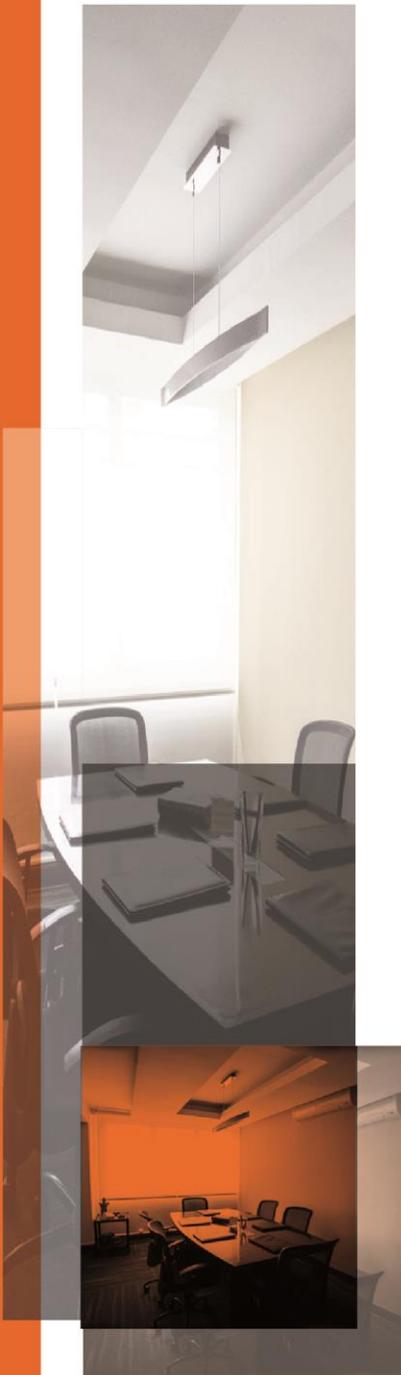




CARO & ASOCIADOS
Especialistas en Derecho Penal Económico y de la Empresa

La responsabilidad penal de los directores por el planeamiento tributario y su ejecución

Prof. Dr. Dino Carlos Caro Coria
Socio Fundador de Caro & Asociados, Profesor de
Derecho Penal y Compliance en la Universidad del
Pacífico y en la Universidad de Lima



I. LA CLÁUSULA ANTIELUSIÓN (CÓDIGO TRIBUTARIO)

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

- Si la elusión es lícita, ¿por qué se necesita una cláusula antielusión? (¿mejor antievasión o antifraude?).
- Vigencia suspendida (pfs. 2-5) hasta su reglamentación por el MEF (art. 8 de la Ley N° 30230).

II. EL DELITO DE FRAUDE TRIBUTARIO Y NORMA XVI

- La poca relevancia penal de la diferencia entre elusión y evasión.
- Sujeción al principio de legalidad penal: art. 1 del D.Leg. 813.
- No se necesita una Norma XVI para calificar el hecho como delito.
- Medio típico fraudulento: “Artificio, astucia, engaño, ardid u otra forma fraudulenta”. Mucho más que una Norma XVI.

III. REGLAS DE AUTORÍA (NO FUENTE O VEJUNA)

- Accionista.
- Directorio (competencias: decisión/ejecución).
- Gerencia y cadena de mando (delegación/competencias).
- La persona jurídica. Tercero civil, parte pasiva (art. 11 del D.Leg. N° 813: consecuencias accesorias).
- **Tax Compliance** o Compliance Tributario.

Sistemas de gestión de *compliance* tributario

Requisitos con orientación para su uso

Esta norma ha sido elaborada por el comité técnico CTN 165 *Ética, gobernanza y responsabilidad social de las organizaciones*, cuya secretaría desempeña UNE.

IV. LA NUEVA POSICIÓN DE GARANTE DEL DIRECTORIO

DECRETO LEGISLATIVO N° 1422 (13.9.18)

TERCERA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL

“Tratándose de sociedades que tengan directorio, corresponde a este órgano societario definir la ESTRATEGIA TRIBUTARIA de la sociedad debiendo decidir sobre la aprobación o no de actos, situaciones o relaciones económicas a realizarse en el marco de la PLANIFICACIÓN FISCAL. Esta facultad es indelegable.”

DECRETO LEGISLATIVO N° 1422 (13.9.18) DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA TRANSITORIA ÚNICA

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

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

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

CÓDIGO TRIBUTARIO

Artículo 16. REPRESENTANTES - RESPONSABLES SOLIDARIOS

“Se considera que existe *dolo, negligencia grave o abuso de facultades*, salvo prueba en contrario, cuando el deudor tributario: (...)

13. Sea sujeto de la aplicación de los párrafos segundo al quinto de la Norma XVI del Título Preliminar. La responsabilidad se atribuye a los representantes legales siempre que hayan *colaborado con el diseño o la aprobación o la ejecución* de actos, situaciones o relaciones económicas previstas en los párrafos segundo al quinto de la Norma XVI”.

V. IMPACTO PENAL DE LA REGULACIÓN TRIBUTARIA

- Ser Director no es un delito. No existe responsabilidad objetiva (art. VII del CP).
- No se acepta la presunción de dolo (la culpa es atípica).
- Deber de garante del director impuesto por ley. Se exige la efectiva asunción del cargo de director
- ¿Estrategia vs. Planificación?

- **Competencia 1.0**: Definir la **estrategia tributaria**.
- **Competencia 2.0**: Decidir la aprobación o no de actos, situaciones o relaciones económicas producto de la **planificación fiscal**.
- **Competencia 2.1**: **evaluar, ratificar o modificar** hasta el 29.3.19 los actos, situaciones y relaciones económicas realizados en el marco de la planificación fiscal que sigan teniendo efectos.

VI. RECONOCIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD POR COMPETENCIAS (TRIBUTARIAS)



PERMAN

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL

CASACIÓN 455-2017
PASCO

Sumilla. Infracción del deber en delitos contra el medio ambiente

Frente al debate de las teorías comúnmente esgrimidas en el ámbito de la autoría y participación –i) dominio del hecho e ii) infracción del deber–, en lo que respecta al delito de contaminación del medio ambiente, por tratarse de un delito complejo en virtud de su singular estructura e implicancia material –importa una ley penal en blanco que inevitablemente remite al derecho administrativo–, es viable optar por la teoría de la infracción del deber, el cual se conceptualiza –en términos amplios– como la competencia de un agente que le viene otorgada por una norma jurídica para desenvolverse dentro de un espacio institucional –verbigracia: una compañía minera–.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, diecinueve de junio de dos mil dieciocho

VII. RECONOCIMIENTO DEL CRIMINAL COMPLIANCE



CONTENIDO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA **SALA PENAL PERMANENTE**

RECURSO CASACIÓN N.º 864-2017/NACIONAL
PONENTE: CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

La Incautación cautelar y sus presupuestos

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, veintiuno de mayo de dos mil dieciocho

Noveno Considerando

utilice su organización para favorecerlo o encubrirlo –es decir, como apunta GRACIA MARTÍN, el fundamento de las medidas contra las personas jurídicas (artículo 105 del Código Penal y fijadas en el rubro de las “consecuencias accesorias del delito”, que no de la pena) es tal estado de desorganización que ha propiciado y favorecido la comisión del hecho por la persona física relacionada con aquella, y la relación existente entre ambas personas, y finalidad es la neutralizar o disminuir en lo posible tal peligrosidad objetiva como medio de prevención de la comisión futura de nuevos hechos punible–.

negocio jurídico realizado bajo la pauta de un “defecto de organización”. Es decir, si se incorporó al patrimonio de la empresa un bien que se sabía que era delictivo o que, por la forma y circunstancias de su adquisición, estaba en condiciones de advertir su origen delictivo, todo lo cual fue posible porque la persona jurídica no tenía incorporado mecanismos internos de control, protocolos de seguridad en el ámbito de sus negocios con terceros o modelos de prevención adecuados e idóneos.

La determinación de tal defecto de organización se examina a partir de la existencia de estos programas –si legalmente están impuestos, como en el caso de las disposiciones sobre responsabilidad administrativa de personas jurídicas (Ley número 30424, de veintiuno de abril de dos mil dieciséis, y Decreto Legislativo número 1352, de siete de enero de dos mil diecisiete)–. En todo caso,

5 Liderazgo

5.1 Liderazgo y compromiso

El liderazgo dentro de la organización (3.22) debe desempeñar un papel fundamental en el diseño, implementación, mantenimiento y mejora continua (3.17) del sistema de gestión de *compliance* tributario (3.34).

5.1.1 Órgano de gobierno

Cuando la organización cuente con un órgano de gobierno (3.24) este debe demostrar su liderazgo y compromiso en relación con el sistema de gestión de *compliance* tributario (3.34). A tal fin, debe:

- b) Aprobar la política de *compliance* tributario (3.27) de la organización (3.22).
- c) Asegurar que la estrategia de la organización (3.22) y su política de *compliance* tributario (3.27) se encuentren alineadas.
- d) Establecer, implementar, mantener y mejorar continuamente (3.17), un sistema de gestión de *compliance* tributario (3.34) idóneo para prevenir, detectar, gestionar y mitigar (3.19) riesgos tributarios (3.32).

5.1.2 Alta dirección

La alta dirección (3.2) debe demostrar liderazgo y compromiso con respecto al sistema de gestión de *compliance* tributario (3.34) de la organización (3.22). Para ello y en el ejercicio de sus funciones ejecutivas, debe:

- a) Garantizar que el sistema de gestión de *compliance* tributario (3.34) se implemente de forma adecuada y con la finalidad de conseguir los objetivos (3.21) en coherencia con la política de *compliance* (3.27), para afrontar, de manera eficaz (3.13), los riesgos tributarios (3.32) de la organización (3.22).
- d) Cumplir y hacer cumplir, tanto interna como externamente, la política de *compliance* tributario (3.27).

VIII. Recomendaciones

- Resguardar las posiciones estratégicas de gestión: directores, gerentes (el fin educativo de la Fiscalía).
- Implementar un sistema de tax compliance (no es pararrayos).
- Delimitación de responsabilidad tributaria:
 - (i) Definir “planificación” y “estrategia” tributaria y delimitar las competencias.
 - (ii) Organigrama. Directorio, Gerencia (legal, auditoría interna, financiera, contable), Asesores externos (auditor, legal).

- (i) Manual de Organización y funciones.
 - (ii) Ficha de puestos (*job description*).
 - (iii) Contrato de trabajo.
 - (iv) Testigos.

- Fecha cierta.

- Coherencia: RRHH, Legal, Compliance.

- Blindar la planificación y estrategia tributaria con auditorías e informes legales: ***principio de Confianza/"error de tipo"***.



CARO & ASOCIADOS

Especialistas en Derecho Penal Económico y de la Empresa

Contacto



www.ccfirma.com

Av. Víctor Andrés Belaunde N°370
San Isidro, Lima 27
Perú

