

Operaciones no reales: ¿Soy culpable hasta probar lo contrario??!!

Es ignorancia no saber distinguir entre lo que necesita demostración y lo que no la necesita.

Aristóteles

Jorge Luis Picón Gonzales¹

Aquellos que hayan sufrido² una fiscalización de la SUNAT en los últimos años deben haber pasado por el calvario de probar que no son unos mentirosos, o, específicamente, tratar de probar que sus adquisiciones (bienes o servicios) son reales. La mayoría de contribuyentes considera esto desde ofensivo hasta absurdo, es decir, ¿Soy culpable hasta probar lo contrario? La respuesta a esta pregunta es: ni culpable ni inocente, pero ~~....~~. Lo que les voy a indicar no trata de asustarlos ni deprimirlos (menos en esta época) pero sí de reducir la estadística de la enorme cantidad de casos de esta materia que, en esta materia, se han generado por falta de prevención.

¿Lo que voy a decir es “injusto”, “absurdo”, “así no se hace patria”? Probablemente. Pero si entendemos que “medicina preventiva es la más eficiente y barata” podemos anticiparnos, más allá de los válidos calificativos o apreciaciones sobre la materia.

¿Qué son las operaciones no reales?

Entendiendo que el IGV y el Impuesto a la Renta (IR) empresarial se determina por una resta de ventas menos adquisiciones, la SUNAT puede considerar dos supuestos cuando se trata de adquisiciones no reales³:

- a. Operaciones inexistentes, es decir, el bien o el servicio contenido en el comprobante de pago nunca ocurrieron.
- b. Operaciones en la que el bien o servicio sí existió, pero el emisor de la factura no lo prestó.

El problema es que a ojos de la SUNAT cualquier factura puede ser materia de estos cuestionamientos, no importa si es una empresa vinculada que pagó sus impuestos, o se trata de un proveedor formal, lo que obliga al contribuyente a tratar de prevenir, en la medida de lo posible estos problemas.

Cabe señalar que el atribuir la calificación ~~de como~~ “no real” se presenta como una facultad de SUNAT, adicional a casos ya convertidos en Ley como los pagos no bancarizados, proveedores no habidos, dados de baja en el RUC, residentes en paraísos fiscales y los más recientes “sujetos sin capacidad operativa”, en estos supuestos cuyos casos estamos ante “gastos prohibidos”, no habiendo nada más que probar.

Carga de la prueba

Es decir, ¿quién debe demostrar las cosas? ¿SUNAT que la operación es NO real? ¿O el Contribuyente que es real? Como se imaginará, la respuesta a dicha pregunta es el origen de una MUY buena parte de los litigios de SUNAT.

¹ PhD MBA Abogado- Autor y profesor en materia tributaria

² Quiero ser claro, SUNAT es una entidad técnica llena de muy buenos profesionales, no ~~obstante~~obstante, las políticas de la institución están equivocadas hace más de 15 años: se ha estabilizado el formalismo perverso en la revisión de la empresa formal y la ceguera inaudita respecto de la informalidad e ilegalidad.

³ Artículo 44° de la Ley del IGV.

La respuesta según el Tribunal Fiscal y el Poder Judicial es que es el contribuyente el que debe proveer una cantidad mínima de pruebas sobre la realidad de operación, dentro de lo "razonable". ¿Qué es razonable? Como decía Cantinflas: "Ahí está el detalle". Según estas instancias, entregadoa ese "mínimo razonable de ~~pruebas~~"espruebas " es la SUNAT quien debe realizar actuaciones que validenn su criterio (lo que ocurre muy pocas veces).

La casuística es increíblemente diversa y dispersa en criterios, pero hay algunas cosas que podemos decir para establecer algunas medidas preventivas:

- El comprobante y su pago no constituyen medio de prueba de la realidad de la operación.
- Liquidaciones o valorizaciones del proveedor que no identifiquen a profesionales idóneos encargados de los servicios no son prueba.
- Las guías de remisión con direcciones o descripciones erróneas pueden (es discutible) ser un indicio de falta de realidad.
- SUNAT no puede exigir formalidades no previstas en la norma como firmas legalizadas.
- Los indicios de SUNAT no pueden basarse en incumplimientos del proveedor, es decir, que el proveedor no haya declarado y/o pagado las facturas, no tenga licencia de funcionamiento o tenga en planilla a sus trabajadores, entre otros, no son indicios válidos.

Consecuencias que las operaciones será calificadas como no reales

- ⇒ En principio, se desconoce el crédito fiscal y la deducción del Impuesto a la Renta, más multas e intereses. Si han pasado un par de ejercicios, la deuda será más alta que el monto de la factura, por lo que mientras mayor el monto, mayor el riesgo.
- ⇒ Podría tomarse una medida cautelar previa (embargo a pesar de impugnar en plazos).
- ⇒ En casos extremos, puede suponer una denuncia por defraudación tributaria.

Formas de reducir el riesgo

- Controles administrativos internos documentales, pidiendo y archivando desde la cotización, sustento de facturas, valorizaciones firmadas, identificando a profesionales encargados, entre otros. Es claro que el área contable dudosamente puede implementar estos controles, debería ser el área operativa, a la que normalmente no le interesa lo que estamos indicando (o por lo menos no es su prioridad). Esto va en contra de todo el proceso de dejar de lado el papel, pero como me dijo mi hija hace poco "qué se le hace, es lo que hay".
- Ver antecedentes de proveedores, aunque un proveedor formal no es garantía de no cuestionamiento, uno semiinformal sí lo es garantía de un cuestionamiento.
- Control preventivo, puede ser interno o externo, pero por reducir costos, las empresas no revisan sus compras, o en el mejor de los casos lo hacen para la declaración jurada del IR. Debería ser periódico, por lo menos semestral, esto permitirá tomar acciones correctivas a tiempo.