y ha significado un aprendizaje constante para mí.

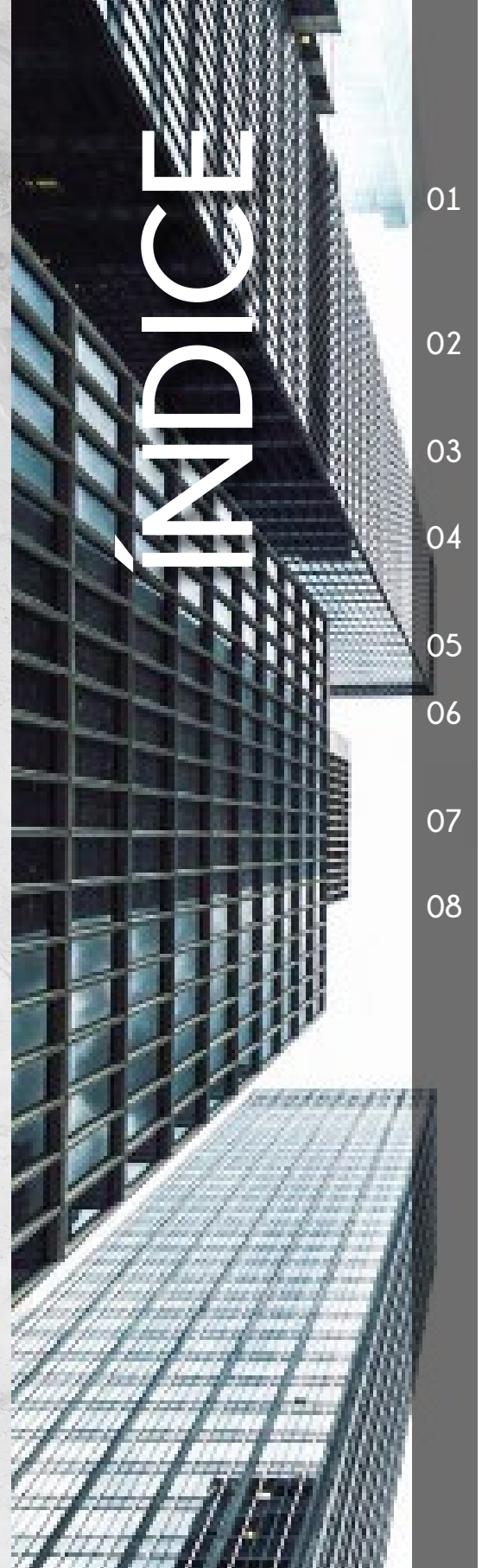
Agradecer también al equipo de Consejo Directivo 2022 conformado por Diego Peña, Mariana Portocarrero, Camila Granda, Valeria Morote, Camila Salazar y Sebastian Arboleda. Hemos formado un gran equipo y tampoco hubiera sido posible esta edición sin el apoyo y motivación de cada una de las direcciones desde que iniciamos este reto.

Finalmente, quiero agradecer al equipo de Corpus Iuris, a cada uno de los asociados que forman parte de esta familia y que, a través de sus comentarios, difusión y sentido de pertenencia siguen logrando que esta Asociación crezca y sea un importante referente a nivel universitario. Siempre he creído que el trabajo en equipo y el compromiso en un mismo objetivo puede generar grandes cambios, la constancia y la disciplina también son fundamentales en el proceso y definitivamente a través de este proyecto lo he podido comprobar una vez más en mi vida.

Que la presente edición sea del agrado para cada uno de los lectores.



Luanna Castañeda Pomacino
Directora Edición 2022



ÍNDICE

ARTÍCULOS

01 ¿Se justifica la delegación de facultades en materia tributaria? A propósito de la asociación en participación, intereses referenciales, prescripción y otras medidas recientes del Ejecutivo 12
Jorge Otoya Cabrera

02 Las contribuciones del asociado en el contexto del contrato de asociación en participación: una mirada crítica al Decreto Legislativo N°1541 26
Jorge Davila Carbajal

03 El auge de las finanzas sostenibles: inversión ESG y la experiencia en América Latina 54
Carlos Enrique Arata y Sheerley Cárdenas Guerra

04 Tributación y derechos fundamentales: los principios constitucionales como límite al poder tributario en la legislación peruana 64
Jean Burga Martinez

05 Instrumentos financieros derivados 80
Alfredo Lau - Tam Oyafuso

06 Mercado de valores y la bolsa: un breve acercamiento al mercado financiero directo en el Perú 94
Manuel Vargas Castillo

07 La NIIF 17 y los desafíos que las Compañías de Seguro Peruanas deberán enfrentar 108
Ibeth Torres Guerra y Daniela Bernui Garces

08 Uber y economía colaborativa: apuntes sobre la historia, la regulación y las controversias judiciales detrás del transporte por aplicación en Estados Unidos y España 116
Victor De la Flor Kivaki

ENTREVISTAS

Política fiscal y elusión tributaria 148
Cesar Luna Victoria León

Responsabilidad penal de las empresas por delito tributario 154
Eduardo Rojas Saldaña

Alcances sobre los fondos de inversión en el Perú 162
Milagros Villanueva Alva

Gasto social de las empresas mineras 168
Socorro Núñez Eriquita

SECCIÓN ADICIONAL

Especial Crítico 176

ARTÍCULO

01



¿SE JUSTIFICA LA DELEGACIÓN DE FACULTADES EN MATERIA TRIBUTARIA? A PROPÓSITO DE LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN, INTERESES REFERENCIALES, PRESCRIPCIÓN Y OTRAS MEDIDAS RECIENTES DEL EJECUTIVO.

Autor: Jorge Otoya Cabrera[1]
Recibido: 30/05/22

Sumario: En este artículo se analiza la institución de la delegación de facultades en materia tributaria en el contexto del principio de legalidad. Luego se describe cómo aquella institución ha sido empleada, sin mayor justificación de urgencia, para reforzar la postura del Estado frente al contribuyente. El artículo finaliza con una propuesta de rediseño de aquella institución en el marco de las disposiciones constitucionales y reglamentarias vigentes en Perú.

Palabras clave: delegación de facultades, principio de legalidad, asociación en participación, intereses referenciales, prescripción.

I. INTRODUCCIÓN

Quien realice un rápido conteo de las disposiciones tributarias que, con rango de ley, son publicadas de tiempo en tiempo en nuestro país, algunas de ellas en el marco de supuestas "reformas tributarias", podrá apreciar que, casi en su totalidad, aquellas fueron dictadas por el Ejecutivo en ejercicio de facultades que le fueron delegadas por el Congreso. Este fenómeno no es nuevo, pues se tiene registro de ello desde los fines de los años setenta y a partir de ese entonces ha sido justificado a nivel conceptual, en un supuesto desfase del clásico principio de legalidad que haría imposible atender con prontitud las necesidades del fisco. Además, se alega que las materias reguladas por la legislación tributaria son sumamente complejas y que por ello es preferible que sea diseñada por técnicos y no por políticos. Sobre la base de estas alegaciones, en la práctica se ha dejado de lado la aplicación del clásico principio de legalidad. Ahora nos encontramos con una nueva legalidad emanada del Ejecutivo, bajo el mecanismo de delegación de facultades.

Sin embargo, la evidencia muestra que este mecanismo, lejos de cumplir con las finalidades para las cuales el instituto de la delegación de facultades fue establecido en nuestra Constitución, ha sido empleado para la aprobación de normas en claro perjuicio del contribuyente. Lo que es peor, muchas veces, como expondremos a

1.- Socio Principal del Área Tributaria del Estudio Muñiz, Olaya, Meléndez, Castro, Ono & Herrera. Abogado (2004) por la Universidad Privada Antenor Orrego. Premio a la Excelencia Académica en Derecho otorgado por SUNARP (2003). Asesora regularmente a empresas financieras y no financieras en transacciones de M&A y en transacciones financieras en mercados domésticos e internacionales.

continuación, las facultades delegadas han sido empleadas para revertir, por la vía de la expedición de legislación, las consecuencias de pronunciamientos administrativos o judiciales que habían sido desfavorables al fisco o para sostener pronunciamientos sin sustento legal que le habían sido favorables. Con esto no se pretende eximir de responsabilidad al ente que delegó las facultades, que, en la práctica, no ha controlado su empleo.

La reciente publicación de disposiciones tributarias con rango de ley, que fueron aprobadas en el contexto de una limitada delegación de facultades al Ejecutivo, y el contenido de las medidas comprendidas en aquella, así como el de aquellas aprobadas en procesos pasados de delegación de facultades, hacen necesario evaluar el mantenimiento del instituto de delegación de facultades legislativas en materia tributaria tal como hoy está concebido, en un contexto donde, en la práctica, son ejercidas sin mayor control posterior e incluso en perjuicio de los contribuyentes.

II. EL ORIGEN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA TRIBUTARIA, Y SU RECEPCIÓN EN LAS CONSTITUCIONES DEL PERÚ

Fue en 1215 que por primera vez un instrumento legal como la *Magna Carta Libertatum* recogió el principio de participación ciudadana en la aprobación de los tributos; antecedente de lo que hoy se conoce como "principio de legalidad". En aquel momento no se reconocía la existencia de instituciones de carácter legislativo independientes del soberano, como las que actualmente existen en la mayoría de los países. Sin embargo, en el artículo 14 de aquel instrumento se reconoció de modo expreso la participación de "*arzobispos, obispos, abades, barones* y grandes barones" y de aquellos "*que tienen tierras directamente de nosotros*", es decir, de los terratenientes, mediante el otorgamiento de su consentimiento general para la determinación de subsidios. De este modo, todas aquellas personas, en tanto titulares de derechos de propiedad, tendrían que consentir cada vez que el rey decidiera aprobar un nuevo tributo que afecte su patrimonio.

La historia nos enseña que la reserva en favor del sujeto obligado al pago de los tributos, de la facultad de consentir su aplicación, es decir, de aprobarlos, no tuvo más finalidad que asegurarle el ejercicio pleno de su derecho de propiedad y garantizarle el respeto de este por parte del Estado. En el Estado de Derecho, como el pago de los tributos es una exacción a la propiedad, no podría consentirse que se realice sin que, de modo previo, haya sido aceptada por los destinatarios del tributo a través de sus representantes válidamente designados y sin que estos hayan previamente sopesado los efectos que tendrán tales tributos en el bienestar de la sociedad.

Decía Hamilton (1787) cuando comentaba el papel de la Cámara de Representantes en la aprobación de los tributos que:

> No puede haber duda de que, para un ejercicio juicioso del poder de tributación, es necesario que la persona en cuyas manos se encuentra tenga conocimiento del genio general, hábitos y modos de pensar de la gente, y de los recursos del país. (p. 213)

Asimismo, sostuvo que aquello se lograría por medio de la Cámara de Representantes, pues en ella estarían "todas las clases de ciudadanos". En su concepción, solo a través de un

congreso en el que los ciudadanos están representados por medio de sus parlamentarios, es posible conocer realmente los efectos que la aplicación de los tributos propuestos tendrá sobre el funcionamiento de la economía y la situación de cada ciudadano en particular.

Esta "socialización" de los efectos que los tributos tienen en las actividades económicas, en general, y en los ciudadanos, en particular, es lo que les dota de legitimidad. Este criterio es, en mi opinión, fundamental a la hora de evaluar la posibilidad real de cobro de un tributo. Al respecto, Héctor Villegas (2017) opinaba que, dado que los tributos suponen restricciones al derecho de propiedad, en el Estado de Derecho, no es legítimo "si no se obtiene por decisión de los órganos de la soberanía popular". (p. 204)

Las ideas antes citadas fueron recogidas en nuestras constituciones desde el momento fundacional de nuestro país. El artículo 18 de las Bases de la Constitución Política de la República Peruana de 1822 dispuso que "la imposición de contribuciones y modo de repartirlas se determinará exclusivamente por el Congreso". Por otro lado, el artículo 60 de la primera constitución que tuvo el Perú en el año 1823 reconoció en el Congreso la potestad exclusiva de "decretar las contribuciones, impuestos y derechos para el sostén y defensa de la República". Esto no era de extrañar, dado el influjo de las ideas de la Revolución Francesa y del constitucionalismo americano en aquellos días.

La posibilidad de que el Ejecutivo dicte, en vía de delegación, normas en materia tributaria fue apenas reconocida expresamente en la Constitución de 1979. Llama la atención que, en plena vigencia de la Constitución de 1933, que no permitía la delegación de facultades en el Ejecutivo, se emitió la Ley 17044 mediante la cual el Congreso autorizó al Poder Ejecutivo a dictar "medidas de carácter extraordinario para dar solución al desequilibrio funcional de las finanzas públicas". Esta fue una autorización con cargo a la cual, entre otras, se emitió la primera ley de impuesto a la renta que tuvo nuestro país, así como la ley que, hasta ahora, regula el tratamiento de los establecimientos duty free.

III. EL FENÓMENO DE LA DELEGACIÓN DE FACULTADES EN MATERIA TRIBUTARIA EN NUESTRO PAÍS, SU JUSTIFICACIÓN Y LA CRISIS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

En los primeros años de vigencia de la Constitución de 1979 se delegó facultades al Ejecutivo para la emisión de normas tributarias cuyo objeto era actualizar la legislación entonces vigente y hacer frente a la crisis ocasionada por el Fenómeno del Niño de 1983. Sin embargo, esto se dio con mayor frecuencia durante los años noventa, ya que el Ejecutivo utilizó el recurso a la petición de facultades delegadas para efectuar modificaciones, a veces radicales y otras parciales, de la legislación tributaria.

Por aquella época, la doctrina ya cuestionaba la necesidad de mantener la vigencia del principio de legalidad en su concepción clásica. García Mullín (1993) en su clásico trabajo *Hacia una Redefinición del Principio de Legalidad*, sostenía que:

> En general, el Poder Legislativo no ha sido capaz de encontrar los medios técnicos que le permitan deliberar y resolver en tiempo razonable", y que incide en este problema "una progresiva tecnificación de los temas a tratar", de la que resulta que "no es concebible que el Parlamento se aboque a la confección detallada de todo un régimen de Impuesto a la Renta". (p. 24)

En muchas ocasiones se han presentado argumentos a favor de una petición de facultades delegadas por la supuesta lentitud del Congreso, así como su incapacidad de revisar materias complejas como la tributaria. Ello, pese a que el artículo 74 de la Constitución reconoce la aplicación del principio de legalidad, al disponer que "los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo".

No se puede negar que, en muchas ocasiones, las disposiciones tributarias son aprobadas casi de emergencia para solucionar problemas urgentes de la caja fiscal. Esto se debe a que los presupuestos se incrementan sin que exista fuente de recursos garantizada. Además, no se puede negar que, por su propia composición, la aprobación de disposiciones en materia tributaria por parte del Congreso podría tardarse, pero ¿acaso la Constitución no le ha reconocido al Ejecutivo la facultad de iniciativa legislativa? (que le permitiría presentar proyectos completos de normas tributarias), ¿acaso el Congreso no cuenta con comisiones provistas de asesores técnicos, a los que suele sumarse el concurso de los especialistas de las instituciones representativas de la sociedad? Y, por último, ¿acaso no suele ocurrir que, una vez que se le delegan facultades, el Ejecutivo tarda en aprobar y publicar las leyes que había propuesto?

La Constitución de 1993 reservó en el Congreso la facultad de creación, modificación y derogación de los tributos. Además, el instituto de la delegación de facultades le permite controlar en última instancia el contenido de las disposiciones a ser expedidas por el Ejecutivo, tanto de manera previa al momento de regular las materias sobre las que será efectiva la delegación, como de manera posterior cuando revise la constitucionalidad de fondo y de forma de cada decreto legislativo. Sin embargo, la casuística de los últimos treinta años demuestra que existe, en la práctica, una distorsión de lo que se entiende hoy como "principio de legalidad".

Y es que parece que la observancia de este principio se entiende hoy como la simple verificación de que la norma tributaria haya sido expedida en la forma de una ley o decreto legislativo, y que, en el caso de los decretos legislativos, se verifique que se trata en ellos materias comprendidas en la ley autoritativa. Sin lugar a dudas, podemos señalar que el principio de legalidad está en crisis, pero se debe a que ha dejado de ser el mecanismo que debía proteger a los contribuyentes de exacciones indebidas a sus propiedades, así como la vía por medio de la cual se dotaría de legitimidad a las necesidades financieras estatales.

IV. LAS FACULTADES DELEGADAS, ¿PUEDEN SER EJERCIDAS SIN MAYOR RESTRICCIÓN?

Un aspecto que muchas veces se olvida es que, cuando el Ejecutivo ejerce facultades delegadas, actúa en condición de representante o mandatario de quien posee tales facultades: el Congreso de la República. Como tal, al momento de su ejercicio, se encuentra obligado a actuar como si aquellas hubieran sido ejercidas

por el representado.

En el considerando 12 de la sentencia 00012-2011-PI/TC, el Tribunal Constitucional sostuvo que la ley habilitante ''cumple la función de una norma sobre la producción jurídica",

> En un doble sentido; por un lado, como `normas sobre la forma de la producción jurídica´, esto es, cuando se les encarga la capacidad de condicionar el procedimiento de elaboración de otras fuentes que tienen su mismo rango; y, por otro, como `normas sobre el contenido de la normación´, es decir, cuando por encargo de la Constitución pueden limitar su contenido. [STC 0020-2005-PI/TC, F.J. 27]

Por tanto, "en tal condición, tienen la propiedad de conformar el parámetro con el cual cabe que se analice la constitucionalidad de los decretos legislativos expedidos".

Sin embargo, hay un aspecto que suele olvidarse cuando se analiza la extensión de la delegación de facultades por parte del Congreso al Ejecutivo. Este, al ser ejercido, es o debe ser un mero representante de la voluntad del primero. En ese sentido, no puede ejercer tales facultades en modo tal que infrinja no solo el alcance de la delegación otorgada, sino la posición que nuestra Constitución ha otorgado al Congreso, que es la de representante de los ciudadanos. En otros términos, el empleo de las facultades delegadas no puede ser efectuado en modo tal que convierta al Ejecutivo en *príncipe*, en la terminología política clásica, sino que, al ejercerlas, debe hacerlo en beneficio de los ciudadanos, es decir, no para mejorar la posición relativa que ocupa en nuestro diseño constitucional como administrador de la cosa pública.

Lo expuesto en el párrafo precedente encuentra sustento en lo establecido en el artículo 1 de nuestra Constitución, que dispone que "la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado". Por ende, la actuación del Ejecutivo, cuando se le encarga legislar, no puede atentar contra los derechos de la persona humana, ni puede ponerle, en los hechos, por encima de aquella. Esta es una premisa que, lamentablemente, ha sido olvidada del todo cuando el Ejecutivo ha ejercido facultades legislativas por delegación.

Ciertamente, quienes sostienen la necesidad de redefinir la aplicación del principio de legalidad propugnan, realmente, un rediseño del Estado en una forma tal que se reconozca al Ejecutivo un papel primordial, casi de *pater familias*, en la administración de la cosa pública. En esa concepción, no es posible reservar en el Congreso de los ciudadanos la facultad de creación, modificación y derogación de tributos. Sin embargo, ocurre que ello contraviene, directamente, el postulado contenido en el artículo 1 de la Constitución, que plantea un Estado al servicio del ciudadano y no a la inversa. Por ende, es indispensable reforzar el principio de legalidad como medida de protección del ciudadano frente a las potenciales exacciones abusivas del Ejecutivo por medio de la vía tributaria.

¿SE JUSTIFICA LA DELEGACIÓN DE FACULTADES EN MATERIA TRIBUTARIA? A PROPÓSITO DE LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN, INTERESES REFERENCIALES, PRESCRIPCIÓN Y OTRAS MEDIDAS RECIENTES DEL EJECUTIVO

CORPUS IURIS 11 | Revista de Derecho

V. EL RECIENTE EMPLEO DE LAS FACULTADES DELEGADAS PARA LA EXPEDICIÓN DE NORMAS QUE MEJORAN LA POSICIÓN DEL EJECUTIVO: LOS CASOS DE LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN, INTERESES REFERENCIALES Y LA PRESCRIPCIÓN

Mediante la Ley 31380, publicada el 27 de diciembre de 2021, el Congreso otorgó facultades delegadas al Ejecutivo respecto de ciertas materias. Según se aprecia en el artículo 1 de aquella ley, la delegación tuvo por propósito "fortalecer la actuación del Poder Ejecutivo en materia de gestión económica y tributaria, así como en la lucha contra la evasión y elusión tributaria, para contribuir con el cierre de brechas sociales prioritarias para lograr el bienestar de la población".

El artículo 3 de aquella ley autorizó al Ejecutivo para que dicte decretos legislativos para, entre otras materias:

> Regular el tratamiento del Impuesto a la Renta aplicable a los contratos de asociación en participación (…). Regular los criterios para determinar la complejidad de las controversias tributarias, sin modificar los plazos de resolución de los recursos impugnativos establecidos por el Código Tributario, ni la regulación de suspensión del cómputo de intereses moratorios (…). Optimizar procedimientos que permitan disminuir la litigiosidad.

No obstante, la realidad es que, al regular esas tres materias, el Ejecutivo adoptó posiciones que mejoraron la posición que las autoridades fiscales habían adoptado respecto de las tres figuras comentadas, en claro perjuicio de los contribuyentes, como se aprecia a continuación.

A. El caso de la asociación en participación:

Desde la entrada en vigor de la Ley 27034, el 1 de enero de 1999, la norma que regulaba el impuesto a la renta no contenía disposiciones que reglamenten los contratos de asociación en participación. En efecto, dadas las dudas que surgieron para la determinación del impuesto a la renta del ejercicio 1999, por la eliminación de las referencias a las asociaciones en participación en la Ley del Impuesto a la Renta, el 21 de marzo de 2000, la SUNAT publicó la Resolución de Superintendencia 042-2000/SUNAT, cuyo artículo 6 disponía lo siguiente:

> Artículo 6.- TRATAMIENTO DE LA PARTICIPACIÓN
> El Asociado declarará la participación como renta de tercera categoría del Impuesto a la Renta y el Asociante la deducirá como gasto o costo, según corresponda.

Para determinar si dicha regla era aplicable en los años posteriores debía determinarse, en primer lugar, cuál es la naturaleza de un contrato de asociación en participación y, en consecuencia, la de la participación que se entrega al asociado en el marco de un contrato de ese tipo. El artículo 440 de la Ley General de Sociedades dispone que este contrato es aquel "por el cual una persona, denominada asociante concede a otra u otras personas denominadas asociados, una participación en el resultado o en las utilidades de uno o de varios negocios o empresas del asociante, a cambio de determinada contribución". La nota característica de este contrato es, conforme con la disposición antes citada, que el asociado participa en el resultado o en las utilidades de uno o varios negocios o empresas del asociante.

Para definir cuál era el tratamiento que, en materia de impuesto a la renta, debía dispensarse a la participación correspondiente al asociado era necesario analizar si correspondía tratársele como un dividendo para efectos tributarios o si, por el contrario, debía tratarse como un gasto en cabeza del asociante y una renta en cabeza del asociado (posición esta última a la que nos adherimos). El inciso a) del artículo 24-A de la Ley del Impuesto a la Renta definía como dividendo u otra forma de distribución de utilidades a las utilidades que las personas jurídicas a que se refiere el Artículo 14 de la Ley distribuyan entre sus socios, asociados, titulares, o personas que las integran, según sea el caso, en efectivo o en especie, salvo mediante títulos de propia emisión representativos del capital.

Conforme con la última norma, una distribución de utilidades calificaba como dividendo y se sujetaba al tratamiento tributario previsto para este tipo de ingresos, cuando las utilidades distribuidas correspondían a la totalidad de los negocios de la persona jurídica. Esta posición ha sido reconocida, además, por la Corte Suprema en la Casación N° 10814-2016 LIMA.

Sin embargo, mediante la RTF 02398-11-2021, el Tribunal Fiscal calificó a la utilidad distribuida por el asociante como un "dividendo" con carácter de criterio de observancia obligatoria. Para dicho Tribunal, aquello era un dividendo conforme con el inciso a) del artículo 24-A de la Ley del Impuesto a la Renta, que ya hemos citado.

Pese a la evidente ilegalidad de este criterio, pues, este supuesto de hecho no estaba contemplado en el citado inciso a) del artículo 24-A de la Ley del Impuesto a la Renta, mediante el Decreto Legislativo 1541, el Ejecutivo introdujo un inciso i) al artículo 24-A de la Ley del Impuesto a la Renta, en el que define al dividendo como "la participación del asociado de un contrato de asociación en participación". Además, introdujo una quincuagésimo quinta disposición transitoria final en la Ley del Impuesto a la Renta, que dispone que, para los efectos de aquella ley, "los contratos de asociación en participación tienen el tratamiento que se indica a continuación" (…).

De la revisión de esta norma, destacan varios aspectos:

a) Al incluirse, en un inciso específico, a la participación del asociado como dividendo, se deja en evidencia que el fallo del Tribunal Fiscal que le calificaba como tal en el marco del inciso a) del artículo 24-A de la Ley del Impuesto a la Renta era ilegal. En efecto, de haber estado este supuesto comprendido en la hipótesis de aquella norma, no se habría requerido introducir uno nuevo.

b) Si el inciso a) del artículo 24-A no comprendía a las utilidades distribuidas en los contratos de asociación en participación, no era posible que mediante una nueva disposición transitoria de la Ley del Impuesto a la Renta, se establezca que "la participación del asociado no constituye costo o gasto deducible para el asociante", ni que se disponga que la obligación de retener el impuesto a los dividendos, ''también es aplicable a los asociantes, respecto de las utilidades que distribuyan a favor de los asociados cuando estos sean personas naturales, sucesiones indivisas o sociedades conyugales que optaron por tributar como tales, domiciliadas en el país, o personas no domiciliadas en el país, respectivamente".

¿Qué ocurrió entonces? No fue otra cosa que el ejercicio de las facultades delegadas para convalidar un fallo administrativo, que era contrario al texto de la Ley del Impuesto a la Renta y a la naturaleza de la institución de la asociación en participación, y que contrariaba un pronunciamiento (no vinculante) de la Corte Suprema que había reconocido el tratamiento aplicable a estos contratos.

En otras palabras, en este caso, las facultades delegadas no fueron empleadas para regular esta figura contractual, sino para modificar su tratamiento, en beneficio de la posición de la Administración y perjuicio de los contribuyentes.

B. El caso de los intereses referenciales

Mediante la Casación 4392-2013, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema interpretó, con carácter de precedente de observancia obligatoria, los alcances del artículo 34 del Código Tributario. Conforme con dicho precedente, los intereses que deben cancelarse, según el artículo 34 del Código Tributario, son aquellos que se generan como consecuencia de la cancelación de los pagos a cuenta fuera de la fecha de vencimiento establecida para cada uno de ellos, mas no aquellos que pudieran determinarse por el hecho de que los pagos a cuenta se hubieren determinado en defecto por la utilización de un coeficiente menor al que corresponda.

Si bien ese precedente vinculante había sido desconocido, en reiteradas oportunidades, por el Tribunal Fiscal y algunos juzgados y salas tributarias, este continúa siendo aplicado por la Corte Suprema y, sobre la base de este, se ha iniciado múltiples acciones tendientes a cuestionar los cobros de "intereses" respecto de obligaciones que nunca se debieron, pues, al ser accesorias al impuesto anual y estar este cancelado, no podrían adquirir independencia o vida propia.

Mediante el Decreto Legislativo 1528, sin que exista una facultad delegada específica para este caso, se incorporó un párrafo final al artículo 34 del Código Tributario en el que se establece, en suma, que el cobro de intereses referenciales,

"es aplicable incluso cuando, con posterioridad al vencimiento o determinación de la obligación principal, se hubiese modificado la base de cálculo del pago a cuenta o el coeficiente aplicable o el sistema utilizado para su determinación, por efecto de la presentación de una declaración jurada rectificatoria o de la determinación efectuada sobre base cierta por la Administración".

Así, por la vía de una modificación legal, el Ejecutivo ha pretendido dejar sin efecto el criterio de observancia obligatoria establecido en un fallo que le fue desfavorable, con tan poca técnica legislativa que, en todo caso, este mandato solo podría regir respecto de las deudas por pagos a cuenta que se devenguen y determinen con posterioridad a la entrada en vigor de esta modificación, mas no a las de períodos anteriores.

Lo que es más grave, si se revisa el contenido de la Ley 31380, podrá apreciarse que en ella no se autorizó al Ejecutivo para realizar esta modificación.

En suma, esta disposición solo tiene por objeto restringir el derecho de los contribuyentes.

C. El caso de la prescripción

El derecho a la prescripción es una institución mal entendida en el derecho tributario, pues se le asimila a la regulada por el Código Civil, cuando en realidad es un supuesto de caducidad al carecer la Administración de competencia para determinar y/o cobrar la deuda prescrita que ha sido gravemente afectado mediante las reglas introducidas por el Decreto Legislativo 1528.

Además, llama la atención que las restricciones, claramente inconstitucionales, que pasaremos a comentar, fueron establecidas bajo la cobertura de una autorización para la expedición de reglas que "disminuyan la litigiosidad". Se hubiera esperado, con base en ellas, encontrar disposiciones que, por ejemplo, impidan a SUNAT litigar o, al menos, recurrir en casación. Por el contrario, la idea de disminución de litigiosidad que tenía en mente el Ejecutivo consistía en impedir el ejercicio de válidas acciones de defensa por parte del contribuyente.

En primer lugar, aquellas reglas impiden alegar la prescripción en más de un procedimiento a la vez, pese a que ambos procedimientos se encuentren abiertos. Esto, claramente, no disminuye la litigiosidad, pues, para hacer valer su derecho en aquel procedimiento en el que, conforme con esta regla, le estuviera impedido hacerlo, el contribuyente podría tener que recurrir la constitucionalidad de esta ley, a través de un proceso de amparo, lo que incrementaría, contrariamente, lo que esta norma buscaba: la carga procesal.

En segundo lugar, dichas reglas requieren que se especifique el tributo y período por el que se solicita la prescripción, situación que difiere de lo que fue una práctica usual y por demás razonable, que consistía en solicitar la declaración de prescripción de todos aquellos períodos respecto de los cuales hubiera transcurrido el plazo correspondiente. Esto, lejos de evitar la litigiosidad, generará más procedimientos administrativos y más posibilidades de error por parte del contribuyente.

VI. ¿DEBE REDISEÑARSE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD?

La historia de la humanidad suele ser pendular, pues a períodos de influencia liberal le pueden suceder períodos de gran control estatal, y viceversa. Es claro que un gran número de los principios recogidos en nuestra Constitución se desarrollaron bajo el influjo del liberalismo, para el que la propiedad es un derecho absoluto o cuasi absoluto, y los impuestos debían crearse y pagarse en situaciones estrictamente necesarias.

Empero, más allá de las declaraciones formuladas tanto en la Constitución como en diversos cuerpos legales, la realidad sociopolítica de nuestro país nos refleja que, en los últimos cincuenta años, el Ejecutivo ha asumido, en la vía de los hechos y también por derecho, el rol de tutor del destino de los ciudadanos, al punto que muchas de sus frecuentes críticas a la institución legislativa recaen en la, a veces supuesta, y a veces manifiesta, incapacidad de sus agentes para legislar sobre las materias de interés nacional.

Entre tanto, es una regla de la economía, basada en la realidad, que los tributos

no pueden constituir obstáculos para el desarrollo de una sociedad y, por ello, las facultades legislativas no pueden ser empleadas para mejorar, sin audiencia al contribuyente, la posición de su contraparte estatal en la relación jurídico-tributaria. En ese contexto, se vuelve indispensable volver a la aplicación estricta del principio de legalidad clásico.

¿Que el Congreso carece de la técnica necesaria para redactar normas tributarias? Pues aquellas pueden ser redactadas por el Ejecutivo, en uso de su facultad de iniciativa legislativa, y se someterán al debate en comisiones, con participación de la sociedad civil, inclusive de sus asesores. Así se ha hecho, en muchas oportunidades, con disposiciones sobre otras materias de índole compleja.

¿Que el Congreso toma mucho tiempo para aprobar las disposiciones legales? Pues también el Ejecutivo requiere plazos amplios para aprobar, vía delegación de facultades, disposiciones que ya debería tener redactadas cuando solicita tal delegación. Además, si la causa del pedido de delegación de facultades es incrementar la recaudación, habrá que recordar al Ejecutivo que es quien tiene la iniciativa de gasto y presupuestaria, y que no puede formularse ni aprobarse presupuestos sin recursos que los financien.

Si nos realizáramos más preguntas como las precedentes, con seguridad, no se encontraría un solo argumento sólido para negar al Congreso la posibilidad de convertirse en el centro de debate de las disposiciones tributarias, que permita la participación ciudadana en el diseño de aquellas. Con esto, no se quiere sostener que se rechace la figura de la delegación de facultades, pero sí que se evite su empleo si es que no existen razones de urgencia manifiesta para solicitarlas, que deberían evidenciarse en (I) el otorgamiento de un plazo muy corto para la expedición de las normas, (II) el requisito de que los textos de estas hayan sido puestos en conocimiento del Legislativo junto con la propuesta de facultades delegadas, y (III) el requisito de que se acredite la existencia de una urgente necesidad de tesorería que no podría ser satisfecha, sino con la expedición inmediata de las disposiciones planteadas. Evidentemente, incorporar estos requisitos en nuestro ordenamiento jurídico requeriría modificaciones al Reglamento del Congreso, pero, además, de un cambio en la manera de pensar de los contribuyentes en general, quienes deben tener un rol activo en la elaboración de las normas tributarias.

REFERENCIAS

Congreso de la República del Perú. (21 de diciembre de 2021). Ley Que Delega En El Poder Ejecutivo La Facultad De Legislar En Materia Tributaria, Fiscal, Financiera Y De Reactivación Económica A Fin De Contribuir Al Cierre De Brechas Sociales. [Ley N.º 31380]. Recuperado de: https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-que-delega-en-el-poder-ejecutivo-la-facultad-de-legislar-ley-n-31380-2024985-1/

Corte Suprema De Justicia De La República. Casación N° 10814-2016. Lima: jueves 1 de agosto de 2019.

García Mullín, Roque (1993) Hacia una redefinición del principio de legalidad. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario* (25) 24

Hamilton, Alexander; Madison, James and Jay, John (1787). *The Federalist Papers*. New York: Signet Classics.

La Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT). (21 de marzo de 2000). Se aprueban normas sobre Declaración Jurada Anual De Los Contratos De Colaboración Empresarial Y Procedimiento para que asociaciones en participación soliciten baja del RUC. Recuperado de: https://www.sunat.gob.pe/legislacion/superin/2000/042.htm

La Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT). (26 de marzo del 2022) [Decreto Supremo N° 179-2004]. Recuperado de: https://www.sunat.gob.pe/legislacion/renta/tuo.html

Presidencia de la República del Perú. (2 de marzo de 2022). Ley Que Modifica El Código Tributario. [Decreto Legislativo N° 1528]. Recuperado de https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-que-modifica-el-codigo-tributario-decreto-legislativo-n-1528-2044433-1/

Tribunal Fiscal (2021). Expediente N.º : 17992-2014. Lima: Viernes 2 de abril de 2021. Recuperado de: https://www.zyaabogados.com/uploads/abril-2021/rtf-00-02398-11-2021-1.pdf

Tribunal Constitucional (TC). (2011) Resolución. Exp. N.º 00012-2011-PI/TC. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00012-2011-AI.html#:~:text=00012%2D2011%2DAI&-text=Asunto%3A,terrorismo%20y%20la%20delincuencia%20organizada.

Tribunal Constitucional (TC). (2005) Resolución. Exp. N.º 0020-2005-PLRRC Y 0021-2005-PLRRC, Recuperado de: https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00020-2005-AI%2000021-2005-AI.pdf

Villegas, Héctor (2017). *Curso de Finanzas, derecho financiero y tributario*. Astrea.



ARTÍCULO

02

LAS CONTRIBUCIONES DEL ASOCIADO EN EL CONTEXTO DEL CONTRATO DE ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN: UNA MIRADA CRÍTICA AL DECRETO LEGISLATIVO N°1541

Jorge Dávila Carbajal[1][2]
Recibido: 30/05/22

Sumario: El presente trabajo constituye un análisis crítico de las modificaciones efectuadas a la Ley del Impuesto a la Renta (en adelante, la LIR) por el Decreto Legislativo N°1541, sobre el tratamiento de las contribuciones del asociado en el contexto del contrato de asociación en participación (en adelante, CAP[3]). La primera de ellas, referida a la calificación, como supuesto de "enajenación", de la contribución de bienes al CAP; y, la segunda, que establece como regla general que las contribuciones del asociado se encuentran gravadas con el referido impuesto.

Palabras clave: contrato de asociación en participación, enajenación, contribuciones, Impuesto a la Renta, autonomía del derecho tributario, Ley General de Sociedades.

I. INTRODUCCIÓN

El Decreto Legislativo N°1541, publicado el 26 de marzo de 2022 y vigente a partir del 1 de enero de 2023, tiene por finalidad —en los términos de la propia norma— perfeccionar el tratamiento tributario aplicable a los CAP.

La Exposición de Motivos de dicho decreto, revela tres posibles interpretaciones sobre el tratamiento tributario que debe recibir, para efecto del Impuesto a la Renta, la participación del asociado en el contexto de un CAP[4], optando por una de ellas con el proclamado fin de otorgar seguridad jurídica[5]. Básicamente, la norma acoge el criterio de observancia obligatoria emitido por el Tribunal Fiscal mediante la Resolución N°02398-11-2021, que indica lo siguiente:

> La participación del asociado, para los efectos del Impuesto a la Renta, califica como dividendo u otra forma de distribución de utilidades. En tal sentido, estará o no gravada con el Impuesto según quien sea el asociado, de la siguiente manera: 1. Si el asociado es una persona jurídica domiciliada en el país, dicho ingreso no está gravado con el Impuesto a la Renta. 2. Si el asociado es una persona natural o un ente distinto a una persona jurídica domiciliada en el país, dicho ingreso está gravado con el Impuesto a la Renta de segunda categoría[6].

1.- Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio Olaechea.
2.- Dedicado a mi esposa e hijos. Gracias por su paciencia e inconmensurable afecto.
3.- Para propósitos del presente trabajo, utilizaré las siglas CAP para referirme al contrato de asociación en participación o a los contratos de asociación en participación, según corresponda.
4.- Estas interpretaciones tienen como sustento criterios adoptados por el Tribunal Fiscal; así como el Poder Judicial.
5.- Postulo que dicha finalidad no se cumple en su integridad, conforme explicaré en líneas posteriores.

En línea con lo expuesto, el Decreto Legislativo N°1541 establece que los CAP tendrán el siguiente tratamiento tributario para efectos del Impuesto a la Renta:

- La participación del asociado de un CAP califica como un supuesto de dividendos y cualquier otra forma de distribución de utilidades.
- Califican como rentas de fuente peruana, los dividendos y cualquier otra forma de distribución de utilidades cuando el asociante de un CAP que los distribuya, pague o acredite se encuentre domiciliado en el país.
- En el caso que los asociantes de un CAP, domiciliados en el país, distribuyan utilidades en especie, considerarán como ganancia o pérdida la diferencia que resulte de comparar el valor de mercado y el costo computable de las especies distribuidas.
- Los asociantes tienen la obligación de retener el Impuesto a la Renta (5%) respecto de las utilidades que distribuyan a favor de los asociados cuando estos sean personas naturales, sucesiones indivisas o sociedades conyugales que optaron por tributar como tales, domiciliadas en el país o personas no domiciliadas en el país, respectivamente. La obligación de retener nace cuando los dividendos y otras formas de distribución de utilidades se pongan a disposición en efectivo o en especie.
- La participación del asociado no constituye costo o gasto deducible para el asociante.
- El asociante debe registrar en subcuentas especiales las operaciones del negocio objeto del contrato de asociación en participación.
- Las demás disposiciones de la LIR y su reglamento se aplican en tanto no se opongan a lo antes expuesto.

Hasta aquí, pareciera existir cierta consistencia entre el texto normativo y la posición adoptada por el legislador. Sin embargo, el Decreto Legislativo N°1541, modifica también el artículo 5 de la LIR, donde introduce como supuesto de "enajenación" a "(…) la contribución de bienes en un contrato de asociación en participación" y agrega —como parte del tratamiento de tributario de los CAP[7] — una disposición que establece lo siguiente: "Las contribuciones del asociado se encuentran gravadas con el Impuesto a la Renta, de conformidad con las disposiciones que regulan el referido impuesto".

Las modificaciones señaladas en el párrafo precedente resultan contradictorias con lo que el legislador quiso normar (esto último, atendiendo a la Exposición de Motivos del decreto); y

6.- El tema materia de controversia a que se refiere la precitada resolución consistió en determinar, si en el marco de un CAP, la participación del asociado se encuentra gravada con el Impuesto a la Renta. Nada dice la resolución sobre la calificación, como enajenación, de las contribuciones del asociado.
7.- Al respecto, véase el inciso 1 de la quincuagésimo quinta disposición transitoria y final, incorporada a la LIR por el artículo 8 del Decreto Legislativo N°1541.

abren un nuevo espacio de interpretación y discusión legal sobre el tratamiento tributario de los CAP, alejándose de su proclamada finalidad.

Desde un punto de vista crítico, se analizará entonces la calificación, como supuesto de "enajenación", de la contribución de bienes realizada por el asociado; así como la regla que determina que las contribuciones del asociado se encuentran gravadas con el Impuesto a la Renta.

No será objeto del presente artículo analizar la calificación de la participación del asociado, como dividendo u otra forma de distribución de utilidades (aunque debo manifestar mi discrepancia sobre este tratamiento adoptado por el legislador). Analizaré más bien, la calificación como supuesto de "enajenación", de la contribución de bienes realizada por el asociado; así como la regla que determina que las contribuciones del asociado se encuentran gravadas con el Impuesto a la Renta.

En aras de cumplir con dicho propósito, transitaré inicialmente por el estudio de la Ley General de Sociedades (LGS) y la doctrina societaria; concentrándome fundamentalmente en el análisis de la naturaleza y alcances de las contribuciones realizadas por el asociado en el contexto del CAP.

Luego, realizaré un breve examen del concepto de "autonomía del derecho tributario", para entender si el tratamiento particular contenido en las disposiciones bajo análisis, constituyen una manifestación legítima de tal autonomía; o —en palabras del Doctor Juan Lino Castillo Vargas— una "deformación" de tal concepto[8]. Dicho análisis reviste de consecuencias jurídicas importantes; más aún, si a partir de ello, resultara también posible verificar una afectación de principios constitucionales, como el de capacidad contributiva.

Finalmente, a partir de un caso hipotético, intentaré evidenciar alguno de los escenarios resultantes del tratamiento contenido en el Decreto Legislativo N°1541; y las inconsistencias tributarias que podrían surgir de cada escenario.

II. ANÁLISIS

A. La contribución del asociado en el contexto del CAP: Una revisión inicial y necesaria de la LGS y la doctrina societaria

Como punto de partida, debe considerarse que el CAP es un contrato asociativo. En términos generales, como contrato asociativo que es, crea y regula relaciones de participación e integración en negocios o empresas determinadas, en interés común de los intervinientes; no generan una persona jurídica, deben constar por escrito y no están sujeto a inscripción en el Registro[9]. Asimismo, las partes están obligadas a efectuar las contribuciones en dinero, bienes o servicios establecidos en el contrato[10].

En específico, sobre el CAP, el artículo 440° de la LGS, establece que es el contrato por el cual una persona,

8.- CASTILLO FREYRE Y OTROS (2009). Tributación y derecho *liber in memoriam* Juan Lino Castillo Vargas. Palestra Editores S.A.C., p. 78.
9.- Artículo 438 de la LGS.
10.-Artículo 439 de la LGS.

denominada asociante concede a otra u otras personas denominadas asociados, una participación en el resultado o en las utilidades de uno o de varios negocios o empresas del asociante, a cambio de determinada contribución.

Sobre los orígenes de este tipo de contrato asociativo, Garrigues[11] ubica al CAP como una "(…) forma de tránsito entre la compañía mercantil que crea una personalidad jurídica, y la relación puramente contractual". Agrega que dicho contrato "(…) deriva de la más antigua forma de cooperación mercantil (commenda) a través de la participatio o compagnia secreta, así llamada porque en ella la persona que aporta capital a los negocios de otro permanece oculta para los terceros; a diferencia de la otra forma de participar un capitalista en una empresa mercantil, la sociedad en comandita, donde tal participación se manifiesta al exterior".

Respecto a su finalidad económica, Eduardo Benavides citado por Hundskopf[12], sostiene que "el contrato de asociación en participación resulta un mecanismo ideal para obtener aportes de terceros, no solo en dinero sino también en bienes, tangibles (un terreno, una maquinaria, materias primas, insumos (…)) o intangibles (know how, marcas de fábrica, tecnología (…)) y servicios (servicios de ingeniería, de consultoría, contactos), compensando a dichos terceros con las ganancias del negocio del asociante pero sin permitirles que tengan una participación activa en dicho negocio, el cual sigue siendo del asociante".

En sentido similar, León Tovar[13] refiere que el CAP es una "(…) institución jurídica bastante utilizada tanto en el pequeño comercio como, y sobre todo, en el seno de las altas combinaciones financieras e industriales en donde ha alcanzado particular auge y desarrollo con (…) la posibilidad de obtener financiamiento sin necesidad de emitir bonos u obligaciones, evitar préstamos con garantías gravosas o determinar zonas y precios de productos determinados, aspectos atractivos no sólo para el comerciante individual sino también para las sociedades comerciales".

Agrega Hundskopf[14] que mediante el CAP "(…) el asociante obtiene financiamiento para el emprendimiento de un negocio con las contribuciones otorgadas por los asociados, quienes a cambio obtienen la posibilidad de gozar de una participación en el resultado". Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar que el mismo autor resulta categórico al sustentar luego que el CAP—atendiendo a su naturaleza jurídica— no es un contrato de prestaciones recíprocas, elemento que lo diferencia del mutuo.

Garrigues[15] refiere que existe una cierta semejanza entre el CAP y el contrato de mutuo; esto último, atendiendo al hecho que la contribución del asociado no afluye a ningún patrimonio social

11.- GARRIGUES (1974). Curso de Derecho Mercantil, t. II, 6a ed.. Imprenta Aguirre, p. 56.
12.- HUNDSKOPF EXEBIO (2014). Las singularidades de los contratos asociativos con especial énfasis en la asociación en participación y en el consorcio. Lima: Actualidad Jurídica N°242, Gaceta Jurídica, p. 115.
13.- LEÓN TOVAR (1987). La Asociación en Participación y otras figuras jurídicas afines. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, N°58, p. 71.
14.- HUNDSKOPF EXEBIO (2005). La Asociación en participación como contrato de riesgo compartido y no de prestaciones recíprocas. Diálogo con la Jurisprudencia N°.84. Lima: Gaceta Jurídica, p.145.
15.- GARRIGUES (1974). Op. Cit.p.57.

como consecuencia de la creación de una persona jurídica, distinta a los contratantes. Sin embargo, precisa que, en el caso del CAP, la entrega de la contribución del asociado al asociante "(…) no se realiza como en este contrato —refiriéndose al mutuo—obligandi causa, es decir para constituir o perfeccionar el contrato, sino solvendi causa, es decir como efecto del contrato ya perfecto"[16] [17].

Ahora bien, entre los elementos esenciales del CAP[18], me permitiré profundizar en las contribuciones del asociado para propósitos del presente análisis.

En términos usuales, las palabras "aporte" y "contribución" resultan ser sinónimos[19], tanto es así que en diversa doctrina societaria sobre el tema se evidencia un uso indistinto de ambos términos en referencia al elemento bajo análisis. No obstante, en todos los casos, existe unanimidad en señalar que el aporte o contribución del asociado resulta distinto en cuanto a su naturaleza jurídica a los aportes societarios que realizan los accionistas.

Con fines didácticos me referiré exclusivamente al término "contribución" cuando se trate de los bienes, dinero o servicios afectados por el asociado al negocio asociativo bajo un CAP; para diferenciar dicho concepto del "aporte" efectuado por los accionistas al capital de sociedades.

Sin perjuicio de lo anterior, no parece ser casualidad que la LGS en sus artículos 440° al 444°(que establecen disposiciones específicas sobre los CAP), y en sus artículos 438° y 439° (que establecen disposiciones genéricas aplicables a los contratos asociativos), haga referencia a las "contribuciones" y no a los "aportes" del asociado, y que solo de forma residual; esto es, en caso de falta de estipulación contractual sobre tres aspectos específicos (la oportunidad, el lugar y la forma) en que se realizarán tales

16.- GARRIGUES (1974). Op. Cit.p.57.
17.- El texto entre guiones ha sido agregado para clarificar la cita.
18.- Con propósito ilustrativo, considérense las características sustanciales que se indican a continuación en palabras del Doctor Elías Laroza: "a) Es un contrato asociativo, nominado y típico. b) Regula relaciones de participación o integración en uno o más negocios o empresas del asociante, en interés común de todas las partes contratantes. c) No está sujeto a otra formalidad que la de constar por escrito. d) No origina la creación o nacimiento de una persona jurídica. Por ende, no tiene denominación social, ni razón social. e) No hay obligación de revelarlo a terceros, pues es un contrato privado entre las partes. f) El asociante actúa en nombre propio y le corresponde, en forma exclusiva, la gestión de los negocios o empresas materia del contrato. g) No existe relación jurídica entre los asociados y los terceros, ni entre éstos y los primeros. h) Las contribuciones de los asociados son utilizadas por el asociante, para el negocio o empresa. Si ellas consisten en bienes, se presume que pertenecen al asociante, aunque la Ley permite que permanezcan en propiedad del asociado. i) Los asociados tienen derecho a la rendición de cuentas, al término de cada ejercicio y al terminar el negocio o la empresa. j) El contrato puede establecer formas de fiscalización o control de los asociados sobre los negocios o empresas del asociante, objeto del contrato. Nada impide que ello se extienda, si así es pactado, a los otros negocios del asociante que están vinculados en cualquier forma a los que son materia del contrato; y k) Es un contrato sujeto a plazo, determinado o determinable. En otras palabras, el plazo puede pactarse expresamente o se puede deducir del objeto del contrato".
Al respecto, véase: ELIAS LAROZA (1998). Ley General de Sociedades comentada. Editora Normas Legales S.A. pp. 894 y 895.
19.- De hecho, según el Diccionario de la Real Academia, el término "aporte", significa: contribución, participación, ayuda.

contribuciones, determine que regirán las normas aplicables a los "aportes" en cuanto le sean aplicables[20].

En adición al mencionado fin didáctico, lo anterior reviste de relevancia jurídica. En efecto, a diferencia de un aporte societario en virtud del cual —por regla general— se transfiere en propiedad el bien aportado a la sociedad; no se verifica en el CAP la constitución de un patrimonio independiente, distinto al de los partícipes del negocio asociativo, al cual pueda transferirse en propiedad los bienes contribuidos. En ese sentido, el CAP es esencialmente un contrato bilateral, donde participan, asociado y asociante.

En el mismo sentido, Elías Laroza[21] precisa que "la Ley se refiere a "contribuciones" y no a "aportes", debido a que no hay transferencia de propiedad sobre los bienes que los contratantes se obligan a asignar o entregar para el negocio o empresa. Siguiendo esa línea, Hundskopf aprecia una similitud entre el CAP y la figura de las sociedades mercantiles; sin embargo, resalta que ambas figuras no son lo mismo, toda vez que en el CAP "(…) no se forma una persona jurídica nueva ni existe una separación patrimonial entre la esfera del asociante y asociados y la esfera del negocio en marcha"[22].

Sobre el mismo tema, Garrigues sostiene que una de las consecuencias de la no creación de un ente colectivo (para propósitos del presente artículo, de una persona jurídica) es que "(…) en cuanto al patrimonio de la cuenta en participación, éste no goza de autonomía, sino que se confunde con el patrimonio del comerciante gestor de la cuenta"[23].

Siendo claro que el CAP no da lugar a la conformación de un patrimonio independiente; esto, toda vez que no se configura una persona jurídica nueva, resulta preciso establecer ahora las consecuencias jurídicas derivadas de la contribución del asociado a favor del asociante, particularmente en bienes.

Al respecto, el 443° de la LGS, establece que, respecto de terceros, los bienes contribuidos por los asociados se presumen de propiedad del asociante, salvo aquellos que se encuentren inscritos en el Registro a nombre del asociado[24].

Sobre el particular, Elías Laroza, sostiene que "(…) el asociante, gestor único del negocio o empresa, aparece ante terceros como el propietario exclusivo del negocio y, por ende, de los bienes que tengan la condición de contribuidos en favor de la asociación. Consecuentemente, los terceros tienen

20.-Sobre el particular, véase el último párrafo del artículo 339 de la LGS.
21.- ELIAS LAROZA (1998). Op.Cit. p.892
22.-HUNDSKOPF EXEBIO (2014). Op.Cit., p.112.
23.-GARRIGUES (1974). Op.Cit., p. 58.
24.-El antecedente inmediato al artículo 443 de nuestra norma vigente, es el artículo 404 del Texto Único Concordado de la Ley General de Sociedades, publicado el 15 de mayo de 1985 y aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-85-JUS, que indicaba lo siguiente: *"Respecto a terceros, los bienes aportados pertenecen en propiedad al asociante, a no ser que, por la naturaleza de la aportación fuese necesaria alguna formalidad o se estipule lo contrario en el contrato de asociación y se efectúe la inscripción en el Registro correspondiente. Aun cuando la estipulación no haya sido registrada surtirá sus efectos si se prueba que el tercero tenía o debía tener conocimiento de ella"*. Nótese incluso que bajo la redacción del precitado artículo 404, se permitía estipular en contrario a la transferencia en propiedad de los bienes aportados por el asociado.

acción contra el asociante y contra los bienes referidos, mas no contra los asociados. Por ello, el artículo 443° de la Ley, bajo comentario, contiene una norma de protección en favor de los terceros que contraten con el asociante, al determinar que, respecto de terceros, los bienes contribuidos por los asociados se presumen de propiedad del asociante. En tal virtud, el tercero que pueda probar la utilización de un bien por parte de un asociante en la gestión de la asociación en participación tiene acción contra dicho bien, por presumirse de propiedad del asociante. Sin embargo, la presunción no opera si se trata de un bien que figure inscrito en el Registro a nombre del asociado"[25].

Por su parte, Montoya Manfredi[26] en referencia al artículo 357° de la Ley de Sociedades Comerciales —antecedente a nuestra LGS vigente y similar al artículo 443° bajo comentario—, indica que la fórmula adoptada "(…) guarda relación con el carácter oculto de la asociación en participación. Los terceros conocen únicamente al gestor, sin que tengan ninguna relación con el participante. Para ellos, el asociante es el único titular del negocio o empresa con quién contratan; él actúa únicamente en nombre propio, por lo que no hay acreedores ni deudores de la asociación. Se protege, pues, la aparición externa, la buena fe de los terceros que concedieron créditos o celebraron contratos sobre la base de una situación revelada al exterior como única. (…) Puede ocurrir que el bien aportado sea un inmueble y la aportación se inscriba en el Registro de la Propiedad Inmueble, u otro bien sujeto a inscripción, en cuyo caso la publicidad registral cumple su función de hacer conocer la verdadera situación de los bienes".

Mal podría inferirse del artículo bajo análisis que la contribución en bienes por el asociado constituye transferencia de propiedad a favor del asociante. En efecto, los mismos podrían ser cedidos temporalmente en uso o transferidos definitivamente en propiedad, situación que corresponderá ser regulada por las partes en el CAP, según las particularidades de cada negocio.

En la misma línea se pronuncia Elías Laroza[27], cuando indica que "(…) En la asociación en participación no es obligatorio que los bienes que proporcionan los asociados pasen a la propiedad del asociante, conforme al artículo 443".

Nótese entonces que el artículo 443° de la LGS, busca proteger a terceros de buena fe, estableciendo que los bienes contribuidos por los asociados se presumen de propiedad del asociante, salvo aquellos bienes inscritos en los Registros Públicos a nombre del asociado.

Sin embargo, incluso respecto de aquellos bienes aportados por el asociado, no inscritos en los Registros Públicos, lo previsto en el precitado artículo constituye exclusivamente, una presunción cuyo objeto es proteger a terceros con los que el asociante tenga

25.- ELIAS LAROZA (1998). Op.Cit. p.896.
26.- MONTOYA MANFREDI, U. (1966). De la Asociación en participación en la Ley de Sociedades Mercantiles. Lima: THEMIS, pp.13-18. Recuperado a partir de https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/12627
27.- ELIAS LAROZA (1998). Op.Cit. p.892

una relación de crédito, de manera tal que estos terceros puedan ejercer su derecho de cobro contra los bienes afectados al negocio asociativo, sea que dichos bienes se encuentren a título de posesión o de propiedad por el asociante. En otras palabras, a partir de dicha presunción, mal podría concluirse que toda contribución en bienes efectuada por el asociado constituye una transferencia en propiedad a favor del asociante.

Ahora bien, sea que la contribución se realice en dinero, servicios o bienes (a título de propiedad o cesión en uso temporal), resulta medular entender que el CAP no es un contrato de prestaciones recíprocas sino de riesgo compartido. Dicha característica es consustancial al contrato bajo análisis (dicho de otra forma, define su propia naturaleza) y responde a su propósito económico real; de manera tal que obviar esta particularidad terminaría desnaturalizando el contrato.

Sobre el particular, Hundskopf[28] sostiene que "(…) el contrato de asociación en participación no es un contrato de prestaciones recíprocas, toda vez que el asociante no está en la obligación de efectuar una prestación a favor del asociado y viceversa. El contrato consiste simplemente en la participación del asociado en el riesgo del negocio, siempre y cuando este efectúe una contribución para el desarrollo del negocio".

Siendo esto así, en consideración de dicho autor, no resulta aplicable por ejemplo el artículo 1428° del código civil, en virtud del cual, en los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios.

Explica Hundskopf[29] que "(…) el término "recíproco" significa que la causa del contrato reside en el intercambio, lo que generalmente se concreta en el binomio prestación/contraprestación, es decir, un contratante se obliga a favor de otro y este a favor del anterior: la prestación de cada uno de ellos encuentra justificación en la prestación del otro. A manera de ejemplo, el contrato de prestaciones recíprocas más común en el derecho es el contrato de compraventa, puesto que el vendedor se obliga a entregar el bien mientras que el comprador se obliga a pagar la contraprestación previamente acordada, siendo ambas prestaciones recíprocas".

Nótese al respecto, que no se pone en cuestión el carácter oneroso del contrato; sino que teniéndolo no resulta ser un contrato de prestaciones recíprocas; sino un contrato de riesgo compartido, donde se concede al asociado una participación en el resultado o en las utilidades del negocio o los negocios del asociante (en la medida que las hubiera), a cambio de su contribución[30].

Siendo esto así, el derecho de crédito del asociado frente al asociante surgirá exclusivamente en la medida que la

28.-HUNDSKOPF EXEBIO (2005). Op.Cit., p.145.
29.-HUNDSKOPF EXEBIO (2005). Op.Cit., p.146.
30.- Considérese además que, de conformidad con lo establecido en el primer párrafo del artículo 444 de la LGS, salvo pacto en contrario, los asociados participan en las pérdidas en la misma medida en que participan en las utilidades y las pérdidas que los afecten no excedan el importe de su contribución.

utilidad sea obtenida, no antes. De ahí que Talledo, refiera también que, al asociado -con oportunidad de su contribución- sólo se le atribuya un "derecho expectaticio" de participación[31]. En ese orden de ideas, podría incluso verificarse un supuesto de pérdida en el negocio; en cuyo caso, nada podrá exigir el asociado salvo el derecho de restitución de bienes culminado el negocio en aquellos casos en que resulte aplicable[32].

Lo anterior constituye un elemento sustancial que define la naturaleza del CAP como un contrato de riesgo compartido y marca una línea clara, diferencial, respecto de los contratos de prestaciones recíprocas como podría ser el caso de una compraventa, cesión en uso temporal de bienes, mutuo o prestación de servicios.

B. El Decreto Legislativo N°.1541: una revisión crítica desde perspectivas diversas

Entre otras modificaciones, la precitada norma introduce en su artículo 3° una modificación al artículo 5° de la LIR, incluyendo como supuesto de "enajenación" a "(...) la contribución de bienes en un contrato de asociación en participación".

Por otro lado, mediante su artículo 8°, incorpora a la LIR la quincuagésimo quinta disposición transitoria y final, denominada "Tratamiento de los contratos de asociación en participación", indicando en su numeral 1 que "(...) Las contribuciones del asociado se encuentran gravadas con el Impuesto a la Renta, de conformidad con las disposiciones que regulan el referido impuesto".

Ambas novedades requieren de un especial análisis considerando la naturaleza jurídica y finalidad económica del CAP; así como sus consecuencias tributarias. Más aún, lo anterior podría generar diversas inconsistencias con el tratamiento tributario también adoptado por el legislador, de calificar la participación del asociado como dividendo u otra forma de distribución de utilidades.

Desde otra perspectiva, las modificaciones bajo estudio podrían también colisionar con principios constitucionales, como el de capacidad contributiva. Lo expuesto, será materia de desarrollo en las siguientes líneas.

1. Autonomía del derecho tributario, límites constitucionales y el Decreto Legislativo N°.1541

Empezaré esta sección, refiriéndome a la exposición de motivos del Decreto Legislativo N°.1541. Sobre las

31.- TALLEDO MAZÚ (1998). La asociación en participación, el consorcio y el joint venture: aspectos contractuales y tributarios". Cuadernos Tributarios. Revista de la Asociación Fiscal Internacional (IFA) Grupo Peruano. 28 y ss

32.- Sobre el particular, resulta interesante el análisis efectuado por la Doctora Soyla León Tovar, quien -en referencia a los casos en que no existe transferencia en propiedad de bienes como consecuencia de la contribución del asociado, sino cesión temporal- indica que la restitución de los mismos al momento de la extinción del negocio está fundada en un derecho personal, de carácter obligacional, sin constituir un derecho real.
Al respecto, véase: LEÓN TOVAR (1987). La Asociación en Participación y otras figuras jurídicas afines. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, No.58. 71-109.

modificaciones bajo análisis, se indica lo siguiente:

> El CAP aun cuando no es una figura societaria sino contractual que no conlleva la constitución de una persona jurídica, presenta ciertas características esenciales de las sociedades como son la realización de un fin en común, los aportes y la participación en los resultados aleatorios de los negocios realizados por esta. En vista de ello, se propone, entre otros, lo siguiente:
>
> (...) Indicar que las contribuciones del asociado se encuentran gravadas con el IR, de conformidad con las disposiciones que regula el referido impuesto.
>
> Debe mencionarse que, si bien las utilidades futuras a las que tendrá derecho el asociado no constituyen la contraprestación de las contribuciones realizadas, aquella viene dada por el derecho que adquiere el asociado a participar en el resultado o en las utilidades de uno o varios negocios o empresas del asociante.
>
> En efecto, no debe perderse de vista que la contribución del asociado (en dinero, bienes o servicios) a favor del asociante no corresponde a una liberalidad del asociado, por cuanto este obtiene a cambio de su contribución un derecho expectaticio a percibir parte de la utilidad que puede generar el negocio que es objeto del CAP.
>
> En vista de ello, se puede sostener que existe una transferencia de propiedad a título oneroso cuando se realiza una contribución de bienes a título de propiedad o que existe una prestación de servicios a título oneroso cuando la contribución es un servicio.
>
> Atendiendo a ello, dichas contribuciones generan rentas gravadas con el IR y deben tributar conforme a las disposiciones que regulan el citado impuesto. En consecuencia, si el asociado es una persona natural y transfiere la propiedad de un bien como contribución, la ganancia de capital obtenida estará gravada con el IR si el bien transferido es distinto a los mencionados en el último párrafo del artículo 2° de la LIR, esto es, se trate de inmuebles que no califiquen como casa habitación o los valores señalados en el inciso a) del artículo 2°de la LIR, por ejemplo.
>
> Por último, debe mencionarse que se propone modificar el artículo 5° de la LIR a fin de complementar la lista no taxativa de actos que constituyen enajenación para efectos del IR, incluyendo entre estos a la contribución de bienes en propiedad que realicen los asociados de un CAP.

El punto de partida de la exposición de motivos es importante. Nótese que el legislador fundamenta las modificaciones bajo análisis, en las similitudes existentes entre el CAP y las sociedades o personas jurídicas. A partir de dichas similitudes (que bajo ningún contexto constituyen condición de igualdad entre ambas figuras), concluye con insuficiente sustento que las contribuciones del asociado (entiéndase, entrega de bienes, dinero o prestación de servicios) se encuentren gravadas con el Impuesto a la Renta.

Al respecto, si bien el legislador indica que las utilidades obtenidas por el asociado no constituyen contraprestación; sin embargo, seguidamente, señala que en el marco de un CAP existe una contraprestación —se entiende, no identificable con las utilidades — consistente en el derecho expectaticio obtenido a partir de su contribución. Lo anterior, justificaría —a entender del legislador— la onerosidad de la contribución.

En atención de lo expuesto, concluye su análisis proponiendo incluir la contribución de bienes en propiedad como supuesto de enajenación en la LIR.

Sobre estos aspectos, profundizaré más adelante.

Resulta notorio que, las modificaciones bajo análisis se fundamentan en una visión particular de la naturaleza jurídica de los CAP y de las contribuciones del asociado, ajena a lo dispuesto por la LGS y al desarrollo doctrinario sobre la materia (al respecto, véase el punto II.1 del presente artículo).

Esta situación amerita reflexionar brevemente sobre la relación existente entre el derecho tributario y el derecho privado; así como abordar el concepto y alcances de la autonomía del derecho tributario, dada su importancia desde el punto de vista jurídico y económico.

Un importante análisis sobre la materia se extrae de la obra de Lerke Osterloh[33], ex jueza del Tribunal Constitucional Federal de Alemania.

La mencionada jurista nos explica desde su perspectiva nacional que las teorías fundamentales sobre las relaciones entre el derecho tributario y el derecho privado, "(…) han sido decisivamente influidas por la sinuosa evolución del pensamiento político y de las garantías constitucionales en Alemania".

Así, refiere que "(…) a partir de 1918, se advirtió, bajo la influencia de la crítica situación económica alemana, la exigencia de la atribución de una mayor agresividad recaudatoria a las leyes tributarias; sucesivamente, a partir del período nacional socialista, la opinión popular se volvió hostil ante los derechos individuales y defendió "una interpretación no condicionada por otras ramas del derecho", extensible a los conceptos provenientes del derecho privado."

Agrega que "(…) Desde los años cincuenta la jurisprudencia del Tribunal Federal de Hacienda comenzó a manifestarse en sentido contrario. Por tal motivo, volvieron a surgir consideraciones de fondo a favor de la primacía del derecho privado, mediante la elaboración de métodos de interpretación "limitada" y "positiva" de los supuestos de hecho del derecho tributario, como garantía de la certeza jurídica y de la tutela no solo de los derechos individuales, sino en particular de los institutos del derecho privado".

De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, citada por la autora, puede indicarse que, pese a que el derecho tributario persigue, en principio, fines fiscales —lo que sería

33.- LERKE OSTERLOH (2001). El derecho tributario y el derecho privado. Editorial Temis S.A., p.119. Obra traducida del alemán al español por María Gonzales, del Departamento de Filología de la Universidad de Hamburgo.

razón para que el legislador tributario no siempre deba guardar uniformidad con las normas de derecho civil— ambos, se relacionan íntimamente en aquellos casos en donde el derecho tributario acoja conceptos jurídicos del derecho privado.

Bajo los alcances de la referida jurisprudencia, se tiene que lo antes expuesto no implica aceptar —como principio— que el derecho tributario no pueda separarse de los conceptos del derecho privado. Sin embargo, tal separación resultaría admisible en tanto se encuentre objetiva y suficientemente justificada. Si el legislador se inspira, inicialmente, en el derecho privado, queda condicionado por dicha elección; y si define hechos como presupuesto del impuesto, separándose de la calificación originaria, necesita motivos convincentes para hacerlo.

Sin perjuicio de lo antes expuesto, la autora indica que "(…) este delicado tema del derecho tributario ha sido objeto de un profundo debate por parte de la doctrina alemana, en el que han salido a relucir problemas de fondo y propuesto soluciones, que no siempre han alcanzado deseable consenso: la jurisprudencia y la doctrina no han dejado de discutir sobre las relaciones entre el derecho tributario y el derecho privado".

Al respecto, Tarsitano[34], citando al profesor Ramón Valdés Costa quien hace referencia a la experiencia francesa, indica que en dicho país "(…), coexistían dos concepciones sobre las relaciones entre el derecho civil y el derecho fiscal. La más numerosa, en la cual figuraban Gény[35], Pilon y Savatier, pregonaba por la supremacía del derecho privado, condenando todos los apartamientos introducidos por la jurisprudencia y la práctica fiscal, que eran percibidos como un avance del Estado sobre la libertad individual. La otra postura, expuesta por Trotabas, sostenía que el derecho tributario era libre para crear sus propias categorías, aunque dentro de la unidad general del derecho. De ahí la existencia de un cierto fondo común jurídico que vincula al derecho tributario con el derecho privado".

Sobre este proceso de delimitación de espacios y relaciones entre el derecho privado y el derecho tributario, Durán Rojo y Mejía Acosta[36], revelan que "(…) Desde mediados del siglo XIX, el Derecho Tributario viene desarrollando un proceso de individualización en relación con otras ramas jurídicas al punto de fijar una serie de instituciones únicas, con reglas y planteamientos especiales. (…) Evidentemente, la individualización no supuso nunca una separación -como espacio estanco- de los regímenes tributarios en relación con el resto del Sistema Jurídico, hacerlo hubiera supuesto una negación del Derecho y de su carácter unitario, así como de

34.- TARSITANO (2021). La elusión fiscal – Forma y sustancia en el derecho tributario. Editorial Astrea. p.389.

35.- El autor, haciendo referencia a la posición del tratadista francés Francoise Gény, indica que este último propuso hablar simplemente de particularismo del derecho fiscal. No hay, pues, según refiere, autonomía ni especificidad, pues esta se da cuando un derecho se separa netamente del derecho común para constituir un dominio jurídico aparte.

36.- DURÁN ROJO & MEJÍA ACOSTA (2011). La Aplicación Conjunta del Código Tributario y la LPAG en los Procedimientos Tributarios. Particular Referencia a la Motivación del Acto Administrativo de Naturaleza Tributaria. Derecho & Sociedad, (36), 235-246. Recuperado a partir de https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13230

sus reglas implícitas de armonización e interpretación jurídica".

Propiamente, sobre el concepto de "autonomía", resulta preciso citar a Giuliani Fonrouge[37], quien haciendo alusión a D'Amelio, refiere sobre tal vocablo que "(…) desde luego no significa la creación de compartimentos estancos, pues ninguna rama de las ciencias jurídicas puede bastarse a sí misma, ya que entre todas hay "un vínculo material, una relación de parentesco, que deriva del origen común", de manera tal que "la autonomía de una rama del derecho no puede destruir y ni siquiera lesionar el concepto unitario del derecho". Indica, además, citando al mismo autor que "ni siquiera el derecho civil, que es el más completo y evolucionado, es totalmente autárquico".

Considerando lo anterior, concluye categóricamente lo siguiente: "(…) He aquí, pues, el concepto de autonomía: una rama del derecho que disponga de principios generales propios y que actúe coordinadamente, en permanente conexión e interdependencia, con las demás disciplinas, como integrantes de un todo orgánico (unidad del derecho)".

De ahí que, en consideración de Fonrouge, "(…) la autonomía no puede llevarse hasta el extremo de que el derecho privado sea "deliberadamente ignorado en las relaciones de los contribuyentes con el fisco" (…), ni ello resultaría congruente con el concepto expuesto anteriormente acerca del alcance que atribuimos a la autonomía de las disciplinas jurídicas, esto es, con la relatividad inherente a la unidad del derecho".

Ahora bien, sobre la autonomía dogmática del derecho tributario, Tarsitano[38], refiere que "(…) Es la posibilidad reconocida a la ley tributaria de crear conceptos autónomos, con un contenido diferente al que le asigna otra rama del derecho (autonomía calificadora de fuente)".

Al respecto, el Doctor Lino Castillo[39], sostiene que "(…) La autonomía dogmática del Derecho Tributario frente al Derecho Privado, se demuestra por la diferencia de fuente de la relación jurídica y de causa del presupuesto de hecho. Mientras que en Derecho Privado la voluntad de las partes es fuente de la relación jurídica, en Derecho Tributario lo es la Ley, y mientras que en el primero la licitud del interés privado es causa del presupuesto de hecho, en el segundo, la causa, en el impuesto, es la capacidad contributiva. (…) El Derecho Impositivo, a diferencia del privado, no considera el negocio jurídico como presupuesto de la obligación, sino la relación económica creada por dicho negocio; y sólo da importancia a la intención empírica y no a la intención jurídica de los contribuyentes".

De ahí que, ''la autonomía del Derecho Tributario consiste, como ya se ha dicho, en la independencia de su estructura y de su elaboración de conceptos frente a otras ramas del Derecho; pero no significa separación absoluta del sistema general del Derecho, ni está en contradicción con el principio de unidad del mismo"[40].

37.- GIULIANI FONROUGE (1973). Derecho Financiero. Ediciones Depalma, p.33.
38.- TARSITANO (2021). Op.Cit., p.378
39.- CASTILLO FREYRE Y OTROS (2009). Op.Cit., p.76.
40.- CASTILLO FREYRE Y OTROS (2009). Op.Cit., p.77.

El mencionado autor, citando al jurista francés Louis Trotabas y al jurista italiano Achille Donato Giannini, refiere que el derecho tributario constituye "(…) un conjunto de reglas jurídicas establecidas para fines puramente fiscales, pero que se aplican a personas, bienes, hechos y relaciones ya definidos y calificados por las leyes civiles. (…) De ahí que Giannini opine que al aplicarlas hay que tener en cuenta la definición que el Derecho Privado da a los hechos respectivos, con la salvedad de las consideraciones de orden económico que sean pertinentes".

A mayor abundamiento, el maestro Lino Castillo[41] critica la "autonomía del derecho tributario" entendida con una finalidad meramente instrumental, o a decir de Henry Laufenburger, economista francés, como una característica que explica "la creciente necesidad del Estado de procurarse medios de pago". A decir del referido jurista peruano, dotar de contenido al concepto de autonomía del derecho tributario fundamentalmente a partir de la finalidad fiscal, "(…) constituye no una aplicación sino una deformación del concepto de autonomía"[42]. En esa misma línea, revela que "como manifestación de la tendencia de la administración fiscal a extender el alcance de las leyes impositivas fuera de su campo natural, se han producido deformaciones del principio de autonomía del Derecho Tributario".

Ahora bien, el análisis sobre los alcances de la llamada autonomía del derecho tributario tiene larga data y no resulta ser unidireccional; existen diversas posiciones y matices. Al respecto, en el año de 1965, el Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario (ILADT), como resultado de la primera jornada latinoamericana llevada a cabo en Montevideo, Uruguay, resolvió que el Derecho Tributario "(…) tiene autonomía dentro de la unidad general del Derecho por cuanto se rige por principios propios y posee institutos, con concepto y objeto también propios". Sin embargo, agrega que "(…) La aplicación de las normas tributarias no puede afectar los derechos esenciales de la persona humana y las garantías de orden constitucional"[43].

Sobre lo anterior, García Belsunce[44] refiere que "(…) La autonomía del derecho tributario no puede ser jamás el medio idóneo para legitimar el fiscalismo. (…) El fiscalismo es una desviación o exceso de la política fiscal caracterizado por su voracidad recaudatoria y por sus interpretaciones y el derecho tributario, que antes que tributario es derecho en su unidad integral, no puede justificar desviaciones que lo negarían en su esencia". Concluye esta idea el mismo autor, sosteniendo que "(…) Las garantías individuales están por encima de los intereses fiscales. Los habitantes o ciudadanos como tales, antes que contribuyentes, tienen el legítimo derecho a la protección de su libertad, de su honra y de su patrimonio".

Siendo esto así, la mencionada autonomía, además de no constituir una puerta de entrada a la arbitrariedad, ni principio justificante de propósitos

41.- CASTILLO FREYRE Y OTROS (2009). Op.Cit.,p.78.
42.- CASTILLO FREYRE Y OTROS (2009). Op.Cit., p.77.
43.- http://www.iladt.org/FrontEnd/ResolutionDetailPage.aspx
44.- GARCÍA BELSUNCE HORACIO (1957). La Autonomía del Derecho Tributario. Depalma. Buenos Aires, pp. 4-5.
45.- LERKE OSTERLOH (2001). Op.Cit., p.119.

exclusivamente recaudatorios, tiene en el marco constitucional una frontera nítida que delimita sus alcances.

Al respecto, Lerke Osterloh[45], haciendo referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, concluye que "(…) rige así la primacía no del derecho privado, sino del derecho constitucional y ello vincula sustancialmente al legislador tributario, de un lado, al principio de justicia, del cual el Tribunal Constitucional, por medio de una jurisprudencia reiterada, deduce un riguroso criterio de justicia tributaria y, de otro lado, el principio fundamental de la imposición de acuerdo con la capacidad contributiva".

Según Tarsitano[46], la capacidad contributiva tiene una doble función que es la de servir como legitimación del poder tributario y como límite a dicho poder. Agrega el autor que "(…) La capacidad contributiva es la aptitud de una persona de ser sujeto pasivo de obligaciones tributarias en tanto es llamada a financiar el gasto público por la revelación de manifestaciones de riqueza (capacidad económica) que, ponderadas por la política legislativa, son elevadas al rango de categoría imponible". En tal sentido, postula la siguiente tesis: "(…) la capacidad contributiva justifica la autonomía estructural del derecho tributario y financiero".

En particular, sobre el Decreto Legislativo N°1541, llama profundamente la atención el hecho que el legislador sostenga, en la exposición de motivos de la norma, la propuesta de incluir dentro de la lista no taxativa de actos que constituyen enajenación para efectos del IR, a la contribución de bienes en propiedad que realicen los asociados de un CAP; y que, sin embargo, del texto de la norma se aprecie la siguiente redacción:

> "Artículo 5.- Para los efectos de esta ley, se entiende por enajenación la venta, permuta, cesión definitiva, expropiación, aporte a sociedades, contribución de bienes en un contrato de asociación en participación y, en general, todo acto de disposición por el que se transmita el dominio a título oneroso."

Nótese, a partir de la literalidad de la norma, que cualquier contribución de bienes en un CAP (es decir, no sólo aquellas contribuciones de bienes en propiedad), debiera ser considerada como enajenación, siendo pasible de generar un resultado gravable con el Impuesto a la Renta.

De lo anterior, se aprecia que la norma no sólo resulta contradictoria con lo que parece ser la intención del legislador; sino que ignora el hecho de que los bienes contribuidos por el asociado pueden ser entregados en propiedad al asociante, o también cedidos temporalmente en uso para propósitos del negocio asociativo.

Como hemos visto en el punto A. del presente artículo, la norma societaria contiene una regla de protección en favor de los terceros que contraten con el asociante, al determinar que, respecto de terceros, los bienes contribuidos por los asociados se presumen de propiedad del asociante; sin embargo, lo anterior, no puede confundirse de modo alguno

46.- TARSITANO (2014). El Principio de Capacidad Contributiva como Fundamento de la Constitución Financiera Una Visión Doctrinaria y Jurisprudencial. *Derecho & Sociedad*, (43), 119-128. Recuperado a partir de https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12564

con la realización efectiva de una transferencia en propiedad.

De ahí que considerar, como supuesto de enajenación, toda contribución de bienes efectuada por el asociado, a pesar de que los mismos sean exclusivamente cedidos temporalmente en uso, constituiría una afectación al principio constitucional de capacidad contributiva, toda vez que se pondría bajo gravamen una manifestación de riqueza inexistente con oportunidad de la contribución.

Teniendo en cuenta lo anterior, la norma así redactada, deja abierto un campo de futuras controversias entre el contribuyente y la Administración Tributaria, que sólo podría ser clarificado a partir de una modificación al decreto legislativo.

Sin perjuicio de lo anterior, me pregunto si incluso verificándose una transferencia en propiedad sobre bienes como consecuencia de las contribuciones efectuadas en el contexto de un CAP, dichas transferencias debieran ser tratadas como "enajenación" para efectos del Impuesto a la Renta; o si más bien resulta admisible un tratamiento tributario particular —consistente con la institución jurídica regulada en la LGS y el tratamiento de dividendo u otra forma de distribución de utilidades previsto en la LIR— que justifique la exclusión de cualquier contribución en bienes de los alcances del término "enajenación" para propósitos del Impuesto a la Renta.

Resulta preciso recordar que, con motivo de la contribución que efectúa el asociado, no se genera más que una expectativa de participar en los resultados positivos (utilidades) que arroje el negocio asociativo. De ahí que sólo se genere un derecho de crédito del asociado frente al asociante cuando se determine la existencia de una utilidad (lo que explica, junto con la posible obtención de una pérdida, su naturaleza de negocio de riesgo compartido); y que la renta obtenida por el asociado como consecuencia de su participación en las utilidades del negocio se constituya en la única renta proveniente del negocio asociativo. Atendiendo a la realidad económica de esta institución, no existe posible renta adicional a dicha participación.

Si coincidimos en que, bajo el contexto de un CAP, la única renta que pudiera ser obtenida por el asociado es su participación en la utilidad del negocio, y que dicha renta ha sido clasificada -en su integridad, valga la redundancia- como un dividendo o cualquier otra forma de distribución de utilidades para propósitos del impuesto a la renta; entonces, todas las rentas a las que se referiría el Decreto Legislativo N°1541, en el numeral 1 de la quincuagésimo quinta disposición transitoria y final incorporada a la LIR (es decir, la obtenida por la contribución en bienes, servicios y dinero), devendrían necesariamente en rentas fictas adicionales a la participación del asociado en las utilidad negocio, las cuales se reputarían obtenidas —incluso-— con prescindencia de la generación efectiva de utilidades.

En otros términos, atendiendo a lo dispuesto por la norma bajo análisis, el asociado tributaría con el Impuesto a la Renta sobre sus contribuciones, aún si el negocio asociativo arrojase pérdida.

La norma bajo análisis guarda silencio sobre lo anterior, limitándose a indicar que "Las contribuciones del asociado se encuentran gravadas con el Impuesto a la Renta, de conformidad con las

disposiciones que regulan el referido impuesto".

Lo antes señalado —en lo que parece ser aquello que diversos autores citados a lo largo del presente trabajo denominaban una "desviación" o "deformación" del principio de autonomía del derecho tributario- no solo coloca al contribuyente en la situación de efectuar una valoración de mercado sobre las contribuciones efectuadas, sino que lo obliga a reconocer efectos tributarios ajenos a la realidad económica, inconsistentes con el negocio que efectivamente se realiza (como se evidenciará en el punto 2. del presente artículo); y pretende el reconocimiento de renta gravada allí donde -atendiendo a la naturaleza del CAP— no existe manifestación de capacidad contributiva.

Ahora bien, como se aprecia de la exposición de motivos del Decreto Legislativo N°.1541, el tratamiento tributario adoptado por el legislador, se sustentaría —en síntesis— de la siguiente manera: si bien las utilidades no constituyen contraprestación de las contribuciones realizadas, debiera atenderse a que las contribuciones tampoco son liberalidades. En ese sentido, la contraprestación de las contribuciones realizadas por el asociado vendría dada por el derecho expectaticio a recibir parte de la utilidad que puede generar el negocio.

Lo anterior, desde mi punto de vista, resulta un acercamiento equívoco, contrario a la naturaleza del CAP. El legislador, acogiendo una interpretación auténtica y particular sobre una institución de derecho privado (valga decir que lo indicado por el legislador no reposa en consideraciones de carácter tributario, o en la realidad económica del negocio), concluye que el CAP es un contrato en virtud del cual la contribución tiene una contraprestación, dada por el otorgamiento del derecho expectaticio a recibir utilidades; caso contrario -entendería el legislador- la contribución constituiría una liberalidad. De lo anterior, resulta posible inferir que, para el legislador, el CAP constituiría un contrato de prestaciones recíprocas, a diferencia de lo sostenido de forma unánime por la doctrina societaria y contractual, tal como se ha desarrollado en el punto II.1 del presente artículo.

Sin perjuicio de lo expuesto, resulta preciso agregar algunas ideas. El CAP por naturaleza es un contrato oneroso, bajo ningún contexto la contribución efectuada por el asociado tiene o puede tener carácter de liberalidad. La onerosidad del contrato se fundamenta no en el hecho de que el asociado obtenga un bien o derecho, en condición de equivalencia, como contraprestación a su contribución; sino en el hecho que el asociado y el asociante (ambos) participan en las utilidades o en las pérdidas del negocio, como consecuencia del riesgo asumido de manera conjunta. El CAP, pese a no calificar como un contrato de prestaciones recíprocas, constituye sin lugar a duda un contrato oneroso, donde el asociado obtiene o asume —si se quiere ver de otra manera— el precio del riesgo soportado y no el contravalor de su contribución.

En esa línea, pretender un gravamen sobre las contribuciones del asociado, atendiendo al hecho de que las mismas tendrían como contraprestación el otorgamiento del derecho expectaticio de obtener utilidades; en lo que sería —siguiendo la lógica del legislador— una suerte de permuta de bienes, dinero y servicios, por derechos, resultaría

contrario a la naturaleza propia del CAP; causaría efectos tributarios impropios para las partes del contrato (ajenos además a la realidad económica del negocio); constituiría una expresión inadmisible de la autonomía del derecho tributario, y colisionaría con derechos y principios constitucionales, como el derecho de propiedad y el principio de capacidad contributiva por las razones expuestas.

Siendo esto así, se sugiere una reevaluación, en particular, sobre los dos aspectos materia del presente análisis a la luz de las observaciones planteadas; así como la modificación del Decreto Legislativo N°.1541, a fin adecuar las disposiciones tributarias referidas a las contribuciones del asociado, de manera consistente con lo previsto en la LGS y con el tratamiento adoptado para efectos del Impuesto a la Renta respecto de las participaciones del asociado (como dividendos u otra forma de distribución de utilidades); eliminando el gravamen sobre dichas contribuciones; o, en cualquier caso, clarificando el tratamiento tributario de las mismas.

Se propone, además, agrupar sistemáticamente dentro de la LIR, o de forma independiente, en un cuerpo legal distinto, todas las reglas específicas en materia de Impuesto a la Renta aplicables a los contratos asociativos; entre estos, el CAP, incluyéndose las reglas de imputación de rentas que resultan aplicables; así como las reglas de valoración, determinación de costo computable, depreciación, devengo, entre otras.

2. Aspectos no regulados del CAP

El Decreto Legislativo N°1541, lejos de contribuir a la generación de seguridad jurídica, ha introducido, con las modificaciones bajo análisis, un espacio de dudas y mayores cuestionamientos; asimismo, toma silencio respecto de otros puntos sustanciales que debieron ser incorporados como parte del tratamiento tributario de dicho contrato para efectos del Impuesto a la Renta. Lo anterior, constituirá un terreno fértil para la controversia entre contribuyentes y la Administración Tributaria, salvo que se modifique la norma, reestructurando el tratamiento tributario o precisándolo conforme a lo expuesto en el punto anterior.

Sin ánimo de comprender en la presente sección todos los aspectos que pueden ser materia de interpretación y/o cuestionamiento, me permitiré a través de la exposición de tres escenarios hacer referencia a alguna de estas situaciones.

En términos generales, los tres escenarios tratan sobre un CAP entre dos personas jurídicas domiciliadas, sujetas al régimen general del Impuesto a la Renta. En todos los supuestos, se parte de la premisa -como indiqué en la introducción del presente trabajo- que la participación del asociado de un CAP califica como dividendo y cualquier otra forma de distribución de utilidades.

Es de notar que diferentes circunstancias, y consecuentes efectos tributarios, se verificarán dependiendo de la condición de las partes contratantes de un CAP y los términos pactados. Así, los escenarios cambiarán, por ejemplo, atendiendo al domicilio de las partes contratantes, su condición como persona natural o jurídica, el acogimiento de las partes a regímenes tributarios especiales, su condición de gravada, exonerada o inafecta, la aplicación de convenios

para evitar la doble imposición sobre las rentas obtenidas; entre otros.

En ese sentido, la presentación de los escenarios expuestos a continuación, tienen objeto exclusivamente ilustrativo y no agotan todos los aspectos que en materia del Impuesto a la Renta deben tenerse en cuenta.

Los tres escenarios se han configurado con un mismo punto de partida. En todos los casos, el asociado efectúa una contribución equivalente a S/.800, que incluye: dinero (S/.20), bienes cedidos en uso (S/.300), bienes transferidos en propiedad (S/.300), y servicios (S/.180). El asociante cuenta con una participación en el negocio asociativo equivalente al 55%, mientras que el asociado participa del 45%.

Escenario 1

	Asociante
Aporte	1000
Participación (%)	55
	Asociado
Aporte	800
Participación (%)	45

Detalle de aportes

Dinero	20
Bienes cedidos en uso	300
Bienes en propiedad	300
Servicios	180
	800

Según D. Leg. 1541:		IR (29.5%)
Interés	2	0.59
Ganancia de capital	200	59
Ganancia de capital	200	59
Renta	100	29.5
	502	148.09

Liquidación del negocio asociativo

Resultado del negocio	-1500		
Pérdida bruta	-1500	Utilidad bruta	0
IR (29.5%)	0	IR	0

En este primer escenario, se plantea la obtención de una pérdida como resultado del negocio asociativo, equivalente a S/.1,500.

A partir de lo establecido en el Decreto Legislativo N°1541, y en particular de la modificación introducida al artículo 5° de la LIR (que considera como enajenación a la contribución de bienes en un contrato de asociación en participación); y el numeral 1 de la quincuagésimo quinta disposición transitoria y final de la LIR, introducida en el artículo 8° de la norma bajo comentario (que establece que las contribuciones del asociado se encuentran gravadas con el Impuesto a la Renta, de conformidad con las disposiciones que regulan el referido impuesto), tendríamos una posible interpretación en el sentido que aún en este contexto de pérdida, el asociado debiera tributar con el Impuesto a la Renta.

En efecto, a partir de esta primera aproximación, las contribuciones del asociado deberían ser efectuadas a valor de mercado para efecto del Impuesto a la Renta; generándose, en el caso del dinero contribuido un interés a valor de mercado, y en el caso de los otros aportes una retribución también a valor de mercado, resultando -en el ejemplo- una renta bruta obtenida por el asociado equivalente a S/.502[47] y un Impuesto a la Renta bruto equivalente a S/.148.09.

A mayor abundamiento, tanto en el caso de los bienes cedidos en uso temporalmente, como de los bienes transferidos en propiedad, el asociado se vería obligado a reconocer un

47.- Para propósitos del ejemplo, se considera un interés de S/ 2; una ganancia de capital de S/ 200 (luego de deducir un costo equivalente a S/ 100); y una renta por servicios de S/ 100 luego de deducir un costo del servicio equivalente a S/ 80.

eventual resultado gravable (ganancia de capital) por la diferencia entre el costo computable y el valor de mercado del bien contribuido, toda vez que el modificado artículo 5° de la LIR no establece diferencia alguna al respecto. Cabe agregar que esta interpretación resulta cuestionable al constituir una nítida contravención al ordenamiento constitucional, dado que se gravaría allí donde no existe manifestación de riqueza. Sin embargo, es una interpretación posible dentro de lo que expresamente prevé la LIR, la que eventualmente deberá ser cuestionada.

Dentro de esta cuestionable -pero no negada- posibilidad, cabría preguntarse quién tiene derecho a deducir como gasto la depreciación de un bien que, pese a ser cedido en uso temporalmente, se entiende enajenado para propósitos del Impuesto a la Renta. En este caso, podría llegarse a la conclusión que ni el asociante (pues el activo nunca ingresa a su patrimonio como propio), ni el asociado (pues no sería consistente reconocer tributariamente la depreciación sobre un bien ya enajenado).

Por otro lado, surge la duda sobre el momento a partir del cual el asociado debiera considerar devengadas estas rentas. La norma guarda silencio sobre dicha situación. Una posición -sumamente cuestionable, pero también posible- tendría como sustento lo expuesto por el propio legislador en el sentido que la contraprestación obtenida por la contribución es el derecho expectaticio. Siendo esto así, el devengo de las rentas en cabeza del asociado por sus contribuciones, ninguna relación guardaría con la generación de utilidades (hecho o evento futuro) provenientes del negocio asociativo, por lo que las rentas se devengarían con independencia de la obtención de dichos resultados.

De esta posición podría inferirse además la existencia de una suerte de pago en especie por el asociante a favor del asociado; o de una permuta de dinero, bienes o servicios, por derechos (en este caso particular, por el derecho expectaticio que el asociante entregaría como contraprestación al asociado, en palabras del legislador), el cual debiera generar -en teoría- una renta gravada en cabeza del asociante; de un valor no menor al monto equivalente a la contribución del asociado.

En adición, el Decreto Legislativo N°1541 nada dice sobre la posibilidad de deducir la pérdida obtenida por el asociado como resultado del negocio asociativo para efecto del Impuesto a la Renta, lo que debiera ser admitido bajo el contexto de un CAP.

Como puede apreciarse, la norma bajo análisis más allá de causar seguridad jurídica genera dudas e interpretaciones -por lo que dice y por lo que no dice también- que seguro derivarán en futuras controversias tributarias.

Estas interpretaciones -insisto altamente cuestionables, y por qué no decirlo, inaceptables- son posibles y tienen explicación en el hecho que, a través del precitado decreto legislativo, se ha desnaturalizado el CAP; constituyendo lo anterior, bajo la tesis que postulo, una manifestación de desviación o deformación de la autonomía del derecho tributario.

Lo anterior, soporta además la necesidad de contar con un cuerpo legal o un apartado específico dentro de la LIR que regule este tipo de contratos asociativos, atendiendo a su naturaleza,

la finalidad económica que persiguen y sus particularidades.

A partir de un enfoque de este contrato, armónico con su naturaleza legal, podrá lograrse una regulación tributaria consistente, sólida y sobre todo enmarcada en principios y derechos constitucionales (tal como se indicó en el punto 1.), que contribuya efectivamente a la generación de seguridad jurídica.

Escenario 2

	Asociante
Aporte	1000
Participación (%)	55
	Asociado
Aporte	800
Participación (%)	45

Detalle de aportes

Dinero	20
Bienes cedidos en uso	300
Bienes en propiedad	300
Servicios	180
	800

Según D. Leg.		IR (29.5%)
Interés	2	0.59
Ganancia de capital	200	59
Ganancia de capital	200	59
Renta	100	29.5
	502	148.09

Liquidación del negocio asociativo

Resultado del negocio	2000				
Utilidad bruta	**1100**	55%	Utilidad bruta	**900**	45%
IR (29.5%)	590		IR	0	

Utilidad bruta	900	}	-802
Contraprestación	-782		
Devolución de capital	-20		
Utilidad neta	98		

En este segundo escenario, se obtiene como resultado del negocio asociativo una utilidad equivalente a S/ 2,000, resultándole atribuible al asociado una utilidad de S/ 900 (equivalente a su participación del 45% sobre el total).

Una posible interpretación sería considerar que resultan imputables contra las utilidades del negocio asociativo, la devolución del dinero, así como la contraprestación a valor de mercado de los bienes y servicios contribuidos por el asociado, según corresponda.

Así, en el ejemplo, contra las utilidades atribuibles al asociado (equivalentes a S/ 900), resultaría imputable el monto de S/ 802, equivalente a la sumatoria de los siguientes conceptos: la devolución del dinero contribuido (S/ 20), más la respectiva tasa de interés a valor de mercado (equivalente a S/ 2); el monto equivalente a la contraprestación obtenida por la enajenación de bienes (incluso los cedidos temporalmente en uso[48], lo que se ha dicho resulta ser un despropósito y vulnera el principio de capacidad contributiva) equivalente a S/.600, y la contraprestación a valor de mercado de servicios equivalente a S/.180.

De esta manera, de los S/.900 que constituyen en principio la utilidad en el negocio asociativo, sólo S/ 98 resultarían efectivamente atribuibles como utilidad, mientras que el resto (S/.802) tendría naturaleza de devolución de aportes y contraprestación, según corresponda.

Este tratamiento, resultaría inconsistente con lo previsto en el inciso i) del artículo 24-A de la LIR, incorporado por el artículo 5° del Decreto Legislativo N°1541, que considera la participación del asociado de un CAP como dividendos y cualquier otra forma de distribución de utilidades.

Dicho de otra forma, la renta obtenida por el asociado como resultado de su participación en el negocio asociativo -bajo los alcances del precitado inciso i- tiene exclusivamente la naturaleza de una utilidad, no resultando admisible de acuerdo con los términos de la LIR que esta sea tratada totalmente o en parte como una prestación de naturaleza distinta.

Lo anterior -aunque sumamente cuestionable, como se indicó en el análisis del escenario 1- tendría consistencia con el hecho que el legislador, a partir de una ficción insuficiente sustentada en el contexto de un CAP, considera que las contribuciones del asociado generan, para efectos tributarios, rentas distintas; entiéndase, adicionales y con prescindencia de los resultados que provengan del negocio asociativo.

Siendo esto así, tanto en un escenario de pérdida (escenario 1), como de utilidad (escenario 2) tendríamos que, de conformidad con las disposiciones que constituyen materia del presente artículo, las contribuciones efectuadas por el asociado se encontrarían sujetas a imposición, siendo aplicables los comentarios expuestos en el escenario 1, sobre las inconsistencias que se originan a partir de la desnaturalización del CAP por el legislador tributario.

Escenario 3

	Asociante
Aporte	1000
Participación (%)	55
	Asociado
Aporte	800
Participación (%)	45

Detalle de aportes

Dinero	20
Bienes cedidos en uso	300
Bienes en propiedad	300
Servicios	180
	800

Liquidación del negocio asociativo

Resultado del negocio	2000				
Utilidad bruta	**1100**	55%	Utilidad bruta	**900**	45%
IR (29.5%)	590		IR	0	

En este escenario, de forma similar al anterior, se plantea la obtención de una utilidad equivalente a S/.2,000 como resultado del negocio asociativo, resultándole atribuible al asociado una utilidad de S/.900 (equivalente a su participación del 45%).

Una aproximación al mismo caso, distinta a las anteriores, consistiría en considerar que la única renta obtenible por el asociado en el marco de un CAP, es su participación en las utilidades del negocio. De ahí que dicha participación resulte ser el precio obtenido por el asociado en virtud de haber asumido el riesgo del negocio de forma compartida con el asociante. Lo anterior constituye además sustento de la onerosidad del CAP y de las contribuciones realizadas.

Esta posición, resultaría acorde con la naturaleza del CAP y guardaría consistencia con lo previsto en el inciso i) del artículo 24-A de la LIR, incorporado por el artículo 5 del Decreto Legislativo N°1541, que considera la participación del asociado de un CAP como dividendos y cualquier otra forma de distribución de utilidades; esto, sin perjuicio de garantizar el derecho de restitución que tenga el asociado al momento de la liquidación del negocio, respecto de los bienes cedidos originalmente en uso temporal al asociante.

Sin perjuicio de lo anterior, este tratamiento resultaría contrario a lo dispuesto en el artículo 5° de la LIR, modificado por el precitado decreto legislativo, que considera como enajenación a la contribución de bienes en un contrato de asociación

48.- Esto último, en los términos del modificado artículo 5 de la LIR.

en participación; y el numeral 1 de la quincuagésimo quinta disposición transitoria y final de la LIR, que establece que las contribuciones del asociado se encuentran gravadas con el Impuesto a la Renta, de conformidad con las disposiciones que regulan el referido impuesto.

III. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- El CAP es un contrato oneroso, de riesgo compartido. No constituye un contrato de prestaciones recíprocas como podría ser el caso de una compraventa, cesión en uso temporal de bienes, mutuo o prestación de servicios.

- La autonomía del derecho tributario además de no constituir una puerta de entrada a la arbitrariedad, ni principio justificante de propósitos exclusivamente recaudatorios, tiene en el marco constitucional una frontera nítida que delimita sus alcances.

- El Decreto Legislativo N°1541 no sólo resulta contradictorio con lo que parece ser la intención del legislador; sino que ignora el hecho de que los bienes contribuidos por el asociado pueden ser entregados en propiedad al asociante o también cedidos temporalmente en uso para propósitos del negocio asociativo.

- Considerar, como supuesto de enajenación, toda contribución de bienes efectuada por el asociado, a pesar de que los mismos sean exclusivamente cedidos temporalmente en uso, constituiría una afectación al principio constitucional de capacidad contributiva, toda vez que se pondría bajo gravamen una manifestación de riqueza inexistente con oportunidad de la contribución.

- Bajo el contexto de un CAP, la única renta que pudiera ser obtenida por el asociado es su participación en la utilidad del negocio. Siendo que dicha renta ha sido clasificada -en su integridad, valga la redundancia- como un dividendo o cualquier otra forma de distribución de utilidades para propósitos del Impuesto a la Renta; todas las rentas a las que se referiría el Decreto Legislativo N°1541, en el numeral 1 de la quincuagésimo quinta disposición transitoria y final incorporada a la LIR (es decir, la obtenida por la contribución en bienes, servicios y dinero), devendrían necesariamente en rentas fictas adicionales a la participación del asociado en las utilidad negocio, las cuales se reputarían obtenidas -incluso- con prescindencia de la generación efectiva de utilidades. Lo anterior, puede derivar igualmente en una afectación al derecho de propiedad y al principio de capacidad contributiva.

- Pretender un gravamen sobre las contribuciones del asociado, atendiendo al hecho de que las mismas tendrían como contraprestación el otorgamiento del derecho expectaticio de obtener utilidades; en lo que sería —siguiendo la lógica del legislador— una suerte de permuta de bienes, dinero y servicios, por derechos, resultaría contrario a la naturaleza propia del CAP; causaría efectos tributarios impropios para las partes del contrato (ajenos además a la realidad económica del negocio); constituiría una expresión inadmisible de la autonomía del derecho tributario, y colisionaría con derechos y principios constitucionales.

- Se sugiere reevaluar, en particular, los dos aspectos materia del presente análisis a la luz de las observaciones planteadas; así como la modificación del Decreto Legislativo N°1541, a fin adecuar las disposiciones tributarias referidas a las contribuciones del asociado, de manera consistente con lo previsto en la LGS y con el tratamiento adoptado para efectos del Impuesto a la Renta respecto de las participaciones del asociado como dividendos u otra forma de distribución de utilidades.

- Se propone, por último, agrupar sistemáticamente dentro de la LIR, o de forma independiente, en un cuerpo legal distinto, todas las reglas específicas en materia de impuesto a la renta aplicables a los contratos asociativos; entre estos, el CAP, incluyéndose las reglas de imputación de rentas que resultan aplicables; así como las reglas de valoración, determinación de costo computable, depreciación, devengo, entre otras.

REFERENCIAS

Castillo, M. & Collantes, J. & López, I. (2009). *Tributación y derecho liber in memoriam. Palestra Editores*.

Durán, L. & Mejía, M. (2011). La Aplicación Conjunta del Código Tributario y la LPAG en los Procedimientos Tributarios. Particular Referencia a la Motivación del Acto Administrativo de Naturaleza. Derecho & Sociedad.

García, H. (1957). *La Autonomía del Derecho Tributario*. Depalma.

Garrigues, J. (1974). *Curso de Derecho Mercantil* (t. II, 6a ed.). Imprenta Aguirre.

Hundskopf, E. (2005). *La Asociación en participación como contrato de riesgo compartido y no de prestaciones recíprocas*. Gaceta Jurídica.

Hundskopf, E. (2014). Las singularidades de los contratos asociativos con especial énfasis en la asociación en participación y en el consorcio. Gaceta Jurídica.

Laroza, E. (1998). *Ley General de Sociedades comentada*. Editora Normas Legales S.A.

León, T. (1987). *La Asociación en Participación y otras figuras jurídicas afines*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado.

Montoya, U. (1966). *De la Asociación en participación en la Ley de Sociedades Mercantiles*. Themis.

OSTERLOH, L. (2001). El derecho tributario y el derecho privado. Editorial Temis S.A.

Talledo, C. (1998). *La asociación en participación, el consorcio y el joint venture: aspectos contractuales y tributarios*. Revista de la Asociación Fiscal Internacional (IFA) Grupo Peruano.

Tarsitano, A. (2014). El Principio de Capacidad Contributiva como Fundamento de la Constitución Financiera Una Visión Doctrinaria y Jurisprudencial. Derecho & Sociedad.

Tarsitano, A. (2021). *La elusión fiscal– Forma y sustancia en el derecho tributario*. Editorial Astrea.



ARTÍCULO

03


2022
57%
89%
99.96
+9.91
-87.12
+7.01
-54.23
+4.59
-26.34
72.66
43.21
33%
2021
20.08

EL AUGE DE LAS FINANZAS SOSTENIBLES: INVERSIÓN ESG Y LA EXPERIENCIA EN AMÉRICA LATINA

Carlos Enrique Arata[1]
Sheerley Cárdenas Guerra[2]
Recibido: 27/05/22

Sumario: Las finanzas sostenibles están resultando cada vez más atractivas tanto para los inversionistas, como para los prestatarios y emisores. Así lo demuestran las sorprendentes cifras de inversión ESG arrojadas en el año 2021 a nivel mundial, particularmente en la creciente apuesta de inversión por las compañías, bancos y multilaterales en América Latina. En el presente artículo analizamos, de manera general, las principales formas de inversión ESG y las experiencias más relevantes en América Latina en los últimos años.

Palabras clave: Finanzas sostenibles, Préstamos Verdes, Bonos Verdes, Bonos Sociales, Bonos de Género.

I. INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años, marcados por el COVID-19, una crisis económica y social extendida en todo el mundo nos conduce a ser testigos de una tendencia global hacia la inversión socialmente responsable. Por ejemplo, en lo que respecta a la financiación sostenible, su práctica ha innovado al incorporar los criterios ESG (ambientales, sociales y de gobierno corporativo, por sus siglas en inglés: *Environment, Social and Governance)* en la toma de decisiones financieras. Dichos criterios cumplen con el rol de ser indicadores de la responsabilidad de las compañías con la sociedad, siendo crucial para orientar la actuación de las asociaciones, puesto que no solo logran mejorar su imagen, aumentar ventas y atraer talentos, sino también diversificar fuentes de financiamiento, incrementar el número de sus inversionistas, generar una mayor rentabilidad y demostrar su compromiso con la sociedad.

Los criterios ESG abarcan los siguientes factores (i) el factor ambiental (*Environment*), para tomar decisiones en función de cómo afectan las actividades de las compañías al medio ambiente; (ii) el factor social (*Social*), para tener en cuenta la repercusión que las actividades desempeñadas por la compañía tienen en la comunidad; y (iii) el factor de gobierno (*Governance*) referido al gobierno corporativo de la compañía, considerando aspectos como la composición de sus órganos de administración, las políticas de transparencia en su información pública y sus códigos de conducta, incluyendo políticas de empleo. (Forbes, 2022)

La inversión ESG tiene como finalidad destinar recursos a empresas o

1.- Socio del área Corporativa y Financiera del Estudio Rubio Leguía Normand. Abogado colegiado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. LL.M. in Corporate Law en New York University – School of Law (NYU) y Máster en Derecho Corporativo y Finanzas en Universidad ESAN.

2.- Asociada del área Corporativa y Financiera del Estudio Rubio Leguía Normand. Abogada titulada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Certificado en Derecho Corporativo, especialidad en Derecho Financiero por la Universidad ESAN.

actividades que se preocupen por el cuidado del medio ambiente, la reducción del impacto del cambio climático, la generación de ahorros en el consumo de agua, el uso de energías renovables, la promoción de la infraestructura eco amigable, el acceso de poblaciones vulnerables a fuentes dignas de empleo, vivienda y servicios básicos, entre otros. En pocas palabras, la inversión ESG pretende destinar el dinero a empresas que se esfuerzan por hacer del mundo un mejor lugar para vivir.

I. MECANISMOS DE INVERSIÓN SOSTENIBLE

A. Financiamiento verde

Una de las formas de inversión ESG se encuentra en los denominados "bonos verdes" (*"green bonds"*), los cuales son instrumentos financieros colocados en el mercado de capitales público o privado y en donde los fondos obtenidos en la colocación son utilizados por las instituciones públicas o privadas emisoras para la financiación de proyectos verdes, es decir, la inversión en activos sostenibles y socialmente responsables en áreas como la eficiencia energética, el manejo del agua, el transporte limpio, las energías renovables o la gestión responsable de los residuos.

De modo similar, tenemos los "préstamos verdes" (*"green loans"*), cuya denominación hace referencia a que tales préstamos buscan promover la sostenibilidad medioambiental. Este tipo de préstamos se diferencia de otras clases de instrumentos por la flexibilidad que ofrecen, concentrándose en los resultados finales más que en los usos concretos del financiamiento. En virtud de ello, las empresas que acceden a los préstamos verdes, no solo acceden a mejores tasas de interés (ligadas al cumplimiento de metas sostenibles enmarcadas en criterios ESG), sino que desarrollan modelos sostenibles de negocio y logran mayor rentabilidad. Asimismo, existe un beneficio reputacional que tiene un rol muy importante para las compañías, sobre todo en esta época, en la que un gran número de consumidores se guía por el comportamiento responsable de las empresas a la hora de elegir un producto o servicio.

Al igual que los "bonos verdes", los "préstamos verdes" deben ser necesariamente calificados como tales por un organismo externo, el cual los acredita mediante la concesión de un sello verde o '*green certificate*', evaluando que el correspondiente instrumento de deuda cumpla realmente con los criterios medioambientales, sociales y de buen gobierno corporativo, relacionados con los Principios de Bonos Verdes ('*Green Bond Principles*'). Para ello, el certificador verifica que el receptor de los recursos o los usos que se darán a dichos bienes acaten tales principios. Estos fueron diseñados para usarse ampliamente por el mercado, proporcionando orientación a los emisores sobre los componentes clave involucrados en el lanzamiento de un bono verde creíble, ayudando a los inversores al promover la disponibilidad de información necesaria para evaluar el impacto ambiental de sus inversiones en bonos verdes, y facilitando a las entidades intermediarias dirigir el mercado hacia nuevas prácticas que favorezcan futuras transacciones.

De acuerdo con los Principios de Bonos Verdes, las categorías elegibles de proyectos verdes incluyen (i) energías renovables (producción, transmisión,

CORPUS IURIS 11 | Revista de Derecho

dispositivos y productos); (ii) eficiencia energética (edificios nuevos, almacenamiento de energía, calefacción urbana, redes inteligentes, dispositivos y productos); (iii) prevención y el control de la contaminación; (iv) gestión sostenible de los recursos naturales y el uso de la tierra; (v) transporte limpio (eléctrico, híbrido, público, ferroviario, no motorizado); (vi) gestión sostenible del agua; y (vii) adaptación al cambio climático (*International Capital Market Association*, 2021).

Los Principios de Bonos Verdes promueven la integridad del mercado a través de directrices que recomiendan transparencia, publicidad y reporte de informes. Son utilizados por los participantes del mercado y están diseñados para llevar información necesaria que garantice la asignación de capital a los proyectos que contribuyan con la sostenibilidad ambiental. El objetivo de los Principios de Bonos Verdes es apoyar a los emisores en la transición de su modelo de negocio hacia una mayor sostenibilidad ambiental a través de proyectos específicos (*International Capital Market Association*, 2021).

Los cuatro componentes básicos para la alineación con los Principios de Bonos Verdes son los siguientes: (i) uso de los recursos, el cien por ciento de los recursos deben ser asignados a proyectos con impactos ambientales positivos; (ii) evaluación y selección de proyectos, el emisor debe contar con un proceso definido para la selección de los proyectos; (iii) administración de los recursos, poseer un proceso formal y riguroso para monitorear los recursos hasta que se cumpla; y (iv) presentación de reportes y comunicación, la información sobre los proyectos y el uso de los recursos debe reportarse de forma periódica.

El primer "bono verde" del mundo fue emitido por el Banco Europeo de Inversiones (BEI) el 5 de junio del 2007, siendo denominado "Bono de Conciencia Climática", debido a que sus ingresos se destinaban a proyectos de energía renovable y eficiencia energética. Dicho bono ofreció un reembolso mínimo del 105%, hasta su vencimiento dentro de cinco años, permitiendo a los inversores contar con la posibilidad de reducir la capacidad de emisión de gases de efecto invernadero al comprar y cancelar derechos de emisión de dióxido de carbono. Posteriormente, en noviembre del 2008, el Banco Mundial emitió el primer bono verde para inversionistas institucionales tradicionales. Tomando en cuenta esta iniciativa, el Grupo Banco Mundial se encuentra entre los líderes y mayores emisores de bonos verdes del mundo. No obstante, en el transcurso de los años, el mercado de los bonos verdes ha pasado de ser un mercado en el que predominaban emisores como el Banco Mundial y el Banco Europeo de Inversiones, a un mercado que incluye una amplia gama de emisores, desde compañías privadas y bancos a empresas de servicios públicos y gobiernos.

B. Financiamiento Social

Por otro lado, existen instrumentos destinados a cumplir con el criterio social, conocidos como "bonos sociales" ("*social bonds*"). Dichos instrumentos financieros están destinados a financiar proyectos sociales que tienen como objetivo directo abordar o mitigar un problema social específico y/o buscan lograr resultados sociales positivos, especialmente, pero no exclusivamente, para una población objetiva como las personas de bajos recursos, personas

con discapacidad, minorías sexuales y de género, o grupos excluidos o marginados.

Los Bonos Sociales se encuentran regidos por los Principios de Bonos Sociales ('*Social Bonds Principles*'), los cuales promueven la integridad en el mercado de bonos sociales a través de guías que recomiendan transparencia, divulgación y reportes. De acuerdo con dichos principios, las categorías de proyectos sociales elegibles incorporan: (i) infraestructura básica asequible (agua potable, alcantarillado, saneamiento y transporte); (ii) acceso a servicios esenciales (salud, educación y formación profesional); (iii) vivienda asequible; (iv) generación de empleo (programas diseñados para prevenir el desempleo derivado de crisis socioeconómicas); (v) seguridad alimentaria (acceso social y económico a alimentos nutritivos); y (vi) avance socioeconómico y empoderamiento (participación equitativa e integración en el mercado y la sociedad, incluida la reducción de la desigualdad de ingresos). (*International Capital Market Association*, 2021)

En el año 2020, según *Climate Bonds Initiative* (2021), ocurrió un importante incremento en el mercado de bonos sociales, atribuido a los efectos de la pandemia causada por el COVID-19 y al creciente deseo de los emisores de bonos de abordar la salud y otros problemas sociales de una manera más estratégica. De acuerdo con la información registrada, dicho mercado cuenta con una inversión de USD 249,000 millones, lo que representa un aumento de más de 10 veces (1017%). Asimismo, la cantidad de emisores que utilizan etiquetas sociales creció de una manera similar (de 45 en 2019 a 543 en 2020), abarcando una gama más amplia de países y monedas.

En el marco de los bonos sociales, encontramos a los *gender bonds* (bonos de género). Estos instrumentos de deuda son emitidos por instituciones financieras e instituciones públicas para financiar carteras de préstamos destinados a mujeres empresarias, con la finalidad de promover planes sobre la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres. Cabe mencionar que, hasta la fecha, tanto las entidades financieras y los bancos multilaterales han sido los principales emisores de bonos de género en América Latina.

En el año 2020, Banco Davivienda S.A. emitió bonos sociales con enfoque de género por un monto de US$ 100 millones, por un plazo de siete años, lográndose así la primera emisión e inversión de un bono social de género del mundo con incentivos vinculados a claros objetivos. Los fondos resultantes fueron utilizados exclusivamente por el emisor para financiar el crecimiento de la cartera de las pequeñas y medianas empresas lideradas por mujeres (PYME Mujer), así como la compra de vivienda de interés social por parte de mujeres en Colombia.

En Perú, la primera emisión de este tipo tuvo lugar en el año 2020. En dicha oportunidad, la Caja Municipal de Ahorro y Crédito Arequipa S.A. emitió un bono social de inclusión financiera con lente de género dirigido a mujeres microempresarias. La emisión se realizó mediante una oferta pública dirigida exclusivamente a inversionistas institucionales y los recursos provenientes de la colocación del bono fueron destinados a apoyar su estrategia de crecimiento en las carteras dirigidas a mujeres microempresarias en Perú.

II. CIFRAS DE INVERSIÓN ESG EN EL 2021

El 2021 ha sido declarado como "el año de la inversión ESG" por *Reuters*. En conformidad con lo declarado por dicha agencia a fines del 2021, en ese año se presentaron ingresos récord en inversión ESG, con una cifra de USD 649 mil millones durante los primeros once meses. Dicho monto supera los USD 542 mil invertidos en fondos ESG en el año 2020 y los USD 285 mil millones que se reportaron en el año 2019. Según dicha información, el diez por ciento de los activos invertidos en fondos en todo el mundo, actualmente, se encuentran invertidos en fondos ESG. (Reuters, 2021)

Cabe resaltar que en España, una de las principales potencias mundiales en emisiones ESG, el 2021 también ha presentado varios hitos importantes. En ese año, se llevó a cabo la emisión del primer tramo de bonos verdes por parte del Tesoro español, por 5,000 millones de euros, cuya colocación tuvo una sobredemanda que superó en más de doce veces el importe objetivo de emisión.

III. EXPERIENCIA EN AMÉRICA LATINA

Respecto a la situación de Latinoamérica, poco a poco existen más compañías, bancos y multilaterales que apuestan por la financiación sostenible. El primer préstamo verde otorgado en Perú y Sudamérica tuvo lugar en el año 2018. En dicha oportunidad, BBVA Continental otorgó a la empresa Ferreycorp, especializada en el rubro de bienes de capital y servicios complementarios, un préstamo bilateral verde a tres años por un importe de USD 70 millones. Este préstamo está vinculado al desempeño de Ferreycorp en determinados indicadores, como su buen gobierno corporativo y su sostenibilidad ambiental y social. En la operación, Vigeo Eiris participó como agencia de calificación independiente, encargada de evaluar el nivel de gestión de los riesgos extra-financieros (criterios medioambientales, sociales o de buen gobierno) en las estrategias, operaciones y administración de la compañía deudora. (BBVA, 2018)

En ese mismo año, como una de las estrategias para fomentar la financiación sostenible, la Asociación de Bancos del Perú (ASBANC) y el Fondo Nacional del Ambiente (FONAM) suscribieron un convenio de cooperación institucional. La finalidad de dicho convenio fue promover el financiamiento de programas y proyectos ambientales, facilitando a los bancos el acceso a capacitación de temas como créditos ambientales y riesgos propios del sector, así como a la cooperación técnica que les facilite las herramientas para encontrar nuevas alternativas de negocio. Dicha estrategia adquiere mayor relevancia si tenemos en cuenta que Perú es uno de los países más vulnerables del mundo ante el cambio climático.

Otra experiencia latinoamericana se evidenció en el crédito sostenible otorgado por BBVA Continental a Telefónica Movistar por 300,000 millones de pesos en el año 2020. En dicho financiamiento, se acordó que la tasa de interés se ajustará de acuerdo con el cumplimiento de los objetivos sostenibles, que en este caso estuvo enfocado en la eficiencia energética en la red de telefonía y la ciberseguridad en sus procesos, y la participación de mujeres en la alta dirección de la compañía. La operación se sustenta por un reporte de segunda opinión de sostenibilidad emitido por la firma Valora Consultores. (BBVA, 2020)

Recientemente, a inicios del 2022, el banco brasileño de desarrollo BNDES otorgó un crédito de 32 millones de reales (US$ 6,8 millones) a favor de un productor local de acero laminado (CIPALAM) como parte de su agenda de prácticas ambientales, sociales y de buen gobierno corporativo. Uno de los requisitos crediticios de dicha operación implica que CIPALAM haga un inventario de las emisiones de gases de efecto invernadero. De este modo, BNDES pretende vigilar las fuentes de emisión y reducir dichas emisiones. (BNamericas, 2022)

En relación con los bonos sociales, según la revista panameña Martes Financiero (2022), América Latina se ha convertido en la región líder en bonos de género emitidos tanto por plaza de emisión como país del emisor con un total de 14 operaciones y 12 emisores. Ahora bien, países como Colombia (Davivienda, Bancamía y MiBanco), México (Fira, BID Invest y Fonacot), Chile (Fondo Esperanza y Santander), Perú (Caja Arequipa) y Ecuador (Banco Pichincha), han contribuido con lograr estas importantes cifras y colaboran en la lucha hacia el empoderamiento económico, empresarial y social de la mujer.

IV. CONCLUSIONES.

Como se desprende de las líneas anteriores, existe una evidente inclinación por parte de las compañías y entidades financieras hacia las finanzas sostenibles, lo cual comprueba el creciente interés global en el cuidado de la sociedad y el medio ambiente. Así lo demuestran las cifras alentadoras arrojadas a finales del año 2021, así como la creciente experiencia en América Latina. En el caso de los bonos sociales, dicha inclinación se debe principalmente a las consecuencias atribuidas a la pandemia ocasionada por el COVID-19 a inicios del año 2020, ya que estos bonos se han vuelto de creciente interés para los inversionistas que buscan lograr resultados sociales positivos junto con un retorno financiero.

En cuanto a los motivos que fomentan la emisión de bonos verdes, de acuerdo con una encuesta realizada por *Climate Bonds Initiative* (2020), en la cual los emisores de bonos verdes fueron invitados a asignar una puntuación de entre uno y cinco a una lista de consideraciones según en qué medida cada uno contribuyó a la decisión de emitir un bono verde, el primer lugar lo ocupa el beneficio reputacional con 4.37 puntos en promedio. Después identificamos motivos como el deseo de los emisores de frenar el cambio climático y cambiar el modelo de negocio.

Para culminar, considerando que nuestro país ha sido uno de los más afectados por la pandemia ocasionada por el COVID-19 y una de las regiones más vulnerables ante el cambio climático, resulta importante que el Estado tenga un rol activo, con la finalidad de regular e incentivar las buenas prácticas sostenibles corporativas, teniendo en cuenta las expectativas de rendimiento financiero a largo plazo con las consideraciones particulares de este tipo de deuda. Una de las formas de incentivo puede darse mediante, por ejemplo, el otorgamiento de tratamientos tributarios preferenciales.

REFERENCIAS

BBVA. (2020). BBVA otorga un préstamo sostenible por $300.000 millones a Telefónica Movistar. https://www.bbva.com/es/co/sostenibilidad/bbva-otorga-prestamo-sostenible-por-300-000-millones-a-telefonica-movistar/

BBVA. (20 de noviembre de 2018). BBVA y Ferreycorp acuerdan el primer préstamo verde de Perú y Sudamérica. BBVA. https://www.bbva.com/es/sostenibilidad/bbva-y-ferreycorp-acuerdan-el-primer-prestamo-verde-de-peru-y-sudamerica/

BNamericas. (12 de abril de 2022). Banco brasileño BNDES aprueba préstamo ESG para productor de acero laminado. BNamericas. https://www.bnamericas.com/es/noticias/brasileno-bndes-aprueba-prestamo-para-productor-de-acero-laminado

Climate Bonds Initiative. (2020). Green Bond Treasurer Survey. Recuperado de https://www.climatebonds.net/resources/reports/green-bond-treasurer-survey-2020

Forbes. (2022). Environmental, Social and Governance: What Is ESG Investing? https://www.forbes.com/advisor/investing/esg-investing/

Harrison, C., Muething, L. & Tukiainen, K. (2020). Green Bond Treasurer Survey 2020. https://www.climatebonds.net/resources/reports/green-bond-treasurer-survey-2020

International Capital Market Association. (2021). Green Bond Principles Voluntary. Process Guidelines for Issuing Green Bonds. https://www.icmagroup.org/assets/documents/Sustainable-finance/2021-updates/Green-Bond-Principles-June-2021-140621.pdf

International Capital Market Association. (2021). Social Bond Principles. Voluntary Process Guidelines for Issuing Social Bonds. https://www.icmagroup.org/assets/documents/Sustainable-finance/2021-updates/Social-Bond-Principles-June-2021-140621.pdf

Jessop, S. & Kerber, R. (23 de diciembre de 2021). Analysis: How 2021 became the year of ESG investing. Reuters. https://www.reuters.com/markets/us/how-2021-became-year-esg-investing-2021-12-23/

Napoletano, E. & Curry, B. (24 de febrero de 2022). Environmental, Social And Governance: What Is ESG Investing? Forbes Advisor. https://www.forbes.com/advisor/investing/esg-investing/

Peeters, S., Schmitt, M., & Volk, A. (2020). Social Bonds Can Help Mitigate the Economic and Social Effects of the COVID-19 Crisis. Encompass, (89), 1-7. https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/34853

Reuters. (2021). How 2021 became the year of ESG investing. https://www.reuters.com/markets/us/how-2021-became-year-esg-investing-2021-12-23/

Sacristán, G. & Sentmat, A. (28 de marzo de 2022). América Latina, líder mundial en bonos de género. Martes Financiero: La revista financiera de Panamá. https://www.martesfinanciero.com/voz-calificada/america-latina-lider-mundial-en-bonos-de-genero/

RUBIO LEGUIA NORMAND

SOBRE NOSOTROS

Rubio Leguía Normand es un estudio líder en derecho mercantil peruano con un enfoque principal: su negocio. Desde sus inicios en 1980, hemos trabajado para ofrecer un servicio proactivo, experimentado, innovador y pragmático dirigido por las mejores mentes legales del país.

CONOCE NUESTRAS ÁREAS DE PRÁCTICA

Aeronáutico
Ambiental
Banca y Finanzas
Hidrocarburos
Tributario y Aduanero
Fusiones y Adquisiciones
Asociaciones Público Privadas
Infraestructura y Concesiones
Recursos Naturales: Energía e
Recursos Naturales: Minería
Civil Patrimonial y no Patrimonial
Arbitraje Nacional e Internacional
Regulación de Servicios Públicos
Inmobiliario y Saneamiento de Tierras
Negociación, Relaciones Comunitarias
Contrataciones con el Estado
Financiamiento de Proyectos
y Manejo de Conflictos
Mercado de Capitales
Obras por Impuestos
Patrimonio familiar
Competencia
Compliance
Constitucional
Laboral
Corporativo
Migratorio
Negociación, Relaciones
Comunitarias y Manejo de Conflictos
Prevención y Solución de Controversias
Protección de Datos Personales
Protección al Consumidor
Obras por Impuestos
Patrimonio familiar
Propiedad Intelectual
Recursos Hídricos
Previsional

RECONOCIMIENTOS

Chambers Latin America 2020
The Legal 500
IFLR 1000
Best Lawyers Lawyer of the Year 2019
Latin Lawyer
Chambers Europe 2019
Leaders League



(511) 208 3000
Av. Dos de Mayo 1321
San Isidro, Lima , Perú
Rubio Leguia Normand
@rubiomovingforward

CON GRAN PRESTIGIO INTERNACIONAL

ARTÍCULO

04

TRIBUTACIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES: LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES COMO LÍMITE AL PODER TRIBUTARIO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

Jean Burga Martínez[1]
Recibido: 13/05/22

Sumario: El objetivo del presente artículo consistirá en efectuar unas breves reflexiones con respecto al papel que desempeñan los principios constitucionales de la tributación en el ejercicio del poder tributario, como parámetros que orientan y vinculan la creación e interpretación de las normas tributarias.

Palabras clave: principios constitucionales, poder tributario, normas tributarias.

El Estado, como estructura jurídico-política que permite la organización de la sociedad, tiene como principal objetivo la satisfacción de las necesidades públicas de la colectividad que lo conforma y le da vida. Se trata de requerimientos que van más allá de los fines estrictamente particulares de cada persona. Los individuos, para poder vivir en sociedad, le confían al Estado una serie de prestaciones públicas esenciales como la educación, la salud, la seguridad ciudadana, la tutela judicial de los derechos fundamentales, entre otros, con la intención de propiciar y garantizar el desarrollo pleno y el bienestar de la colectividad.

Sabemos que, en la actualidad es innegable que todos los derechos de los ciudadanos representan un alto costo para el Estado, quien debe destinar una gran cantidad de recursos públicos para su efectividad y protección. De las diversas fuentes con las que cuenta el Estado para obtener los ingresos necesarios con el fin de satisfacer los requerimientos sociales, sin duda alguna el tributo constituye la principal fuente de recursos económicos de la actividad financiera estatal. Por ello, lejos de ser una obstrucción a la libertad, el tributo es una condición necesaria para su existencia.

En otras palabras, el tributo nace en el espacio abierto por la autolimitación de la libertad[2]. No obstante, el tributo puede llevar a oprimir la libertad si no es limitado por la legalidad y/u otros principios constitucionales. Así, la libertad y los tributos caminan juntos durante el decurso de la evolución del Estado financiero, por lo que puede hablarse de una "libertad fiscal". De manera que, una de las características

1.- Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y miembro del Programa de Especialización Avanzada en Tributación por la Universidad de Lima. Se desempeña como abogado senior en EY.

2.- Se trata de prestaciones que tienen como finalidad fundamental la satisfacción de necesidades públicas, por lo que no constituyen la sanción de un acto ilícito, que se establecen u organizan en conexión con presupuestos de hecho previstos en forma general y que se hacen efectivas normalmente mediante el desarrollo de la actividad financiera administrativa." TORREALBA NAVAS, Adrián. Los Hechos Ilícitos Tributarios - 2017.

o vertientes del Estado de derecho moderno es la de ser un Estado fiscal.

Ahora bien, es en la Constitución donde se encuentran los principios que sirven como directrices supremas para orientar el ejercicio de las competencias impositivas, consagrándose en ella los postulados que imprimen certeza y seguridad a las pretensiones tributarias del Estado, y, en contra partida, preservan y garantizan los derechos fundamentales de los ciudadanos. De hecho, los principios del derecho tributario -consagrados en nuestra Constitución Política- constituyen la garantía de los contribuyentes frente al Estado, cuyo poder tributario o capacidad jurídica para crear tributos se encuentra limitada precisamente por estos principios.

I. DEFINICIÓN DE TRIBUTO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

La Norma II del Título Preliminar del Texto Único Ordenado del código tributario, aprobado por Decreto Supremo No. 133-2013-EF, dispone que éste rige las relaciones jurídicas originadas por los tributos. , sin definir el concepto de tributo, prevé que este término genérico comprende a los impuestos, contribuciones y tasas (las mismas que a su vez incluyen, entre otros, a los arbitrios, derechos y licencias).

Al respecto, en la Resolución del Tribunal Fiscal No. 00416-1-2009, que constituye precedente de observancia obligatoria, se ha señalado que:

> Considerando que nuestro ordenamiento no contiene una definición de tributo, resulta conveniente acudir a la doctrina, según la cual, el tributo es una obligación jurídica pecuniaria ex lege, que no constituye sanción por un acto ilícito, cuyo sujeto activo es en principio una persona pública, y cuyo sujeto pasivo es alguien puesto en esa situación por voluntad de la ley.

Asimismo, se le define como:

> Una prestación pecuniaria de carácter coactivo impuesta por el Estado u otro ente público con el objeto de financiar gastos públicos". En igual sentido, Ferreiro Lapatza explica que el tributo es "una obligación de dar una suma de dinero establecida por ley, conforme al principio de capacidad, a favor de un ente público para sostener sus gastos.

Por su parte, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que aun cuando en nuestra legislación de modo expreso no se haya recogido una definición de tributo, ello no obsta para obtener un acercamiento a ella, en base a lo desarrollado por la doctrina, y a partir de ello, establece que los elementos esenciales de un tributo son a) su creación por ley; b) la obligación pecuniaria basada en el ius imperium del Estado; y, c) su carácter coactivo, pero distinto a la sanción por acto ilícito (Sentencia recaída en el Expediente No. 3303-2003-AA/TC).

Por otro lado, García Novoa explica que en diversas legislaciones las constituciones no han definido al tributo, concepto que se viene canalizando a través de la

clasificación tripartita (como la recogida por la Norma II antes citada). Señala, , que la jurisprudencia ha consagrado la libertad del legislador de configurar categorías tributarias y dada la falta de un concepto constitucional y legal, acude al expuesto por Sainz de Bujanda, quien indica que es tributo el ingreso de derecho público, consistente en una prestación pecuniaria coactiva y contributiva, que se formaliza en una obligación jurídica entre el ente público acreedor y el sujeto obligado al pago, exigida porque este último ha manifestado una cierta capacidad económica.

2. LA POTESTAD TRIBUTARIA

El desarrollo del presente punto es de suma importancia dado que explicaremos y analizaremos los principios y límites reconocidos y exigidos por la Constitución Política del Perú, los cuales servirán como base para un mejor entendimiento de la naturaleza y funcionamiento de los tributos impuestos por nuestra legislación peruana.

Dicho esto, la Potestad Tributaria es aquella facultad única y exclusiva del Estado por la cual se da la creación de tributos a los que los contribuyentes nos encontramos afectos.

El artículo 74 de nuestra Carta Magna establece lo siguiente:

> Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo.
>
> Los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de éstas, dentro de su jurisdicción, y con los límites que señala la ley. El Estado, al ejercer la Potestad Tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener carácter confiscatorio.
>
> Las leyes de presupuesto y los decretos de urgencia no pueden contener normas sobre materia tributaria.
>
> Las leyes relativas a tributos de periodicidad anual rigen a partir del primero de enero del año siguiente a su promulgación.
>
> No surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo.

De una rápida lectura al artículo citado, podría entenderse a la Potestad Tributaria como la facultad exclusiva para la creación de normas con contenido tributario. Bravo Cucci la entiende como competencia legislativa que crean fenómenos tributarios y estos son insertados en nuestra normativa a través de leyes y otras normas, pero previamente, estas deben cumplir con las formalidades y requisitos exigidos por nuestra legislación. Además, recalca que no debe confundirse la Potestad Tributaria con la calidad de sujeto activo en una relación tributaria, en vista de que la primera es la creación del tributo y sus especies tributarias, mientras que la segunda es la posibilidad de exigir el pago del tributo, agregando que dicha calidad tiene la posibilidad de ser transferible para el cobro del tributo[3].

Otro concepto es ofrecido por Manuel Belaunde Guinasi al citar a Vicente Fernando Arce Domingo, quien señala que "la Potestad Tributaria engloba el poder legislativo verdadero y la potestad reglamentaria de la Administración Fiscal"[4].

De acuerdo a lo expuesto, tenemos que la Potestad Tributaria es la capacidad del Estado para crear, modificar o suprimir tributos, pues constituye uno de los mecanismos mediante el cual el Estado procura la obtención de ingresos económicos a fin de proveer a sus ciudadanos las condiciones materiales mínimas para su desarrollo integral y a lo que constitucionalmente está obligado.

Resulta preciso mencionar que dicha potestad no es absoluta, debe ejercerse en función de determinados mandatos que modulan, por un lado, los principios y límites constitucionales de la Potestad Tributaria y por otro lado, que garantizan la legitimidad constitucional y la legalidad de su ejercicio.

3. LÍMITES AL EJERCICIO DE LA POTESTAD TRIBUTARIA

Ninguna potestad o poder proveniente del *Ius Imperium* del Estado puede ser absoluta; esto es una garantía de nuestra Constitución de 1993, debido a que el Estado Peruano optó por incorporar el modelo de Estado Social Democrático, presente por primera vez en la Constitución del 79. Pero, ¿qué importancia tiene esto para la Potestad Tributaria anteriormente mencionada?

El maestro Cesar Landa Arroyo señala de manera precisa que: "(..) en la medida que en el Estado social los derechos del individuo no son excluyentes con el interés social, tampoco con el interés del Estado ni con el interés público, pues la realización de uno no puede darse sin el concurso de los otros"[5].

De lo expuesto, inferimos que el Estado Peruano pone en igual rango de importancia los objetivos y metas trazadas por los privados como los propios, y entiende que ambos son necesarios; por tal motivo, ha adoptado un rol integrador de interés. En razón de esto, si bien la Potestad Tributaria es propia del Estado y su uso es monopólico, además de necesario para la recaudación de ingresos, para su funcionamiento, seguridad y bienestar de la población, esta debe desarrollarse dentro de los límites establecidos, ya que un uso desmedido generaría que los privados se vean limitados en la

3.- Bravo Cucci Jorge, Fundamentos de Derecho Tributario, 2009, Págs. 113-115.
4.- Belaunde Guinasi, Manuel, La Relación Jurídico Tributaria y Codificación, Seminario Sobre Codificación Tributaria, 1965, Págs. 32-34.
5.- Landa Arroyo, Cesar, Los Principios Tributarios en la Constitución de 1993. Una Perspectiva Constitucional, GACETA JURIDICA, 2005, págs. 37 – 50.

búsqueda de su realización, y por consiguiente el Estado también sufriría en el cumplimiento de sus metas.

Conociendo el modelo Constitucional que el Perú posee, debemos preguntarnos qué son estos principios o límites que condicionan a la potestad del Estado. Bravo Cucci entiende estos límites como posesiones o directrices axiomáticas que son la base del sistema jurídico tributario y que condicionan o regulan a los operadores de este ordenamiento con el fin de que se desarrolle de manera racional. Además, señala que estos límites no son meras normas jurídicas o comandos normativos, sino superiores a estas, dado que considera que la inobservancia o desobediencia de una de estas directrices no afecta únicamente a una parte, sino a todo el ordenamiento jurídico positivo en su integridad.[6]

Por otro lado, Carmen del Pilar Robles Moreno identifica a estos principios o límites como parte del derecho constitucional, en sentido estricto los identifica como el denominado derecho constitucional tributario, como aquellos principios y normas constitucionales que gobiernan todo lo relacionado a la tributación, delimitan las distintas competencias tributarias de los diferentes niveles de gobierno y protegen a los que se encuentran regulados a través de garantías y derechos a favor de los contribuyentes.[7]

Tomando en consideración lo desarrollado, podemos señalar que, ya sean parte del derecho constitucional o principios autónomos, los límites a la potestad tributaria son garantías que protegen al contribuyente de un posible ejercicio abusivo o desmedido por parte del Estado, ya sean en la creación y/o regulación de tributos como recaudación; de esta manera, se asegura el cumplimiento de los objetivos del particular como el de los objetivos del Estado.

Pero ahora cabe preguntarnos, ¿dónde se encuentran dichos límites? y, ¿cuáles son? Para obtener dicha respuesta se debe revisar los textos normativos que desarrollan contenido tributario; es decir, se deberá revisar la Constitución Política del Perú y el código tributario en su Título Preliminar. De su lectura se podrá identificar la siguiente clasificación de principios:

- **Principios explícitos**: Son aquellos expresamente señalados en los textos y se encuentran conformados por el principio de legalidad y de reserva de ley, principio de Igualdad, principio de no confiscatoriedad, principio de respeto a los derechos humanos y el principio de irretroactividad en materia tributaria.

- **Principios implícitos**: Son aquellos principios que, si bien no se encuentran señalados de manera expresa en los textos normativos, son de igual importancia para el control de la potestad tributaria y se encuentran conformados por el principio de seguridad jurídica, principio de capacidad contributiva, principio del beneficio y costo del servicio y el principio de generalidad.

6.- Bravo Cucci Jorge, Fundamentos de Derecho Tributario, 2009, Págs.117 - 118.
7.- Robles Moreno, Carmen del Pilar, Reflexiones sobre Derecho Tributario y Derecho Constitucional, Principios Constitucionales Tributarios,

A. Principio de legalidad y reserva de la ley

De una primera lectura a la nomenclatura de este principio tributario, podría entenderse que corresponde a un solo principio, pero esta es una concepción equivocada, ya que el principio de legalidad es distinto al principio de reserva de la ley. Bravo Cucci los diferencia señalando que el primero corresponde a una subordinación de los poderes públicos a las leyes generales que regulan el ejercicio de estos, pero que previamente reclaman que estas sean sometidas a un control de legitimidad por parte de los operadores del derecho. Además, señala que el principio de legalidad no es propio del derecho tributario, sino que es derivado del principio de legalidad señalado en la Constitución, y al segundo lo define como las regulaciones e imposiciones a ciertas materias tributarias, en especial aquellas que contienen los elementos fundamentales del tributo, es decir, los desarrollados en la hipótesis de incidencia tributaria y en la consecuencia normativa[8].

El principio de legalidad se proyecta en el Estado de derecho como un requisito *sine qua non* de las actividades estatales dentro de la sociedad. En sentido estricto, este principio condiciona y limita la actuación del Estado dentro del marco de la legalidad, a fin de evitar tratamientos arbitrarios. El principio constituye una condición esencial del Estado de derecho y está inspirado en el valor de la seguridad jurídica.

Por su parte, Landa Arroyo nos explica que el principio de legalidad es una forma de garantía por el cual la potestad tributaria de los poderes Legislativo y Ejecutivo son sometidos a la Constitución y a las leyes, recalcando además la posición del Tribunal Constitucional del Perú, el cual aplica el aforismo de *nullum tributum sine lege*, el cual limita la exigibilidad de un tributo si este no se encuentra regulado en una norma con rango de ley o una norma con rango igual. Por otro lado, señala que el principio de reserva de la Ley corresponde a la garantía de la creación, modificación, derogación, exoneración, entre otros aspectos de los tributos, solo pueden ser dados por el legislativo sin la intromisión del ejecutivo por mandato constitucional, denotando que el principio de legalidad posee un fin regulador[9];

Por otro lado, Robles Moreno nos dice que estos principios se complementan uno con el otro. El principio de reserva de la ley nos señala que los tributos deben ser regulados por ley y no por reglamento, el cual se complementa con el principio

8.- Bravo Cucci Jorge, Fundamentos de Derecho Tributario, 2009, Págs.122 - 126.
9.- Landa Arroyo, Cesar, Los Principios Tributarios en la Constitución de 1993. Una Perspectiva Constitucional, GACETA JURIDICA, 2005, pág. 42.

de legalidad, que de una forma instrumental permite que la potestad tributaria sea utilizada por el respectivo titular y dentro de las competencias de este. Robles Moreno incluye también la acertada cita del maestro Iglesias Ferrer:

> (...) son diversas las razones que han llevado a considerar que determinados temas sólo puedan ser normados a través de la ley: Primero: Impedir que el órgano administrador del tributo regule cuestiones sustantivas tributarias a través de disposiciones de menor jerarquía. Segundo: Impedir que un ente con poder tributario originario como el ejecutivo o el municipio, que son más dinámicos, abusen de su dinamicidad y se excedan. Tercero: Impedir que se den casos de doble imposición interna y normas tributarias contradictorias.[10]

La doctrina coincide en destacar que el principio de reserva de ley en materia tributaria cumple tres papeles fundamentales:

a) Garantiza el respeto al denominado "principio de auto-imposición", de forma que los ciudadanos no paguen más tributos que aquellos que sus legítimos representantes hayan consentido;

b) Cumple una clara función de salvaguarda del derecho de propiedad; y

c) Es un mecanismo técnico útil para poner en práctica el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley tributaria.

Por lo tanto, podemos concluir respecto al primer principio explícito del derecho tributario, que el principio de legalidad y el principio de reserva de la ley son distintos pero complementarios entre ellos, nos garantizan que un tributo estará contenido dentro de una ley o que será modificado por una ley, que estará subordinado a la Constitución y se evitará que el ejecutivo, salvo delegación explícita de facultades, intervenga en la creación y regulación de los tributos en el Perú, y que previamente este será debatido y analizado por nuestros representantes en el Congreso de la República, tomando en cuenta los intereses de los contribuyentes que los eligieron.

B. Principio de no confiscatoriedad

Este principio está relacionado con la protección del derecho a la propiedad, el cual se establece como límite de la potestad tributaria y constituye una garantía en caso de un posible ejercicio desproporcionado de este. Bravo Cucci nos dice que un tributo puede ser considerado confiscatorio cuando este grava parte de la riqueza de manera

10.- Robles Moreno, Carmen del Pilar, Reflexiones sobre Derecho Tributario y Derecho Constitucional, Principios Constitucionales Tributarios.

desproporcionada; en ese sentido, nos menciona el caso del "Impuesto Mínimo a la Renta", el cual gravaba los activos netos de las empresas. Este tributo fue revisado por nuestro Tribunal Constitucional, estableciendo su inaplicación, dado que afectaba de manera sustancial y desproporcionada los ingresos obtenidos por los contribuyentes. Robles Moreno y Pebe Diaz señalan que los tributos no pueden exceder la capacidad contributiva de los sujetos afectos, puesto que esto incidiría sobre la economía de las personas y sus familias, dado que cualquier gravamen o imposición afecta la conducta de los contribuyentes, siendo los más apreciables aquellos que tienen efectos negativos. También citan lo dicho por Juan Velázquez Calderón que señala:

> Este principio tiene una íntima conexión con el derecho fundamental a la propiedad, pues tratándose de tributos con una tasa irrazonable o de una excesiva presión tributaria, los tributos devienen en confiscatorios cuando limitan o restringen el derecho a la propiedad, para poder hacer frente a las obligaciones tributarias frente al fisco, el contribuyente debe desprenderse de su propiedad.

Concluyen señalando que el Estado, antes de ejercer su potestad tributaria y asegurarse que los contribuyentes cumplirán con dichas obligaciones, debe cumplir con los siguientes límites:

> 1) Límite psicológico, que es el punto a partir del cual el contribuyente prefiere el riesgo al cumplimiento de la obligación tributaria. 2) Límite económico, entendido como el límite real de soportar la carga tributaria. 3) Límite jurídico, que pretende normar el límite real del contribuyente.[11]

Por otro lado, también es menester señalar que el presente principio ha sido dividido y evaluado por los doctrinarios según el efecto que produce en la relación obligacional que generan los tributos, entre el Estado y los contribuyentes. Por tal motivo, la autora Rosa Sofía Figueroa Suarez, en su artículo "Test de Proporcionalidad", nos indica los efectos desde un punto de vista cuantitativo y desde uno cualitativo; respecto a la evaluación cualitativa, esta se produce cuando la afectación al derecho de propiedad se ha dado por la vulneración de otros principios jurídicos tributarios distintos al de no confiscatoriedad, siendo de poca o nula importancia el monto que esta especie tributaria exige a los contribuyentes; en contraposición, la evaluación cuantitativa ha de realizarse cuando la onerosidad de un tributo exige que los contribuyentes tengan que sacrificar parte de su patrimonio para poder hacerle

11.- Robles Moreno, Carmen del Pilar; Pebe Diaz, Martha Rosa. Los Principios Constitucionales Tributarios. Actualidad Empresarial – Informe Tributario, 2005, 15-17

frente y así evitar las posibles sanciones de la administración tributaria. La autora mencionada concluye diciendo que en materia tributaria, para buscar una mayor protección de los bienes jurídicos protegidos, estos se deben evitar generalizar, tomando en cuenta el tributo y las circunstancias de los obligados.[12]

C. Principio de irretroactividad en materia tributaria

El presente límite se encuentra señalado en el artículo 103 de la Constitución Política del Perú, el cual estipula que la irretroactividad de las leyes es de aplicación general, por lo que ninguna ley tendría fuerza o efectos retroactivos, pero más adelante se establece la excepción a dicho mandato, la cual corresponde a las normas de materia penal siempre y cuando estas favorezcan al reo. Por lo tanto, las normas con contenido tributario no surten efectos retroactivos. Esto también es mencionado por el maestro Bravo Cucci, quien establece en un primer momento que las normas que imponen sanciones e infracciones tributarias no pertenecen a la materia penal, sino a controversias administrativas, es decir, en materia tributaria estas corresponden a acciones u omisiones en las que el sujeto pasivo ha incurrido, que han afectado al normal desenvolvimiento de la obligación tributaria y perturbado a la administración tributaria.[13]

D. Principio de igualdad

El presente principio ha sido desarrollado originalmente en el segundo artículo de la Constitución Política del Perú; por medio de este, el contribuyente rechaza cualquier acto o forma de discriminación por razón de sexo, raza, idioma, religión, entre otros. Pero en lo concerniente a la materia tributaria en sí, el presente principio no tiene un alcance tan grande como el anteriormente descrito, dado que este se centra solamente en razón a la aplicación de un tributo, es decir, una carga tributaria solo afectará a los contribuyentes que se encuentren en una situación económica similar y, por lo tanto, a aquellos que se encuentran en una situación diferente no se les debería aplicar la misma carga tributaria.

E. Principio de respeto a los derechos humanos

Este principio es considerado una novedad por parte de los doctrinarios; Robles Moreno y Pebe Diaz citan al maestro Juan Velázquez Calderón, quien señala que si bien esta es una novedad para el derecho Tributario, de no producirse su inclusión en el cuerpo legal del código tributario esto no hubiera disminuido la garantía que otorga a los contribuyentes, ya que esta se encuentra contenida

12.- Figueroa Suarez, Rosa Sofía, Test de Proporcionalidad, Actualidad Empresarial, año 2010, pág.23.
13.- Bravo Cucci Jorge, Fundamentos de Derecho Tributario, 2009, Págs.137 - 138.

en la Constitución en su artículo segundo. Además, mencionan que para que la potestad tributaria sea legítima debe ser ejercida con respeto a los derechos fundamentales de la persona[14], Bravo Cucci no considera el respeto a los derechos humanos como un principio del derecho tributario en sí mismo, sino más bien un límite a la potestad tributaria que el legislador debe tomar en consideración al momento de expedir normas con contenido tributario para evitar alguna afectación a los derechos reconocidos por la Constitución como los derechos al trabajo, libertad de asociación, secreto bancario, entre otros[15].

F. Principio de capacidad contributiva

Este principio, a opinión de muchos, es considerado como el más importante de los principios implícitos que regulan el derecho tributario. La doctrina a nivel nacional e internacional lo reconoce como uno de los auténticos reguladores de la potestad tributaria del Estado junto al principio de igualdad. Nos indica que el legislador, al momento de crear, modificar y/o aplicar un tributo, debe tener en consideración la capacidad económica de los contribuyentes que se verán afectos a este, ya que de imponer un tributo con una elevada tasa sin considerar lo señalado anteriormente, podrá afectar su vida negativamente. Landa Arroyo señala que el presente principio debe ser considerado como salvaguarda de un posible ejercicio arbitrario y abusivo por parte del Estado, tomando como ejemplo el caso del Impuesto a la Renta donde, para él, los contribuyentes que poseen mayores ingresos deben pagar mayor cantidad de dicho impuesto, por lo tanto aquellos contribuyentes que posean menor cantidad de ingresos deben pagar menor cantidad. También indica lo siguiente:

> (...) la relevancia de este principio se puede apreciar con mayor intensidad desde que impone al Estado la necesidad de remitirse a indicadores objetivos y razonables de la capacidad contributiva de las personas, (...) para establecer un tributo, este deberá guardar una íntima relación con la capacidad económica de los obligados.[16]

Por otro lado, Calvo Ortega nos explica que el principio de capacidad contributiva o capacidad económica es de carácter constitucional y de observancia básica para la formulación de tributos; señala que la capacidad económica debe ser entendida como aquella aptitud de los contribuyentes para

14.- Robles Moreno, Carmen del Pilar; Pebe Diaz, Martha Rosa. Los Principios Constitucionales Tributarios. Actualidad Empresarial – Informe Tributario, 2005, 11-13
15.- Bravo Cucci Jorge, Fundamentos de Derecho Tributario, 2009, Págs.11 - 13.
16.- Landa Arroyo, Cesar, Los Principios Tributarios en la Constitución de 1993. Una Perspectiva Constitucional, Gaceta Jurídica, 2005, pág. 44.

hacer frente a las obligaciones tributarias, lo que le permite concluir que:

1) La capacidad económica es una situación patrimonial que hay que predicarle ante situación concreta, (...) cada prestación que se exija al contribuyente tiene que basarse en una manifestación de capacidad económica concreta, 2) entre la capacidad económica y obligación tributaria exigida tiene que ver un vínculo. Más exactamente esta es consecuencia de aquella (...) no obstante la traslación de impuestos y la responsabilidad tributaria pueden llevar en determinados casos a la ruptura de la relación necesaria entre capacidad y obligación antes citada.[17]

En la misma línea de pensamiento también se encuentra Bravo Cucci, el cual añade que dicho principio se encuentra contenido en todas las especies tributarias, ya que es base para los impuestos y gradúa a las tasas y contribuciones. Para dicho autor, la capacidad contributiva se materializa en la realidad a través de los índices reveladores de riqueza, los cuales están conformados por la renta, el consumo y el patrimonio; por lo tanto un impuesto debería ser considerado ilegal en caso de gravar un hecho que no pertenezca a los índices de riqueza. Bravo Cucci identifica la capacidad contributiva en dos clases: 1) la capacidad contributiva subjetiva o capacidad económica real, como aquella que individualiza a los sujetos en la medida de sus posibilidades económicas, y 2) la capacidad contributiva objetiva como aquella que solo considera eventos que puedan demostrar aptitud económica.

Concluye señalando que un tributo que pretenda gravar la posible explotación o rendimiento potencial de un bien que no se encuentra en explotación, no respeta el principio de capacidad contributiva, pues el hecho no estaría configurando manifestación de riqueza alguna sino todo lo contrario.[18]

G. Principio de seguridad jurídica

Cabe mencionar que este principio en sí no es propio del derecho tributario, sino que se encuentra en todas las ramas del Derecho, pero tiene una particular importancia en este campo. Se puede conceptualizar este principio como "el saber que esperar" de un acto con efectos jurídicos, ya sea producido por una persona natural, jurídica o por parte del Estado, pero en especial en el derecho tributario esta seguridad jurídica permite conocer cómo la obligación tributaria -obligación en la que no actúa la voluntad de una de las partes- se desarrolla. Rafael Calvo Ortega nos señala que la

17.- Calvo Ortega, Rafael, Curso de Derecho Financiero I: Derecho Tributario (Parte General), 2000, págs. 69-72
18.- Bravo Cucci Jorge, Fundamentos de Derecho Tributario, 2009, Págs.138 - 144.

importancia de este principio obedece a varias razones:

i. la naturaleza legal de la obligación tributaria en la cual no interviene la voluntad del obligado,
ii. la variada creación y modificación de normas tributarias que modifican la economía y a la tributación,
iii. la uniformidad en las decisiones e interpretaciones de los entes públicos administrativos que ostentan Potestad Tributaria, que generan una desproporción de información con el contribuyente sobre sus deberes y obligaciones, también considera este autor que la seguridad jurídica debe estar incluso al momento de la creación del tributo y su aplicación en el campo administrativo, indicándonos que:

> (...), una mejor proporción de seguridad jurídica tributaria debería seguir determinadas líneas. En el plano legislativo una mayor diligencia en la producción de normas que evitaría en ocasiones recurrir a preceptos retroactivos, (...) y en la vertiente administrativa sería más conveniente una más frecuente interpretación administrativa, la ampliación máxima de la legitimación para la consulta administrativa y del carácter vinculante de las respuestas.[19]

Por su parte, nuestra Corte Suprema de Justicia se pronuncia[20] -respecto al principio de seguridad jurídica- de la siguiente manera:

> [...] la seguridad jurídica en materia tributaria debe resumirse, prioritariamente en la idea de previsibilidad. La idea de previsibilidad por la que tenemos que optar es la de previsibilidad objetiva de las situaciones jurídicas de los particulares, elemento nuclear en la definición de un derecho seguro en el marco de un conjunto normativo de fijación de obligaciones de dar una cantidad de dinero, como es el ordenamiento tributario.

Como vemos, la seguridad jurídica es un pilar fundamental en materia tributaria y los precedentes jurisprudenciales aportan a su fortalecimiento. Por ello sería conveniente revisar las normas que rigen el cumplimiento de los criterios

19.- Calvo Ortega, Rafael, Curso de Derecho Financiero I: Derecho Tributario (Parte General), 2000, págs. 90-92.
20.- Sentencia de Casación No. 12482-2019-LIMA.

expuestos por la Corte Suprema para asegurar su aplicación en las instancias administrativas y judiciales, lo que permitiría tener predictibilidad en la emisión de sus resoluciones. Además, si los criterios jurisprudenciales fueran acatados, consideramos que se daría una importante disminución de la carga procesal, pues muchos de los litigios que actualmente siguen los contribuyentes ya cuentan con criterios en instancias judiciales.

H. Principio del beneficio y costo de servicio

Dicho tema es desarrollado principalmente por el Tribunal Fiscal, quien señala que es propio de las tasas y contribuciones, estableciendo que los aspectos materiales de las hipótesis de incidencias deben tener vinculación entre la actividad realizada por el Estado y el beneficio obtenido por el particular. En caso produzca resultados negativos en la esfera patrimonial del particular, debe ser considerado ilegal.[21]

I. Principio de generalidad

Este principio de igual manera, no se encuentra contenido en ningún cuerpo legal, sino es otro de los principios considerados implícitos por los doctrinarios. Este es un principio que establece que todos los ciudadanos deben participar en el sostenimiento del país al asumir las cargas tributarias que le corresponden. Calvo Ortega sostiene que el origen de este principio recae en la situación histórica donde algunos privilegiados se encontraban exentos de pagar tributos. Además, posee una relación simbiótica con el principio de igualdad, ya que se manifiesta a través del principio de generalidad.[22]

A manera de conclusión, podemos señalar que los límites a la potestad tributaria del Estado, es decir, los principios jurídicos del derecho tributario, deben ser entendidos como una unidad, puesto que la inobservancia de uno o más principios por parte del legislador pueden generar que un tributo recaiga en ilegal, y a la vez de afectar derechos protegidos de los contribuyentes, poniendo como ejemplo la inobservancia del principio de capacidad contributiva, al gravar una actividad que no es manifestación de riqueza, viola también los principios de igualdad, principio de no confiscatoriedad, entre otros.

IV. CONCLUSIONES

En el caso concreto del derecho tributario, los principios constitucionales de la tributación desempeñan un papel preponderante tanto en la elaboración como en la aplicación de las normas

21.- Resolución del Tribunal Fiscal No. 173-2-98.
22.- Calvo Ortega, Rafael, Curso de Derecho Financiero I: Derecho Tributario (Parte General), 2000, págs. 68-69.

tributarias. Independientemente de que estén consagrados explícita o implícitamente en la Constitución Política, esos principios constituyen las primeras garantías del estatuto del contribuyente. Podemos afirmar que dichos principios cumplen una doble función en la praxis del derecho tributario:

a) En primer lugar, son mandatos norteadores que condicionan y dirigen el ejercicio del poder tributario. En ese sentido, los principios son parámetros que deben ser observados por el legislador en el momento de elaboración de la norma tributaria, sobre pena de inconstitucionalidad de la misma. En esa medida, inducen al legislador a actuar de conformidad con una moral tributaria, de forma que sea realizada una justa y adecuada distribución de la carga tributaria, garantizando la libertad y la igualdad de los ciudadanos, velando por una sociedad justa y solidaria.

b) En segundo lugar, podemos afirmar que son vectores, directrices que orientan al Poder Judicial, particularmente a los Tribunales Constitucionales, al momento de ejercer el control de constitucionalidad de las normas tributarias, garantizando la defensa y la protección de los derechos fundamentales de los contribuyentes, en caso de que una norma tributaria sea arbitraria y contraria a esos derechos.

Los principios constitucionales tributarios constituyen verdaderas limitaciones al ejercicio del poder tributario, una vez que son especiales manifestaciones de los derechos y garantías fundamentales del ciudadano (contribuyente). Estos principios son la primera garantía de los contribuyentes contra la arbitrariedad y el abuso del poder; se encuentran necesariamente en una relación de interdependencia y equilibrio, sin que exista ningún tipo de jerarquía entre ellos.

Por último, dichos principios son puntos de apoyo normativo para la buena aplicación del derecho que le permitirán al legislador y al juez constitucional analizar la adecuación de la norma tributaria a la Constitución Política, garantizando los derechos fundamentales de los contribuyentes. Al mismo tiempo, los tribunales constitucionales permiten delinear, a través de la jurisprudencia, el alcance y contenido de esos principios dentro del sistema tributario y a la luz de las necesidades de la realidad imperante.

REFERENCIAS

Belaunde, M. (1965). La Relación Jurídico Tributaria y Codificación, Seminario Sobre Codificación Tributaria. IPDT.

Bravo, J. (2009). Fundamentos de Derecho Tributario. Editorial Palestra.

Calvo, R. (2000). Curso de Derecho Financiero I: Derecho Tributario (Parte General). Editorial Atelier.

Figueroa, R. (2010), Test de Proporcionalidad. Actualidad Empresarial.

Landa, C. (2005). Los Principios Tributarios en la Constitución de 1993. Una Perspectiva Constitucional. Gaceta Jurídica.

Robles, C. (2008) Reflexiones sobre Derecho Tributario y Derecho Constitucional, Principios Constitucionales Tributarios. http://blog.pucp.edu.pe/blog/carmenrobles/2008/09/14/los-principios-constitucionales-tributarios/

Robles, C. & Pebe, M. (2005). Los Principios Constitucionales Tributarios. Actualidad Empresarial – Informe Tributario.

Poder Judicial. (2020). Expediente No.12482-2019. Lima: 7 de octubre de 2020.

Tribunal Fiscal. Res. No.173-2-98.

Torrealba, A. (2017) Los Hechos Ilícitos Tributarios. Centro de Estudios Tributarios

ARTÍCULO

05

INSTRUMENTOS FINANCIEROS DERIVADOS

Alfredo Lau - Tam Oyafuso[1]
Recibido: 04/07/22

Sumario: Los derivados financieros son productos financieros complejos que se negocian y se ofrecen en el mercado financiero local e internacional. El objeto de este trabajo es esbozar un marco teórico y conceptual que sirva al lector para iniciar el entendimiento de este tipo de operaciones financieras.

Palabras clave: derivados financieros, forwards, futuros, opciones y swaps.

I. INTRODUCCIÓN

En Perú se conocen a las operaciones financieras como aquellas que pueden ser ejecutadas por nuestras empresas del sistema conforme al inciso 16 del artículo 221 de la Ley General del Sistema Financiero, del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (Ley N.º 26702), previa autorización de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. También, están contempladas con operaciones bursátiles a ser negociadas por nuestros agentes de intermediación según estipula el artículo 194 de la Ley del Mercado de Valores (Decreto Legislativo N.º 861).

Es de acotar que, en el plano normativo solamente la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP ha emitido regulaciones que ahondan sobre el tema materia de este documento. Y en el plano práctico, no existe un mercado de derivados bursátiles, aunque la Bolsa de Valores de Lima siempre ha estado interesada en desarrollar uno.

II. ORÍGENES

Todo mercado funciona por la interacción de la oferta y la demanda, en donde los oferentes de bienes y servicios normalmente tienden a buscar cómo capturar las necesidades y preferencias de los demandantes. Por tal motivo, surgen las llamadas innovaciones.

Las innovaciones se sustentan en tres razones. La primera es el cambio en las condiciones de la oferta. La segunda es el cambio en las condiciones de la demanda. La tercera son los "arbitrajes" regulatorios.

Los derivados financieros surgieron del cambio en las condiciones de la demanda, es decir, la segunda razón. Los cuales, consistieron en los efectos monetarios provocados por la ruptura del sistema monetario internacional (convertibilidad del oro-dólar) implementado por el Fondo Monetario Internacional (FMI) en

1.- Asociado Senior del Área de Mercado de Capitales y Regulación Bancaria de Muñiz, Olaya, Meléndez, Castro, Ono & Herrera Abogados. Se ha desempeñado como asociado senior del área de Banca, Finanzas y Mercado de Capitales, Estudio Olaechea. Además, como analista de Regulación de Mercados y Gobierno Corporativo (Unidad de Inversiones), Profuturo AFP S.A. - Grupo Scotiabank y como abogado del área de Mercado de Capitales y Gobierno Corporativo, Mercado de Capitales, Inversiones y Finanzas Consultores S.A. - MC&F. Abogado por la Pontificia Universidad San Martín de Porres.

la década de 1940 y destituido en la época de 1970.

El sistema monetario basado en la convertibilidad del oro-dólar se fundamentó en asociar la variación de la valuación monetaria con la moneda, esto significa que la determinación del valor de la moneda se da en términos de dinero. Esta variación tuvo un desarrollo histórico que es importante resaltar.

Surgió desde la utilización del patrón mercancía hacia el uso del patrón metal (mono metálico y bimetalista). En el sistema monetario metalista, la valuación monetaria basada en el patrón oro fue la más destacada; este era un sistema en el que existía conexión intrínseca entre el valor del oro con el valor de la moneda, lo que determinaba un precio uniforme y equitativo del oro en todo el mundo.

El patrón oro tuvo una línea de evolución remarcable. El primer patrón oro, al que llamaremos "clásico", dejó de existir por consecuencia de la emisión masiva de billetes de distintos países para financiar la Primera Guerra Mundial, lo que produjo inestabilidad económica y monetaria. Su reemplazo fue, primero, el patrón lingote-oro, para luego ser sustituido por el patrón de cambio oro, este último el más importante dentro de los sistemas de patrón oro. Sin embargo, debido a la crisis económica de la década de 1930 todos estos sistemas desaparecieron tal como se habían ideado. Por ello, con la creación del FMI, se trató de establecer un sistema monetario internacional que fuera capaz de implantar un nuevo sistema de cambios fijos promoviendo la estabilidad cambiaria a nivel mundial, el crecimiento del comercio y el sistema económico internacional.

El convenio constitutivo del FMI creó un sistema de tipos de cambios fijos, donde los bancos centrales de cada país miembro del FMI debían de mantener posiciones activas en el mercado de divisas para que el tipo de cambio se mantenga próximo al objetivo de paridad cambiaria para evitar fluctuaciones cambiarias de la paridad central que planteaba este ente rector. La paridad señalada consistía en que los tipos de cambio se vincularían al oro en el caso del dólar estadounidense ("patrón oro"), al dólar y oro en el caso de las demás monedas ("patrón oro-dólar"); este sistema es el conocido como "Bretton Woods". Bajo este sistema monetario, los Estados Unidos de América (EE. UU.) estaban obligados a mantener el precio del oro en US $ 35 por onza en dicha época dándose de esta forma un sistema de pagos multilaterales para las transacciones corrientes, lo que incentivaba, teóricamente, el crecimiento del libre comercio internacional.

Desde la década de 1950 hasta 1970 el sistema de Bretton Woods funcionó eficazmente, contribuyendo al crecimiento económico mundial, la estabilidad cambiaria y al crecimiento de la libertad comercial y económica. El FMI se convirtió en el eje central regulador del sistema monetario internacional. No obstante, en el año 1969 el FMI tuvo que ser reformado, producto de una década en donde los EE. UU. mostraba una creciente inflación por el gasto público de su guerra en Vietnam, conllevando a una sobrevaloración del dólar americano. Por lo anterior, el vigente sistema monetario internacional perdió la confianza y los países miembros del FMI tuvieron que realizar constantes operaciones de cambio de dólares (sobrevalorados) por oro, provocando una crisis de liquidez y de confianza a nivel mundial.

CORPUS IURIS 11 | Revista de Derecho

Durante la década de 1970, se siguió con el mismo patrón de comportamiento a pesar de la primera reforma del FMI. La inflación generada por el gasto fiscal junto con la política de reducción de los tipos de interés como medida para acelerar la economía norteamericana produjeron tendencias especulativas, lo que pudo crear el primer déficit de balanza de pagos de los EE. UU. en el siglo XX. En consiguiente, surgió el denominado "shock de Nixon". Dicho "shock" fue la medida política que tomó el entonces presidente de los EE. UU., Richard Nixon, sin consulta previa a los miembros del FMI. Esta consistió en suspender la convertibilidad del dólar americano frente al oro, se impuso un arancel a la importación adicional de diez por ciento (10%) sobre las mercancías y se redujo a diez por ciento (10%) su ayuda al exterior, lo que permitió devaluar el dólar americano para afrontar su crisis de balanza comercial. Por tal motivo, en el año 1971, se da la quiebra en la práctica del sistema de cambios del FMI (oficializándose en el año 1973), empezando una época de tipos de cambios flotantes.

El mundo transitó desde una época de tipos de cambio fijos a flotantes, lo que incrementó las potenciales pérdidas para los partícipes del mercado financiero internacional. El incremento del riesgo financiero fue la causa de creación de los primeros productos financieros derivados. La necesidad de gestionar la volatilidad de los tipos de cambio y las tasas de interés fueron el motivo para la creación de este instrumento financiero.

La industria financiera fue el artífice de lo anterior. Esta comprendió que si adaptaba los instrumentos existentes llamados productos derivados (en sentido estricto), a las nuevas necesidades de gestionar y mitigar el riesgo financiero podían obtener grandes utilidades. En ese sentido, los primeros productos financieros derivados fueron creados, por primera vez, en la década de 1970 en las bolsas de valores de la ciudad de Chicago en los EE.UU. con el fin de administrar el riesgo financiero al que se encontraban expuestas ciertas inversiones de plazo prolongado[2].

III. CARACTERÍSTICAS

A. Definición

Taylor (2011), señala que un derivado financiero es una herramienta financiera utilizada para administrar riesgos o para tomarlos; y buscando un significado más completo sería que un instrumento financiero derivado es aquel instrumento financiero cuyo rendimiento está basado o deriva del comportamiento de los precios de un activo subyacente (usualmente solo referido como el subyacente).

Asimismo, es preciso mencionar nuestra definición sobre un derivado financiero, que es un producto financiero cuyo valor depende del cambio a futuro en el precio de otro activo denominado activo subyacente. Dicha razón, influye en su nombre "derivado" porque deriva su valor económico de un activo subyacente determinado. Los más conocidos son los futuros, f*orwards, swaps* y opciones.

2.- Para Roberts fue en el año 1971 en el Chicago Mercantile Exchange (CME) (específicamente en la International Monetary Market anexo a la CME) a través de los futuros de divisas. En cambio, para Mishkin fue en 1975 a través de los futuros de tasas de interés y en la Chicago Board of Trade (CBOT), mecanismo centralizado de negociación que compite con la CME.

B. Elementos

El primer elemento que caracteriza a un derivado financiero es la existencia de un "activo subyacente" que es la fuente de la que deriva su valor. Al respecto Ross, Westerfield y Jaffe (2005), indican que "(e)l nombre derivados se explica por sí mismo. Un derivado es un instrumento financiero cuyo rendimiento y valores se derivan, o dependen de, alguna otra cosa. Con frecuencia nos referimos a la cosa de la cual dependen los *derivados como el primitivo o subyacente*"[3]. El activo subyacente puede ser un activo real o un activo financiero (acciones, commodities, monedas, índices, dinero, etc.) sobre el cual se emite el instrumento financiero derivado.

El segundo elemento es que el activo subyacente esté expuesto a un riesgo financiero determinado que se busque administrar a través de su transferencia a un tercero. Bodie y Merton (2003), indican al respecto que los derivados son instrumentos financieros que derivan su valor de los precios de uno o más activos tales como valores de capital, valores de renta fija, divisas o commodities. Su función principal es servir como instrumentos para administrar exposiciones a riesgos asociados con los activos subyacente[4].

C. Clasificación

La clasificación más aceptada de estas operaciones se basa en el criterio del "mercado en donde se negocia", es decir, tenemos operaciones con derivados negociados de forma bursátil (*Exchanged Traded*) y fuera de mecanismos centralizados de negociación (*Over the Counter*).

En las operaciones realizadas en los mercados organizados la relación jurídica entre el "comprador" y el "vendedor" no es directa, sino encuentra un mecanismo centralizado de negociación como intermediario. En cambio, en las negociaciones extrabursátiles la relación es teóricamente directa, usualmente por teléfono o mediante redes informáticas), salvo que por regulaciones prudenciales en determinadas jurisdicciones se exija el uso de cámaras de compensación para su liquidación.

En tal sentido, los contratos *forward*, los contratos de opciones y los contratos swap pertenecen al mercado extrabursátil. A diferencia de los contratos de futuros y los contratos de opciones que pertenecen a los mercados organizados.

D. Liquidación

Los derivados financieros se liquidan de dos formas. El primer método es el pago con entrega física del activo subyacente y el segundo es el pago por diferencias (*netting*).

El pago con entrega física consiste en que las partes acuerdan que un bien se entregará a futuro según una fórmula y características predeterminadas, es decir, el activo subyacente sí se compra o se vende físicamente. En cambio, en el *netting*, no se entrega ningún activo subyacente, sino se utiliza una compensación entre dos obligaciones pecuniarias, aplicable únicamente

3.- Ross, S., Westerfield, R., & Jaffe, J. (2005). Finanzas Corporativas (Séptima edición ed.). Mexico: Mc-Graw-Hill/Interamericana. Página 719.

4.- Bodie, Z., & Merton, R. (2003). Finanzas. Mexico: Pearson Educación de México. pp. 35-36.

cuando se trata de la misma transacción, moneda, fecha y empresas. Este sistema de compensación permite calcular el saldo neto a pagar de una parte a otra Fue popularizado por la asociación ISDA con el fin de proporcionar un sistema de pagos eficiente y estable para las operaciones con derivados financieros transnacionales.

El propósito del *netting* es eliminar el riesgo de insuficiencia de bienes a entregar presente en el pago con entrega física y reducir los efectos perversos de los impuestos entre jurisdicciones distintas.

IV. BLOQUE DE CREACIÓN

Los derivados financieros tradicionales o bloque de creación (*building blocks*), a partir del cual se pueden diseñar otros instrumentos de cobertura o de especulación, son los siguientes:

- *Forwards*: se pueden definir como contratos mediante el cual dos partes llamadas comprador (*buyer*) y vendedor (*seller*) acuerdan intercambiar a futuro un bien definido previamente y a un precio prefijado desde un inicio (el activo subyacente)[5].

- Futuros: son esencialmente contratos *forward*, pero en términos y condiciones estandarizadas por los mecanismos centralizados de negociación en donde se negocian[6].

- Opciones: es cualquier contrato que otorgue a una de las partes contratantes el derecho, pero no la obligación, de "comprar" o "vender" un activo financiero a futuro en un precio prefijado y especificado por adelantado. Existen las opciones de compra (*call*) y las opciones de venta (*put*). Por el momento, en el cual se ejecutan se les denomina: americana (cualquier momento), europea (al día del vencimiento del plazo establecido) y bermuda (periodos de tiempo específicos)[7].

- *Swaps*: es un contrato financiero mediante el cual dos partes llamadas contrapartes acuerdan intercambiar dos corrientes de flujos de caja en intervalos de tiempos específicos, según una regla predeterminada y durante un cierto periodo de tiempo[8].

5.- En un contrato de forward de tipo de cambio (*FX forward*), las partes denominadas comprador de forward (*buyer*) y vendedor de forward (*seller*), ambos para el ejemplo entidades bancarias, pactan un tipo de cambio a futuro (*forward price*) sobre un monto dinerario que puede ser entregable o no entregable y sólo para efectos de cálculo del precio. En el momento pactado para la ejecución de las prestaciones del contrato, las partes compararán el tipo de cambio pactado frente al tipo de cambio actual real (*spot price*), el diferencial de ambos tipos determinará quién asumirá la prestación. Es decir, si el tipo de cambio forward fue pactado en S/ 3 x US $ 1 y el tipo de cambio spot está en S/ 4 x US $ 1, el comprador asumirá la pérdida. Si estas transacciones se realizan con pago con entrega, el vendedor deberá entregar al comprador la suma monetaria pactada a un precio (tipo de cambio) determinado. En cambio, si las partes acuerdan el pago por diferenciales, una de las partes deberá asumir el pago del diferencial resultante entre el tipo de cambio spot y el tipo de cambio forward sobre la base de cálculo. En todo caso, el activo subyacente aquí es el tipo de cambio el que no podemos desligar de la base monetaria. Siempre y cuando la base monetaria sea entregable, sino recibe el nombre de "activo nocional", porque no existe. Sobre estos recaen las funciones económicas, cobertura y especulación que hemos mencionado.
En un contrato de forward sobre tasas de interés (*FRA contract*), las partes denominadas comprador de FRA y vendedor de FRA, ambos para el ejemplo entidades bancarias, pactan una tasa de interés (*forward price*) sobre un monto dinerario ficticio que sirve sólo para efectos del cálculo de la tasa ("activo nocional" o también llamado "principal" por ser compuesto por dinero). En el momento pactado para la ejecución de las prestaciones del contrato, las partes compararán la tasa spot (tasa variable) frente a la tasa *forward* (tasa adelantada), el diferencial de ambas determinará quién asumirá la prestación de acuerdo con las condiciones del contrato.

V. FUNCIÓN Y FINALIDAD ECONÓMICA

A. Funciones Económicas

La función de los derivados financieros consiste en la mejor distribución de los riesgos en un sistema económico, debido a que estos favorecen la transmisión de los riesgos hacia terceros y, en definitiva, la redistribución hacia aquellos que sí quieren o pueden asumirlos.

Por otro lado, contribuyen a la ejecución de las mismas funciones que posee un sistema financiero, es decir, respecto a la asignación eficiente de los recursos captados para la inversión de la economía. Son funciones que se analizan desde una triple perspectiva: tiempo, riesgo e información; aumentando la información disponible y relevante en el mercado. En virtud de ello, el nivel y volumen de negociación con estos instrumentos puede reflejar las expectativas del mercado sobre la volatilidad y los precios futuros de los instrumentos financieros tradicionales (instrumentos de deuda, de capital y activos en efectivo).

B. Finalidad

Las finalidades de los derivados financieros están relacionadas con el principio económico de riesgos compensados. El principio de riesgos compensados explica la relación entre cobertura y especulación que se describirá a continuación.

- Cobertura: existe cuando se mantiene o se crea, una posición de "compra" o de "venta" con el fin de reducir el riesgo financiero asociado con otra postura. Esta reducción se realiza tomando una posición de "compra" o de "venta" con un riesgo opuesto a aquel que tiene nuestra posición originaria. Como resultado, ambos riesgos financieros se compensan obteniendo la cobertura en el cambio del valor de un activo o instrumento determinado.

- Especulación: es hacer lo contrario

6.- Un contrato de forward sobre tasas de interés negociado en bolsa (*FRA contract*), tiene la misma mecánica que el de su par negociado de forma extrabursátil. La diferencia consiste en la estandarización que exige el mercado organizado. Estableciendo las relaciones ya no directamente entre el comprador y el vendedor, sino en donde intercede la cámara de compensación y el mecanismo centralizado de negociación.

7.- Los techos (*cap*), pisos (*floor*) y la combinación de las anteriores (*collar*) son las opciones de tasas de interés. Las opciones de tasas de interés implican el derecho, pero no la obligación, de celebrar un contrato a futuro que cobertura el diferencial de una tasa de interés variable futura entre la tasa de interés predeterminada. Un *cap* permite cubrir la posibilidad de que una tasa variable exceda a futuro una tasa predeterminada que reflejaría la ganancia de una parte. El *floor* maneja que la tasa variable no disminuya por debajo de una fórmula pactada. Y el collar es el pacto de que una tasa variable no disminuya ni exceda un rango económico preestablecido.

8.- Un swap de commodity es un intercambio de flujos monetarios en donde se cobertura el rendimiento de un *commodity* en especial. En cuanto el productor compensa un precio variable a obtener en el mercado spot con un flujo fijo obtenido en el derivado.

a la cobertura. Esto quiere decir, tomar una posición con un riesgo determinado y no compensar el riesgo asumiendo otra posición con el fin de aumentar las ganancias en la posición originaria. La especulación se materializa, a través del ejercicio del "arbitraje financiero". Este arbitraje una herramienta que puede determinar la imperfección de los mercados financieros en la medida que da la posibilidad de obtener una ganancia por el diferencial en el precio respecto a un activo en diferentes mercados[9].

VI. TIPOLOGÍA DEL CONTRATO

A. Naturaleza Jurídica

Los derivados financieros son contratos de naturaleza financiera mediante los cuales las partes acuerdan realizar pagos monetarios a futuro dependiendo de lo que suceda con respecto a un activo subyacente en una fecha pactada a futuro, con el fin de administrar el riesgo asociado a dicho activo. Dicho de otra forma, estos contratos permiten administrar el riesgo asociado a un activo subyacente a través de efectuar pagos monetarios según una fórmula contractual predeterminada.

Por tipos contractuales generales estos contratos son atípicos, ya que no tienen un reconocimiento en la ley. Es también un contrato principal, ya que su existencia no depende de otro contrato. Y mercantil, puesto que son producto de los actos de comercio como consecuencia de la calidad empresarial o la actividad de los oferentes del producto. Además, son contratos por adhesión, dado que no existe negociación previa siendo de obligatoria utilización el contrato marco realizado por la agencia especializada (ISDA o ASBANC al menos en el Perú).

También, por la forma en cómo se perfeccionan son contratos formales porque su perfeccionamiento se realiza a través de llamadas telefónicas u otro medio, pero confirmadas luego por escrito[10]. Y a su vez, contratos onerosos en vista de que cada parte hace una prestación a favor de la otra, y la prestación representa un sacrificio para la parte que lo soporta y una ventaja para la que recibe.

Los derivados financieros son contratos plurilaterales, en donde todas las partes ejecutan prestaciones. Dentro de esta categoría son contratos de prestaciones recíprocas (sinalagmáticos o de intercambio), por cuanto a las prestaciones se encuentran en relación de reciprocidad e interdependencia, en el sentido de que cada una es realizada contra la otra, para contracambiarla.

Por último, la gran discusión es si son contratos conmutativos o aleatorios. Por contratos conmutativos se entiende que los derivados son contratos en donde no existen los dos perfiles del "alea": la suerte o la incertidumbre (perfil objetivo) y el riesgo (perfil subjetivo). Por otro lado, los contratos aleatorios son aquellos en los cuales la entidad de la prestación depende de hechos inciertos o ignorados por las partes, por tanto en definitiva de la suerte. En otras palabras, son aquellos en los cuales los contratos asumen el riesgo de ver exagerada la prestación a su cargo, reducido o incluso anulada la prestación esperada. El riesgo que hace un contrato aleatorio es el riesgo jurídico y económico, inherente a la prestación; no es el riesgo puramente económico, relativo al costo de la prestación debida o al valor o a la utilidad de la prestación esperada. Cabe señalar que, todo contrato presenta un grado de riesgo económico. El contrato no es aleatorio en cuanto presente riesgo económico altísimo, ni cuando presenta un riesgo jurídico, sino es aleatorio cuando los dos riesgos confluyen. El alea puede ser típica (por su naturaleza) o atípica (por voluntad de las partes). El riesgo jurídico y económico califica a la causa del contrato como aleatorio. He aquí que por inexistencia del riesgo puede hacer que el contrato sea nulo por ausencia de causa.

Para nosotros son contratos aleatorios porque confluyen en estos contratos el alea económica y jurídica. En el primero, en el aspecto económico, se da respecto al valor final de la prestación, que, si bien se pacta a través de una fórmula de cálculo matemática, esta solo indica rangos de precios que se determinarán a futuro debido al comportamiento del precio del activo subyacente. Asimismo, es jurídico en la medida que el pago se puede dar sin la entrega física de un activo subyacente y solo liquidado por diferenciales, en consecuencia, las prestaciones jurídicas son inciertas en la medida que es desconocido quién pagará el saldo neto entre el precio pactado y el precio futuro.

B. Diferencia con los seguros

Los contratos de seguro son productos que ofrecen las empresas de seguro, por consiguiente, sujeta a la supervisión del regulador de dicha industria.

En realidad, los elementos esenciales de un contrato de seguro no varían mucho entre países y sistemas jurídicos distintos. En esencia, son casi los mismos. Un contrato de seguro tiene como elemento universal el "interés asegurable", reconocido en la doctrina, jurisprudencia y legislación[11].

9.- Por ejemplo, si el precio del barril de petróleo en Lima es de US$ 60 y en Tokio es de US$ 65, el arbitraje reside en comprar en Lima y vender en Tokio. En el tema de derivados financieros el arbitraje funciona con mayor relevancia en las operaciones de swap relacionados al arbitraje de crédito y al arbitraje regulador. El primero funciona en la medida que existen ventajas comparativas para la obtención de créditos. La obtención de créditos a largo plazo responde a factores como la tasa libre de riesgo que se fija para la totalidad de la vigencia del instrumento, la prima de riesgo correspondiente a la incertidumbre futura de la tasa libre de riesgos, la prima por crédito sobre la deuda emitida por un deudor específico y la prima de riesgo correspondiente a un cambio potencial en la prima de riesgo del deudor. En ese sentido, cuando se calcula la obtención de un crédito se ponderan los factores comentados ciñéndolos a la capacidad de pago del posible prestatario, en dicha consideración, unos pueden obtener tasas fijas o tasas variables más bajas. La ventaja comparativa en la obtención del crédito la denominamos arbitraje de crédito. Es por ello la existencia de ciertos swaps en donde las partes pueden obtener un financiamiento más barato al que no podrían acceder de forma directa, al intercambiar las condiciones del crédito según las preferencias de las partes. Y el arbitraje regulador consiste en eludir la normativa aplicable para obtener beneficios importantes. Estas restricciones pueden ser sobre los flujos de capital o sobre la fijación de precios de los flujos de capital. Por ejemplo, en la época de 1980 ciertas compañías veían oneroso el financiamiento mediante deuda en el mercado de capitales norteamericano. Con la existencia del mercado de swaps de divisas las compañías podían emitir bonos en yenes japoneses sujeta a las normas tributarias japonesas mucho más favorables y luego realizar un swap de yenes por dólares con el fin de obtener el financiamiento en la divisa deseada, teniendo ahorros considerables.

10.- Es necesario aclarar que la relación jurídica se crea cuando se suscribe el documento denominado confirmación.

11.- Sobre este elemento se puede ver en la jurisprudencia inglesa el caso HALFORD v. KYMER, del año 1830, en donde la corte considera que el interés asegurable es esencial para el pago de la póliza. El

Para la doctrina mayoritaria, el interés asegurable es la relación económica que existe entre la persona que asegura y el objeto expuesto a riesgos que se asegura; esta relación está presente antes de la contratación del seguro y permite asegurar el bien. Dicho de otro modo, el interés asegurable es el interés económico de la no ocurrencia de un siniestro respecto a la relación que se tiene con el objeto de que se asegura. Este elemento está latente en la etapa precontractual, mutando en "interés asegurado" cuando se forma el contrato para efectos del derecho al cobro del seguro.

En los contratos de derivados financieros no existe este elemento esencial de todo contrato de seguro, ni explícita ni implícitamente. Por ende, tampoco existe interés asegurado. Si nos basamos en lo anterior, solo el asegurado podría cobrar la indemnización de la compañía del seguro si se comprueba haber recibido daños como consecuencia de un siniestro. Esto no es relevante en los contratos con derivados financieros.

Sería difícil señalar cuál sería el interés dañado por un siniestro en un contrato con derivados financieros, por ello, se debe de hablar de "cobertura de riesgos" y no "aseguramiento de riesgos", ergo los derivados buscan evitar los efectos negativos por condiciones normales del mercado. Por tal razón, los derivados financieros son concebidos como contratos (u operaciones financieras) no equivalentes a los contratos de seguros, pues a pesar de tener efectos económicos parecidos, legalmente no lo son[12].

C. Diferencia con las Apuestas

Otro punto de análisis es sobre su relación con los contratos de juego y azar. Para comenzar, se hará hincapié en que a pesar de que estos contratos se encuentran recogidos en nuestro ordenamiento civil, se analizará este punto desde la perspectiva del derecho comparado, de modo que, en condiciones normales, el ordenamiento jurídico y las cortes judiciales que se escoge para que gobiernen las transacciones internacionales son las del Estado de Nueva York o las de Inglaterra, en resultado de una usual y sana práctica bancaria[13].

En ese sentido, en las plazas señaladas existen precedentes que no los consideran como contratos de juegos y

precedente trata sobre si la vida humana es un interés asegurable pues la corte inglesa considera que el interés asegurable debe ser pecuniario. Las cortes norteamericanas también consideran al interés asegurable como un elemento esencial de los contratos de seguros, pero difieren en ese estadio sobre si la vida es un interés asegurable en el caso LUCENA v. CRAWFORD, del año 1806. En el derecho comparado latinoamericano encontramos la presencia del interés asegurable en los siguientes cuerpos legales: en el nuevo Código Civil Brasileño, numeral 757; Código de Comercio de Bolivia, numeral 980; Código de Comercio chileno, numeral 518; Código de Comercio Colombiano, artículo 1045; Ley sobre el Contrato de Seguro mexicana, artículo 85; y la Ley N.º 17,418 de Argentina, artículo 2.

12.- Dentro del rubro de los derivados crediticios se les diferencia ya que éstos solo cubren el riesgo de crédito —generalmente— y los seguros además del anterior aseguran el riesgo de mercado.

13.- Esto se debe a que los inversionistas más importantes y con mayor poder de negociación se encuentran en aquellos lugares, y supondría un costo de transacción muy elevado el adecuarse a nuevos ordenamientos jurídicos y sistemas judiciales desconocidos en prestigio y capacidad técnica.

14.- En Londres, precisamos dos precedentes judiciales de los tantos idóneos para tratar el tema de análisis. El primero es el caso Morgan Grenfell & Co. Limited V. Welwyn Hatfield District Council, visto en la Corte Comercial de Londres en el año 1993. En este caso se sostuvo que los derivados financieros son potencialmente especulativos, pero para que sean calificados como contratos de juego o apuesta en virtud de la Sección 18 y la Sección 1 de la Gaming Act inglesa de 1985 y 1892 respectivamente debe de haber "intención común" de las partes y no sólo de una de ellas de realizar el contrato por tal motivo. Además, agrega el precedente, que toda transacción realizada por partes vinculadas a los mercados de capitales se presume con fines comerciales o financieros, aunque luzcan potencialmente especulativos. Por lo que el Derecho debe darle total reconocimiento y efectos al ser parte del propio giro del negocio, en virtud de la Financial Services Act inglesa de 1986. El segundo precedente es el caso HAZELL v. HAMMERSMITH AND FULHAM LBC, que consistió en un litigio para objetar la legalidad de las negociaciones con derivados por parte de una entidad gubernamental, sobre la base de la doctrina de los actos ultra vires.

15.- El sistema general de pagos y liquidaciones en todo contrato con derivados consiste en el pago con entrega física y el sistema sin entrega física. En esa consideración, el caso IRWIN vs. WILLIAR visto por la Corte Suprema norteamericana en el año 1884 establece que la aceptación general en dicho país es que un contrato de venta de bienes con entrega futura es válido, incluso si el vendedor no tiene los bienes al momento de la celebración del contrato. Sin embargo, esta validez se condiciona sólo cuando las partes tienen la real intención de que los bienes sean entregados por el vendedor y pagados por el comprador al precio indicado. Siguiendo el precedente, si esto no sucede y las partes tienen la intención verdadera de sólo especular con el incremento o el descenso de los precios y los bienes no son entregados sino pagados en relación de la diferencia entre el precio del contrato y el precio de mercado de los bienes al momento de la ejecución del contrato, esto es una apuesta y no debe de ser cumplido porque es un contrato nulo. Empero, esto la regla anterior debe de verse en concordancia con el caso BOARD OF TRADE OF CHICAGO v. CHRISTIE GRAIN & STOCK COMPANY, visto en la Corte Suprema en el año 1905, el cual propone que si los pagos con derivados financieros no se hacen meramente mediante el pago con diferencias, sino que se integra a través de un procedimiento de compensación, este tiene efectos de una entrega y por tanto es un contrato válido bajo la luz del derecho norteamericano.

16.- Por otro lado, queremos resaltar la opinión de la jurisprudencia y doctrina española muy ligada a nuestro Derecho, la cual está relacionada a la forma de pago de estos contratos. En la SENTENCIA DEL JUZGADO MERCANTIL DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA DEL 9 DE MAYO DE 2011, se advierte que en el momento del pago de la prestación no existe compensación propiamente dicha sino el cálculo de un diferencial por ello puede afirmarse técnicamente la existencia de una causa diferencial atípica y única, que sirve a los fines económicos de gestión del riesgo buscando coberturas, a la especulación sobre la evolución del mercado, o al arbitraje (especulación espacial que aprovecha las disfunciones entre mercados); lo que, además, descarta la eventual objeción de juego del artículo 1798 del Código Civil.

apuestas en cierta manera[14].

Para nuestros intereses rescatamos la opinión de la Corte de Apelaciones de Londres del año 1990. Dicha instancia, sostuvo que los derivados financieros se asemejan mucho a los contratos de seguro, pero solo en efectos y no en derecho. Incluso, no son contratos de juegos cuando son utilizados como parte de una estrategia de manejo de deuda (cobertura), pues las partes solo se aseguran de no perder. Por otro lado, en Estados Unidos la historia es distinta. Sería muy complicado analizar una por una las leyes de juegos y apuestas de cada Estado, por ese motivo nos enfocamos en precedentes judiciales que observan las formas de pago de los contratos con derivados para calificarlos como apuesta[15]. En ese sentido, es común en dicha industria adjuntar el pago por diferencias al mecanismo llamado *netting*[16] porque podría devenir en su desnaturalización hacia un contrato de juegos y apuestas.

VII. CONCLUSIONES

Los instrumentos financieros derivados son (i) contratos financieros atípicos, (ii) instrumentos financieros, y (iii)

herramientas financieras para cubrir o tomar riesgos, que se caracterizan porque su valor depende del cambio a futuro en el precio de otro activo denominado activo subyacente.

Originalmente se consideraba que un instrumento derivado no requería movimiento de capital al vencimiento y esta característica hacía que estas operaciones sean útiles tanto para operaciones de cobertura como de especulación. Hace muchos años se les consideraba como instrumentos fuera de balance, lo cual significaba que no existe movimiento de capital y no tenían que aparecer en el estado de situación (balance) de la empresa. Sin embargo, con las nuevas regulaciones contables, específicamente FASB 133 en los EE. UU, IAS 39 en Europa e IFRS 7 en el Reino Unido, se puede argumentar que estas operaciones no se pueden catalogar como fuera de balance.

Las operaciones con contratos de derivados financieros más exitosas, son aquellas que son liquidadas de forma física (especialmente el US Treasury Bond Future negociado en la CME y el DME Oman Crude Oil Future contratado en el Dubai Mercantile Exchange).

La lista de instrumentos derivados más populares a nivel internacional, junto con sus respectivos activos subyacentes, son lo que se describen a continuación:

Contrato de Derivado	**Activo Subyacente**
Currency Option	Divisas
Interest Rate Swap	Rendimiento de Bonos
Interest Rate Futures	Tasas de Interés Forward
FT-SE 100 Futures	FT-SE 100 Index
Credit Default Swap	Riesgo de Crédito
Crude Oil Futures	Petróleo Crudo

EFERENCIAS

Besley, S., & Brigham, E. (2009). *Fundamentos de la Administración Financiera* (Decimo Cuarta Edición ed.).Mexico:Cengage Learning.

Bodie, Z., & Merton, R. (2003). *Finanzas*. Mexico: Pearson Educación de México.

Brealey, R., Myers, S., & Allen, F. (2006). *Principios de las Finanzas Corporativas* (Octava Edición ed.). Madrid: McGraw-Hill/Interamericana de España.

Decovny, S. (1996). *Swaps*. Mexico: Limusa.

Diaz Ruiz, E. (1993). *Contratos sobre Tipos de Interés a Plazo* (FRAS) y *Futuros Financieros sobre Intereses.* Madrid: Civitas.

Euromoney Training; Baker & McKenzie. (1997). Advanced Legal Issues and Applications in Swaps & Swaps Derivatives. 1. Nueva York: Agosto 18-20.

Knop, R., Vidal, J., & Cachán, J. (2003). *Derivados de Crédito. Aspectos Financieros y Legales*. Madrid: Pirámide.

Lamonthe, P., & Soler, J. (1996). *Swaps y Otros Derivados OTC en Tipos de Interés*. Madrid: McGraw-Hill.

Lau-Tám, A. (2011). *OTC Interest Rate Financial Derivatives: Una revisión al Forward Rate Agreement (FRA) y al Interest Rate Swap (IRS) bajo la dimensión legal peruana*. (Tesis de Bachiller en Derecho no publicada, Universidad de San Martin de Porres, Escuela de Pregrado.Lima,Perú)

Lau-Tám, A. (2013). *Regulación Juridica de los Contratos de Derivados Financieros Extrabursátiles en el Perú y la Tendencia Internacional a la Centralización Bursátil*. (Tesis de Título Profesional de Abogado no publicada, Universidad de San Martin de Porres, Escuela de Pregrado. Lima, Perú)

Marshall, J., & Kapner, K. (1996). Como *Entender los Swaps*. Mexico: Continental.

Mishkin, F. (2008). *Moneda, Banca y Mercados Financieros* (Octava Edición ed.). Mexico: Pearson Educación de Mexico.

Nussbaum, A. (1954). *Derecho Monetario Nacional e Internacional - Estudio Comparado en el Linde del Derecho y de la Economía.* Buenos Aires: Arayú.

Roberts, R. (2008). *Wall Street*. Buenos Aires: Cuatro Media.

Ross, S., Westerfield, R., & Jaffe, J. (2005). *Finanzas Corporativas* (Séptima edición ed.). Mexico: McGraw-Hill/Interamericana.

Taylor, F. (2011). *Mastering Derivatives Markets* (Cuarta edición ed.).Gran Bretaña: Pearson Education Limited.

Van Horne, J., & Wachowicz, J. (2009). *Fundamentos de la Administración Financiera* (Decima Primera Edición ed.). Mexico: Pearson Educación.

ARTÍCULO

06

MERCADO DE VALORES Y LA BOLSA: UN BREVE ACERCAMIENTO AL MERCADO FINANCIERO DIRECTO EN EL PERÚ

Manuel Vargas Castillo[1]
Recibido: 27/06/22

Resumen: Mercado de Capitales, acciones, bonos, instrumentos financieros, inversiones, mercado primario, mercado secundario, muchas son las referencias y conceptos financieros aquí indicados que pueden resultar familiares para usted; e incluso alguno de ellos podría ser considerado complicado; por ende, carente de su interés. Sin embargo, como parte de la actividad profesional y académica en las aulas, es importante que los estudiantes de derecho tengan una noción clara (y por qué no, sencilla) de estos conceptos. Por ello, es que nos animamos a poner en blanco y negro, algunas reflexiones en torno a los principales conceptos e instituciones del mercado de capitales y la bolsa de valores; de forma que, al terminar de leer este breve artículo, se encuentre animado a seguir profundizando en este interesante tema.

Palabras clave: mercado de valores, mercado bursátil, Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, Superintendencia de Mercado de Valores, Bolsa de Valores de Lima, mercado directo, mercado indirecto.

I. INTRODUCCIÓN

A lo mejor se le debe hacer familiar alguna de las siguientes películas: (i) *Trading Places* ("De mendigo a millonario" – 1983); (ii) *The Wolf of Wall Street* ("El lobo de *Wall Street* - 2013"); (iii) *The Big Short* ("La gran apuesta - 2015"); (iv) *Wall Street* (1987); (v) *Wall Street*: El dinero nunca duerme (2010); (v) *Margin Call* ("El precio de la codicia" – 2011); (vi) El Capital (2012); (vii) *Too Big to Fail* (1999); y más recientemente, (viii) *The Laundromart* ("La Lavandería" - 2019). Todas estas películas no sólo han marcado un hito fílmico por la trama y sus personajes; además, todas ellas tienen un componente en común: todas versan sobre el mercado de valores y el mercado bursátil.

En realidad, nuestra relación con el mercado de valores y el bursátil es más cercana de lo que pensamos. En estas películas, se desarrollan diversas tramas y conceptos que tienen como origen el mercado bursátil, contado desde una perspectiva fílmica y algo de ficción (y gran parte, en hechos reales); es decir, el sistema financiero en su máxima potencia. Ahora, cuando vemos una

1.- Abogado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas – UPC. Magíster en Finanzas y Derecho Corporativo por la Universidad ESAN. Candidato a MBA, EUDE Business School de España. Director Ejecutivo de Zuma+ Legal Consulting. Encargado de la práctica transaccional y estructuración corporativa, con especialidad en Derecho Corporativo, financiero, laboral y tributario. Profesor de la Facultad de Derecho y de la Facultad de Negocios Internacionales de la UPC. Profesor en la Universidad Privada del Norte. Profesor en la Universidad Científica del Sur. Consultor Legal empresarial.

película, nos imaginamos quién será el personaje, que más protagonismo tendrá, incluso, comenzamos a hacernos ideas para llegar al final de la película (estando solo dentro de los 30 primeros minutos); pero lo cierto es que de nada nos sirve ver una película si no sabemos cómo actuaremos nosotros de interpretar a alguno de los personajes.

Así pues, es más fácil entender el mercado de capitales y la bolsa de valores si interpretamos a algún personaje o situación concreta. De esta manera será más sencillo interpretar los conceptos desde una perspectiva mucho más dinámica y, claramente, podremos adentrarnos a los mercados financieros de forma mucho más sencilla y ágil, permitiéndole, a usted lector, seguir con la lectura de este artículo.

Agradezco, de antemano, la oportunidad que me brindó la Asociación Corpus Iuris por tener la amabilidad de considerarme para la elaboración de este artículo, y contribuir con la difusión del derecho, con especial énfasis, en temas corporativos y financieros; a quienes he tenido el privilegio de enseñarles diversos cursos como derecho societario y corporativo, finanzas para abogados y regulación financiera; lo que reafirma nuestra posición sobre la contribución en esta rama.

II. LO QUE "NO" SABEMOS DEL MERCADO DE CAPITALES

A. El Sistema Financiero

Día domingo, resumen de las noticias, abrimos el *app* de nuestro celular de finanzas; incluso, hay quienes más pegados a lo tradicional, abrimos alguno que otro periódico, y vemos diferentes movidas en el sector financiero. Noticias como, por ejemplo, *Chile: Mercados de valores se desploman tras triunfo electoral del izquierdista Gabriel Boric*[2]*; Temores a recesión global disparan el dólar y ahondan caída de la BVL*[3]*; Rusia y Ucrania: qué efectos puede tener la invasión rusa en las Economías de América Latina*[4]; inclusive (y, seguramente, la noticia que más nos afecta), *Galón de gasolina de 90 supera los S/21 en distritos: ¿sepa dónde conseguir los mejores precios?*[5]. Todas estas noticias repercuten en nuestro entorno personal, profesional, familiar, académico y, especialmente, financiero.

Así que nos adentramos mucho más al campo de las finanzas; y como ya lo indicamos, siendo actores de estas noticias, termina siendo más personal e íntima nuestra postura. Cuando las leemos, mientras más lejanas, no nos vincula, pero cuando nos afecta, en ese momento, recién

2.- https://elcomercio.pe/videos/global/chile-mercados-de-valores-se-desploman-tras-triunfo-electoral-del-izquierdista-gabriel-boric-nnav-video-agafp-noticia/
3.- https://gestion.pe/economia/temores-a-recesion-global-disparan-el-dolar-y-ahondan-caida-de-la-bvl-noticia/
4.- https://www.bbc.com/mundo/noticias-60741690
5.- https://elcomercio.pe/economia/peru/precio-gasolina-hoy-22-junio-en-peru-cuanto-cuesta-el-combustible-este-miercoles-precio-glp-gnv-gasolina-98-petroleo-rmmn-noticia/

empezamos a querer entender las finanzas de una manera práctica y clara; e inclusive, a contrarreloj, ya que debemos entender estos conceptos de forma más sencilla.

En esa línea, el sistema financiero se encuentra conformado por el conjunto de entidades que captan y administran recursos financieros; los mismos que se encuentran regulados y supervisados por las entidades gubernamentales, en este caso, la Superintendencia del Mercado de Valores (aplicable al mercado de valores) y la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

Así pues, existen dos tipos de mercados financieros: el mercado directo y el mercado indirecto. En el caso del mercado directo, quienes tienen exceso de capital (considerados "superavitarios") desean colocar su excedente de capital, para adquirir distintos valores (bonos o acciones u otros instrumentos financieros) y así obtener un rendimiento (rentabilidad) derivada de su inversión. En este caso, los inversionistas van de manera directa al mercado para financiar a las empresas que requieren obtener capital; por ello, se le denomina mercado directo.

Por otro lado, respecto al mercado indirecto, existen los mismos factores de superavitario y deficitario, así como excedente y necesidad de capital; pero aparece un nuevo actor; la entidad financiera (entiéndase como el banco, caja rural, caja municipal, entre otras), la cual actúa como intermediario entre los superavitarios[6] y los deficitarios[7], obteniendo en esa intermediación, una rentabilidad, tanto para el inversionista como para las empresas que buscan el financiamiento e, inclusive, para el mismo banco; quien obtiene de esa manera su ganancia. Por esta razón, es que al mercado de intermediación indirecta se le conoce de esta manera, ya que existe el banco entre los agentes, generando de esta manera el movimiento económico.

En el caso peruano, el mercado directo se encuentra regulado y supervisado por la Superintendencia del Mercado de Valores; mientras que el mercado indirecto, se encuentra regulado por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

1. ¿Qué debemos entender por agentes superavitarios y deficitarios?

   En todas partes del mundo a través de la historia, han existido distintas relaciones entre quienes más recursos financieros han tenido y, evidentemente, quienes menos recursos financieros han podido adquirir. Desde los albores de la historia, el capital y el trabajo han definido el poder. Actualmente, la

6.- Quien ofrece el capital.
7.- Quien necesita el capital.

economía peruana se encuentra representada por doce grupos empresariales, recaída en doce familias que han sido reflejadas en un muy interesante libro[8]; y quienes mueven nuestra economía nacional.

A nivel internacional, el supuesto es mucho más extrapolarizado. La economía internacional se mueve por diversas empresas (empresas petroquímicas, empresas de telecomunicaciones, empresas de retail, empresas de alimentos, banca; y la lista es mucho más extensa); y, claramente, influye en todos los países del mundo la posición financiera de estos agentes superavitarios y deficitarios. En efecto, la situación de diversos grupos de poder incide significativamente en el mercado mundial, donde se mueve la economía de cada sociedad y, consecuentemente, cada familia.

Los superavitarios tienen exceso de capital; los deficitarios necesitan capital. Simple. Los superavitarios requieren que ese dinero se mueva, ya que tenerlo bajo el colchón no genera rentabilidad, mucho menos tenerlo en una cuenta bancaria (ya que, hoy por hoy, es más sencillo poder hackear estas cuentas y transferir los fondos); y nadie se hace "más rico" sin invertir su dinero; por ello, necesitan seguridad de cómo, cuándo y dónde invertir su dinero. Del otro lado, tenemos a los deficitarios, quienes son las empresas o personas que necesitan obtener capital externo para financiar sus distintos proyectos, ya sean hipotecarios, proyectos empresariales o inclusive, fondos para invertir en empresas innovadoras.

El apetito de los inversionistas de querer invertir y obtener rentabilidad en negocios atractivos implica que los deficitarios demuestren que son empresas atractivas para que estos superavitarios inviertan su excedente de capital y tengan la seguridad de que sus recursos serán invertidos de manera eficiente y, sobre todo, lo más rentable posible.

La relación entre superavitarios y deficitarios es una relación íntima y natural, necesaria para que las economías se muevan, siendo necesario que esta se realice de forma eficiente. Por ello, el mercado de valores requiere de reglas claras, transparentes y seguras que permitan que los agentes económicos tengan la certeza de interactuar en un ambiente seguro, transparente y rentable.

2. ¿Qué es la Superintendencia del Mercado de Valores y cuál es su participación en el mercado?

   La Superintendencia del Mercado de Valores es una institución pública del sector de Economía y Finanzas, creada el 28 de mayo

8.- "Los Doce Apóstoles de la economía peruana. Francisco Durand. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. (2017)

de 1968, bajo la denominación de Comisión Nacional de Valores (CONASEV), iniciando sus funciones el 02 de junio de 1970. Mediante Decreto Ley Nº 26126 publicado el 30 de diciembre de 1992, se aprobó el Texto Único Concordado de la Ley Orgánica de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores, el mismo que fue modificado mediante la Ley de Fortalecimiento de la Supervisión del Mercado de Valores, aprobada por la Ley N° 29782, publicada el 28 de julio de 2011, la cual sustituyó la denominación de Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores por la de Superintendencia del Mercado de Valores, otorgándole a su vez mayores facultades para el cumplimiento de sus funciones.

La Superintendencia del Mercado de Valores tiene por finalidad velar por la protección de los inversionistas, la eficiencia y transparencia de los mercados bajo su supervisión, la correcta formación de precios y la difusión de toda la información necesaria para tales propósitos. Tiene personería jurídica de derecho público interno y goza de autonomía funcional, administrativa, económica, técnica y presupuestal.

La Superintendencia del Mercado de Valores tiene como principales funciones: dictar las normas legales que regulen materias del mercado de valores, mercado de productos y sistema de fondos colectivos; supervisar el cumplimiento de la legislación del mercado de valores, mercado de productos y sistemas de fondos colectivos por parte de las personas naturales y jurídicas que participan en dichos mercados. Las personas naturales o jurídicas sujetas a la supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, lo están también a la SMV en los aspectos que signifiquen una participación en el mercado de valores bajo la supervisión de esta última; así como promover y estudiar el mercado de valores, el mercado de productos y el sistema de fondos colectivos.

Asimismo, corresponde a la SMV supervisar el cumplimiento de las normas internacionales de auditoría por parte de las sociedades auditoras habilitadas por un colegio de contadores públicos del Perú y contratadas por las personas naturales o jurídicas sometidas a la supervisión de la SMV en cumplimiento de las normas bajo su competencia, para lo cual puede impartir disposiciones de carácter general concordantes con las referidas normas internacionales de auditoría y requerirles cualquier información o documentación para verificar tal cumplimiento.

La máxima autoridad ejecutiva y titular del pliego presupuestario de la Superintendencia del Mercado de Valores es el Superintendente del Mercado de Valores, quien preside el Directorio de la institución y ejerce la representación oficial de la Superintendencia.

El directorio es el órgano de la SMV encargado de aprobar las políticas y objetivos institucionales, así como la normativa aplicable a los mercados bajo competencia de la SMV. Está compuesto por el Superintendente del Mercado de Valores, quien lo preside y cuatro directores nombrados por el Poder Ejecutivo mediante resolución suprema refrendada por el Ministro de Economía y Finanzas, uno a propuesta del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), uno a propuesta del Banco Central de Reserva del Perú (BCRP) y uno a propuesta de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS). Además, integra el Directorio de la SMV un director independiente, quien no debe tener conflictos de interés ni encontrarse vinculado en el ejercicio de su profesión con las materias bajo la competencia de la SMV.

B. Concepto del mercado de valores

Ya hemos conversado, de manera sencilla, en qué consisten los agentes del mercado, así como la diferencia existente entre el mercado financiero directo e indirecto; así como también la función que tiene la Superintendencia del Mercado de Valores. Entonces ahora corresponde referirnos al Mercado de Valores.

El Mercado de Valores es un sistema de financiamiento que reúne en sí mismo, a los emisores (agentes que requieren de financiamiento y que para efectos de este artículo, los hemos categorizado como deficitarios); que pueden ser empresas privadas o públicas, nacionales o extranjeras, que emiten acciones, bonos u otros instrumentos financieros, por encontrarse en la necesidad de obtener recursos financieros para desarrollar sus proyectos. Por otro lado, como ya lo indicamos, tenemos a los inversionistas, quienes adquieren los valores emitidos por los emisores, con la intención de obtener un rendimiento positivo.

Lo anteriormente indicado puede resumirse de una manera muy sencilla, como explico en clases el concepto y alcance del rendimiento de la rentabilidad. No es nuestra intención cuestionar la ciencia matemática; sin embargo, si hacemos la sumatoria más sencilla existente, encontraremos que uno más uno siempre dará como resultado dos, no habiendo discusión sobre ello.

En este contexto, existen diversos partícipes que interactúan en el mercado de valores; ya que no solo operan los emisores e inversionistas; sino que, al ser un mercado sofisticado, intervienen también otros agentes. Por ello, a fin de entender, adecuadamente el funcionamiento del mercado de valores, pasamos a detallar brevemente.

Los agentes que participan en el mercado de valores son:

(i) Emisor: Es el agente deficitario que necesita

la obtención del financiamiento para poder desarrollar su proyecto o negocio. Como comprenderá, es importante que el mercado tenga claridad no solo de los valores que el emisor dispone en el mercado, sino también quién es la empresa que emite estos valores. Claramente, ingresar al mercado de capitales no es una tarea sencilla, ni mucho menos barato. La empresa que desea financiarse mediante financiamiento a través del mercado de valores debe contar con relativa reputación, con estados financieros positivos, con una proyección empresarial positiva, que cuente no solo con responsabilidad social empresarial, sino que hoy (más que nunca), se encuentre comprometida con el medio ambiente; siendo éste un factor que es sumamente valorado por los inversionistas al momento de efectuar una inversión.

(ii) Inversionista: Si bien ya hemos esbozado una breve definición del inversionista, resulta conveniente entender que el inversionista se encarga de identificar empresas "*target*", que le permita obtener rentabilidad, al adquirir valores de distintas características, con plazos y rendimientos particulares. Esta tarea no es sencilla, pues se requiere contar con cierta experiencia y conocimiento del mercado, por lo que suele recaer en entidades bancarias, aseguradoras, entre otras.

(iii) Estructurador: La empresa estructuradora se constituye con el objetivo de diseñar, programar y estructurar las ofertas de los valores, es decir, su transacción. Claramente, su operación tiene especial y particular importancia en el mercado de valores, por lo que se encuentran reguladas por la Superintendencia del Mercado de Valores, desde su procedimiento de constitución hasta su operativa diaria; que requiere, adicionalmente, su inscripción en el Registro Público del Mercado de Valores. La principal función de una entidad estructuradora consiste en diseñar y estructurar la oferta, que se reflejará en el prospecto informativo, entendiéndose este documento como el resumen de la empresa, con la información más relevante que será compartida a los inversionistas, que permita "vender" los valores de la forma más atractiva posible. Es, por decirlo de una manera sencilla, la carta de presentación de la empresa y las justificaciones por las cuales los inversionistas deberían de apostar en invertir en

ella. En ese sentido, la información de la empresa resultará primordial para el inversionista, ya que esperará la mayor transparencia de la compañía, así como de los documentos, cifras y la situación legal de la compañía emisora. Solo así, el inversionista se encontrará animado a invertir en sus valores.

(iv) Empresas clasificadoras de riesgo: Seguramente, en más de una oportunidad, debe haber leído o escuchado de empresas internacionales como *Moody's*, *Standard & Poor's* (S&P) y F*itch Ratings*; estas empresas han tenido mayor relevancia tras la crisis económica producida en Estados Unidos por la burbuja inmobiliaria. En el caso peruano, tenemos a empresas como Apoyo & Asociados Internacionales S.A. Clasificadora de Riesgo; Clasificadora de Riesgo *Pacific Credit Rating* S.A.C.; Class & Asociados S.A. Clasificadora de Riesgo y *Equilibrium* Clasificadora de Riesgo S.A.

Estas empresas tienen como especialidad emitir opinión sobre el riesgo y probabilidad de incumplimiento de las obligaciones de las empresas emisoras. Evidentemente, una empresa que cuente con una clasificación "AAA+" será mucho más atractiva que una empresa con categoría "AA+" o "BBB+", inclusive.

(v) Sociedades Agentes de Bolsa: Las Sociedades Agentes de Bolsa (también llamadas "SAB´S", por sus siglas iniciales) son sociedades que operan en el mercado bursátil constituidas por la Ley General de Sociedades (Ley Nº 26887), así como la regulación y supervisión de la Superintendencia del Mercado de Valores, con un objeto social específico: encargarse de la adquisición y venta de valores como acciones, bonos, entre otros. En el mercado directo, las operaciones de compra y venta de valores deben realizarse, necesariamente, mediante una SAB.

Cobra especial relevancia, como lo comentábamos al inicio de este artículo, la película del "Lobo de *Wallstreet*", donde Jordan Belfort (interpretado por Leonardo DiCaprio) funge de corredor de bolsa, que, con un conjunto de personajes adicionales, marcan la pauta de lo que en ese momento resultaba la operativa de compra y venta de valores. Hoy, la utilización de la tecnología, así como la evolución de los mercados y, lógicamente, del Internet, han evolucionado esta industria a una operativa mucho más sencilla.

La SAB se encarga, como será

evidente por el lector, de la compra y venta de valores en el mercado bursátil, tramitando operaciones de compra y venta en la rueda de bolsa y cobrando una comisión por su gestión.

(vi) Bolsa de Valores: En este punto, vamos a detenernos y hacer una breve referencia (sujeto a un desarrollo más específico más adelante), entendiendo a la Bolsa de Valores de Lima (BVL), como una sociedad creada bajo el marco normativo de la Ley General de Sociedades que promueve la negociación de los valores mobiliarios registrados, permitiéndole a los agentes contar con sistemas adecuados para la intermediación de valores de manera ágil y transparente.

(vii) Institución de compensación y liquidación de valores (ICLV): en el caso peruano, "CAVALI" es quien participa en la negociación, adquisición y venta de los valores registrados en la Bolsa de Valores de Lima, registrando la titularidad de las transferencias y titularidades respectivas.

Si bien esta lista es enunciativa, existen otras entidades que participan en el Mercado de Valores, como Agentes Colocadores, Sociedades Intermediaria de Valores, Sociedades Administradoras de Fondos Mutuos, Empresas proveedoras de precios que, por cuestión de limitación de espacio, dejaremos para una siguiente oportunidad.

C. La información en el mercado de valores

Si nos preguntamos cuál es el activo más importante de una empresa, podremos hacer una larga lista y, muchos coincidiremos, y otros no. Para algunas personas, el personal, los activos, las marcas, los secretos empresariales, el *Know How* suelen ser las primeras respuestas que se esbozan en las aulas. Si bien todas estas aristas son enormemente importantes, no son las más importantes. El activo más importante (y con especial énfasis, en el mercado bursátil) es la información.

Claramente, la información ha movido la historia, las sociedades, las guerras, la internacionalización; la mayor prueba de ello, el Internet, donde tenemos acceso a todo tipo de información y, consecuentemente, conocimiento. Por ello, en los mercados incentivados por la competencia, la información resultará de especial importancia, marcando una pauta de preferencia de los consumidores.

En el caso del mercado de capitales, la información es probablemente uno de los activos más relevantes (el más importante, diríamos), ya que su transparencia resulta primordial para que los emisores e inversionistas decidan apostar por este mercado pues las reglas e información clara significan garantía para los

inversionistas. La información transparente importa que las empresas emisoras actúen, en todo momento, con diligencia, transparencia y difusión de la información que permita a los inversionistas tener la certeza y tranquilidad de asumir los riesgos y rendimientos de los valores que se transen, de forma que se logre concertar operaciones lo más transparentes posibles.

Como ya lo hemos señalado, la información del emisor y la certeza de la misma, resultan de especial relevancia para el inversionista, quien deberá asumir el riesgo de la compañía emisora, así como la información que se encuentra tras el telón de la empresa; es decir, quiénes son los funcionarios de la empresa, su información financiera, su situación legal (tributario, judicial, laboral, financiero, etc.), que de todas formas impactará en el valor transado.

No obstante, la transparencia de la información, como todo, tiene ciertos límites. La información y prospección de la información de la empresa emisora debe ser divulgada hasta el punto en que permita a los inversionistas contar con todos los elementos que le garanticen la protección de los superavitarios, contando así con todos los elementos de juicio necesarios para tomar decisiones acertadas, que le brinden seguridad en sus inversiones, y consecuentemente, en el mercado de valores. El hecho que los emisores difundan adecuadamente su información brinda tranquilidad y, sobre todo, confianza a los inversionistas, de forma que constituye una garantía para asegurar la inversión del inversionista.

En ese contexto, la regulación propia del mercado de capitales establece la obligatoriedad de las empresas emisoras que, toda la información que comparta con el mercado deberá ser veraz, suficiente y oportuna. Claramente, este es el factor positivo de contar con información adecuada que le permita a los inversionistas apostar por la empresa emisora; pero, como seguramente presumirá, la información también puede tener un aspecto negativo.

La información puede tener un matiz negativo en la medida que su utilización afecte el mercado. La normativa del mercado de valores prohíbe aquellas conductas que atenten contra la transparencia de información del mercado de valores. El solo hecho de divulgar información inexacta, maliciosa o engañosa, respecto de los emisores, e inclusive, sus valores, es susceptible de sanción.

A ello se agrega que los órganos de administración de la empresa emisora (gerentes, directores, funcionarios o colaboradores) utilicen la información de forma tal que se afecte al mercado, ya sea en beneficio de cada uno o, incluso, de terceros, como por ejemplo, familiares o amistades de éstos; por lo que, la información deberá mantener un margen de razonabilidad en su utilización y

difusión. Adicionalmente, no está permitido realizar operaciones que constituyan acto, práctica engañosa o fraudulenta, e incluso que la información del emisor sea utilizada de forma dolosa o negligente; afectando su imagen corporativa y, consecuentemente, su rentabilidad. Por ello, los rumores o noticias falsas son susceptibles de sanción a cargo de la Superintendencia del Mercado de Valores, quien; como ya lo hemos explicado, se asegura por la correcta difusión de la información del mercado.

D. La Bolsa de Valores de Lima (BVL)

Ya lo hemos adelantado escuetamente en el desarrollo de nuestro artículo. La Bolsa de Valores de Lima S.A., anteriormente llamada "BVL Servicios Bursátiles S.A.", es una empresa privada con domicilio en Perú, con acciones listadas en el mercado de valores. Como ya lo hemos indicado, el objetivo de la Bolsa de Valores de Lima es permitir a los emisores e inversionistas poder negociar, de manera transparente, sencilla y segura, distintos valores mobiliarios previamente inscritos, brindando y garantizando mecanismos seguros.

Tal como se puede evidenciar de la página web de la Bolsa de Valores de Lima[9], podemos identificar: (i) negociación de acciones y valores representativos de acciones; (ii) negociación de valores extranjeros; (iii) negociación de instrumentos de deuda pública y corporativa; (iv) operaciones de reporte; (v) préstamo bursátil de valores; (vi) segmento de capital de riesgo para mineras junior.

La Bolsa de Valores de Lima depende, en gran medida, de los indicadores nacionales y extranjeros, de las decisiones políticas, así como acontecimientos internacionales que mueven la aguja de las inversiones y, claramente, la rentabilidad de los valores transados. Mientras mayor estabilidad política y económica haya, mayor será el interés de los inversionistas nacionales e internacionales en apostar e invertir sus recursos en nuestro mercado bursátil.

Con esta información, esperamos haber podido aportar de una manera más sencilla un análisis sobre el funcionamiento del mercado de valores y de la Bolsa de Valores de Lima, que, estamos seguros, podrá acarrear un segundo artículo donde podamos conversar sobre la regulación aplicable a este sector que, como ya lo adelantamos, no se agota en un solo artículo. En honor al espacio cedido, agradezco nuevamente a la Asociación Corpus Iuris, quienes mantienen el compromiso destacable de aportar al derecho. A todos ellos, no solo las gracias, sino también, felicitaciones.

9.- https://www.bvl.com.pe/quienes-somos/quienes-somos-bvl/bolsadevaloresdelima

REFERENCIAS

Alva, M. (24 de junio de 2022). Los temores a una recesión en las principales economías del mundo se siguen extendiendo en los mercados financieros globales, afectando sobre todo el desempeño de monedas y bolsas de Latinoamérica. *Gestión*. https://gestion.pe/economia/temores-a-recesion-global-disparan-el-dolar-y-ahondan-caida-de-la-bvl-noticia/

Barría, C. (15 de marzo de 2022). Rusia y Ucrania: qué efectos puede tener la invasión rusa en las economías de América Latina. *BBC news*. https://www.bbc.com/mundo/noticias-60741690

Bolsa de Valores de Lima (s.f.). *¿Quiénes somos?* https://www.bvl.com.pe/quienes-somos/quienes-somos-bvl/bolsadevaloresdelima

Durand, F. (2017). *Los Doce Apóstoles de la economía peruana*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

El Comercio (22 de junio de 2022). El galón de gasolina de 90 supera los S/.21 en 7 distritos: ¿Sepa dónde conseguir los mejores precios? El Comercio https://elcomercio.pe/economia/peru/precio-gasolina-hoy-22-junio-en-peru-cuanto-cuesta-el-combustible-este-miercoles-precio-glp-gnv-gasolina-98-petroleo-rmmn-noticia/

El Comercio (s.f.). Chile: Mercados de valores se desploman tras triunfo electoral del izquierdista Gabriel Boric. *El Comercio*. https://elcomercio.pe/videos/global/chile-mercados-de-valores-se-desploman-tras-triunfo-electoral-del-izquierdista-gabriel-boric-nnav-video-agafp-noticia/

ARTÍCULO

07



LA NIIF 17 Y LOS DESAFÍOS QUE LAS COMPAÑÍAS DE SEGURO PERUANAS DEBERÁN ENFRENTAR

Ibeth Torres Guerra[1]
Daniela Bernui Garces[2]
Recibido: 26/04/22

Sumario: Las Compañías de Seguro tienen un especial protagonismo en la economía mundial y, al igual que las empresas de diversos sectores, buscan constantemente actualizar y mejorar sus estrategias de negocios. Con su aprobación en el año 2017 por el Consejo de Normas Internacionales de Contabilidad (en adelante, "IASB", por sus siglas en inglés o, indistintamente, el "Consejo"), la nueva Norma NIIF 17 ha incorporado grandes cambios en la contabilidad de los contratos de seguro y reaseguro, específicamente, en la elaboración de los estados financieros. El presente artículo, tiene por finalidad resumir brevemente los principales cambios introducidos por la NIIF 17 y destacar los beneficios y retos que tendrán las Compañías de Seguros.

Palabras clave: NIIF, NIIF 17, compañías de seguro, contrato de seguro y reaseguro.

I. INTRODUCCIÓN

La globalización de las economías y el uso de las tecnologías de la información han introducido importantes cambios en la forma de hacer negocios y en el intercambio de información financiera. Uno de estos cambios fue la creación de las Normas Internacionales de Información Financiera (en adelante, "NIIF"). Las NIIF tienen la finalidad de recopilar los principios contables aceptados globalmente, con el objetivo de aplicarlos en la preparación y presentación de la información financiera de una empresa, de tal manera que faciliten la toma de decisiones económicas por parte de los inversionistas y analistas financieros.

En el contexto actual, las NIIF resultan sumamente importantes, toda vez que traen consigo consensos o estándares contables internacionales que permiten mayor uniformidad y armonización en la normativa contable internacional. Ello, a su vez, deriva en una mejor y más ordenada interacción entre los agentes involucrados, especialmente en la presentación de su información contable.

En el campo de los seguros y reaseguros, una de las normas publicadas por el IASB fue la NIIF 4, emitida en marzo del 2004. La NIIF 4 fue una norma de carácter provisional, cuya vigencia se extendería hasta que el Consejo emita y complete su proyecto sobre una norma

1.- Asociada principal de Osterling Abogados. Se especializa en derecho de los seguros y reaseguros, con énfasis en los aspectos regulatorios y comerciales de la materia. Cuenta también con amplia experiencia en compliance corporativo para empresas de sectores regulados. Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

2.- Asociada de Osterling Abogados. Se especializa en derechos de seguros y reaseguros, con énfasis en el asesoramiento de reclamos, consultoría sobre siniestros, interpretación de pólizas, coberturas y exclusiones, entre otras. Cuenta también con experiencia significativa en arbitraje y contratación pública. Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

más completa.

En mayo del 2017, el Consejo emitió la NIIF 17 sobre contratos de seguros, la cual cuenta con una nueva perspectiva verdaderamente internacional que define la forma específica de hacer la contabilidad de este tipo de contratos. La NIIF 17 entraría en vigor el 1 de enero del 2023[3].

La NIIF 17 es una norma que proporcionará una mayor homologación de las prácticas contables para las Compañías de Seguro en el mercado peruano, con el fin de que la información financiera pueda ser comparable, no solo a nivel local, sino también a nivel internacional[4].

En el Perú, el Consejo Normativo de Contabilidad oficializó la NIIF 17 mediante la Resolución N. o 004-2017-EF/30 del 26 de setiembre de 2017, siendo que la última modificación de esta norma fue aprobada mediante la Resolución N. o 001-2022-EF/30, publicada el 30 de marzo de 2022.

Tomando en cuenta que el cambio de tal magnitud en una norma internacional implica diversas consecuencias en la elaboración de información financiera y las prácticas contables, en el presente artículo nos enfocaremos en resumir los principales cambios efectuados por la NIIF 17, así como su impacto en las Compañías de Seguro peruanas.

II. OBJETIVO, ALCANCE Y PRINCIPALES CAMBIOS DE LA NIIF 17

El principal objetivo de la Norma NIIF 17 es establecer determinados principios para reconocer, medir, presentar y revelar información sobre los contratos de seguro y reaseguro con el fin de que los inversionistas y analistas financieros conozcan el detalle y la real situación financiera de la empresa.

> La NIIF 17 Contratos de Seguro establece principios para el reconocimiento, medición, presentación e información a revelar de los contratos de seguro que están dentro del alcance de la Norma. El objetivo de la NIIF 17 es asegurar que una entidad proporciona información relevante que represente fidedignamente esos contratos. Esta información proporciona una base a los usuarios de los estados financieros para evaluar el efecto que los contratos de seguro tienen sobre la situación financiera, el rendimiento financiero y los flujos de efectivo de la entidad[5].

De acuerdo con el alcance de la norma, la empresa aplicará la NIIF 17 a los (i) contratos de seguro, incluyendo los contratos de reaseguro, que emita; (ii) los contratos de reaseguro de los que sea tenedora; y (iii) los contratos de inversión con componentes de participación discrecional que emita, siempre que la entidad también emita contratos de

3.- De acuerdo con la última información publicada por IFRS

4.- Castro Núñez, S. & Pardo Román, J. (2019). *La evaluación de los efectos financieros en las empresas del sector seguros para el ramo de Rentas Vitalicias en el Perú por la transición de la NIIF 4: "Contratos de seguros" a la NIIF 17: "Contratos de seguros" en el año 2018*. [Tesis de pregrado, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas], (página 10).

5.- IFRS Foundation (2017). *NIIF 17 – Contratos de Seguro* (párrafo 1, página 5).

seguro[6].

Ahora bien, a diferencia de la antigua NIIF 4, la cual permitía que las empresas utilicen estándares nacionales de contabilidad, lo cual generaba que la comparabilidad de la información financiera de las Compañías de Seguro sea extremadamente difícil para los inversionistas, la aplicación de la NIIF 17 viabiliza que las Compañías de Seguro de todas las jurisdicciones apliquen contabilidad coherente para todos los tipos de contratos de seguro, lo que también permite a los inversores y analistas comparar de manera significativa a las aseguradoras[7].

Asimismo, mediante la implementación de la NIIF 17, se tomará en cuenta el valor presente de las obligaciones de seguro, considerando el valor del dinero en el tiempo[8].

En resumen, podemos mencionar que los principales cambios de la Norma NIIF 17 están asociados a los modelos de medición de los pasivos de seguros mediante el margen de servicio contractual[9]. En efecto, será determinante estimar los flujos futuros por los grupos de contratos de seguro, el efecto del descuento, así como el ajuste de riesgo por los riesgos no financieros. En palabras de Simona Settini:

> La nueva norma requiere que los flujos de efectivo futuros sean construidos mediante una estimación explícita y no sesgada, reflejando un rango de resultados posibles basado en la probabilidad de ocurrencia. Por su parte, las estimaciones de variables económicas deben maximizar el uso de información de mercado observable en la fecha de medición, para lo cual se necesita que todos los supuestos –financieros o no– sean revisados y actualizados al final de cada período de reporte de información financiera. Por otro lado, el efecto del descuento es un elemento que siempre ha estado presente en la medición de los pasivos de seguros. Sin embargo, la nueva norma define criterios y lineamientos de cómo las compañías deben estimar las tasas de descuento, las cuales ahora se asocian exclusivamente a los riesgos específicos del pasivo, y no a aquellos relacionados con los activos que respaldan dichas obligaciones[10].

6.- IFRS Foundation (2017). *NIIF 17 – Contratos de Seguro* (párrafo 3, página 5).

7.- Piedra Luna, J. (2018). El futuro contable en las empresas de seguros: la Norma Internacional de Información Financiera 17 - Contratos de Seguros. *Revista Contabilidad y Negocios*, 13(26), 5-20, (página 15).

8.- *Ibidem*.

9.- El margen de servicio contractual es un componente del activo o pasivo para el grupo de contratos de seguro, que representa la ganancia no acumulada (devengada) que la entidad reconocerá a medida que preste servicios en el futuro. Una entidad medirá el margen de servicio contractual en el reconocimiento inicial de un grupo de contratos de seguro por un importe que, a menos que se aplique el párrafo 47 (sobre contratos onerosos), no dé lugar a ingresos o gastos que surjan de:
(a) el reconocimiento inicial de un importe de los flujos de efectivo procedentes del cumplimiento, medidos aplicando los párrafos 32 a 37;
(b) la baja en cuentas en la fecha del reconocimiento inicial de cualquier activo o pasivo reconocido por los flujos de efectivo por la adquisición de seguros aplicando el párrafo 27; y
(c) los flujos de efectivo que surgen de los contratos en el grupo a esa fecha.
IFRS Foundation (2017). *NIIF 17 – Contratos de Seguro* (párrafo 38, página 14).

10.- Settineri, S. (6 de noviembre de 2018). La NIIF 17, la nueva estructura de gobierno corporativo: Las aseguradoras peruanas. *El Peruano*.

III. BENEFICIOS DE LA NIIF 17

Entre los principales beneficios introducidos por la nueva Norma NIIF 17 se encuentran los siguientes:

a. Garantizar que las empresas en todas las jurisdicciones apliquen una contabilidad coherente para todos los contratos de seguros.
b. Brindar información de alta calidad para los inversionistas y otros participantes de mercado, lo cual permitirá entender el desempeño financiero de las empresas aseguradoras.
c. Exigir que las empresas aseguradoras generen portafolios de contratos, en los que puedan unificar a los contratos con riesgos similares, así como los contratos que no tengan riesgos similares.
d. Requerir el reconocimiento de los pasivos mediante un valor actual ajustado al riesgo de los flujos de efectivo futuros, los cuales incorporan toda la información disponible sobre los flujos de efectivo de cumplimiento de manera consistente con la información del mercado.

IV. CONCLUSIÓN

La NIIF 17, sin duda, representa un reto para todas las Compañías de Seguro e inversionistas, debido a que trae consigo grandes cambios en las prácticas actuales de la contabilidad de seguros, así como en la elaboración y presentación de los estados financieros[11].

No cabe duda de que la reciente modificación en el ordenamiento jurídico peruano respecto de la implementación de la NIIF 17 implica desafíos a las diversas Compañías de Seguro que operan en el país, ya que, estas deben realizar mayores esfuerzos a fin de mejorar las prácticas contables para cumplir con la normativa internacional. No obstante, también significa una oportunidad de cambio, mejora y actualización tecnológica en las empresas.

Los impactos mencionados cobran relevancia porque implican que quienes toman las decisiones en las compañías de seguro experimentarán un cambio importante en la forma en que se venían interpretando los resultados e indicadores que derivan de las cifras del estado de resultados[12]. Por ello, se sostiene que la implementación de la NIIF 17 generará que las Compañías de Seguro deban implementar sus procedimientos para el procesamiento de datos en sus sistemas de control y aseguramiento, así como realizar una constante medición del riesgo de la cartera en los contratos suscritos[13].

En síntesis, podemos afirmar que la implementación de la NIIF 17 en las múltiples Compañías de Seguro significará una oportunidad de mejora y actualización. Si bien es cierto que todo

11.- Castro Núñez, S. & Pardo Román, J. (2019). *La evaluación de los efectos financieros en las empresas del sector seguros para el ramo de Rentas Vitalicias en el Perú por la transición de la NIIF 4: "Contratos de seguros" a la NIIF 17: "Contratos de seguros" en el año 2018*. [Tesis de pregrado, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas], (página 12).

12.- Settineri, S. (6 de noviembre de 2018). La NIIF 17, la nueva estructura de gobierno corporativo: Las aseguradoras peruanas. *El Peruano*.

13.- González, J. (2019). Efecto en la aplicación de la NIIF 17 Contratos de Seguros [Trabajo de grado, Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano], (página 13-15).

cambio implica un esfuerzo y proceso de adaptación, no podemos negar los múltiples beneficios que en corto, mediano y largo plazo se obtendrán.

REFERENCIAS:

Castro Núñez, S. & Pardo Román, J. (2019). *La evaluación de los efectos financieros en las empresas del sector seguros para el ramo de Rentas Vitalicias en el Perú por la transición de la NIIF 4: "Contratos de seguros" a la NIIF 17: "Contratos de seguros" en el año 2018*. [Tesis de pregrado, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas]. https://repositorioacademico.upc.edu.pe/bitstream/handle/10757/628034/Castro_NS.pdf?sequence=3

González, J. (2019). *Efecto en la aplicación de la NIIF 17 Contratos de Seguros* [Trabajo de grado, Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano]. https://expeditiorepositorio.utadeo.edu.co/bitstream/handle/20.500.12010/8312/Trabajo%20de%20grado.pdf?sequence=1&isAllowed=y

IFRS FOUNDATION (2017). Norma Internacional de Información Financiera 17: Contratos de Seguro. https://www.mef.gob.pe/contenidos/conta_publ/con_nor_co/vigentes/niif/SpanishRedBV2019_NIIF17_GVT.pdf

Piedra Luna, J. (2018). El futuro contable en las empresas de seguros: la Norma Internacional de Información Financiera 17 - Contratos de Seguros. *Revista Contabilidad y Negocios*, 13(26), 5-20. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/contabilidadyNegocios/article/view/20529/20408

Settineri, S. (6 de noviembre de 2018). La NIIF 17, la nueva estructura de gobierno corporativo: Las aseguradoras peruanas. *El Peruano*. https://elperuano.pe/suplementosflipping/juridica/713/web/pagina02.html

ARTÍCULO

08



UBER Y ECONOMÍA COLABORATIVA: APUNTES SOBRE LA HISTORIA, LA REGULACIÓN Y LAS CONTROVERSIAS JUDICIALES DETRÁS DEL TRANSPORTE POR APLICACIÓN EN ESTADOS UNIDOS Y ESPAÑA

Victor De la Flor Kivaki[1]
Recibido: 11/07/22

Sumario: Con el auge de las nuevas tecnologías se ha generado una discusión sobre el beneficio de los consumidores y el perjuicio económico a ciertas industrias tradicionales. Asimismo, se ha creado un reto para los reguladores, quienes muchas veces no entienden la dinámica de los nuevos actores del mercado, por lo tanto, no adaptan la regulación de manera acorde. La economía colaborativa, a través del uso de las nuevas tecnologías, se constituye básicamente en modelos de negocio que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios que son generalmente ofrecidos por particulares de manera transversal en virtualmente todas las industrias de bienes y servicios.

Palabras clave: economía colaborativa, Uber, Estados Unidos, España.

I. INTRODUCCIÓN

Este artículo analizará ciertos problemas regulatorios relativos a la industria del taxi y al servicio de transporte de pasajeros por aplicación—cuyos mayores representantes son Uber, Lyft y Cabify—en dos mercados distintos, el estadounidense y el español. Como se podrá apreciar posteriormente, la historia de Uber ha sido muy controversial desde sus inicios. Es una empresa que nació con la finalidad de irrumpir en un mercado tradicional, el del servicio de taxi, y así lo ha hecho hasta llegar actualmente a más de 10,000 ciudades en 71 países alrededor del mundo. Sin embargo, ese ímpetu ha sido arduamente luchado por la industria del taxi, tanto en las calles como en los tribunales, en varias ciudades en donde Uber opera.

En el caso de Estados Unidos, la regulación del servicio de taxi nació en la era posterior a la Gran Depresión y consistió principalmente en la imposición de control de precios y restricción de la oferta, protegiendo a ciertas compañías de la libre competencia y dejando sin protección al mercado de externalidades negativas como; por ejemplo, la congestión vehicular o la contaminación. Por su parte, Uber comenzó a operar en territorio norteamericano en el año

1.- Abogado en Perú y Estados Unidos. Cuenta con 15 años de experiencia profesional internacional y se ha desempeñado como asesor legal de empresas multinacionales del sector financiero en Perú e instituciones de protección al consumidor en la Unión Europea. Actualmente es el abogado principal de su propia firma legal en Miami, Florida, la cual se especializa en inmigración, inversiones, corporativo, negocios internacionales y bienes raíces. El Dr. De la Flor es Juris Doctor (cum laude) por la Universidad de Arizona (concentración en Derecho y Política Económica Internacional), LL.M. por la Universidad de Texas—Austin y Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

2010, y a los pocos meses de existencia recibió una carta de cese y desistimiento por parte de las autoridades del estado de California para regular el servicio que ofrecían al público, protegiendo de cierto modo a la industria del taxi local. Luego, tras su expansión en 2011 a la ciudad de Nueva York, surgieron diversas manifestaciones y conflictos judiciales. La controversia judicial se determinó mediante una sentencia del Tribunal Federal de Apelaciones del Segundo Circuito que determinó la legalidad del servicio de transporte por aplicación en dicha jurisdicción.

En cuanto al mercado español, Uber empezó en la ciudad de Barcelona en 2014 y, en el transcurso de los primeros días de operación, los taxistas de dicha ciudad salieron a protestar a las calles argumentando que el servicio que los otros proveían se trataba de competencia desleal. Aun cuando el conflicto social escaló, Uber decidió extender su presencia a otras ciudades en el país, como Madrid y Valencia, donde también se generó un clima hostil en contra de ellos. La batalla legal no se hizo esperar tampoco, y, el 9 de diciembre de 2014, el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Madrid ordenó de forma cautelar el cese y la prohibición a nivel nacional de dicha plataforma. Uber cerró su servicio en España por primera vez el 31 de diciembre de 2014, aunque regresó un tiempo después.

La discusión principal en España surgió por la aplicación de la famosa ratio 1/30 que requiere la existencia de un mínimo de 30 licencias de taxis para el otorgamiento de una de vehículo de transporte con chófer (o VTC) aplicable para los vehículos de transporte de pasajeros por aplicación. Luego de una larga lucha a nivel judicial, esta ratio se mantiene aún vigente, con rango de ley, en todo el territorio español. Sin embargo, esta ratio sigue siendo controversial, y últimamente gracias al Real Decreto-ley 13/2018, de 28 de septiembre, que restringió el servicio de los vehículos con licencia VTC; asimismo, se estableció una moratoria de 4 años a modo de indemnización por cambio de normativa. A ello se suma, el potencial conflicto de competencia creado entre las Comunidades Autónomas y el Estado Español.

Teniendo en cuenta lo acontecido únicamente en estos dos territorios, somos de opinión que si bien los nuevos servicios de transporte por aplicación pueden desplazar al servicio de taxi (con mayor razón si es que estos últimos no innovan ni mejoran el servicio en base a la competencia), estos deben ser regulados para que los consumidores no terminen en una posición de desventaja ante una realidad que, aunque favorable para todos, puede ser también poco comprensible. De este modo, abogamos por una regulación que elimine barreras anticompetitivas, reduzca barreras de entrada y privilegie la innovación en el servicio, en beneficio de los consumidores. La regulación, igualmente, debe tomar en cuenta la realidad de cada jurisdicción.

II. LA SOCIEDAD DE CONSUMO Y LA ECONOMÍA COLABORATIVA

La sociedad de consumo, también llamada sociedad de consumo de masas, es un término utilizado en los campos de la economía y la sociología que designa un tipo de sociedad relativa con una etapa avanzada de desarrollo industrial capitalista, caracterizada por el consumo masivo de bienes y servicios que se

encuentran disponibles gracias a la producción masiva de los mismos[2].

Se puede señalar que la evolución de la sociedad de consumo se da en tres etapas: la primera etapa se inició alrededor de 1880 y se extendió hasta la Segunda Guerra[3] Mundial. Durante esta primera etapa, el comercio se impulsó dado al aumento del volumen de producción de las empresas gracias, a su vez, al desarrollo de las máquinas y el transporte. Los consumidores se limitaban a comprar marcas, preferiblemente prestigiosas.

La segunda etapa se desarrolló desde el final de la Segunda Guerra Mundial hasta aproximadamente 1970, donde el consumo de masas permitió no solo el aumento de la calidad de vida de la sociedad, por ejemplo, accediendo a automóviles y electrodomésticos, sino también la creación de modas en el mercado en detrimento muchas veces de la calidad del producto[4].

La tercera etapa es la denominada fase hiperconsumista, la cual priorizó la satisfacción emocional y corporal de las personas a través de la venta de un estilo de vida ofrecida por una determinada marca[5]. Finalmente, la cuarta etapa comenzó en la década de 1990[6] y se mantiene hasta la actualidad. Esta última etapa se caracteriza por la explotación de las nuevas tecnologías e internet, generando una dinámica distinta en la contratación con un impacto muy fuerte en el ámbito comercial y cultural, reinventando de cierta manera los productos que se consume y la forma en que se consumen los mismos[7]. Algunos comentaristas han señalado que, en esta etapa, los consumidores "dejan de ser consumidores pasivos para convertirse en creadores"[8].

La economía colaborativa se desarrolla en la cuarta etapa previamente indicada y, como sistema económico, tiene las siguientes características[9]:

(i) Se basa en mercados amplios; en donde se intercambian productos y servicios que se crean constantemente, generando un nivel alto de actividad económica.

(ii) Genera un alto impacto en el capital; dado que, crea nuevas oportunidades para todos los individuos, bienes y servicios que participan en las respectivas transacciones, maximizando sus capacidades.

2.- Véase Rostow, W. (1959). The Stages of Economic Growth, The Economic History Review, New Series, [Vol. 12, n° 1], y Barry Smart, *Consumer Society*, Historical Developments and Theorical Approaches in Sociology, [Vol. 2].

3.- Lipovetsky, G. (2016). L*a felicidad paradójica, Ensayo sobre la sociedad de hiperconsumo*, Anagrama

4.- Rodríguez, R. (2017). *Modelos de Negocio en la Economía Colaborativa: Síntesis y Sugerencias*. Esic Market Economics and Business Journal. *48*, (2), pp. 258-259

5.- Ibíd.

6.- Aunque se puede considerar que su auge comienza a partir del siglo XXI.

7.- Véase Rodríguez, supra nota 3, p. 259.

8.- De Maeyera, C. y Bonne, K. (2015). Entrepreneurship 3.0: Tools to Support New and Young Companies with their Business Models. *Journal of Positive Management*. Recuperado de: https://www.researchgate.net/publication/301597592

9.- Sundararajan, A. (2017). *The Sharing Economy, The End of Employment and the Rise of Crow-Based Capitalism*. MIT Press, pp. 26-27

(iii) Se basa en redes públicas; dado que los bienes y servicios son ofertados por individuos en vez de grandes corporaciones, generando los intercambios comerciales en plataformas en donde converge el público en general de forma contraria al típico "gran almacén".

(iv) Borra la línea que divide lo personal y lo profesional; por ejemplo, los servicios que una persona podía hacer a otra a nivel personal (como trasladarla en su automóvil o prestarle dinero) se vuelve comercial.

(v) Borra la línea entre el trabajo a tiempo completo y el trabajo a tiempo parcial, trabajo dependiente e independiente y entre trabajo y ocio; debido a que muchas de las actividades dentro de la economía colaborativa se realizan bajo sistemas distintos al típico trabajo a tiempo completo, aun cuando el nivel de compromiso, dependencia económica y emprendimiento sea el mismo, o a veces mucho más.

Aun cuando es difícil tener una definición precisa del concepto de economía colaborativa, la definición que mantiene la Unión Europea es, por lo demás, adecuada. Esta la define como modelos de negocio los cuales, a través de plataformas colaborativas, crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios que son generalmente ofrecidos por particulares. Las transacciones realizadas bajo estos modelos generalmente no intercambian la propiedad de los bienes, pueden realizarse con o sin ánimo de lucro y participan al menos tres categorías de agentes: (i) prestadores de servicios, quienes comparten activos, recursos, tiempo y/o competencias, pueden ser particulares que ofrecen servicios de manera ocasional ("pares" o como se conoce en inglés *peers*) o prestadores de servicios que actúen a título profesional ("prestadores de servicios profesionales"); (ii) usuarios de dichos servicios; y por último (iii) intermediarios, quienes a través de una plataforma en línea, conectan a los prestadores con los usuarios y facilitan las transacciones entre ellos ("plataformas colaborativas")[10].

La forma en la que la opinión pública percibe la economía colaborativa varía significativamente. Muchos estudios sugieren que la economía colaborativa no tiene relación alguna con el adjetivo "colaborativo" dado que las plataformas colaborativas no comparten la propiedad, ni los beneficios con los usuarios, quienes sí generan valor con el uso de los respectivos bienes o servicios. En consecuencia, un nuevo movimiento ha emergido a fin de retornar a las raíces de la colaboración y crear plataformas colaborativas en las cuales la propiedad, la ganancia y la responsabilidad son distribuidas realmente[11].

10.-COM (2016) 356 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Una Agenda Europea para la Economía Colaborativa.

11.- Véase Sundararajan, supra nota 8.

Vale destacar a la confianza entre pares como un factor determinante del desarrollo y evolución de la economía colaborativa[12]. Sin ello, los intercambios colaborativos serían insuficientes o difíciles de realizar. Cuando existe baja confianza en una sociedad, los negocios se concentran en grupos cerrados, unidos generalmente por lazos familiares o de parentesco[13]. Ello reduce drásticamente la productividad y competitividad, dado que no existe meritocracia alguna dentro de los grupos económicos,[14] haciendo que las relaciones fuera de un determinado grupo—usando los términos de Ronald Coase—generen elevados costos de transacción. Por el contrario, en sociedades en donde la confianza es una característica latente, las relaciones económicas son más dinámicas, estimulando el desarrollo económico[15].

La falta de confianza es un reto en países en vías de desarrollo. Encuestas recientes dadas en África y Latinoamérica, sugieren que existen bajos niveles de confianza interpersonal, alrededor de un tercio de los encuestados indicaron que la mayoría de las personas pueden ser confiables[16]. Los países que tienen niveles bajos de confianza social se encuentran en desventaja relativa dentro la economía colaborativa[17].

III. DESARROLLO DEL SERVICIO PRESTADO POR UBER EN ESTADOS UNIDOS

La historia de Uber se remonta a diciembre de 2008, en donde los amigos Travis Kalanick y Garrett Camp atendían la conferencia anual de tecnología "*LeWeb"* en París. En ese encuentro, Camp le comentó a Kalanick que tuvo que pagar 800 dólares americanos en un chofer particular para las fiestas de Año Nuevo y que pensaba que al dividir el costo de dicho servicio entre muchas personas haría que el servicio de vehículos con chóferes sea más asequible a todos[18].

A mediados de 2009, Camp empezó a trabajar en un prototipo para *UberCab.* Finalizando el verano del año antes referido, Camp convenció a Kalanick para que se uniera al equipo y juntos, a principios de 2010, hicieron las primeras pruebas en Nueva York utilizando solo 3 vehículos, para luego efectuar el lanzamiento formal en el mes de mayo, en la ciudad de San Francisco[19]. La popularidad de dicha aplicación se basó en la facilidad y simplicidad en ordenar un servicio de transporte: al apretar un botón, el GPS identificaba la localización del pasajero y el costo del servicio era automáticamente cargado a la tarjeta de crédito autorizada en la cuenta del pasajero[20].

El primer obstáculo en la carrera de Uber en los Estados Unidos fue cuando la Agencia de Transporte Municipal de San Francisco (*San Francisco Municipal Transportation Agency* o SFMTA por sus siglas en inglés) y la Comisión de Servicios Públicos de California (*Public Utilities Commission of California*) emitieron sendas cartas de cese y desistimiento[21], por las cuales expresaban una queja de la industria del taxi en cuanto a que los conductores de Uber no podían usar el término *"cab"* (taxi en inglés) en su nombre, no tenían licencia para operar como taxi ni seguros equivalentes a los que tenían ellos y que, adicionalmente, eran una amenaza a la forma de ganarse la vida[22]. Uber, a través de su director general Ryan Graves, indicó que ellos no tenían pensado irse de la ciudad y que habían realizado un acercamiento cooperativo con las autoridades para lidiar con ese tema; sin embargo, sí efectuaron una concesión al suprimir la palabra *"cab"* de su nombre[23]. Luego de más de dos años de negociaciones, Uber y los reguladores del estado de California llegaron a un acuerdo en enero de 2013, por el cual le permitían a Uber operar libremente en dicho estado hasta que se emitiese una regulación específica para el servicio de transporte por aplicación[24]. Dicha regulación se emitió y se encuentra aún vigente[25]. En la actualidad, Uber opera en varias ciudades del estado de California[26].

El servicio de Uber se expandió a Nueva York en mayo de 2011 y en enero de 2015 tuvieron su primer revés. El Tribunal de Taxi y Limosina de la ciudad de Nueva York emitió una decisión suspendiendo temporalmente las operaciones a cinco de las seis estaciones que tenía Uber en esa ciudad, debido a que habían negado la entrega de información requerida oficialmente sobre fecha y hora de viajes, lugar de recojo y número de licencias a la Comisión de Taxis y Limosina (*Taxi and Limousine Commission* o TLC por sus siglas en inglés), la agencia de la ciudad reguladora del servicio de transporte de pasajeros[27].

12.- Botsman, R. (2015). The Changing Rules of Trust in the Digital Age. *Harvard Business Review*. Recuperado de: https://hbr.org/2015/10/the-changing-rules-of-trust-in-the-digital-age. [Consulta: 18 de marzo de 2019]

13.- Buenadicha, C. (2017). *Retos y Posibilidades de la Economía Colaborativa en América Latina y el Caribe*. Recuperado de: https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Retos-y-posibilidades-de-la-econom%C3%ADa-colaborativa-en-Am%C3%A9rica-Latina-y-el-Caribe.pdf.

14.- Ibíd.

15.- Ibíd.

16.- Retamal, M. & Dominish, E. (2017). The Sharing Economy in Developing Countries, University of Technology Sydney, Recuperado de: https://learn.tearfund.org/~/media/files/tilz/circular_economy/2017-tearfund-the-sharing-economy-in-developing-countries-en.pdf?la=en.

17.- Ibíd.

18.- Hartmans, A y Leskin, P. (2019). The History of How Uber Went From the Most Feared Startup in the World to its Massive IPO. *Business Insider*, Recuperado de: https://www.businessinsider.com/ubers-history.

19.- Blystone, D. (2019). The Story of Uber. *Investopedia*, Recuperado de: https://www.investopedia.com/articles/personal-finance/111015/story-uber.asp.

20.- Ibid.

21.- En inglés se utiliza el término de "*cease-and-desist letter*" para denominar a este tipo de documento legal.

22.- Kolodny, L. (2010). UberCab, *Now Just Uber, Share Cease and Desist Orders. TechCrunch*. Recuperado de: https://techcrunch.com/2010/10/25/ubercab-now-just-uber-shares-cease-and-desist-orders/.

23.- Anthony Ha. (2010). Uber(Cab) CEO: No Plans to Shut Down Despite Legal Spat. *Venture Beat*. Recuperado de: https://venturebeat.com/2010/10/26/ubercab-ryan-graves-cease-and-desit/.

24.- The Examiner, (2013). One Day After Lyft Agreement, State Regulators Reach Similar Deal with Uber. *San Francisco Examiner*. Recuperado de: *https://www.sfexaminer.com/news/one-day-after-lyft-agreement-state-regulators-reach-similar-deal-with-uber/*

25.- Véase, por ejemplo, California Public Utilities Commission Decision D.17-11-010 y Pub. Util. Code § 5445.2.

26.- Uber. (2022). *Find Uber in the Cities Around the World*. Recuperado de: https://www.uber.com/global/en/cities/,

27.- Colt, S. (2015). *New York City Suspends 5 Out of 6 Uber Bases. Business Insider. Recuperado de* https://www.businessinsider.com/uber-has-been-partially-suspended-in-new-york-city-2015-1.

IV. SENTENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL DEL SEGUNDO CIRCUITO EN RELACIÓN CON EL SERVICIO DE UBER

En noviembre de 2015, diversas entidades e individuos asociados con la industria del taxi demandaron a la ciudad de Nueva York, la TLC y su director general. Casi tres años después, el 1 de mayo de 2018, la demanda se resolvió conforme a la sentencia en segunda instancia del Tribunal Federal de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos[28], la cual confirmó la sentencia emitida por la Corte Federal del Distrito Sur de Nueva York y estableció la legalidad del servicio de transporte por aplicación en dicha ciudad.

Los argumentos presentados por los demandantes incidían en que las normas sectoriales emitidas infringían principios constitucionales como la protección igualitaria de la ley, debido proceso y propiedad. En principio, una violación a la protección igualitaria de la ley (o como se denomina en el derecho americano *equal protection*), sin alegación de discriminación basada en la pertenencia a una clase protegida, como era este caso, ocurre cuando intencionalmente se trata a una determinada persona o entidad de manera diferente a quienes se encuentran situados en la misma situación, sin ninguna "base racional" aplicable[29]. Esta protección tiene fundamento en la aplicación de la XIV Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos que establece que los gobiernos estatales deben tratar de manera similar a las personas que se encuentren en una situación similar[30]. Sin embargo, cuando una ley o reglamento impone diferentes responsabilidades a grupos regulados la revisión bajo el estándar de "base racional", se presume que dicha ley o reglamento es válido y los demandantes deben atacar todas las bases posibles que puedan sustentarlos[31].

Al momento de la controversia judicial, el servicio de transporte por aplicación se encontraba regulado mediante el Código Administrativo de la Ciudad de Nueva York. En principio, dicha regulación definía someramente a dicho servicio de transporte como todo aquel distinto a los taxis[32]. La corte entendía, bajo dicha definición, que se trataba de automóviles que usaban la marca Uber o Lyft y que no poseían la licencia *"medallion"* y que se encontraban permitidos de transportar pasajeros ante la existencia de un acuerdo previo o contrato telefónico[33]; adicionalmente la TLC imponía requisitos a ambos grupos. En caso de los taxis, estos tenían tarifas y cargos regulados[34], así como otros requisitos relativos al modelo y color de los vehículos, luces y publicidad que podían llevar[35]. En el caso del servicio de transporte por aplicación, la TLC había promulgado la denominada "Regulación E-Hail"[36], la cual imponía ciertos requisitos para la prestación de dichos servicios. En términos generales, los choferes debían ser profesionales con licencia de conducir profesional, debían también pasar por una verificación de antecedentes, entrenamiento, y adicionalmente, los vehículos debían aprobar una inspección del gobierno local[37].

Por su parte, los taxis *medallion* tenían ciertos beneficios, como, por ejemplo, el derecho exclusivo de recoger a pasajeros en cualquier parte de la ciudad[38]. Los demandantes argumentaron que este beneficio no era exclusivo de ellos, dado que los vehículos de transporte de pasajeros por aplicación tenían la posibilidad de recoger pasajeros en cualquier parte de la ciudad, luego de que el servicio haya sido solicitado mediante la respectiva plataforma electrónica, y como consecuencia de ello, el beneficio significativo que alguna vez tuvieron había desaparecido efectivamente y que el valor de mercado de las licencias *medallion*, así como el número de viajes que proveían habían disminuido. De esta manera, los demandantes insistían en que se había violado el principio de igualdad ante la ley, puesto que tanto ellos como las empresas del servicio de transporte por aplicación eran similares pero que se les regulaba de manera distinta.

El Tribunal, en contra de lo argumentado por los demandantes, concluyó que el servicio de taxi y el servicio de transporte por aplicación eran dos categorías distintas que podían ser reguladas de manera diferente. La principal diferencia es que los taxis *medallion*, señaló el Tribunal, son los únicos permitidos para proveer los servicios de transporte recogiendo pasajeros desde cualquier punto de la ciudad, incluyendo, por ejemplo, cuando un pasajero levanta la mano en busca de un transporte. Esta modalidad era, a modo de ver del Tribunal, un monopolio legal otorgado a los taxis *medallion* ya que no utilizaban ningún teléfono inteligente u otra aplicación en línea para pactar; mientras que el servicio de transporte por aplicación no podía atender a ese tipo de clientes o aquellos que solo podían pagar en efectivo, medio de pago el cual los taxis *medallion* sí estaban requeridos de aceptar. Asimismo, el Tribunal indicó que otra diferencia recaía en la existencia de la aplicación en sí misma, pues su uso permitía la recopilación de ciertos datos del usuario, como, por ejemplo, nombre, número de tarjeta de crédito, número de teléfono, etc., lo cual hacía que se creara una relación previa entre el usuario y el proveedor del servicio de transporte por aplicación. De esta manera, las diferencias hacían que ambos servicios no fuesen considerados de una clase similar o única para efectos de diferenciarlas en el tratamiento normativo aplicable.

28.-La Sentencia del Tribunal Federal de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos se encuentra disponible en https://www.courthousenews.com/wp-content/uploads/2018/05/ca2-taxis.pdf.

29.-Village of Willowbrook v. Olech, 258 U.S. 562, 564 (2000).

30.-La Sección 1 de la XIV Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, adoptada el 9 de julio de 1868 indica textualmente: "All persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws." (subrayado agregado). Esta enmienda, por desarrollo jurisprudencial aplica también a entidades (personas jurídicas).

31.- F.C.C. v. Beach Commc'ns, 508 U.S. 307, 314-15 (1993).

32.- N.Y.C. Administrative Code § 19-502(g).

33.- N.Y.C. Administrative Code § 19-516(a) y 35 R.C.N.Y. § 51-03.

34.- 35 R.C.N.Y. § 58-26.

35.- 35 R.C.N.Y. § 67-04 al 67-19.

36.-Actualmente se encuentra codificada en 35 R.C.N.Y. § 78-01 al 78-21. 37.- City of New York, Office of the Mayor. For-Hire Vehicle Transportation Study. (2016). Recuperado de: https://www1.nyc.gov/assets/operations/downloads/pdf/For-Hire-Vehicle-Transportation-Study.pdf.

38.-N.Y.C. Administrative Code § 19-504(a)(1).

La segunda petición, relativa al debido proceso procedimental[39], también fue rechazada por el Tribunal. Para prevalecer en una demanda por violación al debido proceso procedimental, en principio se debe determinar un derecho específico a la vida, libertad o propiedad y luego demostrar que el gobierno privó a una persona de manera individual de dicho derecho sin un debido proceso. En relación con el derecho a la propiedad, como en este caso, no solo se incluye la propiedad en sentido estricto, por ejemplo, pertenencias personales, inmuebles, dinero, etc., sino también un legítimo interés o derecho a un beneficio bajo la ley estatal o federal[40].

Sobre esta petición, los demandantes alegaron que la regulación conocida como las "Reglas de Conversión Accesible" (*Accessible Conversion Rules*) que fueron codificadas en 35 R.C.N.Y. § 58-50, impuestas en el año 2015, aplicaban exclusivamente a la industria del taxi y no al servicio de transporte por aplicación en el extremo que se ordenaba que ellos debían convertir como mínimo el 50% de la flota de su industria (a través de una suerte de lotería que decidía qué automóviles tenían que convertirse obligatoriamente) para hacerlos accesibles a personas con discapacidad, como máximo en el año 2020. Según ellos, esta imposición iba a hacer que el valor de las licencias de aquellos vehículos convertidos fuese menor a las licencias originales dado que sería más oneroso el operar como un automóvil accesible a las personas con discapacidad. El Tribunal rechazó dicha pretensión argumentando que ni siquiera los demandantes argumentaron una anulación o confiscación de licencias, sino una mera disminución de su valor. Adicionalmente, indicó que las licencias *medallion* no les creaba un derecho de propiedad protegido por la constitución americana, más aún cuando se encontraban en una industria altamente regulada. Dicha regulación, apuntó el Tribunal, no solo otorgaba beneficios directos a su industria, sino que también impactaba de cualquier manera el potencial valor que tengan las licencias en el mercado, pudiendo incluso eliminarlas.

La sentencia del Tribunal fue muy clara en el sentido de liberalizar el mercado de servicio de transporte por aplicación. Sin embargo, la pugna con la ciudad de Nueva York no terminó ahí. En un mercado que, a verano de 2018, contaba con un límite de 86.000 vehículos[41], existía tensión política sobre la regulación de este, especialmente en relación con el impacto del incremento de los vehículos

39.- El debido proceso tiene su fundamento en la V y XIV Enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos de América. Este derecho tiene dos componentes. El debido proceso procedimental se refiere al requisito constitucional de que cuando el gobierno federal actúa de tal manera que niega a un ciudadano un interés de vida, libertad o propiedad, la persona debe ser notificada, la oportunidad de ser escuchada y una decisión de un tomador de decisiones neutral. El otro componente es el debido proceso sustantivo, el cual resguarda ciertos derechos fundamentales no relacionados con ningún procedimiento o proceso, los cuales incluyen el derecho al trabajo, al matrimonio, derechos religiosos, etc.

40.- Véase *Board of Regents v. Roth*, 408 U.S. 564 (1972). Algunos ejemplos de legítimos intereses o derechos estatales o federales son la educación pública (*Goss v. Lopez*, 419 U.S. 565 (1975)), prestaciones sociales (*Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254 (1970)) o empleo público continuo (*Arnett v. Kennedy*, 416 U.S. 134 (1974)).

41.- Actualmente la ciudad de Nueva York tiene alrededor de 100.000 conductores por aplicación. Véase Caina Calvan, B. (2022). Amid Gas Woes, NYC Ride-Hail Drivers Seek Fuel Surcharges. *ABC News*. Recuperado de: https://abcnews.go.com/US/wireStory/amid-gas-woes-nyc-ride-hail-drivers-seek-83673597.

UBER Y ECONOMÍA COLABORATIVA: APUNTES SOBRE LA HISTORIA, LA REGULACIÓN Y LAS CONTROVERSIAS JUDICIALES DETRÁS DEL TRANSPORTE POR APLICACIÓN EN ESTADOS UNIDOS Y ESPAÑA

CORPUS IURIS 11 | Revista de Derecho

de transporte por aplicación en la reducción de la velocidad del tráfico en general[42]. De acuerdo con los datos que maneja la ciudad, 10.000 nuevos vehículos de transporte por aplicación entraban dentro de la misma cada año desde el 2014 (versus 13.500 unidades de taxi amarillo y 3.500 unidades de taxis verdes), representando casi el 30% del tráfico en Manhattan (al sur de la calle 60) y que el 41% del tiempo se encuentran sin pasajeros, por lo que las autoridades determinaron que eso no era sostenible para el futuro[43].

En julio de 2019, el entonces alcalde de la ciudad Nueva York, Bill de Blasio, anunció que buscarían que la limitación en el número de licencias para compañías como Uber o Lyft sea permanente, a fin de combatir la congestión vehicular, limitando además el tiempo en que dichos vehículos puedan transitar por la isla de Manhattan sin ningún pasajero. En agosto de 2019, el Concejo de la ciudad de Nueva York acordó limitar el número de licencias para taxis de aplicación[44] por 12 meses adicionales mientras estudiaban el mercado; por lo que Uber y Lyft aún tenían la posibilidad de obtener licencias para vehículos accesibles para sillas de ruedas (de las que ambas compañías carecían), pero se les impediría agregar nuevos vehículos de servicio de taxi por aplicación durante un año[45]. La regulación apuntaba a que el tiempo de vehículos sin pasajero se reduzca a 31%, esperando así que se mejore la velocidad del tráfico en las calles en un 10% en horas pico y que se mejore las ganancias de todos los conductores de la ciudad en un 20% como máximo. Uber demandó a la ciudad por esta limitación de licencias, pero la demanda fue desestimada[46]. Finalmente, en marzo de 2022, Uber pactó con la ciudad de Nueva York para que los usuarios puedan acceder a los taxis *medallion* desde su aplicación[47].

V. DESARROLLO DEL SERVICIO PRESTADO POR UBER EN ESPAÑA

Uber decidió entrar en el mercado español en abril de 2014, específicamente

42.- Barone, V. (2019). Cap on E-Hail Services to be Extended by Mayor de Blasio. *AM New York*. Recuperado de: https://www.amny.com/transit/nyc-uber-lyft-cap-1.32293971.

43.- Ibíd.

44.- Definidos como "*high-volume for-hire services*" (HVFHS) por la regulación de la ciudad de Nueva York. Véase Local Law 149 of 2018, de 14 de agosto de 2018. La definición de HVFHS se encuentra codificada en 35 R.C.N.Y. § 51-03.

45.- Wodinsky, S. (08 de agosto de 2019). In Mayor Defeat for Uber and Lyft, New York City Votes to Limit Ride-Hailing Cars. *The Verge*. Recuperado de: https://www.theverge.com/2018/8/8/17661374/uber-lyft-nyc-cap-vote-city-council-new-york-taxi. .

46.- Reichert, C. (01 de noviembre de 2019). Uber's Lawsuit Against New York City has been Dismissed. *CNET*, Recuperado de: https://www.cnet.com/tech/mobile/ubers-lawsuit-against-new-york-city-has-been-dismissed/. Véase también Hawkins, A. (01 de noviembre de 2019). Uber's Lawsuit Challenging NYC's Cap on New Vehicles is Dismissed, *The Verge*. https://www.theverge.com/2019/11/1/20943975/uber-lawsuit-nyc-vehicle-cap-dismiss. Se puede acceder a la sentencia de la Corte Suprema del Estado de Nueva York del condado de Nueva York en https://iapps.courts.state.ny.us/fbem/DocumentDisplayServlet?documentId=g7nhJxBYY7FXIOQxUXFGQw==&system=prod&TSPD_101_R0=08533cd43fab20004328092b439055547ce49d2553c53c93d2eb1e0ed772241230aa3ae1297de3dc083a67cb25143000994cf79b485ad254514a95b86efc0e1c08f3db7bf568cc31ea93f7fb5b9c1c3500fc4f3bf836619c82e7d680d75f1225, [Consulta: 10 de julio de 2022]

47.- Thorbecke, C. (24 de marzo de 2022). Uber Strikes a Deal to List New York City Taxis on its App. *CNN Business*. Recuperado de: https://www.cnn.com/2022/03/24/tech/uber-taxi-deal-new-york-city/index.html.

en la ciudad de Barcelona[48]. En el transcurso de los primeros días de operación los taxistas de dicha ciudad salieron a protestar a las calles argumentando que dicha actividad se trataba de competencia desleal[49]. El problema era que el servicio que ofrecía Uber en Barcelona no era estrictamente legal[50], puesto que la normativa de transporte española especificaba que los particulares solo podían cobrar cuando se tratase de compartir gastos y que no se podía prestar servicios de transporte de personas sin haber obtenido la licencia correspondiente. En ese sentido, en el caso del popular servicio UberPop que se ofrecía por aquella época, el conductor y la plataforma recibían una compensación económica por el servicio prestado[51]. La presión aumentó, hubo incluso heridos[52], y, adicionalmente, generó una huelga de alrededor de 2.000 taxistas en el centro de la ciudad[53]. A consecuencia de ello, el Ayuntamiento de Barcelona decidió elaborar un protocolo para indicar a sus policías como detectar y sancionar hasta con 4.000 euros a los conductores que operaban Uber[54]. Las protestas aumentaron y el conflicto escaló, llegando incluso a quemar automóviles, manteniéndose un tenso conflicto por varios meses[55].

Sin perjuicio de lo acontecido en la ciudad condal, Uber comenzó a operar en la Comunidad de Madrid el 23 de septiembre de 2014[56] y en la ciudad de Valencia en octubre del mismo año[57]. Aun cuando la regulación del servicio no era la más adecuada para Uber, su crecimiento en España era considerado un récord en Europa dado que, en sus primeros 200 días de operación, había llegado a crecer 3,5 veces más rápido que

48.-Novoa, J. (7 de abril de 2014). Uber Prepara su Desembarco en España, Empezando por Barcelona. *Genbeta*. Recuperado de: https://www.genbeta.com/actualidad/uber-prepara-su-desembarco-en-espana-empezando-por-barcelona.

49.-Novoa, J. (7 de abril de 2014). Uber ya Opera en Barcelona y los Taxistas Protagonizan las Primeras Protestas. *Genbeta*. Recuperado de: https://www.genbeta.com/movil/uber-ya-opera-en-barcelona-y-los-taxistas-protagonizan-las-primeras-protestas.

50.-Ibíd.

51.- Ibíd.

52.- Mumbrú, J. (11 de junio de 2014). *Dos Heridos en las Protestas de los Taxistas de Barcelona Contra Uber. El País*. Recuperado de: https://elpais.com/ccaa/2014/06/11/catalunya/1402497416_264927.html.

53.- Mumbrú, J. y Arias, E. (1 de julio de 2014). Barcelona se Quedó sin Taxis por la Protesta Contra Uber. *El País*. Recuperado de: https://elpais.com/ccaa/2014/07/01/catalunya/1404201966_883881.html. Estas protestas también se extendieron en Madrid, véase ibid., véase también, Una Nueva Jornada de Protestas y Paros Contra Uber Deja sin Taxis a Barcelona. RTVE.es. (1 de julio de 2014). Recuperado de: http://www.rtve.es/noticias/20140701/nueva-jornada-protestas-paros-contra-uber-deja-sin-taxis-barcelona/964460.shtml.

54.- Mondelo, V. (16 de julio de 2014). Ofensiva Policial de Barcelona Contra los Conductores de Uber. *El Mundo*. Recuperado de: https://www.elmundo.es/cataluna/2014/07/16/53c577fbca47419b358b4591.html.

55.- Mondelo, V. y Oms, J. (21 de octubre de 2014). Queman Coches de Uber en Barcelona tras una Nueva Protesta de los Taxistas contra la Aplicación. *El Mundo*. Recuperado de: https://www.elmundo.es/cataluna/2014/10/21/544633e8268e3ed87e8b4577.html.

56.- Gualtieri, T. (9 de diciembre de 2014). Un Juez Ordena el Cese Cautelar de las Actividades de Uber en España. *El País*. Recuperado de: https://elpais.com/economia/2014/12/09/actualidad/1418132663_205298.html.

57.- Lopez, M. (29 de octubre de 2014). *Xe! Uber llega a Valencia Convirtiéndola en la Tercera Ciudad Española con el Servicio, Genbeta*. Recuperado de: https://www.genbeta.com/actualidad/xe-uber-llega-a-valencia-convirtiendola-en-la-tercera-ciudad-espanola-con-el-servicio.

en Londres y París[58].

El 9 de diciembre de 2014, el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Madrid ordenó de forma cautelar el cese y la prohibición a nivel nacional de dicha plataforma. El auto judicial, que no admitió recurso, estimó la demanda presentada por la Asociación Madrileña del Taxi (ATM) y ordenó "la cesación en todo el territorio nacional de la presentación y adjudicación del servicio de transporte de viajeros bajo la denominación UberPop", tanto en su página web como a través de su aplicación móvil. Este auto judicial señaló que Uber no cumplía los requisitos relacionados con las licencias de transporte público y tarifas y que por eso estaba violando la Ley de Competencia Desleal. Además, reveló que mantenían una actividad que infringía las normas jurídicas "de manera muy evidente en un sector regulado" y extendió la medida a toda España debido a la naturaleza mercantil de los servicios que prestaba, su capacidad transfronteriza y su voluntad de captar el mercado de transporte de viajeros sin reunir de momento los requisitos administrativos exigidos. Finalmente, se requirió a las grandes entidades de pago suspender todas las operaciones relativas a Uber y ordenó a las operadoras a suspender la transmisión, el alojamiento de datos, el acceso a las redes de telecomunicaciones y/o la prestación de cualquier otro servicio equivalente de intermediación en relación con Uber, solicitándoles, además, cumplir con el cierre inmediato de la página web de dicha compañía[59]. El servicio siguió operando hasta el 25 de diciembre de 2014, fecha en la cual el Juzgado de lo Mercantil antes indicado, bajo la orden de la sentencia previamente emitida, conminó a las operadoras que actuaran ya en cumplimiento del bloqueo ordenado[60]. En consecuencia, Uber cerró su servicio en España el 31 de diciembre de 2014[61].

Uber tuvo en el 2014 un breve, pero desde cierto punto de vista exitoso, paso en las tres ciudades más grandes en términos de población en España, por lo que la empresa sabía que su salida del mercado español era únicamente temporal. En noviembre de 2015, el responsable de Uber en España aseguró su retorno al mercado bajo una nueva modalidad denominada UberX, ya con licencias VTC (un modelo similar al de Cabify, que operaba sin demasiadas dificultades en el país)[62]. El esperado retorno se había decidido para el primer trimestre del 2016, y así sucedió.

No obstante, a fines de enero de 2019, Uber dejó de operar en Barcelona luego de que la Generalitat de Cataluña aprobara un decreto ley por el cual estableció que las VTC debían implementar un tiempo de precontratación de al menos 15 minutos, no podían tener el GPS activado antes

58.-(s.n.). (20 de noviembre de 2014). Uber Crece más Rápido en España que en el Resto de Europa. *El País*. Recuperado de: https://elpais.com/ccaa/2014/11/20/paisvasco/1416509469_803339.html.

59.-Véase supra nota 55.

60.-González, M. (26 de diciembre del 2014). Un Juez de Madrid Ordena el Cierre "Inmediato" de la Página Web de Uber. *Xataka*. Recuperado de: https://www.xataka.com/aplicaciones/un-juez-de-madrid-ordena-el-cierre-inmediato-de-la-pagina-web-de-uber.

61.-Jiménez Cano, R. (31 de diciembre de 2014). Uber Cierra su Servicio en España. *El País*. Recuperado de: https://elpais.com/economia/2014/12/31/actualidad/1419993561_752162.html.

62.-Martínez, J. (13 de noviembre de 2015). Uber se Reconvierte para Tratar de Cumplir con la Ley Española. *El Español*. Recuperado de: https://www.elespanol.com/economia/20151112/78742159_0.html.

del trayecto y no podían circular sin la persona a la que van a transportar[63]. Uber señaló en un comunicado que "la obligación de esperar 15 minutos para viajar en una VTC no existe en ningún lugar de Europa y es totalmente incompatible con la inmediatez de los servicios bajo demanda, como UberX[64]." La Autoridad Catalana de la Competencia rechazó dicho decreto ley[65], asimismo, el Consejo de Garantías de Cataluña dictaminó (sin fuerza vinculante) que el decreto ley era inconstitucional[66]. No obstante, los tribunales catalanes han avalado la precontratación de 15 minutos a las VTC[67]. Es interesante resaltar que el gobierno del Área Metropolitana de Barcelona emitió un reglamento, el cual extendía el período de precontratación a una hora dentro de su jurisdicción; sin embargo, esta disposición fue suspendida de manera cautelar por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña[68] (TSJC). La disposición del TSJC no afecta la actual validez del Decreto Ley 4/2019, de 29 de enero, por la cual se impone el período de precontratación de 15 minutos en la Generalitat de Cataluña. Finalmente, como se verá más adelante, se emitió el Real Decreto-ley 13/2018, de 28 de septiembre, por el que se modifica la Ley 16/1987, de 20 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor[69] que, entre otras disposiciones, otorgó una prórroga que vence en octubre de 2022 para que los VTC puedan seguir ejerciendo su actividad siempre que las Comunidades Autónomas legislen ellas mismas cuántas VTC podían operar en su territorio y cómo hacerlo. El tema aún sigue siendo materia de arduo debate legal y social.

VI. MARCO REGULATORIO ESPAÑOL—LICENCIAS VTC

La Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT), Ley 16/1987, de 30 julio, es la norma reguladora de la gestión de los servicios públicos de transporte de viajeros por carretera y ferrocarril, el acceso a la profesión de transportista y el mercado de transporte internacional de mercancías y viajeros. Dicha ley pretende ser de aplicación directa o supletoria, al mayor ámbito en que resulte jurídicamente

63.- Noticias Jurídicas. (4 de febrero de 2019). Cataluña Impone Restricciones al Uso de Vehículos VTC. [Entrada en blog]. Recuperado de: http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/13647-cataluna-impone-restricciones-al-uso-de-vehiculos-vtc/. Véase el Decreto Ley 4/2019. (29 de enero). Medidas urgentes en materia de transporte de viajeros mediante el alquiler de vehículos con conductor. *Noticias Jurídicas*. Recuperado de: http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/636920-dl-4-2019-de-29-ene-ca-cataluna-medidas-urgentes-en-materia-de-transporte.html.

64.- UberBlog. (31 de enero de 2019) *Hasta Pronto, Barcelona*. [Entrada en blog]. Recuperado de: https://www.uber.com/es-ES/blog/hastapronto-barcelona/.

65.- El Nacional. (7 de febrero de 2019). La Autoridad de la Competencia Rechaza el Decreto del Govern de los VTC. [Entrada en blog]. Recuperado de: https://www.elnacional.cat/es/sociedad/autoridad-competencia-rechaza-decreto-govern-vtc_352278_102.html.

66.- El Nacional. (25 de febrero de 2019). El Consejo de Garantías ve Inconstitucional la Precontratación de 15 minutos para los VTC, [Entrada en blog]. Recuperado de: https://www.elnacional.cat/es/sociedad/consejo-garantias-precontratacion-15-minutos-vtc_358735_102.html.

67.- Asociación Nacional del Taxi. (03 de junio del 2021). Los Tribunales Avalan la Precontratación de 15 Minutos a las VTC en Cataluña. [Entrada en blog]. Recuperado de: https://antaxi.es/?p=669.

68.- Rodríguez, P. (10 de julio de 2019). El TSJC Suspende la Precontratación de Una Hora de las VTC en Barcelona. ElDiario.Es. Recuperado de: https://www.eldiario.es/catalunya/tribunal-superior-justicia-vtc-barcelona_1_1166867.html.

69.- Véase sección VIII.a.

posible, basándose en que la vigencia efectiva del principio constitucional de mantenimiento de la unidad de mercado en todo el territorio español[70] necesita, a su vez, el mantenimiento de un sistema común de transporte[71]. De esta manera, la LOTT intenta establecer un sistema lo suficientemente flexible a fin de que no se requiera la promulgación de regulación ordenadora del transporte por cada Comunidad Autónoma, salvo así lo estime oportuno esta última[72].

En la versión original de la LOTT, se señalaba que la oferta del transporte se regía por el sistema de libre concurrencia, la cual podría ser restringida o condicionada por la Administración en casos específicos, entre otros, cuando exista desajustes entre la oferta y la demanda, cuando existan razones de política económica general o cuando el sistema de transporte en su conjunto pueda verse perjudicado[73]. Para estos efectos, la LOTT original advertía que la Administración podía otorgar títulos con imposición de determinadas condiciones, obligaciones modales o restricciones de circulación, fijar—por ciertos períodos—cupos o contingentes máximos de las distintas clases de títulos habilitantes o suspender o limitar temporalmente el otorgamiento de nuevos títulos[74].

Por su parte, la Segunda Disposición Transitoria del Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres ("ROTT"), señaló que las licencias que existían en ese entonces (licencias municipales de la clase C) iban a ser canjeadas por autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor (o VTC—vehículos de transporte con chófer), siéndoles de aplicación el régimen jurídico de éstas, con excepción de la exigencia de un número mínimo de vehículos y de las características requeridas a estos, si bien los vehículos que en su momento les sustituyan debían cumplir estas últimas[75].

La famosa ratio 1/30 fue introducida mediante la Orden de 30 de julio de 1998. El segundo párrafo del artículo 14.2 indicaba:

> "El órgano competente podrá denegar la autorización aun cuando el informe del Ayuntamiento fuera favorable, si apreciara una desproporción manifiesta entre el número de autorizaciones de esta clase otorgadas en la zona en que esté situado el municipio y los potenciales usuarios del servicio. Se entenderá manifiesta dicha

70.- Véase artículo 3c) de la LOTT. Se puede acceder al texto completo de la LOTT en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l16-1987.html. Asimismo, véase el artículo 139.2 de la Constitución Española, 1978.

71.- Véase la Exposición de Motivos de la LOTT.

72.- Ibíd.

73.- Véase el art. 49.1 de la LOTT (versión original), disponible en https://ontime.es/images/pdf/Ley-de-Ordenaci%C3%B3n-de-Transportes-Terrestres.pdf

74.- Véase el art. 50 de la versión original de la LOTT.

75.- Véase la Segunda Disposición Transitoria del Real Decreto 1211/1990, 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, disponible en https://www.boe.es/eli/es/rd/1990/09/28/1211. Las licencias VTC tenían que cumplir los requisitos que se encontraban en los artículos 175 y 181 del Reglamento.

> desproporción cuando en relación entre el número de autorizaciones vigentes de esta clase domiciliadas en la Comunidad Autónoma de que se trate y el de autorizaciones de transporte discrecional interurbano de viajeros en vehículos de turismo domiciliadas en la misma sea superior a una de aquéllas por cada treinta de éstas."[76]

Aun cuando esta ratio fue reiterada a principios de 2008[77], a finales del año 2009 se aprobó la denominada "Ley Ómnibus", Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. La Ley Ómnibus adaptó la Directiva 2006/123/CE, que eliminaba las trabas burocráticas del sector servicios ("Directiva Bolkenstein").

El artículo 21 de la Ley Ómnibus derogaba los artículos 49 y 50 de la LOTT, los cuales establecían la libre concurrencia de la oferta del transporte y la posibilidad de restringir o condicionar la oferta en casos específicos, a través del otorgamiento de títulos con imposición de determinadas condiciones, obligaciones modales o restricciones de circulación, establecimiento—por ciertos períodos—de cupos o contingentes máximos de las distintas clases de títulos habilitantes o suspensión o limitación temporal del otorgamiento de nuevos títulos. Así, al desaparecer las restricciones de la oferta, la ratio 1/30 se entendió desaparecida. Luego de la reforma ejecutada por la Ley Ómnibus, el gobierno aprobó el Real Decreto 919/2010, de 16 de julio[78], que modificó el ROTT para adaptarlo a dicha medida legislativa, el cual fue declarado ilegal mediante Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2012 (RCA 427/2010) dado que estableció ciertas limitaciones que no tenían cobertura legal bajo la Ley Ómnibus[79].

76.- Véase el art. 14 de la Orden de 30 de julio de 1998 por la que se desarrolla el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por el Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, en Materia de Arrendamiento de Vehículos con Conductor, disponible en https://www.boe.es/eli/es/o/1998/07/30/(5). Esta disposición se encuentra, a la fecha, derogada.

77.- A través de una Orden del Ministerio de Fomento, FOM/36/2008, de 9 de enero, https://www.boe.es/eli/es/o/2008/01/09/fom36.

79.- Real Decreto 919/2010, de 16 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres para adaptarlo a la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, disponible en https://www.boe.es/eli/es/rd/2010/07/16/919.

79.- Se declaró ilegal los incisos a), b) y f) del artículo 181.1, los cuales señalaban como requisitos para el otorgamiento de autorizaciones de arrendamiento de vehículos conductor: "a) Disposición de, al menos, un local dedicado a la actividad de arrendamiento de vehículos, con nombre o título registrado y abierto al público previo cumplimiento de los requisitos legales sobre apertura de locales"; "b) Disposición en propiedad, leasing o arrendamiento, del número mínimo de vehículos dedicados a la actividad de arrendamiento con conductor que determine el Ministro de Fomento en función de las circunstancias del mercado. Dicho número no podrá ser inferior a cuatro. Los vehículos deberán tener carácter representativo pudiendo, a tal efecto, exigirse unas características mínimas de equipamiento, potencia o prestaciones"; y "f) f) Disposición de un mínimo de dos conductores por cada tres vehículos, provistos del permiso de conducir de la clase BTP, en régimen de alta en la Seguridad Social y contratados a jornada completa". Véase STS 1076/2012, de 14 de febrero de 2012, disponible en http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6300693&links=transporte&optimize=20120309&publicinterface=true.

Durante el gobierno de D. Mariano Rajoy, se emitió la Ley 9/2013, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres y la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea, la cual reintrodujo la posibilidad de restringir las autorizaciones que contemplaba la LOTT[80]. Aunque el nuevo artículo 48 de la LOTT instauró la posibilidad de establecer restricciones, no se concretó ningún límite aplicable, por lo que se continuó con la presentación de solicitudes de autorizaciones VTC.

Ante la circunstancia antes descrita, se reintrodujo el límite 1/30 mediante el Real Decreto 1057/2015, de 20 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor, para adaptarlo a la Ley 9/2013, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres y la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea[81]. Este dispositivo jurídico, de artículo único, modificó el Reglamento existente (el de 1990) y en su artículo 181, numeral 3, añadió de nuevo, la denegación de autorizaciones si existe más de 1 VTC por cada 30 taxis. De forma literal, el segundo párrafo del artículo 181.3 quedó redactado de la siguiente manera:

> "Se entenderá en todo caso que se produce una situación de desequilibrio, y en consecuencia procederá denegar el otorgamiento de nuevas autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor, cuando la relación entre el número de las existentes en el territorio de la comunidad autónoma en que pretendan domiciliarse y el de las de transporte público de viajeros en vehículos de turismo domiciliadas en ese mismo territorio sea superior a una de aquéllas por cada treinta de éstas."[82]

De esta manera, se puede argumentar que el Real Decreto quedó redactado a fin de denegar el otorgamiento de nuevas autorizaciones, pero dejó abierta la situación de las autorizaciones existentes, es decir, de aquellas que pudieron haberse emitido desde la entrada en vigencia de la Ley 9/2013 previamente mencionada. En ese sentido, surgió la controversia de si se debía cumplir con la ratio 1/30 únicamente con relación a nuevas autorizaciones a partir de la aprobación del Real Decreto o si es que se debía aplicar, asimismo, a las autorizaciones ya existentes o solicitadas.

80.- Véase el artículo veinticuatro de la Ley 9/2013, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres y la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea, https://www.boe.es/eli/es/l/2013/07/04/9.

81.- Real Decreto 1057/2015, de 20 de noviembre, , por el que se modifica el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor, para adaptarlo a la Ley 9/2013, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres y la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea, disponible en https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-12574.

82.- Véase art. 181.3 del Real Decreto 1075/2015.

Finalmente, el apartado 3 del artículo 181 y los dos primeros párrafos del apartado 5 del artículo 182 del ROTT fueron derogados por la disposición derogatoria única del Real Decreto-ley 3/2018, de 20 de abril, por el que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor. Esta norma entró en vigencia el 22 de abril de 2018.

A. Informe de la comisión nacional de los mercados y la competencia sobre el sistema restrictivo de licencias de transporte de pasajeros

Hemos visto que el modelo propuesto en un primer momento denominado "UberPOP", el cual consistía en un servicio de transporte entre particulares por el que cualquier persona podía apuntarse para ser un conductor del servicio, chocaba frontalmente con la legislación del momento que obligaba a poseer una licencia VTC para realizar tales actividades. En noviembre de 2015, el responsable de Uber en España aseguró su retorno al mercado bajo la nueva modalidad denominada "UberX" consistente en una flota de profesionales o autónomos con licencia de vehículos con conductor (VTC)[83]. El esperado retorno se había decidido para el primer trimestre del 2016 y estuvo acompañado con un cambio importante en su estrategia en España, un nuevo modelo que proponía una regulación única en la que aplicaciones como las suyas puedan existir recurriendo a conductores con licencia[84]. El problema adicional que Uber tenía en ese momento, como lo hemos presentado anteriormente, era la existencia de la ratio 1/30. Por ello, dicha compañía pidió una actualización de la regulación relacionada con las licencias VTC, basándose en que la regulación de ese entonces era "una de las más restrictivas de Europa".

En marzo de 2016, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) emitió un informe por el cual respaldó la finalización del sistema de licencias restrictivas, porque según ellos suponía un "monopolio" en el sector transportes. En principio, la CNMC indicó que el servicio de taxi y el servicio VTC tenían algunas similitudes, por ejemplo, ambos mantenían una regulación que limitaba su oferta, establecía condiciones sobre características, equipamiento de los vehículos y su ejercicio, por ejemplo, la existencia de seguros[85]. No obstante, también existían diferencias, que a juicio de la CNMC, eran relevantes pero al mismo tiempo injustificadas, entre otras, el VTC no podía circular en vía pública para captar clientes, ni contaba con paradas específicas en las que recoger usuarios, sino que operaba una vez se había contratado previamente el servicio; asimismo, los taxis estaban sujetos a un régimen de horarios y descanso obligatorios, contaban con un ámbito de actuación territorial limitado al inicio de sus servicios en el municipio de expedición de su licencia; tenían la obligación de prestar el servicio

83.-Véase Martínez, supra nota 56. Cabe indicar que el servicio UberPop era provisto particulares que no poseían una licencia VTC.
84.-Ibid.
85.-Se puede acceder al Informe Económico Sobre las Restricciones a la Competencia en Materia de Vehículos de Alquiler con Conductor emitido por la CNMC ("Informe CNMC") accediendo a https://www.cnmc.es/2016-06-09-informe-economico-sobre-las-restricciones-la-competencia-en-materia-de-vehiculos-de.

de transporte según las condiciones establecidas en la normativa y, finalmente, tenían precios regulados[86].

Asimismo, la CNMC realizó una comparación acerca de los números de las licencias de taxis y VTC. El número de taxis en España en 2015 ascendía a 70.510, de los cuales 46.614 correspondían a capitales de provincia y 23.896 al resto de poblaciones[87]. Este número había variado muy poco desde 1995, el cual ascendía a 71.272[88]. En cuanto a los VTC, a enero de 2015 había un total de 3.474 turismos autorizados, cifra que había aumentado desde los 1.651 vehículos que existían en el año 2000[89]. La CNMC, luego de un estudio pormenorizado de la situación, concluyó que la existencia de un sistema de licencias (*numerus clausus*) había "permitido cerrar el sector a la competencia" y, junto con el establecimiento de tarifas reguladas, había "facilitado la aparición de rentas monopolísticas, con la consiguiente pérdida de bienestar para los usuarios"[90].

Basándose en los principios de regulación económica eficiente, la CNMC señaló que las justificaciones tradicionales para la existencia de requisitos y restricciones a la oferta del servicio de taxi y de transporte de pasajeros por aplicación podía tener base en (i) la existencia de externalidades negativas, especialmente para el caso del servicio de transporte, en las externalidades asociadas a la polución y congestión de la vía pública; (ii) la menor productividad media como consecuencia de un exceso de oferta en el mercado; y (iii) la garantía de un nivel determinado de calidad del servicio[91].

En principio, en cuanto a la congestión de la vía pública, existían argumentos de que la limitación en el número de taxis con licencia reducía dicha congestión. La CNMC, por su parte, señaló que, dada la existencia de la mencionada limitación, cualquier vehículo particular que realizase el servicio de transporte de personas podría cubrir la posible demanda insatisfecha, anulando así el beneficio que se podría derivar de la limitación de los taxis a efectos de la congestión. Por el contrario, señaló que una manera más eficiente de reducir el grado de congestión vehicular es el establecimiento de mecanismos de precios o impuestos correctores equivalentes a su coste externo[92]. De la misma manera, la contaminación producida por los automóviles no era exclusivo de los taxis o VTC, sino que era compartido por todos los vehículos en general. Por lo que, en lugar de establecer limitaciones cuantitativas sobre los taxis o VTC, hubiese resultado más eficiente aplicar impuestos que corrigiesen dicha externalidad[93].

En relación con la productividad, existía un argumento que indicaba que se debía mantener las limitaciones numéricas dado que la libertad de entrada al mercado disminuiría la productividad media de los recursos del sector y aumentaría el coste medio de la

86.-Informe CNMC, p. 115.
87.-Ibid., p. 116.
88.-Ibid.
89.-Ibid., p. 126.
90.-Ibid., p. 182.
91.-Ibid., p. 134.
92.-Ibid.
93.-Ibid.

prestación de los servicios, el cual sería asumido por el consumidor final. La CNMC señaló que este argumento tenía sentido únicamente si es que existiesen costes fijos elevados que actuasen como costes hundidos y que supusieran barreras de salida del mercado; sin embargo, se había demostrado que el mercado de transporte tenía bajos costes fijos que no eran costes hundidos, teniendo en cuenta, por ejemplo, que los vehículos podían venderse fácilmente en mercados secundarios, sin constituirse así en alguna barrera de salida del mercado[94].

En cuanto a la calidad del servicio, cierto sector que abogaba por el mantenimiento de las limitaciones numéricas, se basaba fundamentalmente en que la liberalización de la entrada al sector reduciría las rentas obtenidas por los taxis, destinando menores recursos a la innovación y calidad del servicio. No obstante, la CNMC indicó que la finalidad de mantener un nivel de servicio adecuado podía ser alcanzado a través de otros mecanismos, como la autorregulación y que además, una menor competencia generalmente reducía la calidad en la prestación de un determinado servicio[95].

La CNMC recalcó también que ante las limitaciones a la entrada de nuevos competidores al mercado o, en muchos casos, ante la incertidumbre en la concesión de licencias por períodos de tiempo considerables, se generaba un efecto económico de escasez de licencias. Este supuesto, aparejado a la transmisibilidad de dichas licencias, hacía que estas últimas adquiriesen un valor económico en el mercado secundario de licencias de taxi, el cual era espurio porque tenía como origen la limitación administrativa del número de oferentes[96].

VII. DECISIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA EN RELACIÓN CON LAS LICENCIAS VTC

El Tribunal Supremo también ha tomado posición en el conflicto suscitado entre los conductores de Uber y los conductores de taxi en España. Sobre la materia, es pertinente mencionar tres sentencias.

La primera de ellas es la STS 3891/2017, de 13 de noviembre, por la cual se eliminó la ratio 1/30[97]. Esta sentencia se emitió en virtud de un recurso de casación en contra de la resolución de la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Superior de Madrid que desestimó el recurso de alzada promovido contra la resolución de fecha 1 de abril de 2014 de la Dirección General de Transportes por la que se denegaba la concesión de sesenta nuevas autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor (VTC). El Tribunal Supremo señaló que luego de la entrada en vigor de la Ley Ómnibus no existía ninguna norma de rango legal que permitía que el número de autorizaciones para prestar el servicio de alquiler de vehículos con

94.-Ibid.
95.-Ibid.
96.-Ibid., p. 137.
97.-Tribunal Supremo. [España]. (2017). Resolución. Expediente N° 3891/2017. Recuperado de: http://www.poderjudicial.es/stfls/TRIBUNAL%20SUPREMO/DOCUMENTOS%20DE%20INTER%C3%89S/TS%20Contencioso%2013%20nov%202017.pdf.

conductor pudiese condicionarse cuantitativamente en los términos que disponía el artículo 181.2 del ROTT o el artículo 14.1 de la Orden FOM/36/2008.

El Tribunal Supremo resaltó que la disposición final de la Ley 9/2013, de 4 de julio, había declarado vigentes el ROTT y las disposiciones dictadas para su ejecución siempre que no se opusieran a lo dispuesto en dicha ley ni en las disposiciones aprobadas por la Unión Europea que resultasen de aplicación en la materia. Adicionalmente, mencionó que la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de unidad de mercado ("LGUM")[98], indicaba que no se debía establecer restricciones o requisitos que resultasen injustificados o desproporcionados. De esta manera, el Tribunal Supremo concluyó que el artículo 181.2 del ROTT y el artículo 14.1 de la Orden FOM/36/2008 no eran compatibles con la Ley Ómnibus.

En segundo lugar, y de manera contraria a la anterior sentencia, la STS 1913/2018, de 4 de junio, determinó que la ratio 1/30 era legal en el ordenamiento jurídico español[99]. En este caso, la Comisión Nacional de Mercados y Competencia ("CNMC") conjuntamente con otras empresas de transporte de pasajeros, tales como Uber BV, Maxi Mobility Spain, S.L.U. y Unauto VTC presentaron una demanda contencioso-administrativa en contra del Real Decreto 1057/2015 y la Orden FOM 27/2799/2015, de 15 de diciembre, por la que se modifica la Orden FOM 36/2008, de 9 de enero, por la que desarrolla la sección segunda del capítulo IV del título V, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor, del Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, la cual fue rechazada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

A fin de resolver la legalidad del Real Decreto 1057/2015, esta nueva sentencia se fundamentó básicamente en tres parámetros. El primer parámetro consistía en la LOTT. El Tribunal Supremo señaló que el objeto de la reforma del Real Decreto 1057/2015 era el de adaptar la regulación pertinente a la Ley 9/2013, de 4 de julio, que había modificado la LOTT, por lo que la revisión de la legalidad debía efectuarse con carácter prevalente en relación con la norma matriz, es decir, la LOTT. Al analizar la evolución de esta última ley, el Tribunal Supremo concluyó que no existía norma de rango legal que permitía, a partir de la entrada en vigor de la Ley Ómnibus, el condicionamiento cuantitativo del número de autorizaciones para prestar el servicio de alquiler de vehículos con conductor (contenidos previamente en el artículo 181.2 ROTT y el artículo 14.1 de la Orden FOM/36/2008) y que recién con la entrada en vigencia de la Ley 9/2013 se previó expresamente la necesidad de un sistema de autorización para el arrendamiento de vehículos con conductor, reintroduciendo, de esta

98.-Ministerio de la Presidencia (MPR) [España]. (2013). Ley 20/2013. De garantía de unidad de mercado. Recuperado de: https://boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2013-12888.
99.-Tribunal Supremo. [España]. Resolución. Expediente 1913/2018, http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8407139&links=%22921%-2F2018%22&optimize=20180605&publicinterface=true. Cabe indicar que la legalidad de la ratio 1/30 se analiza en cuanto a los dos años y cinco meses en los cuales la regulación bajo análisis contenida en el Real Decreto 1057/2015 estuvo vigente. Cabe reiterar que el Real Decreto-ley 3/2018, derogó ciertas disposiciones bajo análisis.

manera, nueva cobertura legal para la imposición de diversas limitaciones de carácter cuantitativo con respecto a los vehículos. Sin embargo, el Tribunal Supremo también indicó que la Ley 9/2013 no reintrodujo automáticamente las restricciones aprobadas por el artículo 181.2 ROTT y el artículo 14.1 de la Orden FOM/36/2008; sino que, según lo indicado en el artículo 48.2 de la LOTT[100], el establecimiento de limitaciones por vía reglamentaria debería hacerse de conformidad con las normas comunitarias y demás disposiciones que, en su caso, resultasen de aplicación y únicamente cuando la oferta de transporte público de viajeros en vehículos de turismo se encontrase sujeta a limitaciones cuantitativas en el ámbito autonómico o local. Este desarrollo reglamentario, de acuerdo con lo indicado por la Sala, consistía en la normativa aprobada mediante Real Decreto 1057/2015—el cual fue impugnado en defensa de la unidad de mercado en ese proceso.

El segundo parámetro estuvo determinado por la LGUM, la cual se configuraba en una importante disposición legal que se encontraba ligada a la Ley 9/2013 dado que, como indicó el Tribunal Supremo, ambas se habían dictado contemporáneamente y, además, la LGUM hacía referencia expresa a su incidencia en el sector transportes. Así, el Tribunal Supremo resaltó la importancia de la LGUM como parámetro de legalidad dado su carácter transversal e indicó adicionalmente que las limitaciones y restricciones debían ser compatibles, no solo con la Ley 9/2013, sino también con la LGUM. En este orden de ideas, la Sala mencionó que el preámbulo de la LGUM admitía que la aplicación de un régimen de autorizaciones podía ser el instrumento adecuado para garantizar la concurrencia competitiva en determinados ámbitos o sectores, incluyendo el de las actividades desarrolladas por el taxi y el arrendamiento de vehículos con conductor, y adicionalmente proveía ciertas pautas y criterios sobre la base de principios de libre iniciativa económica y de necesidad de proporcionalidad[101].

El tercer parámetro consistió en el derecho comunitario, sobre el cual el Tribunal Supremo concluyó que no era de aplicación. Para dichos efectos se resaltó la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de diciembre de 2017, que establecía que los servicios de intermediación de transporte mediante vehículos con conductor calificaban como servicios en el ámbito de los transportes a efectos del artículo 58.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y, en consecuencia, excluidos del ámbito de aplicación del artículo 56 de dicho Tratado y de las Directivas 2006/12/CE (Directiva de Servicios) y 2000/31/CE (Directiva sobre Comercio Electrónico)[102]. Sin embargo, también mencionó que el ordenamiento jurídico español fue más allá al aprobar la Ley Ómnibus pese a que la Directiva

101.- La Sala se refiere en específico al artículo 18 de la Ley 20/2013, no afectado con la declaración de inconstitucionalidad, el cual recayó sobre los artículos 16 y 17, que también establecían dichas pautas y criterios.

102.- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. [España]. Resolución. Expediente N° 438/2017. Recuperado de: http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62015CJ0434&lang1=es&type=TXT&ancre=. El TJUE señala que Uber no es una plataforma digital colaborativa e impide que sea operado por conductores particulares.

100.- Redactada según modificación de la Ley 9/2013.

UBER Y ECONOMÍA COLABORATIVA: APUNTES SOBRE LA HISTORIA, LA REGULACIÓN Y LAS CONTROVERSIAS JUDICIALES DETRÁS DEL TRANSPORTE POR APLICACIÓN EN ESTADOS UNIDOS Y ESPAÑA

CORPUS IURIS 11 | Revista de Derecho

de Servicios no era aplicable al sector transportes. Por ello, la Sala determinó que el análisis de legalidad de cualquier limitación a las autorizaciones debía realizarse bajo la premisa de la existencia de una razón imperiosa de interés general que no resultase contraria a la LGUM, no a la Directiva de Servicios.

De manera específica, en relación con la legalidad de la ratio 1/30, la Sala indicó que la misma era una medida idónea y proporcionada para preservar el equilibrio de dos distintas modalidades de transporte urbano y, por lo tanto, no discriminatoria. Por su parte, en relación con la proporción escogida, la Sala únicamente concluyó que no se había acreditado disconformidad sobre la misma por ninguna de las partes en controversia. En conclusión, la Sala determinó la legalidad de la ratio 1/30.

Finalmente, es importante resaltar la Sentencia del Tribunal Supremo 2785/2018, de 17 de julio de 2018, la misma que determinó que la concesión o denegación de autorizaciones dependía del cumplimiento de los requisitos existentes al momento de realizar la solicitud. Ello conllevó a que, aun cuando el límite 1/30 se haya encontrado avalado por la STS 1913/2018, existiese muchos actores que obtuvieron su licencia VTC vía judicial bajo peticiones formuladas cumpliendo los requisitos vigentes con anterioridad a 2015, cuando no existía límite alguno (por ejemplo, bajo los efectos de la STS 1711/2017).

A. Respuesta del poder ejecutivo español a las decisiones del tribunal supremo de justicia en relación con las licencias VTC

Como consecuencia de lo anterior, se emitió el Real Decreto-ley 13/2018, de 28 de septiembre, por el que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor[103].

Este nuevo Real Decreto-ley pareciese haber sido emitido bajo presión de la industria del taxi, dado que modificó el artículo 91 de la LOTT e indicó que si bien las autorizaciones de transporte público (i.e. taxi) habilitarían para realizar servicios en todo el territorio nacional sin limitación alguna por razón del origen o destino del servicio, las autorizaciones de transporte de viajeros en vehículos de turismo y las de arrendamiento de vehículos con conductor (i.e. licencias VTC) habilitarían exclusivamente para realizar transporte interurbano de viajeros[104]. Con ello reduce el universo del servicio de los vehículos con licencia VTC ya que no podrían proveer el servicio dentro de una ciudad.

103.- Ministerio de la Presidencia (MPR) [España]. (2007). Real Decreto-ley 13/2018, por el que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor, Recuperado de: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-13179.

104.- Véase la nueva redacción del art. 91.1 de la LOTT: *"Las autorizaciones de transporte público habilitarán para realizar servicios en todo el territorio nacional sin limitación alguna por razón del origen o destino del servicio. Por excepción, las autorizaciones de transporte de viajeros en vehículos de turismo y las de arrendamiento de vehículos con conductor, que habilitarán exclusivamente para realizar transporte interurbano de viajeros. A estos efectos, se considerará que un transporte es interurbano cuando su recorrido rebase el territorio de un único término municipal o zona de prestación conjunta de servicios de transporte público urbano así definida por el órgano competente para ello."*

No obstante, se puede indicar que este Real Decreto-ley también deja desamparada a la industria del taxi en cuanto a que su Disposición Transitoria Única establece una moratoria de 4 años a modo de indemnización por el cambio de normativa[105]. En este tiempo, los vehículos con licencia VTC podrán continuar prestando el servicio en ámbito urbano y sin limitación alguna sobre el origen del servicio. Asimismo, sus Disposiciones Generales otorgan a las Comunidades Autónomas la posibilidad de modificar las condiciones de precontratación, solicitud de servicios, captación de clientes, recorridos mínimos y máximos, servicios u horarios obligatorios y especificaciones técnicas del vehículo, siempre que los servicios transcurran íntegramente en su territorio. Esta moratoria vence en octubre de 2022 y a la fecha solo la Comunidad de Madrid y la Generalitat de Cataluña han regulado sobre el tema. Por un lado, el gobierno de Madrid abre la ciudad a fin de que los vehículos VTC puedan circular por la capital, aunque sin poder acceder a determinadas condiciones reservadas al taxi de forma exclusiva, como la recogida en la calle o en paradas específicas, creando una nueva autorización para la actividad de arrendamiento de coches con conductor y pudiendo denegar una nueva licencia cuando se supere el porcentaje de 1/30 respecto a los taxis (la cual actualmente ya se encuentra excedida)[106]. Por otro lado, Cataluña restringe a los vehículos VTC en cuanto mantiene el período de precontratación de 15 minutos y les exige la presentación de etiquetas ECO (cero emisiones) y que tengan una longitud mínima de 4,90 metros, lo que aparentemente se cumple únicamente en los modelos de lujo[107] y las empresas de transporte con vehículos VTC están solicitando la extensión de la moratoria[108].

Además, no debe de perderse de vista que según el artículo 149.1.21ª de la Constitución, el Estado Español tiene la competencia sobre los transportes terrestres que transcurren por el territorio de más de una Comunidad. Por lo que, se puede colegir que la capacidad de desarrollo que otorga el Estado con el nuevo Real Decreto Ley a las Comunidades Autónomas (e incluso a los Ayuntamientos) podría modificarse con un cambio de gobierno. Se crea, pues, una incertidumbre en la regulación posterior sobre este tema. Por un lado, luego del período de moratoria de 4 años, las Comunidades Autónomas podrán modificar la regulación del VTC de manera independiente, pero no se puede determinar qué tanto

105.- Véase a los efectos, la Disposición Transitoria Única (Autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor existentes a la entrada en vigor de este real decreto-ley o cuyas solicitudes estuvieran pendientes de resolverse) del referido Real Decreto-ley.

108.- Moreno, M. (04 de mayo de 2022). Madrid Aprueba un Proyecto de Ley para que las VTC Sigan Operando Dentro de las Ciudades a Partir de Octubre, Cuando Vencía el Plazo del "Decreto Ábalos". Business Insider. Recuperado de: https://www.businessinsider.es/madrid-permitira-vtc-sigan-operando-dentro-ciudades-1055521.

107.- De la Torre, A. (06 de julio de 2022). Barcelona Expulsa Indirectamente a Uber o Cabify con un Nuevo Decreto Pro-Taxi. Xataka. Recuperado de: https://www.xataka.com/movilidad/barcelona-expulsa-indirectamente-a-uber-cabify-nuevo-decreto-pro-taxi.

108.- Jiménez. M. (06 de julio de 2022). Las VTC Piden al Gobierno una Prórroga del 'Decreto Ábalos' de al Menos dos Años. *El País*. Recuperado de : https://cincodias.elpais.com/cincodias/2022/07/06/companias/1657098185_567188.html.

poder real de cambio tendrían dado que cuatro años es tiempo suficiente para que los usuarios se acostumbren al servicio de transporte por aplicación y que las empresas correspondientes se consoliden y obtengan mayor fuerza de negociación (gracias a la moratoria no se puede modificar el estatus quo actual). Por otro lado, asumiendo que las Comunidades Autónomas puedan realizar cambios, el Estado siempre mantiene su poder de regulación sobre la materia, por lo que podría revertir cualquier modificación realizada.

Esto crea un potencial conflicto de competencias entre los distintos niveles de gobierno dentro del país. Hemos presentado lo que han hecho la Comunidad de Madrid y la Generalitat de Cataluña, falta ver que harán las demás Comunidades Autónomas y el Gobierno Nacional.

VIII. ANÁLISIS COMPARADO DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN ESTADOS UNIDOS Y ESPAÑA

Es interesante notar una primera diferencia en la forma cómo se reclama ante los tribunales la legalidad del servicio de transporte por aplicación. En Estados Unidos no se demandó a las compañías específicamente por asuntos de competencia desleal, como fue en el caso de España, sino que se abrían procesos en contra de los mismos reguladores, argumentando que las normas sectoriales emitidas infringían principios constitucionales como la protección igualitaria de la ley, debido proceso y propiedad.

Ambas jurisdicciones reconocen la legalidad del servicio de transporte por aplicación, sin embargo, al tener distintos tipos de supuestos de análisis, el razonamiento realizado fue distinto.

El Tribunal Federal de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos concluyó que los servicios de taxi y los de transporte por aplicación eran categorías distintas que podían ser reguladas de manera diferente, denegando de esta manera, la pretensión de los demandantes por violación del principio constitucional de protección igualitaria de la ley. Para los efectos, este Tribunal resaltó que el servicio de taxi tenía un monopolio legal para proveer el servicio a cualquier persona que se encontraba en una determinada circunscripción territorial y que no mantenía una relación previa con el respectivo usuario, a diferencia del otro tipo de servicio de transporte de pasajeros. Como se puede apreciar, en Estados Unidos, al menos en la jurisdicción del estado de Nueva York, no se pretendió desregular el mercado, sino de establecer que un marco regulatorio distinto a ambos no era atentatorio contra ningún derecho constitucional protegido.

Por su parte, el Tribunal Supremo de Justicia, mediante la STS 1913/2018, de 4 de junio, determinó que la ratio 1/30 era legal en el ordenamiento jurídico español. El análisis fue completamente distinto dado que en España existía mucha regulación y sentencias previas sobre la materia. Es importante mencionar que la Sala indicó que la ratio era una medida idónea y proporcionada para preservar el equilibrio de dos distintas modalidades de transporte urbano y, por lo tanto, no discriminatoria. Dicha conclusión contradice la posición del regulador español, quien argumentó que las actividades prestadas por el servicio de transporte por aplicación y taxi eran similares, y que; por lo tanto, se debía eliminar cualquier tipo de normativa

diferente que aplicase a las mismas. Dicho de otra manera, el regulador pretendía la desregulación total del acceso al mercado.

Las posiciones antes indicadas se generan a consecuencia del análisis casuístico concreto; por lo que no podemos concluir que una es mejor que la otra. Sin embargo, aún no hay una evaluación completa de las ventajas e inconvenientes de las VTC. Cabe indicar que, el estado de Nueva York ha realizado un esfuerzo en identificar que en la isla de Manhattan existe una excesiva congestión vehicular, así como mucho tiempo de tránsito sin pasajero por parte de los vehículos de transporte por aplicación; por lo que, han concluido que la regulación debería limitar de manera permanente el número de vehículos que proveen este servicio de transporte, similar al VTC de España. Adicionalmente, hay que realizar un análisis profundo del reciente destape por parte del Consorcio Internacional de Periodistas de Investigación sobre los denominados *Uber Files*, en los que se alega que este gigante de la economía colaborativa ha usado técnicas que rondan con la ilegalidad en varias jurisdicciones para consolidar su expansión global[109].

En este orden de ideas, la limitación del número de vehículos particulares para el transporte público de pasajeros en una ciudad determinada podría ser razonable siempre que pueda existir alguna afectación a la sociedad en su conjunto, por ejemplo, contaminación, pérdida de eficiencia en el transporte, más gasto en energía no renovable, etc. En este punto, no están de acuerdo las jurisdicciones materia de análisis. Una alternativa de solución sería determinar la racionalidad de la regulación que se emitió en su momento (o que se pueda emitir en el futuro) y confirmar si es que aplica en estos tiempos de innovación permanente.

IX. CONCLUSIÓN

La economía colaborativa se constituye como la última etapa de la actual sociedad de consumo. Utilizando las nuevas tecnologías, la economía colaborativa revoluciona la sociedad de consumo—de manera transversal en casi todas las industrias de bienes y servicios—creando mercados abiertos para el uso temporal de mercancías o servicios que de forma general son ofrecidos por particulares.

Los métodos de contratación también han cambiado vertiginosamente con la irrupción de las nuevas tecnologías. La regulación pertinente, sin embargo, ha tenido una modificación reactiva en muchos casos, no exenta de confrontaciones sociales y jurídicas. Este artículo estudió ciertos problemas regulatorios relativos a la industria del taxi y al servicio de transporte de pasajeros por aplicación, específicamente el caso de Uber, en dos mercados distintos, el español y el estadounidense.

La regulación del servicio de transporte por aplicación, así como su desarrollo jurisprudencial, en Estados Unidos y España tienen distintos matices, aunque el servicio provisto por Uber en ambas plazas sufrió ataques sociales y jurídicos bastantes similares.

109.- Véase, The Uber Files. International Consortium of Investigative Journalists. Recuperado de: https://www.icij.org/investigations/uber-files/.

UBER Y ECONOMÍA COLABORATIVA: APUNTES SOBRE LA HISTORIA, LA REGULACIÓN Y LAS CONTROVERSIAS JUDICIALES DETRÁS DEL TRANSPORTE POR APLICACIÓN EN ESTADOS UNIDOS Y ESPAÑA

CORPUS IURIS 11 | Revista de Derecho

Las cortes y tribunales en ambos países reconocieron finalmente la legalidad del servicio de transporte por aplicación, no obstante, se basaron en distintos supuestos, aplicaron distinto razonamiento y tuvieron conclusiones distintas en cuanto a regular o desregular el mercado. El Tribunal Federal de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos concluyó que los servicios de taxi y los de transporte por aplicación son categorías distintas que pueden ser reguladas de manera diferente. De esta manera, en Estados Unidos no se pretende desregular el mercado, sino establecer simplemente que un marco regulatorio distinto a ambos no es atentatorio contra ningún derecho constitucional protegido. Por su parte, el Tribunal Supremo de Justicia Español determinó, en 2018, la legalidad de la ratio 1/30. El Tribunal tuvo un análisis distinto al estadounidense dado que uniformizó no solo la sucesiva y compleja normativa sobre la materia sino también la correspondiente jurisprudencia aplicable. La conclusión fue que dicha ratio era una medida idónea y proporcionada para preservar el equilibrio de dos distintas modalidades de transporte urbano y, por lo tanto, no discriminatoria. Dicha conclusión negó el argumento del regulador español sobre la eliminación de las diferencias normativas entre la actividad de transporte de pasajeros bajo sistema de licencias VTC y el segmento del taxi dado que las consideraba como actividades similares. Parece ser, entonces, que Estados Unidos ha cerrado la controversia sobre la legalidad de la prestación de dicho servicio (al menos en la jurisdicción de Nueva York), en España el problema aun tendrá un camino pendiente de resolución, especialmente por la vigencia del Real Decreto-ley 13/2018, de 28 de septiembre y el trabajo pendiente de sus Comunidades Autónomas.

Finalmente, es importante resaltar que los nuevos servicios de transporte por aplicación tienen la potencialidad de desplazar al servicio de taxi—con mayor razón si es que estos últimos no se innovan y no mejoran el servicio en base a la competencia—y creemos que deben ser regulados para que los consumidores no se encuentren en desventaja ante una realidad que, aunque favorable para todos, puede ser también poco comprensible. Una solución sería determinar la racionalidad de la regulación que se emitió en su momento, así como la que se piensa emitir en el futuro, estableciendo beneficios tangibles en estos tiempos de innovación permanente. De esta manera, abogamos por una regulación que elimine barreras anticompetitivas, reduzca barreras de entrada, privilegie la innovación en el servicio, en beneficio de los consumidores. La regulación, cabe indicar, debe tomar en cuenta la realidad de cada jurisdicción.

REFERENCIAS

Anthony Ha. (2010). Uber(Cab) CEO: No Plans to Shut Down Despite Legal Spat. *Venture Beat*. Recuperado de: https://venturebeat.com/2010/10/26/ubercab-ryan-graves-cease-and-desit/.

Asociación Nacional del Taxi. (03 de junio del 2021). Los Tribunales Avalan la Precontratación de 15 Minutos a las VTC en Cataluña. [Entrada en blog]. Recuperado de: https://antaxi.es/?p=669.

Barone, V. (2019). Cap on E-Hail Services to be Extended by Mayor de Blasio. *AM New York*. Recuperado de: https://www.amny.com/transit/nyc-uber-lyft-cap-1.32293971.

Blystone, D. (2019). The Story of Uber. *Investopedia*, Recuperado de: https://www.investopedia.com/articles/personal-finance/111015/story-uber.asp.

Botsman, R. (2015). The Changing Rules of Trust in the Digital Age. *Harvard Business Review*. Recuperado de: https://hbr.org/2015/10/the-changing-rules-of-trust-in-the-digital-age.

Buenadicha, C. (2017). *Retos y Posibilidades de la Economía Colaborativa en América Latina y el Caribe*. Recuperado de: https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Retos-y-posibilidades-de-la-econom%C3%ADa-colaborativa-en-Am%C3%A9rica-Latina-y-el-Caribe.pdf.

City of New York, Office of the Mayor. For-Hire Vehicle Transportation Study. (2016). Recuperado de: https://www1.nyc.gov/assets/operations/downloads/pdf/For-Hire-Vehicle-Transportation-Study.pdf.

Colt, S. (2015). *New York City Suspends 5 Out of 6 Uber Bases. Business Insider. Recuperado de* https://www.businessinsider.com/uber-has-been-partially-suspended-in-new-york-city-2015-1.

De la Torre, A. (06 de julio de 2022). Barcelona Expulsa Indirectamente a Uber o Cabify con un Nuevo Decreto Pro-Taxi. *Xataka*. Recuperado de: https://www.xataka.com/movilidad/barcelona-expulsa-indirectamente-a-uber-cabify-nuevo-decreto-pro-taxi.

De Maeyera, C. y Bonne, K. (2015). Entrepreneurship 3.0: Tools to Support New and Young Companies with their Business Models. *Journal of Positive Management.* Recuperado de: https://www.researchgate.net/publication/301597592

El Nacional. (25 de febrero de 2019). El Consejo de Garantías ve Inconstitucional la Precontratación de 15 minutos para los VTC, [Entrada en blog]. Recuperado de: https://www.elnacional.cat/es/sociedad/consejo-garantias-precontratacion-15-minutos-vtc_358755_102.html.

El Nacional. (7 de febrero de 2019). La Autoridad de la Competencia Rechaza el Decreto del Govern de los VTC. [Entrada en blog]. Recuperado de: https://www.elnacional.cat/es/sociedad/autoridad-competencia-rechaza-decreto-govern-vtc_352278_102.html.

González, M. (26 de diciembre del 2014). Un Juez de Madrid Ordena el Cierre "Inmediato" de la Página Web de Uber. *Xataka.* Recuperado de: https://www.xataka.com/aplicaciones/un-juez-de-madrid-ordena-el-cierre-inmediato-de-la-pagina-web-de-uber.

Gualtieri, T. (9 de diciembre de 2014). Un Juez Ordena el Cese Cautelar de las Actividades de Uber en España. *El País*. Recuperado de: https://elpais.com/economia/2014/12/09/actualidad/1418132663_205298.html.

Hartmans, A y Leskin, P. (2019). The History of How Uber Went From the Most Feared Startup in the World to its Massive IPO. *Business Insider*, Recuperado de: https://www.businessinsider.com/ubers-history.

Jiménez Cano, R. (31 de diciembre de 2014). Uber Cierra su Servicio en España. *El País.* Recuperado de: https://elpais.com/economia/2014/12/31/actualidad/1419993561_752162.html.

Jiménez. M. (06 de julio de 2022). Las VTC Piden al Gobierno una Prórroga del 'Decreto Ábalos' de al Menos dos Años. *El País.* Recuperado de : https://cincodias.elpais.com/cincodias/2022/07/06/companias/1657098185_567188.html.

Kolodny, L. (2010). UberCab, *Now Just Uber, Share Cease and Desist Orders*. *TechCrunch*. Recuperado de: https://techcrunch.com/2010/10/25/ubercab-now-just-uber-shares-cease-and-desist-orders/.

Lipovetsky, G. (2016). *La felicidad paradójica, Ensayo sobre la sociedad de hiperconsumo*, Anagrama

Lopez, M. (29 de octubre de 2014). *Xe! Uber llega a Valencia Convirtiéndola en la Tercera Ciudad Española con el Servicio*, *Genbeta*. Recuperado de: https://www.genbeta.com/actualidad/xe-uber-llega-a-valencia-convirtiendola-en-la-tercera-ciudad-espanola-con-el-servicio.

Martínez, J. (13 de noviembre de 2015). Uber se Reconvierte para Tratar de Cumplir con la Ley Española. *El Español.* Recuperado de: https://www.elespanol.com/economia/20151112/78742159_0.html.

Ministerio de la Presidencia (MPR) [España]. (2007). Real Decreto-ley 13/2018, por el que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor, Recuperado de: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-13179.

Ministerio de la Presidencia (MPR) [España]. (2013). Ley 20/2013. De garantía de unidad de mercado. Recuperado de: https://boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2013-12888.

Mondelo, V. (16 de julio de 2014). Ofensiva Policial de Barcelona Contra los Conductores de Uber. *El Mundo.* Recuperado de: https://www.elmundo.es/cataluna/2014/07/16/53c577fbca-47419b358b4591.html.

Mondelo, V. y Oms, J. (21 de octubre de 2014). Queman Coches de Uber en Barcelona tras una Nueva Protesta de los Taxistas contra la Aplicación. *El Mundo.* Recuperado de: https://www.elmundo.es/cataluna/2014/10/21/544633e8268e3e-d87e8b4577.html.

Moreno, M. (04 de mayo de 2022). Madrid Aprueba un Proyecto de Ley para que las VTC Sigan Operando Dentro de las Ciudades a Partir de Octubre, Cuando Vencía el Plazo del "Decreto Ábalos". *Business Insider*. Recuperado de: https://www.businessinsider.es/madrid-permitira-vtc-sigan-operando-dentro-ciudades-1055521.

Mumbrú, J. (11 de junio de 2014). *Dos Heridos en las Protestas de los Taxistas de Barcelona Contra Uber*. *El País*. Recuperado de: https://elpais.com/ccaa/2014/06/11/catalunya/1402497416_264927.html.

Mumbrú, J. y Arias, E. (1 de julio de 2014). Barcelona se Quedó sin Taxis por la Protesta Contra Uber. *El País.* Recuperado de: https://elpais.com/ccaa/2014/07/01/catalunya/1404201966_883881.html.

Noticias Jurídicas. (4 de febrero de 2019). Cataluña Impone Restricciones al Uso de Vehículos VTC. [Entrada en blog]. Recuperado de: http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/13647-

cataluna-impone-restricciones-al-uso-de-vehiculos-vtc/.
Novoa, J. (7 de abril de 2014). Uber Prepara su Desembarco en España, Empezando por Barcelona. *Genbeta*. Recuperado de: https://www.genbeta.com/actualidad/uber-prepara-su-desembarco-en-espana-empezando-por-barcelona.

Novoa, J. (7 de abril de 2014). Uber ya Opera en Barcelona y los Taxistas Protagonizan las Primeras Protestas. *Genbeta.* Recuperado de: https://www.genbeta.com/movil/uber-ya-opera-en-barcelona-y-los-taxistas-protagonizan-las-primeras-protestas.

Reichert, C. (01 de noviembre de 2019). Uber's Lawsuit Against New York City has been Dismissed. *CNET*, Recuperado de: https://www.cnet.com/tech/mobile/ubers-lawsuit-against-new-york-city-has-been-dismissed/.

Retamal, M. & Dominish, E. (2017). The Sharing Economy in Developing Countries, University of Technology Sydney, Recuperado de: https://learn.tearfund.org/~/media/files/tilz/circular_economy/2017-tearfund-the-sharing-economy-in-developing-countries-en.pdf?la=en.

Rodríguez, P. (10 de julio de 2019). El TSJC Suspende la Precontratación de Una Hora de las VTC en Barcelona. *ElDiario.Es.* Recuperado de: https://www.eldiario.es/catalunya/tribunal-superior-justicia-vtc-barcelona_1_1166867.html.

Rodríguez, R. (2017). *Modelos de Negocio en la Economía Colaborativa: Síntesis y Sugerencias*. Esic Market Economics and Business Journal. *48*, (2), p. 258-259
Sundararajan, A. (2017). *The Sharing Economy, The End of Employment and the Rise of Crow-Based Capitalism.* MIT Press, pp. 26-27
(s.n.). (20 de noviembre de 2014). Uber Crece más Rápido en España que en el Resto de Europa. *El País.* Recuperado de: https://elpais.com/ccaa/2014/11/20/paisvasco/1416509469_803339.html.

The Examiner, (2013). One Day After Lyft Agreement, State Regulators Reach Similar Deal with Uber. *San Francisco Examiner.* Recuperado de: https://www.sfexaminer.com/news/one-day-after-lyft-agreement-state-regulators-reach-similar-deal-with-uber/

Thorbecke, C. (24 de marzo de 2022). Uber Strikes a Deal to List New York City Taxis on its App. *CNN Business*. Recuperado de: https://www.cnn.com/2022/03/24/tech/uber-taxi-deal-new-york-city/index.html.

Tribunal Supremo. [España]. (2017). Resolución. Expediente N° 3891/2017. Recuperado de: http://www.poderjudicial.es/stfls/TRIBUNAL%20SUPREMO/DOCUMENTOS%20DE%20INTER%C3%89S/TS%20Contencioso%2013%20nov%202017.pdf.

Tribunal Supremo. [España]. Resolución. Expediente 1913/2018, http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8407139&links=%22921%2F2018%22&optimize=20180605&publicinterface=true
Uber. (2022). *Find Uber in the Cities Around the World*. Recuperado de: https://www.uber.com/global/en/cities/,

UberBlog. (31 de enero de 2019) *Hasta Pronto, Barcelona*. [Entrada en blog]. Recuperado de: https://www.uber.com/es-ES/blog/hastapronto-barcelona/.

Wodinsky, S. (08 de agosto de 2019). In Mayor Defeat for Uber and Lyft, New York City Votes to Limit Ride-Hailing Cars. *The Verge.* Recuperado de: https://www.theverge.com/2018/8/8/17661374/uber-lyft-nyc-cap-vote-city-council-new-york-taxi.

ENTREVISTA

01

Entrevista a:
Cesar Luna Victoria León

Socio del estudio Rebaza, Alcázar & De las Casas en el área tributaria. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y cuenta con estudios de Maestría en Derecho por la misma Universidad. Cuenta con una larga trayectoria brindando asesoría y consultoría tributaria a diversas empresas nacionales e internacionales, así como, una gran experiencia en transacciones financieras y corporativas. Desde hace 40 años es profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Es asociado del Instituto Peruano de Derecho Tributario (IPDT) y de la International Fiscal Association (IFA), ha sido integrante de varias de sus mesas directivas, presidente de la IFA (Grupo Peruano) y ponente de la posición tributaria peruana en varios congresos latinoamericanos y mundiales. Es colaborador de revistas especializadas en Derecho, Economía y Negocios y participa activamente como líder de opinión en diversos medios importantes locales. Fue ministro de Estado de lo que hoy son el Ministerio Comercio Exterior y el Ministerio de la Producción. Fue responsable de establecer las bases para celebrar los Tratados de Libre Comercio y negoció los acuerdos comerciales con Ecuador, como parte de los acuerdos de paz al cierre de los conflictos territoriales. Fue presidente de la Comisión de la Comunidad Andina (CAN) que regulaba los acuerdos comerciales entre los países andinos, director de la Corporación Andina de Fomento (CAF) y director de la Comisión de Promoción de la Inversión Privada (COPRI), encargada de privatizar los activos empresariales del Estado.

Sumario:

1. ¿Cuál es la diferencia entre evasión tributaria y elusión tributaria? 2. ¿En qué casos encaja la figura de actos elusivos? 3. ¿Qué mecanismos existen para contribuir con la disminución de actos elusivos, teniendo en cuenta el gasto de millones de soles al año que realiza la SUNAT? 4. ¿Qué podríamos plantear como medida tributaria para impulsar y mejorar el tema económico en el Perú?

POLÍTICA FISCAL Y ELUSIÓN TRIBUTARIA

1. ¿Cuál es la diferencia entre evasión tributaria y elusión tributaria?

La misma diferencia que hay entre un criminal y un ingenioso. La evasión tributaria es un acto criminal, un fraude mucho más grave que cualquier fraude civil. En sí, es engañar a la administración tributaria criminalmente al no pagar impuestos, ocultar la deuda o falsificar documentos. Mientras que, la elusión tributaria se encuentra en una zona gris siendo una figura jurídica tomada de España como un "fraude a la ley" e implica optar por un camino menos oneroso en base a artificios legales y el uso de las formas optimizadas de la ley.

2. ¿En qué casos encaja la figura de actos elusivos?

El tema de la elusión tributaria es bastante complejo y sofisticado. Cabe precisar que, el Decreto Supremo 145-2019-MEF fue la norma que se necesitaba para ejecutar la norma antielusiva general. Asimismo, establece parámetros de fondo y forma como condición para que la norma sea aplicable y eficaz. En ese sentido, es importante mencionar desde cuándo ocurre una elusión tributaria: cuando se abusa de la norma con formas impropias o artificiosas para obtener un resultado tributario más económico. Por lo tanto, es fundamental diferenciar cuándo un acto es impropio o artificioso Para esto, uno se cuestiona si realizaría lo mismo u obtendría un resultado semejante en caso no existiera una ventaja tributaria.

A modo de ejemplo, la forma más natural y razonable de realizar la venta de un inmueble es mediante un contrato de compraventa. Así, puedo pensar que la mejor opción es fusionar si cuesta un 30%. En la fusión, se transfiere el inmueble, me dan acciones y después vendo mis acciones con una ganancia de 5%. Todo ello significa que se hace una operación regular de una transferencia no gravada con impuesto a la renta, para luego obtener una tasa de 5% en conformidad con la norma que grava la ganancia de la venta de acciones. Entonces, primero se puede concluir que es conveniente hacer la fusión y posteriormente vender las acciones. A partir de ello, uno se puede preguntar si la ganancia de la venta de acciones costase 30% sin diferencia ¿es mejor hacer la fusión y luego la venta de acciones o vender el inmueble directamente? En efecto, es mejor vender directamente el inmueble. Es así que este proceso ha permitido optimizar una ventaja que la ley daba encontrándose presente la norma antielusiva. Por ende, se puede decir como segunda lección que, si todos los caminos tuviesen la misma incidencia fiscal, no habría elusión; debido a que la elusión es propiciada por la misma técnica legislativa con tasas distintas para actos usualmente similares. En virtud a ello, la mejor manera de reducir la elusión tributaria es que todas las actividades y operaciones tengan la misma tasa, de esta manera no habría cómo obtener ventaja.

3. ¿Qué mecanismos existen para contribuir con la disminución de actos elusivos, teniendo en cuenta el gasto de millones de soles al año que realiza la SUNAT?

Para empezar, el mayor costo tributario es el tema de la evasión tributaria, no la elusión tributaria. El 80% de la población económicamente activa es informal, es decir, no son contribuyentes. Por otra parte, es sumamente importante diferenciar al vendedor ambulante y al taxista que construye su propio empleo; ya que, la economía no le brinda un empleo formal. Se debe especificar que, la mayoría de los grupos informales de subempleo estarían felices de ingresar al sector formal si tuvieran la competitividad de acceder a un empleo. La informalidad

no es un tema tributario sino de índole social relacionado con la pobreza, esto quiere decir que no se puede cobrar tributo a dicho sector social porque no nace sobre la riqueza. No obstante, existe otra informalidad que agrupa las actividades económicas informales. A principios de esta semana, el presidente se reunió con los mineros informales, que, si bien no son competitivos porque no son la gran minería, extraen y exportan una gran cantidad de minerales. En este caso, reitero no se evidencia carencia de comida sino una actividad económica que no rinde tributariamente y vulnera el medioambiente. También, se debe prestar atención a la evasión tributaria criminal presente en actividades económicas como contrabando, narcotráfico, tala ilegal, minería ilegal, transporte ilegal. Respecto a lo mencionado, no me refiero a que se legalice el narcotráfico para que se paguen tributos, sino que debe evitarse esa actividad económica informal criminal que impide el desarrollo de otras actividades económicas que sí deberían pagar impuestos.

Ahora bien, regresando al tema de la elusión, lo que persiste es un problema técnico legislativo. En vista de dicha problemática, uno se pregunta cuál es el rol que desempeña el abogado tributarista del sector privado. La respuesta es simple, este abogado de alguna u otra manera trata de encontrar el camino donde se paguen menos impuestos, ello significa que es una obligación de las empresas efectuar el pago de impuestos y generar excedentes para sus accionistas según la Ley General de Sociedades. Además, no se debe confundir escoger actividades económicas o caminos para que el negocio sea más factible. Me refiero a que, si soy competitivo ahorrando costos en energía, en mano de obra, en transporte o financiamiento; de igual modo debo ser competitivo ahorrando costos tributariamente. De esta manera, los impuestos son un costo más de la producción y la eficiencia empresarial se acerca a la competitividad, es decir, con menos costos obtener más ingresos. En realidad.

En realidad, la mayor elusión tributaria no la hacen las grandes empresas sino las microempresas. Probablemente recuerden los sistemas que favorecen a las MYPES, aquellos regímenes simplificados del impuesto a la renta donde no se paga el impuesto sobre la utilidad neta sino sobre el ingreso bruto o regímenes como el Régimen Único Simplificado del Impuesto a la Renta (RUS), Régimen Especial de Renta (RER) y Régimen PYME Tributario. Por tanto, estimo que si estos regímenes de baja imposición son para pequeñas empresas, nunca crecerán mis ingresos. En sí, mi negocio crece, pero una vez que mi negocio A llega al límite, hago un negocio B para partir mis ingresos y apenas mi negocio B llega al límite, abro un negocio C; así sucesivamente. Por consiguiente, la mayor elusión que existe es debido a que el mismo sistema determina tasas diferenciadas y uno multiplica sus pequeñas empresas para obtener una tasa final de Impuesto a la Renta mucho más accesible. A causa de lo antes dicho, es primordial una técnica legislativa que aborde las menores diferencias de tasas. Después, es la labor que realiza la Administración Tributaria.

En este orden de ideas, citaré a Justiniano y los contadores, el primero expresaba que las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen que son. En otras palabras, no importa si consideras a este contrato una compraventa; este contrato es una permuta. Por otro lado, los romanos básicamente decían que las operaciones se registran por su contenido económico y no por su forma legal. Dicho ello, se puede evidenciar que siempre ha mandado la realidad y no la forma legal. En la última parte, lo ocurrido es que en materia tributaria como está el principio de reserva legal, donde se enfatiza que

cualquier regulación tributaria tiene que estar en la ley, hemos puesto en un lugar muy alto la ley sin ir a la causa jurídica de las operaciones que es decir la razón y sustancia económica detrás.

4. ¿Qué podríamos plantear como medida tributaria para impulsar y mejorar el tema económico en el Perú?

Un cambio de paradigmas, lo cual corresponde a cada ciudadano como los estudiantes de derecho que desde un comienzo establecen sus ideas pensando jurídicamente. Para entender los paradigmas, como muestra de ello tenemos al narcotráfico como un paradigma social bastante arraigado en nuestra cultura. Así, uno -por paradigma- no se siente cómodo con un narcotraficante al costado. En consecuencia, muchos de nosotros no tendrán un socio narcotraficante aunque todo criminal tiene derecho a una defensa. Asimismo, en lo que respecta a la parte corporativa o tributaria, ninguno de los grandes estudios va a querer asesorar a empresas asociadas con el narcotráfico.

En cuanto a un paradigma positivo, tenemos a las personas con habilidades diferentes y otros paradigmas sociales que se van incorporando. De modo que, a la par de exigirle al Congreso una técnica legislativa depurada, creo que socialmente debemos empezar a tratar el paradigma del evasor tributario. Esto significa que, "prefiero no contratar contigo porque eres un evasor tributario". El Estado debería ser el primero que lo haga. Por ejemplo, exigir el pago de todos los impuestos para hacer una licitación o solicitar la exposición del récord tributario de las empresas nuevas. Es decir, así como se indica que no se tienen multas o deudas con el sistema bancario, se debería exponer que tampoco se tiene deudas tributarias y se es un buen contribuyente.

Entrevistadora: Camila Granda, alumna de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y asociada en Corpus Iuris.

Elaboración de preguntas a cargo de: Bryan Miranda y Sarah Bayona, alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y asociados en Corpus Iuris.

Redacción: Darak Ricalde, alumna de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y asociada en Corpus Iuris.

ENTREVISTA

02

Entrevista a:
Eduardo Rojas Saldaña

Socio encargado del área tributaria y agrifood en el estudio Benites Vargas & Ugaz. Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, cuenta con MBA por la Universidad del Pacífico (2018-2020), cursos de formación ejecutiva en Mcdonough School of Business – Georgetown University, en derecho corporativo y finanzas en ESAN y en agronegocios en la Universidad Austral de Argentina.

Sumario

1. ¿La persona jurídica tiene responsabilidad administrativa o penal para nuestro sistema penal? 2. ¿A quién se debería sancionar en caso una empresa realice delitos tributarios como es el lavado de activos? ¿La empresa, a los directores o a ambos? 3. ¿Quién tendría la responsabilidad penal en el supuesto anterior, la empresa, los directivos o a ambos? 4. ¿Cómo se podría determinar la responsabilidad penal de una persona jurídica (empresa) cuando en realidad tienen responsabilidad administrativa? ¿Cómo se pretendería adjudicar la responsabilidad penal, cuando esta solo se le puede atribuir a las personas naturales? 5. ¿Qué se considera como delito tributario dentro de nuestro sistema jurídico? 6. ¿Cuáles son las posibles penas que se pueden determinar de acuerdo a nuestra normativa? 7. En su opinión, ¿qué sugiere debe modificarse o implementar a la normativa tributaria para un adecuado cumplimiento y evitar más delitos tributarios por parte de las empresas?

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS EMPRESAS POR DELITO TRIBUTARIO

1. ¿La persona jurídica tiene responsabilidad administrativa o penal para nuestro sistema penal?

Actualmente, además de la responsabilidad administrativa de las empresas, hace pocos años, por medio de la Ley 30424, se ha incorporado la responsabilidad penal de las empresas a partir de un catálogo de delitos, el mismo que pretende la inclusión del delito tributario a raíz de la presentación de un Proyecto de Ley en el Congreso de la República.

2. ¿A quién se debería sancionar en caso una empresa realice delitos tributarios como es el lavado de activos? ¿La empresa, a los directores o a ambos?

A través del tiempo, la responsabilidad penal siempre ha sido individual. Si bien existe un Proyecto de Ley que pretende incluir el delito tributario en el catálogo contemplado en la Ley 30424, aun cuando aquel no sea agregado, lo que hay que tener en cuenta es que ya existe en la relación de delitos el lavado de activos, el mismo que requiere de un delito fuente que puede ser de cualquier naturaleza. Lo interesante es que solo necesita la mera sospecha de un delito fuente. Entonces, si un fiscal sospecha de un delito tributario como fuente, no requiere que este último tenga calidad de cosa juzgada. La mera sospecha habilita la investigación por lavado de activos. Así, aun cuando el Proyecto de Ley no se apruebe, el riesgo a partir de un delito tributario, directamente, o a través del lavado de activos como generador de una responsabilidad penal de las empresas, está ahí. No es un riesgo nuevo.

3. ¿Quién tendría la responsabilidad penal en el supuesto anterior, la empresa, los directivos o a ambos?

Los directivos de manera individual se hacen pasibles de responsabilidad penal, pero también las empresas son responsables de manera colectiva. Hay que tomar en cuenta que en el ordenamiento coexisten dos sistemas. Desde hace ya muchos años, está vigente el régimen de consecuencias accesorias, el cual sanciona a las empresas si es que sus directivos, de forma previa, han sido sancionados penalmente. En otras palabras, este régimen no se puede aplicar si antes no se ha penado al directivo. Con la Ley 30424 existe un régimen directo que supone que la empresa sea sancionada directamente aun cuando el directivo no lo sea.

4. ¿Cómo se podría determinar la responsabilidad penal de una persona jurídica (empresa) cuando en realidad tienen responsabilidad administrativa? ¿Cómo se pretendería adjudicar la responsabilidad penal, cuando esta solo se le puede atribuir a las personas naturales?

En el plano penal, van a coexistir el Régimen de Consecuencias Accesorias y el Régimen Directo que se desprende de la Ley 30424.

En el plano tributario, solo se prevé la responsabilidad individual de los representantes legales en ciertos supuestos. La pregunta que cabe realizarse es si es necesario que la SUNAT impute primero responsabilidad individual como representante legal para efectos tributarios para que recién se opte por el plano penal. La respuesta técnica, desde el punto de vista penal, es que no, pues existe el concepto de prejudicialidad que la mayoría de la doctrina penal establece que no se requiere. De esta manera, la rama penal se puede abstener del tributario y sancionar en forma independiente.

En la práctica, el plano administrativo-tributario y penal se van a cruzar necesariamente. Es complejo pensar en un supuesto que en la práctica sancione

penalmente a una empresa sin antes haber pasado por sancionar administrativa y penalmente al directivo en forma individual.

5. ¿Qué se considera como delito tributario dentro de nuestro sistema jurídico?

En el plano administrativo-tributario, conviene mencionar la figura de la elusión frente a la evasión. En la primera de ellas, solamente hay un evento, un solo hecho, que tiene la causa torcida, el cual es jurídicamente válido, pero cuyo fin no es coincidente con lo que se quiere hacer bajo parámetros de juridicidad. Ese supuesto es atacado solamente por la norma tributaria que le hace frente al fraude fiscal. En cambio, la evasión tributaria sí requiere de dos eventos, dos hechos: uno real y otro simulado con el que se pretende tapar el primero.

Si uno cruza los conceptos del ámbito tributario-administrativo o el ámbito penal-administrativo tendría que concluirse que solamente la evasión puede llevarte a cometer un delito tributario porque el tipo penal exige un elemento de dolo y engaño. Cuando uno va a los tipos agravados de la ley penal tributaria el tipo base es ocultar o quedarse con las retenciones, mientras que el tipo agravado es usar beneficios tributarios indebidamente o simular. Entonces, claramente, en los tipos base se está hablando de dos eventos: uno que se está ocultando y otro con el que se oculta, lo que nos conduce al ámbito administrativo tributario de la evasión tributaria. En conclusión, la defraudación penal solo puede provenir de la evasión tributaria, mas no de la elusión.

Así pues, en el plano práctico, es necesario distinguir cuando se sanciona solamente con normas del Código Tributario un evento de simulación y cuando saltas al mundo penal, porque, dependiendo de la gravedad y el factor volitivo, se puede hablar de un delito.

6. ¿Cuáles son las posibles penas que se pueden determinar de acuerdo a nuestra normativa?

La pena actual es cárcel efectiva, pues la pena del tipo base es de 5 a 8 años. Si se va a los tipos agravados de simulación o abuso de beneficios tributarios, puede ir de 8 hasta 12 años.

7. En su opinión, ¿qué sugiere debe modificarse o implementar a la normativa tributaria para un adecuado cumplimiento y evitar más delitos tributarios por parte de las empresas?

Por un lado, se debe evitar que prospere el Proyecto de Ley que busca modificar la Ley 30424. Es un proyecto peligroso, ya que indica que, para ciertos delitos del catálogo, sí se admite como supuesto de exclusión el modelo de prevención de delitos, es decir, un programa de *compliance*. El proyecto de ley de modificación de esa norma dice que no aplica esa excepción si se trata de delitos cometidos por sujetos con capacidad de control. Evidentemente, un delito tributario lo ejecutan funcionarios y ejecutivos con capacidad de control. Entonces, si la norma prospera en ese extremo, será sumamente preocupante, puesto que la administración tributaria o la fiscalía puede realizar una investigación aun cuando se cuente con un modelo de prevención.

Por otro lado, hace muchos años existe una norma en el Código Tributario que dice que si uno subsana la deuda tributaria antes de que la Sunat detecte el delito, entonces ya no se le califica como ilícito tributario. Hace unos años, esa norma cambió y dice que aquella subsanación se puede hacer siempre y cuando la Sunat no lo haya detectado. Esto ha traído muchos problemas al punto que ha sido discutido en la Casación 515-2020-Lambayeque y el Acuerdo Plenario 22019-CS-116. En estas se ha interpretado la norma después de su modificación y se estipuló que todavía se admite que la subsanación se de incluso después de la fiscalización tributaria, lo cual es perfectamente razonable.

Elaboración de preguntas a cargo de: Marcelo Valverde, Ariana Carrasco y Claudia Ravello, alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y asociados en Corpus Iuris.

Cámara: James Pariona, alumno de la Facultad de Comunicaciones y asociado en Corpus Iuris.

Producción: Mariana Portocarrero y Claudia Ravello, alumnas de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y asociadas en Corpus Iuris.
Entrevistadora: Sarah Bayona, alumna de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y asociada en Corpus Iuris.

Benites, Vargas & Ugaz

ABOGADOS

Somos una firma con 29 años de experiencia liderando el mercado legal del Perú. Ofrecemos un equipo de trabajo conformado por abogados de primer nivel en todas las prácticas del derecho, lo que nos permite analizar los casos y las transacciones desde distintos ángulos.



RECONOCIMIENTOS

LATIN LAWYER

LACCA APPROVED 2022

The LEGAL 500

RANKED FIRM 2022 LEADERS LEAGUE

RANKED IN Chambers Latin America 2022

SOBRE NOSOTROS

Buscamos formar a profesionales lideres en las diversas prácticas del derecho, descubriendo y potenciando el talento de cada persona.

¡CONTÁCTANOS!

(511) 615-9090

Av. 28 de Julio N° 1044, Miraflores

www.bvu.pe

ENTREVISTA

03

Entrevista a: Milagros Villanueva Alva

Asociada dentro del estudio Navarro & Pazos Abogados, siendo sus especialidades el derecho civil, corporativo y mercado de capitales. Es egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), titulada con distinción Sobresaliente en el año 2011. Asimismo, cuenta con el grado de Maestro en Administración de Empresas (MBA) por la Universidad ESAN. También ha cursado exitosamente la Especialización en Mercado de Valores que brinda la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV) y se encuentra certificada en Derecho Financiero por la Universidad ESAN. En el ámbito académico, se desempeña como docente de Contratos, Garantías y Responsabilidad Civil en la UPC. Se ha desempeñado como Asesora Legal de empresas del mercado de capitales reguladas y no reguladas por la SMV como Coril Sociedad Administradora de Fondos, Diviso Grupo Financiero, Popular SAFI, Conexa Asset Management, entre otras.

Sumario

1. Para poder contextualizarnos, podría explicarnos en breves palabras ¿qué son los fondos de inversión? 2. Desde una perspectiva legal-peruana, ¿cuál es la importancia de los fondos de inversión para el sector financiero? 3. Desde su punto de vista, ¿cuál de los tantos tipos de fondo de inversión es más utilizado en la actualidad y por qué? 4. ¿Cuáles son las diferencias entre los fondos de inversión y fondos mutuos, y cuál es la mejor opción para los inversionistas? 5. A consecuencia de la pandemia por el covid-19, ¿se presentaron algunos cambios en los fondos de inversión? 6. Para finalizar, ¿qué recomendaciones brindaría a un posible inversionista?

ALCANCES SOBRE LOS FONDOS DE INVERSIÓN EN EL PERÚ

1. Para poder contextualizarnos, podría explicarnos en breves palabras ¿qué son los fondos de inversión?

Los fondos de inversión son patrimonios autónomos, separados del patrimonio personal de los aportantes, estos últimos son equivalentes a los accionistas dentro de las sociedades de capitales. Las personas aportan parte de su patrimonio a este vehículo transparente (fondo de inversión) de modo que puedan adquirir cuotas de este. Los diferentes aportes de los partícipes contribuyen a la diversificación. Los fondos de inversión son administrados por sociedades administradoras de fondos, ya sean gestoras de fondos de inversión, cuando solo tienen fondos colocados por oferta privada, o por una SAFI (Sociedad Administradora de Fondos de Inversión), cuando tienen fondos de oferta públicas como privadas, pero estas últimas están reguladas y supervisadas por la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV). Los fondos de inversión de oferta privada están enfocados a un público más limitado y exclusivo de inversionistas institucionales, mientras que un fondo de oferta pública, cuenta con un público más amplio. Esto porque, al tratarse de un fondo regulado por las entidades anteriormente mencionadas, se encuentra supervisado por lo que brinda más seguridad y garantías a los inversionistas del público en general cuyo conocimiento del mercado de valores puede ser muy básico.

2. Desde una perspectiva legal-peruana, ¿cuál es la importancia de los fondos de inversión para el sector financiero?

Los fondos de inversión permiten a un sector amplio de la población realizar inversiones de manera diversificada. Cuando un inversionista quiere aportar una cantidad de dinero, esto puede transformarse en bonos, entre otros instrumentos, lo cual es pequeño en comparación con el fondo que se puede lograr con lo invertido por muchos inversionistas. Por tanto, dicha figura permite diversificar el portafolio de inversión dado el monto amplio a invertir. Además, quien administra los fondos es una entidad que tiene los recursos, la infraestructura, el capital humano para gestionar las inversiones dado el conocimiento y el acceso al mercado. Esto ayuda a que la población tenga un desarrollo financiero, con la posibilidad de invertir y lograr financiamientos en mejores condiciones que la banca tradicional, para todos los emprendedores y demás segmentos del mercado.

3. Desde su punto de vista, ¿cuál de los tantos tipos de fondo de inversión es más utilizado en la actualidad y por qué?

Luego de mi experiencia laboral en la SAFI, SAF y gestoras de fondos entre otros, lo que se ve con mayor frecuencia son los fondos de inversión dirigidos principalmente a la inversión en instrumentos de deuda, es decir, fondos que se crean principalmente con la política de inversión enfocada a la compra de instrumentos de corto plazo, como lo son los papeles comerciales, o a largo plazo como son los bonos corporativos, bonos de arrendamiento financiero entre otros. Estos fondos se dedican a invertir en deuda, es decir, prestar dinero, con garantía real de respaldo, pero en menor medida. Principalmente los fondos invertían en estos instrumentos de deudas de modo que el rendimiento era medianamente predecible a lo largo de la vida del mismo. Los instrumentos que se adquieran en el fondo deben ajustarse a la vida que se le ha establecido al fondo de antemano.

4. ¿Cuáles son las diferencias entre los fondos de inversión y fondos mutuos, y cuál es la mejor opción para los inversionistas?

Los fondos de inversión son alternativas a largo plazo y de capital cerrado. Mientras que los fondos mutuos son alternativas a corto plazo y de capital abierto.

Capital cerrado significa que cuando los inversionistas se unen al fondo saben que permanecerán dentro del mismo durante la vida del fondo, la cual debe durar como mínimo un año. No van a poder retirarse libremente en cualquier momento, a menos que vendan sus cuotas de participación accediendo al mercado secundario, de este modo liquidan su inversión.

Capital abierto, significa que cuando los inversionistas ingresan al fondo, tienen la total libertad de poder retirarse en el momento que lo deseen. Si bien es cierto, algunos fondos mutuos establecen una penalidad por el retiro antes de un tiempo pactado, la regla general es que pueden retirarse en cualquier momento.

Entonces, contrastando los dos tipos de fondos, la inversión en los fondos mutuos debe ser más líquida, que puedan dar dinero en efectivo porque saben que los inversionistas pueden irse en cualquier momento. Mientras que los fondos de inversión pueden tener activos menos líquidos, en vista que se trata de inversiones a largo plazo y los inversionistas deben quedarse por el tiempo de vida del fondo.

Entonces, saber qué tipo de fondo es mejor, depende enteramente de las necesidades y de lo que busca la persona, por eso no existe uno mejor que el otro sino uno que se acomoda más a las exigencias de los inversionistas.

5. A consecuencia de la pandemia por el covid-19, ¿se presentaron algunos cambios en los fondos de inversión?

Durante la pandemia se dieron algunos cambios, inicialmente fueron orientados a la flexibilidad, por ejemplo, el caso de las asambleas. Dada la coyuntura, en vista que existían restricciones constitucionales con respecto a las reuniones, libre tránsito etc. permitió que se celebren asambleas no presenciales, a pesar de que los reglamentos de los fondos no lo permitieran expresamente. Esta flexibilidad permitió acuerdos, en vista que varios negocios quedaron paralizados por su propia naturaleza, esto resultó en el retraso de los pagos de deudas a los distintos fondos financiadores. Entonces, la flexibilidad permitió que los partícipes puedan llegar a diferentes acuerdos como pudo ser prorrogar las fechas de pago, entre otros. Por otro lado, el aspecto tecnológico se desarrolló mucho durante la pandemia, el trabajo remoto, las clases virtuales, etc. lo que incentivó a que las inversiones también apunten a diferentes sectores del mercado. Si bien vimos como la pandemia afecta de manera negativa algunos sectores de la economía, también vimos cómo ayudó a otros, por ejemplo, se empezaron a utilizar más los aplicativos y los servicios tecnológicos. En ese sentido, los fondos supieron reorganizarse y aprovechar la coyuntura desde otra perspectiva.

6. Para finalizar, ¿qué recomendaciones brindaría a un posible inversionista?

Mi recomendación para los inversionistas es primero evaluar su perfil de riesgo. Los inversionistas no pueden realizar inversiones que los pongan en situaciones incómodas, con esto me refiero a que si una persona tiene un perfil conservador debe apuntar sus inversiones hacia alternativas fijas, predecibles, como lo son los depósitos a plazo fijo que hasta el día de hoy se encuentran libres de impuestos, papeles comerciales y bonos. Una persona con este perfil no puede apuntar a invertir en acciones por la volatilidad de su valor. Mientras que si hay alguien con un perfil moderado o muy arriesgado sí puede buscar e ir evaluando otro tipo como son las acciones, cuotas de fondos con subyacente en renta variable, fondos mutuos del mismo tipo. Ya identificado el perfil de riesgo, se puede pasar a la etapa de diversificación, esto quiere decir que todo el dinero, no puede estar invertido en un solo instrumento porque es muy riesgoso. La diversificación del portafolio es tratar de invertir el dinero en diferentes instrumentos, para que así algunos suben y si otras bajan se compensen y se puede obtener un portafolio positivo igualmente.

Elaboración de preguntas a cargo de: Pamela Angeles, Priscilla Del Villar y Camila Salazar, alumnas de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y asociadas en Corpus Iuris.

Redacción: Eva Yacher, alumna de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y asociada en Corpus Iuris.

Cámara: James Pariona, estudiante de la Facultad de Comunicaciones y asociado en Corpus Iuris.

Producción: Alejandra Morales y Luanna Castañeda, alumnas de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y asociadas en Corpus Iuris.

CORPUS IURIS 11 | Revista de Derecho

ENTREVISTA

04

Entrevista a: Socorro Núñez Eriquita

Directora en Zuzunaga Assereto & Zegarra Abogados, abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, titulada de la Maestría Internacional en Administración Tributaria y Hacienda Pública del Centro Interamericano de Administración Tributaria - CIAT, Instituto de Estudios Fiscales de España - IEF, Agencia Española de Cooperación Internacional - AECID y el Ministerio de Economía y Hacienda de España. Especialista en Comercio Internacional por la Escuela de Comercio Exterior de la Asociación de Exportadores - ADEX.

Sumario

1. ¿Cuál es la importancia del gasto social para las empresas mineras y qué beneficio en líneas generales logran obtener con ello? 2. En el contexto peruano ¿cuál es la regulación legal que sustenta este tipo de gasto? 3. ¿Qué impacto genera el gasto social en los impuestos de una empresa minera en el Perú? 4. En su opinión, ¿debería existir alguna modificación legal respecto a la regulación peruana del gasto social?

GASTO SOCIAL DE LAS EMPRESAS MINERAS

1. ¿Cuál es la importancia del gasto social para las empresas mineras y qué beneficio en líneas generales logran obtener con ello?

En principio, debemos tener en cuenta que el gasto social, en el caso de las empresas mineras, es de suma importancia sea cual sea la ubicación en el mundo de la empresa minera. En efecto, toda empresa minera tiene un rubro de gastos sociales, gastos de relacionamiento o gastos del área de relaciones comunitarias, destinado a relacionarse con las comunidades cercanas y aledañas al entorno en cual se desenvuelven. La importancia de estos gastos radica en el objetivo, fundamental para toda empresa minera, de establecer una relación armoniosa con tales poblaciones. De ello dependerá el que pueda continuar con sus actividades.

En el caso peruano, el surgimiento del conflicto social es un problema grave para toda empresa y, mucho más, para las empresas mineras. Basta recordar el grave conflicto que se resume en "Conga no va", que ha significado que un proyecto fundamental para el Perú esté congelado por muchos años, porque el conflicto social impidió que terminen la etapa previa a la explotación. Entre muchos otros conflictos sociales en el sector minero, tuvimos "Tía María no va" y amenazas a Quellaveco, que finalmente logró solucionar el tema y ya está en operación. Recientemente, tenemos el sonado caso de Las Bambas, que estando ya en explotación, producto del conflicto social, tuvo que suspender sus actividades. Si queremos cifras oficiales, basta revisar el reporte mensual de Conflictos Sociales de la Defensoría del Pueblo. Más del 40% de los conflictos sociales existentes en el país corresponden al sector minero.

Este mapa nos permite graficar nítidamente cuál es la importancia del gasto social en el sector minero peruano. Es tan importante, que puede determinar que el proyecto logre implementarse, es decir, que se empiece a explotar el mineral o incluso, estando en etapa de explotación, que pueda continuar con sus actividades. Entonces, queda clara la relevancia del gasto social.

Cabe resaltar que el gasto social es independiente de los tributos que las empresas mineras están obligadas a pagar por mandato legal. Además del Impuesto a la Renta, las empresas mineras pagan diversos tributos específicos. Lamentablemente, tenemos un gran problema de ejecución del gasto por parte del estado. Tanto a nivel de gobierno central, como de los gobiernos regionales y locales existe un grave problema de ejecución de los presupuestos asignados. Las estadísticas del Ministerio de Economía y Finanzas y el BCR, dan cifras muy lamentables que revelan que el dinero asignado no se gasta y la poca parte del presupuesto que sí ejecutan, se ejecuta con ineficiencia o con corrupción o incluso con las dos variables juntas. Esto explica, en parte, la insatisfacción de la población que no percibe, de modo tangible, el aporte de las empresas mineras que operan en sus localidades.

Es ahí donde entran a tallar estas áreas de las empresas mineras, llamadas áreas de relacionamiento comunitario, que tienen que ejecutar el gasto social. Gasto que busca lograr la relación armoniosa entre la empresa minera y las localidades en las que ejecuta sus operaciones, por tanto, tiene que ver con satisfacer las expectativas, las necesidades, las frustraciones de los pobladores de estas localidades.

Por si todo esto no fuera suficiente, la ejecución del gasto social, lamentablemente, coloca a las empresas mineras en un problema tributario.

2. En el contexto peruano ¿cuál es la regulación legal que sustenta este tipo de gasto?

Empezaremos por distinguir el gasto social de cualquier tipo de obligación legal. En efecto, cuando hablamos de gasto social, no estamos hablando del universo de obligaciones legales que tiene la empresa minera por normas ambientales, laborales o sociales. Estamos hablando de aquellos gastos que ejecuta por iniciativa propia, porque quiere -justamente- prevenir, sea el surgimiento de conflictos sociales o enfrentar el conflicto que ya escaló. Este es el universo del gasto social de la empresa minera.

En relación con el surgimiento del conflicto social, el gasto social puede ser preventivo, en busca de solución del conflicto o post conflicto. Será preventivo, cuando aún no ha surgido ningún conflicto. Por ejemplo, la empresa minera está iniciando exploraciones en una zona y busca que la población del entorno no se sienta atemorizada, no se generen resistencias, entonces empieza a ejecutar el gasto social con el fin de mantener una relación armoniosa con las comunidades de la zona. En segundo lugar, tenemos el gasto social en busca de solucionar el conflicto porque se efectúa cuando ya hay conflictos o situaciones conflictivas. En este caso, la empresa minera tiene por objetivo mitigar, apaciguar o solucionar este conflicto. En tercer lugar, tenemos gasto social post conflicto, el mismo que se ejecuta para mantener la armonía en los casos de conflictos sociales que ya fueron solucionados. El objetivo es evitar el resurgimiento del conflicto. Para efectos del tratamiento legal, nos centraremos en el gasto social preventivo, es decir, en el gasto social que busca evitar que surja el conflicto social.

Recordemos que el Impuesto a la Renta que pagan todas las empresas, entre ellas las mineras, grava la utilidad o ganancia de la empresa. Graficando esto de modo simple, diremos que a fin de hallar la utilidad de la empresa se debe partir de los ingresos para deducir de este monto los costos y gastos, es decir, lo que cuesta generar esos ingresos. Sobre la utilidad es que se aplica el Impuesto a la Renta con la tasa actual de 29.5%.

La Ley del Impuesto a la Renta establece requisitos para aceptar la deducción de los gastos. La primera exigencia es que los gastos sean necesarios para producir la renta o para mantener la fuente generadora de la renta. Esta exigencia es conocida como el principio de causalidad. La misma Ley dispone que se considera que un gasto, como el que analizamos, se considera necesario si cumple con los criterios de normalidad y razonabilidad. Es decir, que sea normal para la actividad que genera la renta gravada y que sea razonable en relación con los ingresos del contribuyente. La segunda exigencia es que la deducción del gasto no se encuentre prohibida por la misma Ley del Impuesto a la Renta.

Sin embargo, la SUNAT no acepta la deducción de los gastos sociales de las empresas mineras. Así, cuando la empresa minera efectúa gastos que tienen por finalidad prevenir el surgimiento de conflictos sociales y, para ello, por ejemplo, financia o ejecuta la construcción de una cancha deportiva, la refacción de la iglesia del pueblo, o contribuye a un programa de la comunidad, la SUNAT desconoce el gasto, es decir, no acepta la deducción del mismo.

La SUNAT considera que son actos de liberalidad y como la Ley del Impuesto a la Renta prohíbe la deducción de las donaciones y cualquier acto de liberalidad, simplemente los desconoce. Obviamente después de lo explicado previamente, después de saber que la Defensoría del Pueblo reporta en sus informes mensuales oficiales y públicos, que más del 40% de conflictos sociales del Perú están en el sector minero, qué duda cabe que no estamos frente a actos de liberalidad de la empresa minera, no es que está dilapidando sus recursos, por el contrario, es un gasto que necesita para que no le pase lo que pasó con el proyecto Conga o con Las Bambas.

Entonces, si es que concluimos que es un gasto, no solo necesario sino imprescindible, queda claro que es un gasto cuya deducción debe ser admitida para determinar la utilidad gravada. Pero este tratamiento legal, enfrenta un problema cuando la SUNAT fiscaliza a la empresa minera, porque, al considerarlo como acto de liberalidad, lo desconoce. Es decir, no lo admite como un gasto necesario para prevenir el conflicto social.

Por tanto, la utilidad de la empresa minera se incrementa ficticiamente, porque se reduce ficticiamente el gasto. Por tanto, la empresa minera pagará Impuesto a la Renta como si hubiera obtenido una ganancia que no obtuvo. De esta manera, se termina castigando el gasto social. Entonces, financieramente es un problema grave que enfrentan todas las empresas mineras y que no tiene poca dimensión, porque la demanda social es grande, frecuente y normalmente creciente. Estos gastos acompañan a la empresa minera desde que empieza a llegar a la población en el momento uno hasta que termina sus operaciones.

3. ¿Qué impacto genera el gasto social en los impuestos de una empresa minera en el Perú?

Ya habíamos hablado de cómo afecta en la determinación del Impuesto a la Renta, porque va a terminar pagando un mayor impuesto. Nótese que no es porque la ley esté mal. La ley está bien, lo que está pasando es que la SUNAT la está interpretando y aplicando equivocadamente.

Pero el problema no se agota en el Impuesto a la Renta. Adicionalmente, se genera el impacto en el Impuesto General a las Ventas (IGV).

Recordemos que el IGV grava el valor agregado en cada punto de la cadena de comercialización. Para ello, permite que el sujeto gravado pueda deducir el crédito fiscal que está conformado por el IGV pagado en todas sus adquisiciones. ¿Y cuál es, entonces, el problema para una empresa minera a la que el gasto social le ha sido desconocido por la SUNAT? Que un requisito -para usar el crédito fiscal del IGV- es que el monto que corresponde a la compra que se utiliza como crédito fiscal sea gasto deducible para efectos del Impuesto a la Renta. Si la SUNAT desconoce esa deducibilidad, entonces ya no se cumple con el requisito para el IGV y, por tanto, también será desconocido el crédito fiscal en el IGV si es que la empresa minera compró los materiales para construir la cancha, por ejemplo. Por tanto, se pagará más IGV. Entonces, tiene un impacto del 29.5% para efectos del Impuesto a la Renta. Si pensamos en cien millones de soles al año de gasto social preventivo, son 29.5 millones que serán cobrados como Impuesto a la Renta. Además de gastar los 100 millones, la empresa minera pagará 29.5 millones por Impuesto a la Renta, como si fuera una ganancia, y adicionalmente, el 18% de ese gasto que debió ser crédito fiscal porque son compras destinadas a dicho gasto social necesario para la generación de renta gravada. Vemos que el impacto es muy alto y, sobre todo, es absolutamente injusto, injustificado e innecesario.

Es preciso hablar de los actos de liberalidad porque su deducción está prohibida por la Ley del Impuesto a la Renta, pero con algunas excepciones. ¿Cuáles?, para el caso de las empresas mineras hay dos aplicables: las donaciones en favor de cualquier entidad del sector público, salvo empresas, y las donaciones en

favor de entidades sin fines de lucro cuyo objeto social comprenda uno o varios de los siguientes fines: beneficencia; asistencia o bienestar social; educación; culturales; científicos; artísticos; literarios; deportivos; salud; patrimonio histórico cultural indígena; y otros de fines semejantes; siempre que dichas entidades y dependencias cuenten con la calificación previa por parte de la SUNAT

Entonces lo que hacen las empresas mineras, cuando pueden, porque no siempre es posible, es canalizar algunos de sus gastos sociales como donaciones en favor de entidades del sector público o de entidades sin fines de lucro a fin de asegurar la deducibilidad del gasto. Lamentablemente, las exigencias formales en ambos casos son muchas y ante la falla en alguna de ellas el gasto quedará como no deducible porque será una donación no autorizada. Además, las donaciones tienen un límite que es el 10% de la renta neta, entonces, si la empresa no tiene renta neta (tiene pérdidas) o resultan insuficientes, todo o parte de este gasto tampoco será deducible.

Si nos fijamos bien, todo esto es una deformación de algo que debería fluir como un gasto necesario. Basta compararlo con un gasto de prevención de daños por sismos.

Para esta comparación, basta recordar que el Perú es un país con alto riesgo sísmico, por tanto, muchas empresas tienen planes o políticas de prevención en caso este tipo de desastres naturales que pueden destruir las instalaciones de la empresa, e incluso poner en peligro las vidas de sus trabajadores. Estos gastos de prevención, se consideran gastos deducibles, porque son gastos para prevenir un riesgo al que está expuesta la empresa. La pregunta es ¿por qué el razonamiento es diferente en el caso de la prevención del conflicto social?, si ya está demostrado lo grave que termina siendo el conflicto social para las empresas del sector minero en el Perú.

La respuesta no puede ser tan simple como anotar que se trata de actos de liberalidad porque es evidente que la empresa minera está haciendo lo necesario para generar renta o mantener la fuente generadora de renta.

4. En su opinión, ¿debería existir alguna modificación legal respecto a la regulación peruana del gasto social?

Esta pregunta es fundamental porque, seguramente, identificaremos posiciones encontradas. Todos los tributaristas del sector privado, seguramente, coincidiremos en que el gasto social de las empresas mineras para prevenir el surgimiento de conflictos sociales debe ser un gasto deducible a la luz de la propia norma del Impuesto a la Renta. Sin embargo, sabemos, que la SUNAT desconoce todo tipo de gasto social, incluso cuando el conflicto está declarado. Sabemos también que el Tribunal Fiscal admite la deducibilidad del gasto social en los casos de conflictos declarados y, muy excepcionalmente, en caso de amenaza probada e inminente. Finalmente, sabemos de la tendencia un poco más abierta del Poder Judicial, la misma que aún no ha llegado a reconocer la deducibilidad del gasto social preventivo. Y aquí está el reto para los operadores del derecho, lograr este reconocimiento que no necesita una modificación normativa.

Respecto al riesgo de una norma que "solucione" el problema o "precise" la deducibilidad del gasto social preventivo, debemos anotar que, en materia tributaria, hace muchos años, las modificaciones normativas solucionan el problema desde la vigencia de la norma en adelante. En caso de normas del Impuesto a la Renta, la modificación entraría en vigencia a partir del 1 de enero del año siguiente a su publicación. Es decir, si tuviéramos una modificación normativa en el 2022, los gastos efectuados desde el 1 de enero de 2023 serían deducibles, porque tendríamos una norma que claramente así lo ha establecido. Pero, con la misma claridad, ocurriría que los gastos efectuados hasta el 31 de diciembre de 2022 no serían deducibles.

Se podría objetar: "pero podría ser una norma de precisión". La respuesta es que, por decisiones de política fiscal, hace muchos años, nuestro sistema tributario no tiene normas de precisión. En efecto, por política del Ministerio de Economía y Finanzas no se admiten normas de precisión. Por tanto, una norma en el caso analizado tendrá efectos perjudiciales hacia atrás.

En mi opinión, este efecto es nefasto porque, como he dicho, la norma es clara, la realidad es clara y deberíamos trabajar en esa línea. Por eso es que mi propuesta es de orden jurisprudencial, un llamado a lograr que el Tribunal Fiscal analice el tema a cabalidad y se anime a emitir una resolución de observancia obligatoria, pues esa sí tiene el efecto de aclarar, de establecer que la norma siempre se debió leer así, y por tanto los gastos en que hayan incurrido o incurran las empresas mineras serían aceptados como gastos deducibles.

Esta apuesta puede tomar un poco más de tiempo que la emisión de una norma, pero es una solución más acorde a la legalidad que he expuesto y a la problemática del gasto social de las empresas mineras.

Si no se logra una resolución de observancia obligatoria del Tribunal Fiscal, que sabemos que es la segunda instancia que revisa los casos que determina la SUNAT, podríamos apostar por lo que está ocurriendo hasta hoy. Basta recordar que hace varias décadas, todo el gasto social era desconocido tanto por la SUNAT como por el Tribunal Fiscal, aunque tratara de conflictos existentes. Hoy ya se ha abierto la puerta al gasto social cuando el conflicto ya ha surgido, con determinada exigencia probatoria, pero ya es reconocido. Entonces sigamos trabajando en que esa puerta se termine de abrir hasta que quede claro que también es deducible el gasto social preventivo.

Elaboración de preguntas a cargo de: Scolly Hidalgo, Maria Fernanda Cruzado y Johan Cabello, alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y asociados en Corpus Iuris.

Entrevistador: Bryan Miranda, alumno de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y asociado en Corpus Iuris.

Redacción: Wilder Salinas, alumno de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y asociado en Corpus Iuris.

CORPUS IURIS 11 | Revista de Derecho

Z | A

ZUZUNAGA
ASSERETO
& ZEGARRA
ABOGADOS

ACERCA DE NOSOTROS

Somos una firma especializada en brindar servicios altamente sofisticados en derecho tributario, comercio exterior y aduanas, derecho corporativo, minería y medio ambiente con orientación a la generación de valor, trabajo en equipo y trato personalizado.

Nuestros socios fundadores trabajan en equipo hace más de dos décadas, destacando en la práctica privada y en cargos públicos, lo que fortalece nuestra relación con el Estado e integrando la perspectiva del derecho público.

RECONOCIMIENTOS

¡Síguenos!

http://www.zyaabogados.com
Av. Larco 1301, Of. 1601
+511 770 8497

LA REGULACIÓN DE LAS CRIPTOMONEDAS

En los últimos años, la inversión en las criptomonedas se ha consolidado como una práctica cada vez más popular. Se trata de activos digitales no regulados, que no son monedas de curso legal ni cuentan con el respaldo de los bancos centrales de los países. Pese a la desconfianza que suelen originar, su uso se ha vuelto cada vez más generalizado, incursionando en nuevos mercados. Por ejemplo, según el informe provisto por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), en julio del presente año, nuestro país se posicionó, dentro de las 20 economías mundiales con mayor adopción de activos digitales, siguiendo las tendencias actuales.

Si bien el uso de criptomonedas presenta diversas ventajas, tales como la descentralización o la reducción de intermediarios y costos de transacción en las operaciones financieras, también acarrea riesgos considerables para las economías, siendo los principales la posibilidad de fraude, la irreversibilidad de las operaciones y la alta volatilidad de los precios de estos activos digitales. Para ilustrar este punto, se puede citar el caso del Bitcoin, la principal criptomoneda a nivel mundial que, en mayo del presente año, cayó a menos del 50% de su valor máximo alcanzado. En consecuencia, estos peligros latentes han despertado la preocupación de distintas autoridades e instituciones, sugiriendo la posibilidad de su regulación para mitigarlos.

En efecto, la necesidad de una regulación para las criptomonedas es un tema controversial en la actualidad. ¿Deberían tener un respaldo legal y supervisión por los ordenamientos jurídicos o esto haría que pierda su esencia como una nueva divisa digital independiente y sin costos de transacción? Y, en caso de tener respaldo en los bancos centrales, ¿su regulación incrementaría la seguridad jurídica de las mismas o las haría insostenibles en el tiempo? Consultemos a los asociados sus opiniones al respecto.

Camila Alexandra Zevallos García
Dirección: Edición

Es innegable que las criptomonedas se están consolidando cada vez más como una alternativa válida para la inversión y ejecución de diversas transacciones debido a la reducción de trámites, la inclusión financiera, entre otras ventajas que ofrecen. Sin embargo, que la gravedad de los riesgos que conllevan supera considerablemente los beneficios señalados. Por ejemplo, las fluctuaciones repentinas y significativas en el precio de las criptomonedas por la volatilidad de estos activos pueden ocasionar cuantiosas pérdidas. En ese sentido, los temores de las autoridades se encuentran y las criptomonedas deberían ser reguladas.

En efecto, la actual falta de reglamentación de estos activos digitales permite a los usuarios aprovechar estos vacíos jurídicos para realizar actividades ilícitas, que van desde la evasión de impuestos hasta el lavado de dinero, en consecuencia, contar con respaldo legal mediante un marco regulatorio otorgaría la posibilidad de vigilar las operaciones financieras y evitar el uso ilegal de las criptomonedas. Por otra lado, los canales de intermediación, tales como las instituciones financieras, concederían mayor seguridad a las mencionadas operaciones.

Indudablemente, el Derecho debe progresar junto con las innovaciones tecnológicas; en este caso, regularía principalmente la emisión, custodia y circulación de las criptomonedas.

Camila Salazar Cuaresma
Dirección: Secretaría General

En primer lugar, corresponde recalcar que las criptomonedas son un activo digital de intercambio que progresivamente se viene posicionando en nuestro mercado financiero, puesto que nuestra legislación no prohíbe operaciones ni transacciones con esta moneda virtual, siendo así, totalmente legal que las personas naturales y jurídicas las realicen sin complicaciones. Empero, es preciso hacer hincapié que, al no haber una norma que restrinja, limite o condicione su uso, se produce un vacío legal, liberando la infinita posibilidad de cometer delitos y no ser sancionados.

En ese contexto, a nivel mundial, las criptomonedas ya constituyen un medio de transacción y operación financiera, su mal uso en relación con el posible lavado de dinero ha originado que diferentes países como Estados Unidos, España, entre otros, lo regulen paulatinamente en sus legislaciones. Mientras que, en nuestro país, Perú, aún esta figura sigue sin ser regulada, pese a la evidente necesidad.

En consecuencia, considero que las criptomonedas deberían tener un respaldo legal y supervisión por los ordenamientos jurídicos para incrementar la seguridad jurídica de las mismas.

Antonella Zavaleta Soto
Dirección: Edición

Es importante mencionar que en la actualidad Perú, es considerado uno de los países con mayor ranking mundial en el uso de criptomonedas, lo cual nos da a conocer que una parte de la población peruana ha decidido ser partícipe continuo en este mercado. Sin embargo, en nuestro país ningún ordenamiento jurídico enfatiza una regulación que determine la seguridad y eficacia de las criptomonedas. Por ello, desde mi punto de vista que se establezca la regulación de criptomonedas en la legislación peruana, no es muy beneficioso aunque suene lo contrario, debido a que este tipo de monedas no son controladas por un organismo que vele por la seguridad de la persona jurídica/natural conforme mencionan sus criterios. Por ejemplo, el Banco Central de Reserva del Perú (BCR) prefiere evitar su verificación por el motivo que existen muchos actos ilegales presentes en su utilización incluso según lo estudiado se evidencia una evasión tributaria. Para culminar, si bien su regulación puede darse para evitar algunas actividades ilícitas e implementar un nuevo marco normativo económico-tecnológico, se debe tener en cuenta que si se adquiere esta regulación de igual modo su funcionamiento implica evasión tributaria, un acto criminal para el derecho tributario.

Wilder Ricardo Salinas Trujillo
Dirección: Edición

Las criptomonedas han sido activos digitales que causaron gran revuelo y expectativa cuando aparecieron. Diversas personas a través de internet y otros medios hablaban de las bondades de estas "monedas" y las grandes ganancias que se podrían obtener. No obstante, el riesgo que traían consigo siempre estuvo latente, aunque como se creía que los beneficios eran mayores a

los riesgos, no se les daba la importancia debida. Actualmente, la caída del valor de criptomonedas tan conocidas como el Bitcoin ha traído nuevamente a debate el tema del riesgo de estos activos. Al respecto, considero que es necesario que exista una regulación ya que el Derecho no puede ser ajeno a esta nueva forma de activos que ha surgido. Ahora, el que sean regulados y supervisados no significa necesariamente que pierdan su independencia ni que se incrementen los costos de transacción de manera considerable, pues el control debe consistir principalmente en evitar el anonimato en las operaciones de estas criptomonedas, así como también garantizar una seguridad mínima para los que decidan usarlas. De esta manera, al ser respaldadas por los bancos centrales, los usuarios tendrán protección frente a casos de estafas.

Perla Briguitt Baca Briceño
Dirección: Imagen Institucional

A pesar de que las criptomonedas es uno de los instrumentos más usados por diversas personas en nuestro país, no deberían contar con respaldo legal debido a que la inversión en estas acarrea introducirse dentro de un negocio riesgoso, en el cual las diversas empresas con las que se invierte no cuentan con una regulación y pueden existir scammers de dudosa procedencia.

En opinión del autor Hopkins, en otros países sí se ha realizado una regulación de las criptomonedas, empero, en Perú no se podría regular ni controlar un negocio que sólo existe en internet. Bajo esta misma premisa, el GAFI (Grupo de Acción Financiera) considera que los activos virtuales favorecen a que las personas transfieran dinero sin poder ser identificadas completamente. Por este motivo, nuestro ordenamiento jurídico debería desplegar un tema con relación a la protección de lavado de activos en las empresas de criptomonedas, para que dichas personas jurídicas sean insidiosas al momento de entablar una relación comercial con empresas que ofrecen dichos servicios.

Sarah Valeria Bayona Mejía
Dirección: Eventos

Las criptomonedas aún tienen un nivel de riesgo e inestabilidad, esa es la razón por la que muchas organizaciones financieras internacionales han rechazado el apoyo al uso de manera legal de las criptomonedas. Más aun sabiendo que actualmente no existe una regulación o normas concretas que permitan la tranquilidad tanto de entidades financieras como de las personas que pretendan usarlas.

Existen ejemplos claros de la utilización de las criptomonedas alrededor del mundo, siendo uno de los más conocidos a nivel global la reciente adopción legal del Bitcoin en El Salvador. Sin embargo, y a pesar de que pareciera ser el futuro económico del mundo, todavía existen muchos riesgos tras la utilización de este tipo de divisas. La realidad es que, si se quiere promover y darle un futuro más cierto a las criptomonedas, es necesario empezar a trabajar en un marco legal regulatorio que pueda prever de cierta forma los riesgos existentes, siendo uno de los puntos más importantes – en mi opinión – la debida protección al consumidor, tema que preocupa a especialistas y organismos internacionales debido a la gran cantidad de fraudes económicos virtuales. Dicha regulación podría lograr apaciguar la preocupación de las entidades internacionales respecto del uso de las criptomonedas, pues lograrían un mayor nivel de sostenibilidad en el tiempo al tener respaldos legales.

Si bien a largo plazo puede ser un gran avance económico, cuando aún nos estamos recuperando de la crisis económica a razón de la COVID-19, representa más un riesgo latente que una oportunidad de mejora. Es importante destacar que los riesgos no se dan solo en el ámbito económico, sino que también en el jurídico, ya que considero que aún no estamos preparados para abordar legalmente el uso de las criptomonedas al ser un tema tan actual y que inclusive muchos legisladores no conocen en su totalidad; ello no quita el hecho de que deberíamos empezar a indagar sobre estos temas para que no exista un vacío jurídico relacionado a un tema económico que va evolucionando con el tiempo.

Luanna Castañeda Pomacino
Dirección: Edición

La incorporación de las criptomonedas en nuestra economía ha significado un hecho de suma trascendencia y ha marcado a su vez el comienzo de una serie de oportunidades para realizar nuestras actividades económicas y de consumo con menos costos e inmediatez. También es innegable la popularidad que va adquiriendo por parte de grandes compañías y empresas que buscan captar grandes cantidades e invertir en sus distintos proyectos. No obstante, debemos ser conscientes del gran reto que esto significa, dado que, ante una normativa inexistente, las irregularidades e inseguridad podrían suprimir las mencionadas ventajas de esta figura. Un claro ejemplo de lo mencionado son los registros de comportamientos volátiles que poseen las criptomonedas, por lo que no hay una garantía específica que mantenga la misma cantidad de compradores y vendedores a través del tiempo. Por ello, considero que una normativa internacional base para su regulación sería de suma importancia junto a políticas que analicen la disminución de los riesgos derivados bajo una cobertura por estas operaciones.

Pamela Kaori Angeles Alacha
Dirección: Edición

En principio, se debe tener claro que la legislación peruana no prohíbe efectuar operaciones con el uso de criptomonedas, No obstante, la controversia radica en el vacío legal que presenta el Perú con relación a este tipo de divisas.

Desde mi perspectiva, considero enfáticamente que la figura de las criptomonedas no debe ser regulada en el Perú pues acarrea en su mayoría altos índices de riesgo para el usuario y el país que decida colocar dicha divisa de forma legal.

A manera de síntesis, es necesario enfatizar los riesgos que se generarían a causa de impulsar un marco legal para dichas divisas. En primer lugar, se tiene como riesgo principal la constante fluctuación y volatilidad de esta moneda digital pues esto acarrea un gran espacio de pérdidas y poca garantía para el usuario de esta divisa. En segundo lugar, este tipo de divisas genera que se incurra fácilmente en el delito de lavado de activos y elusión tributaria pues su rastreo y control es más complicado a causa de ser una moneda digital. Finalmente, considero que el Perú es un país carente de conocimiento financiero y tecnológico lo cual se debe empezar a solucionar para considerar la idea de implementar divisas tecnológicas seguras en el mercado.

Por todo ello, veo pertinente no regular la criptomonedas como una moneda de uso legal en el Perú pues se abriría una puerta al ingreso de riesgos en la economía peruana donde los principales afectados serían la población.

Mariana Portocarrero Bahamonde
Dirección: Imagen Institucional

Vivimos en una era digital, donde las criptomonedas se han convertido, poco a poco, en una pieza clave que facilita las transacciones en el mercado. En ese sentido, al no existir un marco legal que respalde su uso, se ha originado un vacío jurídico, donde prima la posibilidad de que se efectúen operaciones legales, lo cual puede desencadenar una inseguridad entre los usuarios de las criptomonedas. No obstante, es preciso señalar que el marco regulatorio de las monedas digitales no debe estar dirigido a entorpecer su uso e ir en contra de sus características, como es la descentralización y su vocación internacional.

Priscilla Mercedes Del Villar Canchari
Dirección: Edición

En definitiva, las criptomonedas son los activos digitales que más han evolucionado dentro de la economía tradicional y digital en estos últimos años, siendo una de las principales razones su casi nula dependencia de algún gobierno y su volatilidad respecto a su valor.

Ahora bien, considero que, si bien las criptomonedas deben de regularse y estar sujetas a un marco de normas que garanticen transacciones seguras y fiscalicen el espacio, la situación es un poco más compleja de lo que se piensa. Esto a razón de que aún no se sabe a ciencia cierta todo el campo tecnológico que abarca las monedas virtuales, y lo que genera que a un nivel internacional aún no exista un consenso respecto a su regulación.

Sin embargo, a pesar de lo expuesto, opino que su regulación deviene importante pues una correcta legislación de este sector virtual económico, evitaría situaciones de prácticas nocivas, y daría a los usuarios una mayor seguridad jurídica y una correcta protección de sus derechos.

Camila Alexandra Granda Campos
Dirección: Eventos

Considero que las criptomonedas deberían ser reguladas de manera específica, ya que el uso incorrecto de la tecnología virtual pone en riesgo a los usuarios. Se debería establecer un control por parte de las autoridades para así garantizar el correcto funcionamiento de las monedas virtuales en general. Las criptomonedas están alcanzando un alto grado de popularidad a nivel internacional, por lo cual debemos contar con supervisores y reguladores financieros para que el funcionamiento sea óptimo.

Actualmente, las cifras de transacciones con criptomonedas representan un pequeño porcentaje del sistema de pago. Sin embargo, cada vez son más frecuentes porque la tecnología avanza a grandes pasos y es tarea del ámbito legal tratar de cubrir un marco normativo. Las autoridades deben garantizar una protección al usuario imponiendo límites y promoviendo transparencia en el campo financiero.

Finalmente, considero que su regulación incrementa la seguridad jurídica, ya que, si nos enfrentamos a una desconfianza pública con respecto a las criptomonedas, se podría generar una desconfianza hacia el sistema financiero en general y los organismos que lo regulan. Por lo cual, aunque las criptomonedas no generen riesgos, es menester mantenernos vigilantes y realizar un seguimiento ante posibles amenazas.

Belén Aguinaga Morales
Dirección: Edición

En los hombres, a lo largo del tiempo, ha despertado una necesidad de intercambio que ha sido atenuada por la moneda. Esta se distingue por la cultura y la época pasando desde el cacao en la mitología azteca hasta las criptomonedas producto de la revolución digital del siglo XXI.

Para diversos autores, las criptomonedas no pueden considerarse monedas legales, porque carecen de valor de reserva, como curso legal y no dependen de ninguna institución reconocida por el estado para su emisión. Sin embargo, en la realidad, son utilizadas para el intercambio de bienes y servicios. Así pues, en el derecho comparado, se ha iniciado el proceso de identificación. Por ejemplo, Alemania y Japón le otorgaron el estatus de moneda privada al bitcoin permitiendo gravar las transacciones donde se emplean. Más impresionante, todavía, es la situación de El Salvador que, el 7 de septiembre de 2021, adoptó al bitcoin como moneda de curso legal seguido por la República Centroafricana a finales de abril del presente año.

En definitiva, si el Derecho necesita a la sociedad y esta, a su vez, requiere normas para subsistir, es necesario reducir, progresivamente, situaciones alegales para una mayor seguridad jurídica.

Gabriela Mariel Auqui Alvarez
Dirección: Economía y Finanzas

Considero que las criptomonedas sí deberían tener supervisión por los ordenamientos jurídicos, pero sin desaprovechar sus cualidades como divisa descentralizada. La digitalización de las monedas en Perú con el tiempo es innegable debido a que sus miles de usuarios han encontrado en ellas un tipo de libertad financiera sostenible. En ese sentido, si bien la naturaleza de las criptomonedas es ajena a los activos que el ordenamiento actual regula, se debe encontrar los medios necesarios para lograr dicho objetivo, puesto que el derecho debe ir desarrollándose conjunto a las necesidades de la sociedad como mecanismo regulador y controlador.

Asimismo, las criptomonedas deben ser supervisadas dentro de un marco normativo en un corto plazo, ya que al no tener regulación actualmente dejan un vacío usado como medio de intercambio de activos ilícitos de sospechosa procedencia, puesto su esencia descentralizada brinda a sus usuarios la capacidad de transferir activos a cualquier parte del mundo sin ninguna restricción al no estar sujetos a una supervisión del tiempo, ubicación o dependencia del tipo de usuario y destinatario.

Darak Fernanda Ricalde Guerrero
Dirección: Edición

Países como Rusia, Estados Unidos o El Salvador están tomando acción en la regulación de las criptomonedas. De esta manera, el debate por su regulación es cada vez más sustancioso. En sí, considerando que el derecho y la sociedad tienen una dinamicidad innegable, se ve ineludible la llegada de una regulación. En esta línea, la regulación de las criptomonedas tiene aristas importantes que deben ser analizadas cuidadosamente, ya que una reglamentación ineficiente puede resultar aún peor que la falta de ella. Dentro de estas aristas, se debe considerar su esencia volátil, descentralizada e internacional en busca de lograr la protección del consumidor y la fiscalización por parte de entidades, sin desmotivar las ventajas de las mismas. Por lo cual, su regulación sí podría incrementar la seguridad jurídica

de las criptomonedas y ser sostenible en el tiempo siempre que se realice un eficiente análisis económico del derecho, haciendo uso de la economía del comportamiento para determinar claramente cuáles serían los incentivos que ponga el marco normativo para que el accionar de las personas vaya en dirección contraria al lavado de activos, evasión tributaria, financiamiento al terrorismo y operaciones ilegales.

Diego Luis Delgado Garcia
Dirección: Edición

Si bien debemos enfatizar que las criptomonedas se han convertido en los últimos años en una forma más rápida por donde se conducen los negocios internacionales, estamos también frente a un tema tan generalizado como riesgoso, pues al no encontrarse regulado por diversas esferas internacionales como nacionales, estamos ante una serie de peligros. Por ello, considero necesario la intervención de la BCR u otras instituciones complementarias para plantear e intervenir con una política de supervisión. Todo esto, contaría con un doble aspecto positivo, pues, por un lado, se estaría haciendo menos grave, expuesta o perjudicial la participación en dicho mercado; y, por otro lado, se estarían abriendo nuevos caminos de la modernidad en vista a la tan inevitable globalización en la cual nos encontramos inmersos.

Fernanda Custodio Bravo
Dirección: Recursos Humanos

Para un significativo progreso en el país, no solo se necesita proponer herramientas como el uso de criptomonedas para transacciones financieras, sino que, también es necesario la confluencia de una adecuada regulación de estas por parte del Gobierno. Tal como señala Krugman en su columna publicada en The New York Times, en la mayoría de los casos el uso de los bitcoins tiende a ser popular para realizar estafas u operaciones de lavado de dinero. Estas expresiones de alarma por su utilización desviada, tiende a fomentar prácticas delictivas de fraude o de adquisición, transferencia, ocultamiento o tenencia de activos de origen ilegal. Por lo que, si se mantiene la creciente popularidad del uso de criptomonedas, es probable que los gobiernos opten por subsanar los vacíos legales. Queda entonces pensar si realmente la falta de regulación aleje a los inversionistas, pues tal vez si fuesen reguladas dejarían de ser tan atractivas en el mercado. Actualmente, son pocas empresas las que aceptan el pago con criptomonedas, sin embargo, con la proliferación de las mismas son cada vez mayores los servicios y bienes que podemos recibir ya no solo por privados sino por compañías. Esto es un indicativo de que, si bien aún queda mucho por mejorar, regular y legislar, las criptomonedas serán un actor muy importante en la economía en los años venideros.

Eva Yacher Salcedo
Dirección: Edición

Personalmente, considero que sí debe existir una supervisión de las criptomonedas. Esto principalmente porque muchas veces estas son utilizadas para actividades ilegales, precisamente por el hecho de que son anónimas; es decir, el estado o el posible ente regulador no tiene manera de saber a quién pertenecen, ni de donde provienen. Entonces, tomando este factor en cuenta y teniendo presente que nuestro país es una de las 20 economías que aceptan los activos digitales, creo que más que un hecho de desarrollo puede verse como una señal de alerta. Considero que las criptomonedas en el Perú deben encontrarse reguladas y sí deben estar supervisadas; en esta línea, lo más adecuado me parece que

el Estado Peruano vaya en la misma línea que la Unión Europea, en este caso. Existe actualmente una discusión en la U.E. que se trata de la reglamentación de las cripto monedas; se planteó prohibir su uso (como en China), pero luego de un debate se ha llegado a planteamientos más neutrales para ambas partes, y el aspecto principal que logran obtener es el de eliminar el anonimato dentro de ellas. Este último punto, considero, es fundamental dentro de la regulación de las mismas en nuestro país.

Ariana Carrasco Zamora
Dirección: Edición

Considero que las criptomonedas sí deben ser reguladas en nuestro ordenamiento jurídico, ya que esto otorgará a las personas mayor protección legal y así los posibles usuarios se sentirán mucho más seguros de emplear este tipo de moneda, porque existirán mecanismos que avalen sus operaciones a futuro y sus ahorros. Asimismo, pienso que darle un respaldo no hará que se pierda la esencia de esta divisa digital, puesto que algunas de las principales características de estas monedas son su practicidad, garantizar su titularidad y fortalecer la integridad de las transacciones, por ello estimo que no perdería razón de ser, más bien apoyaría a que su esencia continue. Del mismo modo que ocurre con las monedas convencionales, el tener el respaldo de un banco permitiría que se tenga una mayor supervisión de las monedas que se emplean en un país; así se evitarían posibles delitos y faltas como lavado de dinero, corrupción y evasión de impuestos, y ello ayudaría a nuestra economía, por lo que las divisas digitales no se volverían insostenibles en el tiempo.

Mario Vela del Valle
Dirección: Edición

La problemática que envuelve a las criptomonedas radica en su naturaleza misma. No pueden ser reguladas por instituciones financieras porque en teoría no son divisas. En la teoría económica se estima que para que una moneda sea considerada como tal debe contar con cuatro características esenciales; entre ellas la divisibilidad, facilidad de transporte, aceptación por parte de los consumidores, etc. Las criptomonedas no cumplen con ninguna de las características propuestas en la teoría económica. La normativa nacional o internacional que pueda surgir no va a alterar la naturaleza de las monedas digitales, que en esencia es cambiante y no genera ningún respaldo real.

Danitza Yulisa Tonconi Mamani
Dirección: Edición

Debemos de tener en cuenta los posibles puntos desfavorables frente a una posible regulación de las Criptomonedas en el Perú, puesto que podrían utilizarse como medio para lavado de activos, evasión y/o actividades ilícitas. Cabe resaltar, las criptomonedas deben cumplir tres roles al igual que el dinero, que son: medio de pago, unidad de cuenta y depósito de valor. Asimismo, algunas de las funciones de las antes referidas tienen como objeto intercambiar, establecer el precio (valor) de los bienes y servicios. Finalmente, lo antes mencionado es sumamente relevante para poder acceder tanto al respaldo de los Bancos Centrales como la sostenibilidad de las Criptomonedas.

Milagros Alexandra Callo Atapaucar
Dirección: Eventos

Las criptomonedas son activos digitales que significan un gran riesgo en distintos ámbitos de superficie nacional e internacional debido a su falta de regulación. Asimismo, estos no tienen la condición de moneda de curso legal ni poseen respaldo por bancos centrales ya que no cumplen plenamente las

funciones del dinero como medio de cambio, unidad de cuenta y reserva de valor.

Si bien pareciera que la existencia de cibermonedas podría significar a futuro un desarrollo del sistema financiero, existen riesgos que lo complican y se muestran como ejemplo el día de hoy. Además, según señala la Comisión Nacional del Mercado de Valores, los peligros que conlleva invertir en criptomonedas son numerosos por la inexistencia de una regulación.

De tal manera, no es descabellado asegurar la futura necesidad imperativa de una regulación adecuada, de lo contrario estaremos frente a diversos riesgos en materia de protección al consumidor o incluso lavado de dinero. En definitiva, debe existir con urgencia un marco para la custodia e intercambio de los criptoactivos, ya que el riesgo de que el mundo cripto se desarrolle fuera de las fronteras de la regulación es cada vez más una realidad.

Kelly Daniela Miranda Arones
Dirección: Edición

Las criptomonedas se caracterizan por su falta de regulación y ausencia de intermediarios para realizar sus operaciones de manera instantánea; por ello, es un activo que genera bajos costes de transacción. No obstante, a pesar de este beneficio no se puede soslayar los riesgos que sus mismas características generan como el lavado de activos, la evasión tributaria y otras actividades ilegales que perjudican a un país. En ese sentido, a pesar de que una posible regulación de las criptomonedas desnaturalizaría su razón de ser e incluso reduciría la cantidad de inversionistas, haciendo un análisis coste-beneficio es necesario regular a esta moneda porque otorgará seguridad jurídica a las partes gracias al conocimiento de procedimientos de las transacciones, controles adecuados y vehículos legales que permitan que el comercio con las monedas virtuales sea más fluido. De esa forma, gracias a la regulación y/o supervisión de esta moneda aumentará la seguridad jurídica de los clientes e inversionistas, pero como todo, cuesta; por ello, el aumento de los costos de transacción sería inevitable, pero es una consecuencia razonable que incluso preservaría el uso del activo en el transcurso del tiempo.

Sebastian Arboleda Romero
Dirección: Economía y Finanzas

El uso e inversión en las nuevas divisas digitales sigue en aumento y nuestro país no es ajeno a esta tendencia. Este incremento de usuarios de los mencionados activos digitales ha traído la preocupación de diversas entidades financieras nacionales debido a los posibles delitos que pueden cometerse por la falta de regulación y control del uso de las criptomonedas, tales como el lavado de activos o delitos tributarios.

Es así que, teniendo en cuenta que el Derecho regula realidades, considero que es de carácter urgente la creación de normativa aplicable que atienda al incremento del uso e inversión en las criptomonedas. No obstante, la normativa sugerida tiene que atender a la naturaleza misma de las criptomonedas, la cual está relacionada a la inmediatez de las transacciones y bajos costos de comisión, por lo que un primer paso para lograr un control efectivo de estos activos digitales sería la creación de mecanismos de control poco invasivos a los usuarios, tales como registros que permitan la contabilidad de los beneficios generados, a fin de evitar la comisión de delitos económicos que atenten contra nuestro país.

Linda Carmen Rosa Pino Grández
Dirección: Recursos Humanos

Respecto al respaldo legal y a la supervisión, considero que estos son sumamente necesarios, debido a que con el paso del tiempo las criptomonedas se han vuelto más comunes y muchas personas deciden invertir en ellas. Es importante tener en cuenta que las criptomonedas actualmente no se encuentran reguladas, lo que permite que las personas puedan realizar ciertos delitos, como los fraudes y que no haya una estabilidad definida. Es por esto que, a fin de potenciar sus beneficios y llenar los vacíos legales actuales, se deberían plantear leyes que las regulen y aseguren su uso. A su vez, al encontrarse respaldadas por los bancos centrales generarían que estas mantengan cierta estabilidad y así se evitaría que sufran de grandes caídas en sus precios; esto podría ocasionar que más personas inviertan en ellas, ya que las considerarían como una inversión más segura.

Verioska Delgado Beizaga
Dirección: Edición

Los beneficios que muestran las criptomonedas se deben, en gran parte, a que no están reguladas por un organismo público. No obstante, no podemos ignorar que, aunque es una alternativa eficiente para el intercambio de bienes o servicios por su descentralización, gran liquidez y flexibilidad, afecta a la economía mundial y aquellas instituciones como los bancos centrales que se encargan de estabilizar los precios, controlando la oferta monetaria. En ese sentido, si bien su sistema ya cuenta con varios mecanismos para garantizar la seguridad de sus transacciones y estas permiten un ahorro de costos, las criptomonedas también generan nuevos y atípicos riesgos, por lo que resulta urgente su institucionalización con un régimen de licencia de actividad innovador, que no se extralimite de lo justo y necesario para brindarle seguridad jurídica y, así, no menoscabe sus ventajas. Ante el exponencial incremento de su uso, un retraso en la inclusión de las criptomonedas en el sistema de monedas oficiales podría traer como consecuencia un colapso que tenga una repercusión importante sobre la inflación. En efecto, aunque el dinero tradicional no dista de recaer en este problema, es innegable que las criptomonedas son las divisas del futuro y requieren de un marco normativo.

Sandy Mirella Orostegui Cabello
Dirección: Eventos

Pese a que las criptomonedas no parecen cumplir con las funciones del dinero tales como reserva de valor, medio de pago o unidad de cuenta, sí pueden servir para adquirir, por ejemplo, bienes muebles o inmuebles. Sin embargo, el uso de estos activos digitales no regulados tiene como característica atractiva la no generación de sobrecostos en sus transacciones; adicional a ello, la internacionalización y el no respaldo o emisión por alguna entidad bancaria contribuyen a la imposibilidad de un rastreo de operaciones.

Considero que debe permitirse la existencia de una regulación jurídica no invasiva a la utilización de estos activos digitales, pues no se debe consentir un vacío absoluto ante consecuencias de carácter jurídico tales como la evasión tributaria, el lavado de activos y otras actividades ilegales. Sin embargo, hago un especial énfasis en que esta posible regulación debe permitir que, en mayor medida, las criptomonedas puedan seguir cumpliendo el objetivo para el que fueron creadas, evitando así una desnaturalización y logrando una pérdida mínima de sus cualidades. En consecuencia, es necesario obtener seguridad jurídica de estos activos

digitales para posibilitar su rol con arreglo a la normatividad de cada país, sin que ello signifique la deformación de esta figura.

Sofía Rosa López La Rosa
Dirección: Economía y Finanzas

Las criptomonedas tuvieron su auge desde la crisis del 2008, aumentando su popularidad los últimos años; sin embargo, presentan desventajas significativas, tales como la alta volatilidad, operaciones fraudulentas, uso en lavado de activos y financiamiento al terrorismo, etc.; que han sido analizadas por diversos Organismos Financieros Internacionales tales como el Banco Mundial, la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, entre otros. Asimismo, si bien existen países que autorizan su uso, hay otros, tales como China o Bolivia, que las prohíben.

Considero que sí deberían ser reguladas por las desventajas que presentan, las cuales, analizadas a nivel macroeconómico, podrían afectar a la nación, especialmente en momentos de crisis política, pues no solamente se presentaría una crisis económica, sino también social, que agravaría la situación. De igual manera, considero que su regulación sí afectaría su origen, por lo que se podría optar por la creación de monedas virtuales, emitidas por los Bancos Centrales de los países, las cuales serán respaldadas por el gobierno, como se presenta en otros estados.

Rodolfo André García Mori
Dirección: Secretaría General

Las criptomonedas son exclusivas, limitadas y son de interés general, de ahí que sean valiosas. Así pues, encuentran su esencia en la tecnología blockchain que las soporta y en el valor que la sociedad les da, por lo que su regulación o no es irrelevante cuando se habla de su "esencia". Ahora bien, respecto a respaldo legal y seguridad jurídica, opino que sí sería conveniente introducir este nuevo concepto a nuestra legislación de forma que se reconozca a estas divisas como medios válidos para la adquisición de bienes y en la creación de riqueza, esto sustentado en la credibilidad que la sociedad le asigna, no muy diferente a las actuales divisas FIAT. Esta novedosa tecnología abre un mundo de posibilidades en la dimensión digital de la vida de las personas introduciendo nuevos mercados como los NFTs o el Metaverse, este último siendo producto de la reconocida empresa de tecnología Meta/Facebook. La realidad no se adapta a la legislación, la legislación se debe adaptar a la realidad y definitivamente en nuestro país debe ser de interés por la magnitud de su uso que se evidencia en encuestas de nivel mundial, como la ya mencionada.

Elio Martin Monteza Pino
Dirección: Eventos

Las criptomonedas, así como los NFT, son las novedades en lo que va de los últimos años. Si bien estas nos permiten realizar operaciones de traspaso y adquisición de activos de forma rápida y digital, siguen siendo un grupo pequeño que se basa en la especulación y que pueden recaer de forma rápida en la fluctuación de los precios (como la caída del Bitcoin en junio de este año). Las cripto agilizan el trámite de traspasos de activos, sin necesidad de un intermediario y evitan que este pueda ser copiado y manipulado por terceros. La regulación e intervención del Estado sobre las criptomonedas es algo inevitable, ya que es de interés para los ordenamientos jurídicos, sin embargo, considero que no es el momento adecuado para intervenir de esa forma. Esto se debe a que debemos primero dejar que el uso de criptomonedas se establezca de forma adecuada dentro de nuestro país, y ver cómo se va desarrollando con el paso del tiempo. Esto nos permitirá estudiar el panorama y evitar que se comentan errores que perjudiquen no solo al Estado, sino también a este nuevo método popular de inversión en activos digitales.

Luis Fernando Yaringaño Rebaza
Dirección: Secretaría General

El uso y creación de criptomonedas se ha expandido en los últimos años; están basadas en la tecnología del blockchain que sumada a la criptografía hacen que sean muy seguras, evitando que sean falsificadas. Actualmente son un activo financiero no regulado y no reconocido como moneda, ya que no es emitida por ningún país ni cuenta con el respaldo de un Banco Central.

En este sentido, considero que las criptomonedas no deben ser reguladas en cuanto a su creación debido a su naturaleza ausente de regulación Estatal, moderada por la oferta y demanda, que si bien hace que sean volátiles reducen la cantidad de intermediarios y hacen más eficiente el intercambio. Asimismo, estos activos no son de obligatorio uso por lo que las personas cuentan con autonomía de la voluntad para decidir usarlas o no. No obstante, como es conocido, muchas veces se usaron estos activos no regulados para lavar dinero o financiar grupos terroristas; por ello, es oportuno que los Estados implementen regulación y control respecto al uso de las criptomonedas, para saber quiénes las utilizan y para qué fines, pues de lo contrario se deja una herramienta a aquellos que puedan hacer mal uso de ellas.

CORPUS IURIS 11 | Revista de Derecho