

**AYUDAMEMORIA SOBRE EL DICTAMEN DE  
LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN  
EL DECRETO LEGISLATIVO 939 QUE ESTABLECE  
Y CREA EL IMPUESTO A LAS TRANSACCIONES FINANCIERAS**

**Introducción**

Mediante Ley N° 28079, el Congreso de la República delegó facultades legislativas en el Poder Ejecutivo sobre materias tributarias, entre ellas para “*Establecer disposiciones que permitan formalizar las operaciones económicas con participación de las Empresas del Sistema Financiero para mejorar los sistemas de fiscalización y detección del fraude tributario y gravar determinadas transacciones realizadas a través de las citadas empresas*”. A su amparo, el Poder Ejecutivo emitió el Decreto Legislativo N° 939, entre otros, denominado “*Medidas para la Lucha contra la Evasión y la Informalidad*”, que cuenta con tres capítulos y un apéndice y que tiene dos partes:

- a) La obligación de utilizar determinados medios de pagos a través del sistema financiero a partir de un monto de dinero, bajo sanción tributaria de pérdida del derecho a deducir gastos, costos o créditos, así como a la devolución o al reintegro tributario de no hacerlo. Se establece también la obligación de jueces de paz, notarios y funcionarios de registros públicos de verificar las cláusulas contractuales señalando el medio de pago utilizado o su ausencia.
- b) La creación del Impuesto a las Transacciones Financieras para, según el título del Capítulo III, “*luchar contra la evasión y ampliar la base tributaria*”, impuesto de carácter temporal, pues sólo regirá hasta diciembre del 2006, y que grava una serie de operaciones financieras. Las operaciones financieras exoneradas, un total de 23, se encuentran expresamente establecidas en el apéndice de la ley.

Posteriormente, el Poder Ejecutivo modificó dicha norma a través de los Decretos Legislativos N° 946 y N° 947. Se modificaron los artículos 2°, literal b); 3°, tercer párrafo; 5°, 6°, incorporación de párrafo; 8°, quinto párrafo; 9°, 11°, segundo párrafo; 12°; 13°, incisos b) y c); 14°, numerales 14.1, 14.3 y 14.4; 15°, incisos a) y b) del primer párrafo y el segundo y tercer párrafo; artículo 20°, numeral 20.1; y Apéndice, incisos c), f), g), s), u) y v), así como su último párrafo; 20°. Se incorporaron los artículos 11°-A, 15°-A y la tercera y cuarta disposición final.

Conforme al artículo 90° del Reglamento del Congreso de la República, la Comisión de Constitución y Reglamento presentó dictamen sobre este decreto legislativo, habiéndose emitido uno en mayoría, por la inconstitucionalidad de la norma, y por ende su derogación, y otro en minoría, por la constitucionalidad de la norma.

**Dictamen en mayoría por la Inconstitucionalidad**

Según dicho dictamen, el Decreto Legislativo tiene los siguientes cuestionamientos de orden constitucional:

- a) Se transgrede el artículo 2°, inciso 14, constitucional, sobre libre contratación, pues se obliga al ciudadano a utilizar los servicios del sistema financiero.

- b) Se transgrede el artículo 62° constitucional, que consagra la autonomía de la voluntad, y se atenta contra los contratos previamente suscritos. No puede modificarse la configuración contractual, cuando se ha pactado una forma o medio de pago distinta de manera previa, además de ser violatorio del principio de irretroactividad de la ley, conforme al artículo 103° constitucional.
- c) Se transgrede el artículo 2°, inciso 5, constitucional, sobre secreto bancario, pues el artículo 15° obliga a las entidades financieras a informar a la SUNAT sobre las cuentas y operaciones realizadas por los contribuyentes.
- d) Se colisiona con el artículo 74° constitucional, pues el tributo es confiscatorio, en tanto no se grava ni la generación de riqueza, ni el patrimonio, ni la transferencia de bienes ni la prestación de servicios, sino sólo el movimiento de dinero o las operaciones dentro del sistema financiero, sin considerar la real capacidad del contribuyente. Además, al retirar los beneficios tributarios significa que tributara más por impuesto a la renta.
- e) Se viola los artículos 101° y 104° constitucional, pues mediante este decreto legislativo se regula materias que son de reserva de leyes orgánicas y que por tanto no pueden ser delegadas. A saber, se señala los casos de i) el tercer párrafo del artículo 5, que impone a la Superintendencia de Banca y Seguro la obligación de publicar los medios de pago, lo que es una atribución que debe estar en su ley orgánica; ii) Se relativiza el artículo 43° de la Ley orgánica del Banco Central de Reserva, que establece que los billetes y monedas son de aceptación forzosa; iii) el artículo 7° de la norma establece obligaciones de los jueces de paz, verificar la existencia de la cláusula sobre medios de pago en escrituras y otros documentos, que deben estar en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

### **Dictamen en minoría por la Constitucionalidad**

Según este dictamen el Decreto Legislativo 939 es conforme a la Constitución por las siguientes consideraciones:

- a) Se respeta el derecho a la libre contratación

La bancarización se refiere al uso de medios de pago como medida de fiscalización y no guarda relación con la libertad de las personas de celebrar contratos o desarrollar actividades productivas. Los depósitos bancarios sobre los que se pueden extender cheques son considerados como dinero, pues son también medios de pago generalmente aceptados. La obligación de utilizar medios de pagos se ajusta al numeral 13 del artículo 1° de la Ley 28079.

El derecho a la libre contratación no es ilimitado, pues debe ejercerse en el marco legal de respeto al interés social, público o ético, conforme al artículo 1355° del Código Civil. Es evidente que el objetivo de reducir la informalidad económica es el interés público de controlar y verificar los gastos costos o créditos de los contribuyentes.

- b) Se respeta la voluntad de las partes contratantes

La obligación de utilizar el sistema financiero para realizar pagos no conlleva una variación de la forma, plazo y condiciones establecidas en los contratos celebrados por las partes. Sólo se desconoce los efectos tributarios de las operaciones económicas realizadas por medios distintos a los establecidos en la ley.

El artículo III del Título Preliminar del Código Civil establece que la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y que no tiene efectos retroactivos, salvo las excepciones establecidas en la Constitución, por lo que la norma bajo estudio se aplique a las consecuencias de los contratos celebrados con anterioridad a su vigencia no importa aplicación retroactiva.

c) No se vulnera el secreto bancario

La Constitución no precisa que información está comprendida dentro del término “secreto bancario”. El artículo 140° de la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, prohíbe a las empresas financieras suministrar información sobre las “operaciones pasivas” de sus clientes, sin definir dicho término, aún cuando puede entenderse que el mismo está referido a todo tipo de depósito conforme a la Circular N° B-1995-97-SBS, del 26 de setiembre de 1997.

La información que las entidades financieras deben presentar a la SUNAT no tiene por objeto conocer el detalle de cada transacción del contribuyente sino únicamente los montos acumulados de débitos y créditos que son indispensables para determinar el impuesto y verificar su correcto cumplimiento.

Conforme al Decreto Legislativo 947, que incluye el artículo 15-A que la información que deben presentar las entidades financieras no incluye información sobre el número de cuenta del contribuyente.

d) No es un impuesto confiscatorio

La doctrina tributaria admite que ciertos gastos sean desconocidos cuando puedan ser vehículos de evasión de utilidades, siendo frecuente en las legislaciones que se admita gastos que no tienen relación causal y se excluya otros que si bien teóricamente deben ser comprendidos, en la práctica se ha demostrado que requieren regulación especial, como son los gastos en el exterior o de propaganda, en los que la ley opta entre negar deductibilidad o condicionarla a prueba fehaciente.

La Ley del Impuesto a la renta señala que gastos no serán deducibles, algunos por no cumplir con el principio de causalidad (gastos personales), o por ser excesivos (comisiones mercantiles), o porque la ley le fija formas distintas de recuperación (depreciación) o por razones de control (documentos que no cumplen con requisitos mínimos para comprobantes de pago).

Un tributo deviene en confiscatorio cuando afecta desproporcionadamente la propiedad o la actividad económica o profesional del deudor tributario o le impida continuar con la misma. Un tributo con una alícuota de 0.15% no puede ser considerado confiscatorio.

e) No se modifica leyes orgánicas

El Decreto Legislativo N° 939 establece un nuevo marco jurídico al que se deben someter los nuevos contratos celebrados con posterioridad a su vigencia y a los efectos jurídicos de los celebrados previamente.

Todos los medios de pagos establecidos en dicha norma legal no son sino formas de hacer efectivo el pago de obligaciones, que deben expresarse en la unidad monetaria que las partes

hayan acordado, sin perjuicio de que invoquen el artículo 43 de la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva.

### **Comentarios**

Conforme a lo establecido en el artículo 104º, los decretos legislativos están sometidos en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley, siendo obligatorio dar cuenta al Congreso de la República. Una de las normas a las que está sometida la ley es a su conformidad con toda la Constitución.

Ahora bien, al proceder con la interpretación constitucional debe tomarse en consideración una serie de peculiaridades que este proceso tiene. La interpretación constitucional no puede realizarse con sujeción a formalismos jurídicos, ni a través de respuestas que supongan el sacrificio de una norma con respecto a otra. Los métodos de interpretación jurídica tradicionales –tales como el literal, histórico, sistemático o teleológico, quedan subordinados a otros principios y criterios de interpretación constitucional, como son:

- a) Unidad de la Constitución.- Plantea la relación y la interdependencia de los distintos elementos normativos con el conjunto y las decisiones fundamentales de la Constitución, debiendo identificarse los principios fundamentales de la parte dogmática, orgánica y económica de la Constitución.
- b) Concordancia práctica.- Debe haber coordinación entre los distintos bienes jurídicos constitucionales conservando su contenido esencial, cuando hay conflicto entre derechos o cuando haya limitación de derechos, a través de la ponderación, que se logra mediante el denominado test de razonabilidad que consiste en: i) examinar si la norma legal o un derecho tienen razones o motivos conformes a la constitución para limitar otro derecho; ii) verificar si hay relación medio – fin, objetiva y lógica, entre la restricción y el derecho; y, c) examinar la idoneidad o proporcionalidad de la medida restrictiva a los fines que persigue o al derecho que protege.
- c) Corrección funcional.- Debe respetarse las competencias de los poderes y organismos públicos, sin restringir sus funciones constitucionales.
- d) Eficacia integradora.- Debe mantenerse la unidad política de la Constitución, por lo que debe preferirse soluciones jurídico – políticas que promuevan la integración social y la unidad de este cuerpo normativo. Debe integrarse los valores de las minorías y mayorías, entendiendo que la Constitución expresa la diversidad de los intereses sociales, dentro de la unidad política.
- e) Fuerza normativa de la Constitución.- debe preferirse planteamientos que ayuden a mantener la máxima eficacia de las normas constitucionales, sean reglas, principios o normas programáticas.
- f) Interpretación conforme a la Constitución.- Señala que una ley no debe ser declarada inconstitucional si al menos una interpretación razonable –dentro de las múltiples posibles interpretaciones– es conforme a la Constitución. Este criterio ya ha sido utilizado por nuestro Tribunal Constitucional, cuando se pronunció sobre el delito de apología del terrorismo, en la demanda de inconstitucionalidad sobre el Decreto Ley 25745.

Y es que la Constitución tiene vocación de permanencia, esto es no puede ser modificada a voluntad y debe ir variando conforme a los cambios y mutaciones que sufre la realidad política y social de un país. Así, las limitaciones o restricciones sanitarias, de seguridad, etc. que el Estado pueda adoptar no constituyen per se una violación de la libertad de empresa, industria, profesión u oficio. El derecho a libre tránsito no puede ser óbice, por ejemplo, para la facultad constitucional de las municipalidades de regular el transporte público. En suma, sin perjuicio del principio de interpretación extensiva de la parte dogmática constitucional, no puede decirse a secas que una norma es per se inconstitucional por restringir un derecho, cuando esta restricción resulta razonable, proporcional y no constituye limitación total del derecho.

Por otro lado, debe tenerse presente que el Congreso de la República no tiene facultades de interpretación constitucional auténtica. La facultad que se le ha dado es la de interpretar las leyes. La determinación de la inconstitucionalidad de una ley, no es un acto de interpretación, sino de declaración, que la Constitución ha otorgado a un organismo constitucional autónomo, como es el Tribunal Constitucional.

Ahora bien los vicios de constitucionalidad de una norma pueden ser totales o parciales. Es total, cuando el mismo invalida a toda la norma, y es parcial, cuando la ley puede seguir existiendo, quedando sin eficacia sólo algunas de sus normas. En el caso del Decreto Legislativo tenemos ambas clases. Así la supuesta violación de la libertad de contratación y confiscatoriedad, constituyen ejemplos de la primera, pues la norma en su conjunto dejaría de tener razón de ser: la creación de un nuevo tributo. Mientras otras, como la violación de leyes orgánicas, sólo dejarían sin efectos las disposiciones de la norma que hagan referencia a tal violación.

Una de las objeciones que se hace es la violación a la libertad de contratación. Según el artículo 2º, inciso 14, es derecho fundamental “*contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público*”. Podemos ver que no se trata de un derecho absoluto. Sólo cabe, en primer término, si hay fin lícito; pero, además, aún esos casos, cuando no haya contravención de leyes de orden público. La norma además debe ser concordada con el artículo 103º, in fine, que prohíbe el amparo constitucional al abuso de derecho. Por lo que los contratos que abusen de las leyes también son inválidos, aunque la norma no lo diga expresamente.

Ejemplos de restricción contractual existen varios y de diversos modos. Una persona no puede realizar contratos con entidades fuera del sistema financiero. Acá hay una restricción por vía de impedir la existencia de una contraparte contratante. Así, fueron en su momento ilegales CLAE y REFISA. Acá, evidentemente la autonomía de la voluntad queda restringida totalmente al interés social.

La ley, en este caso el Código Civil, artículo 1988, establece que la ley puede obligar a contratar seguros. A su amparo y de otras normas legales, hoy existe el Seguro Obligatorio contra Accidentes de Tránsito – SOAT, que obliga a los conductores de vehículos a contratar seguros. Nadie puede decir razonablemente, que tal imposición legal, con expresa contravención de la libertad de contratación es inconstitucional. Y es que si adoptáramos una posición liberal de interpretación de la constitución, nadie tendría obligaciones para con las demás personas.

Se ha señalado por otro lado que el tributo creado es confiscatorio por sólo gravar el movimiento de dinero, no considerar la real capacidad del contribuyente y porque al eliminar los beneficios y exoneraciones, se tributa más impuesto a la renta.

La no confiscatoriedad no es otra cosa que *“debe haber una proporcionalidad entre el valor del bien sobre el que se paga el tributo y el valor del tributo mismo. No puede existir consideración matemática alguna, pero sí una razonable comparación de las cantidades”*. Por tanto, las consideraciones que se hacen no guardan relación alguna con el principio constitucional. La pregunta para determinar si hay o no confiscatoriedad es muy simple, la tasa en relación al bien, esto es la cantidad de dinero es proporcional? Es 0.15% un porcentaje proporcional?

En segundo lugar, debe tenerse en consideración que el dinero es un bien, con características muy especiales, por ser un medio de pago. Pero es un bien en si mismo. Tan es así que es recibido como contraprestación de un contrato y es susceptible de propiedad, siendo aplicables las mismas disposiciones constitucionales sobre la materia: deben ser usados en armonía con el interés social.