

## **LA INFORMALIDAD Y LA TRIBUTACIÓN: ¿PROBLEMA DEL ESTADO O DE LOS CONTRIBUYENTES?**

**Luis Hernández Berenguel\* versus  
Eduardo Sotelo Castañeda\*\*  
Ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS**

*La informalidad tributaria es una situación generalizada en nuestro país, que implica no sólo la pérdida de recursos para la administración pública sino que atenta contra la finalidad redistributiva del Estado. Tradicionalmente, el análisis sobre la informalidad tributaria se ha centrado en las razones por las cuales los administrados evaden la normativa tributaria.*

*En el presente artículo, los autores indagan sobre las diversas causas por las cuales este fenómeno se encuentra ampliamente difundido en nuestro país, realizando un interesante estudio sobre la relación existente entre la actuación del Estado y la informalidad.*

\* Abogado. Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio de Hernández & Cía. Abogados.

\*\* Abogado. Magister en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Chicago. Magister en Administración Pública y Políticas Públicas por The London School of Economics and Political Science. Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

## EXPOSICIÓN DE LUIS HERNÁNDEZ BERENGUEL: LA "INFORMALIDAD" VIENE TAMBIÉN DEL ESTADO

Cuando se habla de la "informalidad" en materia tributaria, generalmente ella se atribuye a las personas naturales, personas jurídicas y entidades obligadas al cumplimiento de las obligaciones tributarias sustanciales y formales.

En mi opinión, al tratar el tema de la "informalidad" se omite considerar que, en gran parte, ella es atribuible a quienes aprueban las normas legales de distinta jerarquía, a quienes están encargados de administrar los tributos y a los organismos encargados de resolver las controversias suscitadas entre los deudores y acreedores tributarios.

Por eso mismo estoy enfocando el tema de la "informalidad" en la tributación desde el lado generalmente no tratado. Es decir, por el papel que en este tema juegan las autoridades, las que a través de su actuación, o por omisión demuestran informalidad, provocando en gran medida la "informalidad" en la tributación e induciendo a los administrados a comportarse de manera "informal".

El Diccionario de la Lengua Española, editado por la Real Academia de la Lengua, define la "informalidad" como la "cualidad de informal" y también como "la acción o cosa censurable por informal".

A su vez, define lo "informal" como lo "que no guarda las formas y reglas prevenidas" y además señala que la condición de "informal" "aplicase también a la persona que en su porte y conducta no observa la conveniente gravedad y puntualidad".

Veamos pues diversas situaciones que claramente revelan el comportamiento informal de las autoridades que legislan en materia tributaria, administran tributos y resuelven controversias en materia tributaria. Comportamiento informal atribuible exclusivamente al Estado.

### I. LEYES IMPORTANTES QUE ENTRAN EN VIGENCIA DE INMEDIATO

En materia tributaria es frecuente encontrarse con la publicación de leyes y otras normas de rango diferente –pero en especial aquéllas por las que se hace uso del poder impositivo a través de los instrumentos legales constitucionalmente

idóneos–, con abundante contenido, para entrar en vigencia desde el día siguiente a su publicación.

Las autoridades no pueden ignorar que el Perú tiene un extenso territorio y que una gran mayoría de los ciudadanos de éste no tiene acceso inmediato a las normas que se publican.

Cuando esas normas modifican la legislación que regula tributos, para entrar en vigencia al día siguiente a su publicación, las autoridades no toman en cuenta una cuestión elemental: la gran mayoría de ciudadanos seguirá desarrollando sus actividades normalmente sin sujetarse inmediatamente a modificaciones en la tributación que tardarán en conocer y comprender, y mucho más en lograr adecuarse a ellas, aplicándolas correctamente.

Como el país no puede paralizarse para reiniciar sus actividades una vez conocidas a cabalidad dichas normas modificatorias, se habrá empujado a esa gran mayoría a incumplir inconcientemente las nuevas normas.

No es que esa gran mayoría desee incumplir las nuevas normas. Es empujada a ello por autoridades informales.

Es un aforismo conocido en Derecho que la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento. ¿Pero ello alcanza a quien no estaba en condiciones de conocer de inmediato la nueva norma? ¿La ignorancia de la nueva norma, a la cual las autoridades lo han empujado, no es por ello excusable?

No es por eso para nada irracional proponer algo muy simple. Debería existir un período de "vacatio legis", suficiente para que la totalidad de los administrados estén en condiciones de tomar conocimiento de las nuevas normas y queden en aptitud de aplicarlas correctamente en lo que les atañe una vez que entren en vigencia, es decir transcurrido dicho período de vacancia que consideramos, en atención a nuestra realidad, las autoridades debieron establecer por resultar imprescindible.

Inclusive, han ocurrido casos en los cuales la norma ya había entrado en vigencia antes de la distribución del diario oficial en que aparecía pu-

blicada. Ocurrió con extensas normas que entraron en vigencia el 1 de enero de 1994 –decretos legislativos que aprobaron, entre otras, la Ley del Impuesto a la Renta, la Ley del Impuesto General a las Ventas y del Impuesto Selectivo al Consumo, la Ley de Tributación Municipal, con gran complejidad en su contenido-, siendo así que el diario oficial que las publicaba llevaba fecha 31 de diciembre de 1993 pero en Lima –la capital del país– sólo fue distribuido el 3 de enero de 1994. ¿Funciona aquí eso de que “la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento”, en especial por las operaciones, hechos y actos gravados que ocurrieron por ejemplo, en plena vigencia de los citados decretos legislativos, el 1 o el 2 de enero de 1994?

Aún en el caso que el diario oficial del 31 de diciembre de 1993 –fecha “oficial” de publicación de los citados decretos legislativos– hubiera podido adquirirse ese mismo día, ¿era posible exigir a los administrados, desde el 1 de enero de 1994 –fecha de entrada en vigencia de las nuevas normas–, un cumplimiento cabal de las disposiciones contenidas en ellos?

## II. REGLAMENTOS TARDÍOS O QUE NUNCA SE APRUEBAN

También ocurre que importantes leyes que deben ser reglamentadas para un adecuado cumplimiento de sus disposiciones son reglamentadas tardíamente, mucho tiempo después de la entrada en vigencia de la ley que reglamentan, o nunca se reglamentan.

Ello ocasiona que en el período intermedio la actuación de los administrados podría no sujetarse a lo que el reglamento establecerá después, produciéndose incumplimientos no queridos por los administrados.

Basta un ejemplo al respecto. La Ley del Impuesto a la Renta aprobada por Decreto Legislativo 774 entró en vigencia el 1 de enero de 1994 y sólo se publicó el reglamento –reglamento absolutamente necesario–, aprobado por Decreto Supremo 122-94-EF, el 21 de setiembre de 1994.

Incumplimientos exclusivamente imputables a la demora de las autoridades en aprobar y publicar los reglamentos respectivos se evitarían si se adoptara como regla que la ley y el reglamento entren en vigencia en el mismo momento.

En todo caso, la reglamentación tardía o la que

nunca será aprobada, constituyen otra expresión de la informalidad de las autoridades respectivas.

## III. NORMAS OSCURAS O CON VACÍOS

Es frecuente encontrar normas tributarias que han sido redactadas con absoluta falta de claridad, lo que induce a la imposibilidad de los administrados de actuar con certeza. En otros casos, revelan una precipitación en la redacción, que las hace confusas, que distorsiona la estructura de los tributos a que se refieren o que no concilia con otras normas del mismo texto legal.

Hay aquí, también, un comportamiento informal de las autoridades correspondientes.

Sin lugar a dudas, un gran número de controversias entre los administrados y los órganos administradores de tributos, proviene de la oscuridad de las normas y de su redacción precipitada. Esto significa afirmar que la existencia de dichas controversias, con los costos que ello significa para el Estado y para los administrados, se hubiera evitado de no haberse producido tal comportamiento informal.

## IV. INCUMPLIMIENTO DE PLAZOS PARA RESOLVER

El Código Tributario establece plazos perentorios para que las controversias entre administrados y órganos administradores de tributos deban ser resueltas. Ello obedece a la necesidad de que el patrimonio del supuesto deudor –o una parte importante de dicho patrimonio– no se vea perjudicado por el incremento de la deuda –por aplicación de intereses moratorios– en razón de la demora en resolver dichas controversias.

Lamentablemente, tales plazos no son observados por las autoridades encargadas de resolver. Generalmente, por la excesiva carga de expedientes en trámite y la infraestructura insuficiente para resolver –principalmente, número insuficiente de encargados de resolver–.

Abusivamente –salvo en el caso de controversias que se encuentran en primera instancia administrativa, en que transcurrido el plazo para resolver sin que ello hubiera ocurrido, se suspende el cómputo de intereses moratorios y en vez de ellos se aplica el Índice de Precios al Consumidor, que por ahora es mucho menor– los intereses moratorios siguen corriendo contra el adminis-

trado, de manera tal que si al final la controversia es resuelta en su contra, la deuda se ha incrementado de forma que en algunos casos puede resultar impagable.

El Estado no sólo actúa informalmente al no implementar las medidas que permitan resolver dentro de los plazos de ley, sino que, además, “penaliza” al administrado con el incremento de la deuda que finalmente le resulte imputable.

Los administrados se indignan ante esta actuación informal y se cuestionan que no sean medidos con la misma vara cuando por cualquier razón incurrir en infracciones o en pago diminuto de tributos.

## V. EXCESO DE OBLIGACIONES FORMALES

En los primeros años de la década del 90 se reordenó la legislación tributaria –lo que no significa ciertamente que se produjera una verdadera reforma–, fundamentalmente reduciendo la cantidad de tributos que estaban vigentes, en especial del tipo de los “impuestos”.

Sin embargo, mediante un nuevo Código Tributario, aprobado por Decreto Ley 25859, se sustituyó el que venía rigiendo desde el 17 de octubre de 1967 por otro que estuvo vigente durante trece meses, desde el 1 de diciembre de 1992 hasta el 31 de diciembre de 1993. Este nuevo Código –segundo en la historia de nuestro país– se caracterizó por un énfasis en las facultades de la Administración Tributaria y, en especial, de la SUNAT –lamentablemente en desmedro de los derechos de los administrados–, y por el establecimiento de sanciones absolutamente desproporcionadas y abusivas en relación con las infracciones cometidas. El tercer y el cuarto Código de nuestra historia –actualmente vigente– han persistido en ese enfoque, aunque con algunas concesiones en lo relativo a la disminución de ciertas sanciones y el reconocimiento de derechos de los administrados, pero al mismo tiempo ha establecido otras normas claramente objetables –como las relativas a la prescripción, por consignar un solo ejemplo–.

Peor aún, los últimos tres Códigos han otorgado una excesiva facultad normativa a la Administración Tributaria en general y a la SUNAT especialmente, facultad que se ha ido extendiendo a medida que cada nuevo Código ha sucedido al anterior, cuyo ejercicio ha complicado la legisla-

ción tributaria y ha dificultado su cumplimiento por parte de los administrados.

Esa facultad normativa ha sido *sobreutilizada* creando infinidad de obligaciones formales que para el común de los administrados es difícil conocer a plenitud, induciéndolos a la informalidad.

## VI. CONDICIONAMIENTO DE DERECHOS SUBSTANCIALES AL CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS FORMALES

Asimismo, en contradicción con lo dispuesto en el segundo párrafo de la Norma VIII del Código Tributario, que privilegia el fondo o la sustancia sobre la forma, se rompe con la estructura de los principales impuestos y con el principio de capacidad contributiva desconociendo deducciones importantes, cuando conceptualmente se tiene el derecho a ellas, por cuestiones absolutamente formales.

Por consignar un solo ejemplo, podemos señalar el desconocimiento del crédito fiscal porque los comprobantes sustentatorios de una compra o adquisición que carecen de alguno de los muchos requisitos y características que la normatividad vigente exige que contengan.

Más todavía. Se restringen los medios de prueba de un derecho, como cuando se supedita la deducción de un gasto o de un costo a que exista el correspondiente comprobante de pago.

Todo ello por una razón de “comodidad” para el órgano administrador del tributo. Esa preferencia por la comodidad para fiscalizar determina que el órgano administrador del tributo persiga el otorgamiento de normas en el sentido antes expuesto, actuando las autoridades pertinentes de una manera censurable por informal. No se justifica condicionar derechos sustanciales a cuestiones puramente formales.

## VII. INSISTENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA A FISCALIZAR CONTRA LO RESUELTO POR EL TRIBUNAL FISCAL Y POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La Administración Tributaria contribuye a incrementar el número de expedientes que el Tribunal Fiscal debe resolver, formulando resoluciones de determinación y de multa sobre aspectos que claramente han sido resueltos por dicho Tribunal con anterioridad, y a veces en repetidas ocasio-

nes, a favor de los administrados, aprovechando que por esos asuntos no existe un precedente de observancia obligatoria.

Los administrados comprueban así que vuelven a estar sometidos respecto de nuevos períodos a la notificación de resoluciones de determinación y de multa –lo que también ocurre a otros administrados por los mismos períodos resueltos favorablemente a favor de aquéllos–. Interpuesta la correspondiente reclamación ésta es declarada infundada por la Administración Tributaria, lo que obliga a acudir ante el Tribunal Fiscal para obtener finalmente un fallo favorable, acorde con anteriores pronunciamientos.

Igual comportamiento se ha observado por parte de la Administración Tributaria pese a fallos repetidos del Tribunal Constitucional en acciones de amparo, como ha ocurrido con el Impuesto Mínimo a la Renta. En estos casos sólo ante el Tribunal Constitucional, luego de agotada la vía administrativa, se ha logrado obtener el fallo favorable. Esto explica las innumerables sentencias favorables del Tribunal Constitucional recaídas en acciones de amparo referidas al citado tributo.

Ello es claramente irregular y refleja un comportamiento informal de la Administración Tributaria que obliga a los administrados a incurrir en nuevos gastos de defensa y, además, genera mayores costos al Estado, todo ello innecesariamente.

#### VIII. INTERVENCIÓN DECISIVA Y EXCESIVA DE LA SUNAT EN MATERIA DE POLÍTICA FISCAL

La política fiscal está a cargo del Ministerio de Economía y Finanzas. Sin embargo, desde los inicios de la década de los años 90 dicho Ministerio ha omitido de manera permanente cumplir con esa obligación, permitiendo que la SUNAT, no facultada legalmente para ello, diseñe la política fiscal del país.

Ha ocurrido entonces que prácticamente las normas más importantes en materia tributaria que se han venido aprobando en dicha década y hasta la actualidad, han sido concebidas y proyectadas por la SUNAT, quien inevitablemente tenía que impregnarlas de un sesgo claramente orientado a recaudar más, con prescindencia de los derechos de los administrados y de principios de capacidad contributiva, de equidad y de igualdad.

Ello es claramente irregular y muestra otro comportamiento informal en que incurre el Estado, al ignorar las normas que establecen quién debe diseñar la política fiscal del país.

#### IX. FALTA DE REGULACIÓN ADECUADA EN LA ETAPA DE FISCALIZACIÓN. EJEMPLO: ACCESO A DECLARACIONES DE TERCEROS OBLIGADOS A COMPARECER ANTE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA

En la etapa de fiscalización, que en sí constituye un procedimiento administrativo, no están cabalmente regulados los derechos de la persona o entidad sujeta a fiscalización. Ha habido ciertamente un avance al respecto con la aprobación del Decreto Supremo 085-2007-EF, que aprueba el Reglamento del Procedimiento de Fiscalización de la SUNAT, pero dicho reglamento aún resulta insuficiente.

Así, en vía de ejemplo, la SUNAT, así como cualquier otro órgano administrador de tributos, dispone de la facultad discrecional de solicitar la comparecencia de los deudores tributarios o de terceros para que proporcionen la información que se estime necesaria, conforme lo establece el numeral 4 del segundo párrafo del artículo 62 del Código Tributario. Sin embargo, la persona o entidad sujeta a fiscalización no puede estar presente en el momento en que se produce la comparecencia y el tercero proporcione la información solicitada, ni tampoco puede posteriormente tener acceso a tal información en tanto no haya concluido el procedimiento de fiscalización, con lo cual su derecho de defensa está claramente limitado.

Se prescinde, pues, de regular adecuadamente el derecho de defensa del administrado frente a imputaciones que pueda efectuarle el tercero que comparece ante la Administración Tributaria y, a su vez, priva a dicha Administración de conocer la posición del sujeto fiscalizado y, por lo tanto, de acceder a mayor información que le permita llegar a la verdad. No es ésta una manera de mostrar un comportamiento formal.

#### X. RETICENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA A PERMITIR EL ACCESO INMEDIATO A LOS EXPEDIENTES EN TRÁMITE

El artículo 131 del Código Tributario, bajo el título de “Publicidad de los expedientes”, establece en su primer párrafo que en los procedimientos contenciosos y no contenciosos “tendrán acceso a los expedientes en los que son parte, con excepción de aquella información de terceros que se encuentra comprendida en la reserva tributa-

ria”, los deudores tributarios o sus representantes o apoderados.

Agrega el segundo párrafo de dicho artículo que en los procedimientos de verificación o fiscalización se accederá únicamente a los expedientes en los que son parte y se encuentran culminados, siempre con excepción de aquella información de terceros que se encuentra comprendida en la reserva tributaria.

La Ley del Procedimiento Administrativo General –Ley 27444- expresamente establece en el numeral 3 de su artículo 55 que es un derecho de los administrados: “Acceder, **en cualquier momento, de manera directa y sin limitación alguna** a la información contenida en los expedientes de los procedimientos administrativos en que sean partes y a obtener copias de los documentos contenidos en el mismo sufragando el costo que suponga su pedido, salvo las excepciones expresamente previstas por ley” (el resaltado es nuestro).

Mientras que el Tribunal Fiscal aplica con toda su amplitud lo dispuesto al respecto en la Ley del Procedimiento Administrativo General y en el Código Tributario, la Administración Tributaria –especialmente, la SUNAT– no acata dicha norma en sus verdaderos alcances. En efecto, no es posible ante la SUNAT acceder a los expedientes “en cualquier momento”, como lo establece el citado numeral 3 del artículo 55. La SUNAT exige que se solicite por escrito el acceso a los expedientes y su respuesta tampoco es inmediata, con lo que finalmente sólo se logra dicho acceso con dificultades y transcurrido un cierto período de tiempo.

La renuencia de la Administración Tributaria a cumplir exactamente con lo que establece la ley no representa un modo de actuar formal, acorde con una conducta de respeto irrestricto a la normatividad vigente, contrariamente a lo que sí se espera y se exige de los contribuyentes.

#### **XI. NORMAS REGLAMENTARIAS QUE VIOLAN LA LEY O LEYES QUE VIOLAN LA CONSTITUCIÓN**

No es infrecuente encontrar en materia tributaria normas reglamentarias que violan la ley, y en otros casos leyes violatorias de la Constitución.

Así, por ejemplo, la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo viola lo dispuesto en el artículo 74 de la Constitución al permitir que por decreto supremo se modifiquen los Apéndices III y IV de este último impuesto.

En los referidos apéndices existe una lista de bienes cuya venta a nivel de productor o importación están gravadas con el Impuesto Selectivo al Consumo. Al permitirse su modificación por decreto supremo, la utilización de este instrumento legal permite incluir en ellos bienes que antes no estaban gravados para que se les aplique el Impuesto Selectivo al Consumo o modificar las tasas de dicho tributo que inciden sobre los bienes contenidos en los apéndices.

Como quiera que según el artículo 74 de la Constitución un tributo como el Impuesto Selectivo al Consumo sólo puede ser creado, modificado o suprimido por ley o por decreto legislativo –en este último caso, previa ley autoritativa dada por el Congreso–, el otorgamiento al Presidente de la República de la facultad de modificar los Apéndices III y IV referidos, mediante un decreto supremo, constituye una delegación en blanco, sin límites ni parámetros, para la creación o modificación del impuesto citado –situación no permitida por la Constitución, como en repetidas oportunidades lo ha señalado el Tribunal Constitucional en diversas sentencias–.

En consecuencia, claramente tal modificación de los citados apéndices, por la vía de un decreto supremo, contraría lo dispuesto en la Constitución. Pese a ello, estas modificaciones se vienen produciendo sistemáticamente desde hace muchos años sin reconocer su invalidez, lo que refleja, cuando menos, un comportamiento informal.

#### **XII. LEYES QUE NO SE ADECUAN A LA REALIDAD O QUE PRETENDEN REFORMARLA**

Otro de los problemas en materia tributaria consiste en dictar normas que regulan determinadas actividades o actos, desconociendo cómo es que en la realidad se opera a través de dichas actividades o actos.

En otras palabras, la norma pretende que se modifique la realidad para que ésta se ajuste a aquélla.

Muchas veces se desconocen las costumbres y usos internacionales de aplicación generalizada en operaciones internacionales, estableciendo normas que obligarían a desnaturalizar tales operaciones para que ellas no queden gravadas con tributos no pertinentes, debiendo éstos estar regulados de conformidad con tales costumbres y usos.

Éste es otro comportamiento informal en el que ciertamente incurre el Estado y no los administrados, afectando seriamente el desarrollo normal de las actividades económicas.

### XIII. SANCIONES EXAGERADAS

Proliferan las sanciones claramente excesivas, no acordes con la infracción producida. Se prescinde en la norma sancionatoria del análisis relativo al verdadero perjuicio ocasionado al Fisco. En otras palabras, se sanciona sin tener en cuenta la gravedad de la infracción.

Así, en la aprobación de las normas sancionatorias el Estado está lejos de comportarse de manera correcta y formal.

## EXPOSICIÓN DE EDUARDO SOTELO CASTAÑEDA: IDEAS EN TORNO A LA INFORMALIDAD

### I. INTRODUCCIÓN

No obstante haber sido objeto de innumerables estudios desde muchos campos del conocimiento, no existe una única definición común o compartida de lo que significa informalidad<sup>1</sup>. Sus denominaciones, inclusive, varían entre “economía en la sombra”, “economía sumergida”, “economía informal”, “economía subterránea”, “extralegalidad” etcétera, cada una poseedora de sus propias y justificadas explicaciones, matices y connotaciones.

Es frecuente encontrar definida la informalidad como un conjunto de empresas, trabajadores y actividades que operan fuera de los marcos legales y normativos que rigen la actividad económica<sup>2</sup>.

Hay sobre ella otras definiciones<sup>3</sup> que ligan el concepto a aquella parte de la economía que no se encuentra registrada en la contabilidad nacional, y que puede ser el producto tanto de una actividad ilícita como de una actividad legal pero con un componente ilegal, como puede ser la

elusión tributaria. Otra parte de dicha actividad no registrada lo sería debido a que escapa a las regulaciones nacionales, tal y como sucede con las actividades domésticas.

Otros, inclusive, llegan a definirla en términos directamente tributarios: “Toda actividad económica que, en general, estaría sujeta a impuestos, si fuera declarada a las autoridades tributarias”<sup>4</sup>.

Esta visión de lo informal, como un sector marginado de cargas legales y obligaciones tributarias, se complementa con la muy difundida idea de encontrarse lo informal excluido de la protección y los servicios que el Estado ofrece<sup>5</sup>.

Las definiciones glosadas no dicen –y, creo, está bien– nada acerca del rol que cumple la voluntad del agente para situarse en el sector informal. Algunas actividades como el comercio al por menor pueden, por ejemplo, ser “más lucrativas” llevadas a cabo en la informalidad que en la formalidad y ser ello valuado al momento de “optar” por la informalidad; mientras que, sin embargo,

Luis Hernández Berenguel versus  
Eduardo Sotelo Castañeda

<sup>1</sup> El Banco Mundial, por ejemplo, alude al problema de su definición, como uno del tipo “hombres ciegos analizando un elefante” en estos términos: “The term informality means different things to different people, but almost always bad things: unprotected workers, excessive regulation, low productivity, unfair competition, evasion of the rule of law, underpayment or nonpayment of taxes, and work “underground” or in the shadows. The multiplicity of adjectives from very distinct fields of study suggests that we may have a classic “blind men and the elephant problem” – everybody touches part of the animal, but understands only the part that they touch. More likely still, we are exploring several distinct phenomena as we attempt to describe one ungainly composite “informality.” PERRY y otros. “Informality, Exit and Exclusion”. World Bank. 2007. p. 21.

<sup>2</sup> LOAYZA, Norman. “Causas y consecuencias de la informalidad en el Perú”. Estudios Económicos. BCRP. 2006. p. 44.

<sup>3</sup> La Economía Informal: Algunas Precisiones. Instituto Peruano de Economía. Negocios Internacionales. En: <http://www.comexperu.org.pe/archivos%5Crevista%5Cfebrero04%5Canalisis.pdf>

<sup>4</sup> SCHNEIDER, F. y D. ENSTE. “Ocultándose en las sombras, el crecimiento de la economía subterránea”. Temas en Economía. FMI. 2002.

<sup>5</sup> DE SOTO, Hernando. 1989. “El Otro Sendero”. Lima: El Barranco. 1986.

otras actividades como la de los taxistas, fueron y seguirán siendo un refugio de un sector de población que preferiría –especulamos– actuar dentro del sector formal pero no encuentra cabida en él.

Como se ve, en lo que es pertinente a este trabajo, desde su concepción, es común la asociación que suele realizarse entre la tributación y la informalidad. A pesar de ello, no tenemos disponible una unívoca explicación, aplicable a todo caso, acerca del signo y la intensidad en el que tal asociación ocurre, sobre todo si se lee con prescindencia de la consideración y el análisis de un sinnúmero de otros factores adicionales, interdependientes e interrelacionados<sup>6</sup>, lectura que hoy felizmente resultaría inadmisibles y deplorable desde un punto de vista académico.

El derecho y la tributación tienen, sin duda, una participación importante en el problema, y en su solución. Desde la perspectiva de un abogado y tributarista, inacabados ambos, se corre el riesgo de ser poco neutral al resumir una opinión acerca de la relación entre tributación e informalidad. En buena hora, mucho de esta relación se encuentra ya pensada y escrita, así que el reto se puede asumir minimizando cualquier riesgo de parcialización. Al final, las líneas que siguen pueden ser vistas como un interesante ejercicio de sistematización de información preexistente o como un trabajo de autocrítica. Por obvias limitaciones, el tema central del trabajo se verá bastante concentrado –aunque no será exclusivo– alrededor de un aspecto primordial del derecho tributario sustantivo –alícuotas tributarias–.

Dentro de la profusa literatura hoy disponible acerca de la informalidad, algunas ideas pueden considerarse a esta altura meridianamente claras y mayoritariamente aceptadas, a ellas nos referiremos en los comentarios que siguen a continuación.

## II. COOPERACIÓN Y SISTEMAS TRIBUTARIOS

### A. Cooperación y Coerción

Creemos indispensable referirnos primero a algunos temas básicos que permitirán abordar el desarrollo siguiente de una manera mucho más natural. Algunas de estas ideas básicas se remontan al origen lógico de los sistemas legales y tributarios que requieren de la coerción como herramienta.

La ausencia de cooperación espontánea es una realidad –parcial– y, a la vez, una buena hipótesis de trabajo para el diseño de cualquier sistema legal y el tributario como subsistema dentro de este último.

Hace más de cuarenta años, Mancur Olson (1965)<sup>7</sup> expresó la idea consistente en que la presencia de una comunidad de intereses u objetivos –compartidos por un grupo de individuos– no garantiza *per se* la acción, ni la cooperación conducente a llevar a cabo dichos intereses u objetivos, ni, por ende, a alcanzar los resultados sociales óptimos.

Así como las sociedades, corporaciones o firmas dentro de un mercado competitivo tienen el interés común en que sus productos se vendan al máximo precio posible, de igual modo, las mismas sociedades, corporaciones o firmas tienen el interés de vender lo máximo posible, pero sin tener que ser ellas (las sociedades “freeriders”), sino las demás sociedades, corporaciones o firmas (“las otras”), la que sacrifiquen el volumen de su producción, reduciéndolo, para lograr tales objetivos.

La conducta social no es, en esencia, distinta de lo descrito. Dentro de un Estado, el hecho de que una persona comparta el interés o el objetivo con otra u otras, no asegura la efectiva movilización de dichas personas hacia la obtención de tal finalidad –dicha finalidad podría, en última instancia,

<sup>6</sup> Así, a pesar de que aisladamente considerado un estudio estadístico arrojó que “Using a smaller sample but new estimates of the size of the informal sector for 14 Latin American and Caribbean countries, Loayza (1996) shows that informality is positively associated with levels of taxation and labor market regulations, and negatively correlated to the strength and efficiency of government institutions.”, tal constatación, en la muestra de países utilizada en el estudio, no obsta para que el mismo reporte señale que “Despite convincing cross-country evidence confirming the relevance of several of the above-cited potential costs and benefits of informality, the data suggest that, to affect the size of the underground economy, policy makers may need to act on several fronts at the same time. The effects of regulations, for instance, appear to depend on the quality of governance. Moreover, as argued above, small changes in only some of the private costs or benefits of informality may not have a binding effect on firms’ decisions regarding regulatory compliance.” PERRY y otros. Ob cit. pp. 165 y 164, respectivamente.

<sup>7</sup> “The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups”. En: Harvard Economic Studies.

tratarse del mismo hipotético “bien común”-. Conceptos tales como el patriotismo, el nacionalismo, o la comunidad cultural, si bien forman parte del entramado social y aseguran ciertos objetivos de paz y convivencia, no aseguran por sí mismos el financiamiento de los Estados y de las sociedades para satisfacer las identificadas y reconocidas necesidades públicas y alcanzar, de ese modo, el bienestar común o el de sus mayorías.

De allí que, desde siempre, se haya considerado que una herramienta eficaz para la obtención de tales finalidades grupales o colectivas sea la compulsión o la coacción, jurídicamente organizada, como la que el Estado ejerce cuando impone leyes y tributos: obligando a que los hombres-lobos-para-los-hombres contribuyan con el bien común y se eviten, así, los sub-óptimos sociales que pueden provocar las conductas no-cooperativas (de lo cual da cuenta, el famoso *dilema del prisionero*).

En sentido no contradictorio, sino complementario con la idea expresada anteriormente, se encuentran los resultados del experimento llevado a cabo por los profesores Fehr y Gächter en la Universidad de St. Gallen en Suiza. La Revista *The Economist* de marzo de 2002 da cuenta de este experimento. Varios estudiantes, formando grupos de a cuatro, recibieron \$20 cada uno, con la instrucción de apropiarse de cualquiera parte de la suma que no invirtiesen en un proyecto grupal, pero, si invertían, cada \$1 invertido se convertiría en \$1.6, los cuales serían totalmente distribuidos entre los cuatro integrantes del grupo –a razón, entonces, de 40 centavos cada uno–. Así, si los cuatro estudiantes de un grupo aportaban todo su caudal individual al proyecto, cada cual terminaría con \$32 –\$20 que se convierten en \$32 una vez invertidos, por cuatro participantes, entre cuatro participantes– y el máximo bien común se habría alcanzado. Sin embargo, si sólo un estudiante del grupo de cuatro aportaba, éste (el muy “tonto”) sólo se llevaría a casa \$8 –\$20 convertidos en \$32, por uno, el único aportante, entre cuatro–, mientras que los otros tres se llevarían \$28 cada uno –\$20 originalmente recibidos, no invertidos y conser-

vados, sin riesgo alguno, más \$8, provenientes de la división de \$32 entre cuatro del único estudiante que invirtió–.

En la primera versión del experimento de Fehr y Gächter se realizaron seis rondas en las que los participantes eran anónimos, las decisiones de inversión eran simultáneas y dos participantes podían interactuar entre sí por vez única. Al final de cada ronda cada participante era informado de cómo habían actuado los demás miembros del grupo y cuáles eran los rendimientos individuales. En esta versión del juego, conforme avanzaban las rondas, los jugadores fueron aprendiendo a no aportar o invertir. En la sexta ronda el aporte o la inversión realizada fue igual a cero.

En una segunda versión del experimento de los mismos Fehr y Gächter, se dio la oportunidad a los estudiantes de castigarse financieramente unos a otros al cabo de cada ronda. A un costo de \$1, un estudiante podía decidir imponer anónimamente una multa de \$3 a otro estudiante. Así, la mayoría de los castigos fueron impuestos por quienes eran “contribuyentes” sobre el promedio (considerados cooperadores) a los “contribuyentes” por debajo del promedio (*free-riders*: ¿evasores, elusores, informales, quizás?) y guardaban proporción directa con cuánto las contribuciones del *free-rider* se desviaban del promedio del grupo. El riesgo del castigo produjo, entonces, un incremento relevante del monto aportado al bien común<sup>8</sup>.

#### B. Desconexión del Estado y elemento social o psíquico

El experimento de los profesores Fehr y Gächter, además de reforzar la utilidad de la coerción como herramienta social, permite corroborar que los grupos en los que abundan los sujetos con tendencias a la reciprocidad fuerte (es decir, los denominados cooperadores) pueden estar mejor adaptados para sobrevivir, ya que sus conductas también “coaccionan” o compelen, en cierto sentido, a los demás –aun a los, por así denominarlos, egoístas– en favor del bien común<sup>9</sup>. Ya

<sup>8</sup> En términos de Perry y otros. Ob. Cit. p. 226: “The taxpayer is an isolated expected utility maximizer who makes rational portfolio decisions under uncertainty, given an informational set. In this view, people pay taxes exclusively depending on their perception of being detected and sanctioned (Alm y otros. 1995; Cowell 1990).”

<sup>9</sup> “An individual’s perception of the extent of evasion is a powerful predictor of compliance behavior: the higher an individual believes the rate of tax cheating will be, the more likely he or she is to cheat as well. Individuals prefer to contribute if they believe others are inclined to contribute, but free-ride if they believe that others will do so”. MCKERCHAR, Margaret. Understanding and predicting taxpayers’ behavioural responses to actions by tax administrations. OECD Papers. 2003. p. 45.

Vogel, en un trabajo datado en 1974<sup>10</sup>, había lanzado indirectamente similar idea en el sentido de que cuando los sujetos conocen a otros evasores de tributos, tendían a considerar una probabilidad mayor al promedio de evadir ellos mismos con éxito<sup>11</sup>.

Fluye también del objetivo y los resultados del experimento reseñado una excelente caracterización de la conducta de los contribuyentes dentro un sistema tributario cualquiera. Si todos fuésemos contribuyentes anónimos, los tributos no fuesen recursos compulsivos u obligatorios y no existieran sanciones jurídicas –adicionales a las morales o las sociales– cabría preguntarse si algún proyecto social estaría asegurado o, peor, si sería realizable<sup>12</sup>.

La idea sugerida por el experimento glosado se ha encontrado reforzada por otras experiencias y constataciones. Por ejemplo, evidencias estadísticas tales como la que recogió el reporte anual de *British Social Attitudes* acerca de una mayoritaria disposición de los británicos para avalar un aumento de tributos que solventa un mayor gasto social, disposición que, sin embargo, decaía sustancialmente cuando se precisaba a los encuestados que el aumento de tributos implicaría no sólo el aumento de la carga tributaria que pagan los otros sino, también, de la que pagaba cada uno de los encuestados (The Commission of Taxation and Citizenship, 2000, p. 36).

Sería, no obstante, sobresimplificado explicar la resistencia a pagar tributos como un mero producto de sentimientos antialtruistas.

La literatura que analiza la conducta cumplidora de los contribuyentes se ha complementado en los últimos años. En algún momento del pasado, la literatura consideraba el incumplimiento como unidimensional, esto es, asociado simple y llanamente a la evasión intencional o calculada de los

tributos. Sin embargo, el avance de los estudios conductuales ha hecho evolucionar tal idea, de forma tal que hoy se acepta que no todo incumplimiento es intencional<sup>13</sup>. Asimismo, la asunción del individuo como un sujeto maximizador nunca se ha considerado del todo ajustada a la realidad, pues deja de explicar una parte importante del cumplimiento voluntario de los tributos. Algunos autores han vinculado esto a la existencia de “costos psíquicos” asociados a la evasión de tributos. Spicer ha complementado así el modelo de evasión tributaria para hacerlo más realista, incorporando dichos costos: “Un contribuyente evade cuando las ganancias esperadas de pagar tributos, excede las pérdidas provenientes de las multas y los costos psíquicos asociados con la evasión.”

Las tasas de cumplimiento tributario espontáneo y sus altos estándares en ciertos Estados de Bienestar tampoco pueden quedar simplificada-mente explicados como ocasionadas por el efecto disuasivo de ser detectado y sancionado, la menor conexión o mayor desconexión con el Estado –percepción del grado de eficacia, eficiencia, equidad y oportunidad con el que se prestan los servicios públicos– pone o resta soporte público a cualquier sistema tributario –y sistema legal, en general– y alimenta, de ser deficientes, la resistencia al pago de tributos (lo que se denomina en jerga técnica “*tax resistance*”) incrementando el riesgo de evasión y elusión: el individuo, en términos de la escuela del Leviatán, encuentra en la resistencia la oportunidad para oponerse a la autoridad monopólica del gobernante<sup>14</sup>.

La Comisión sobre Tributación y Ciudadanía establecida por *The Fabian Society* británica, por ejemplo, concluía, ya en su informe final entregado en el año 2000, que el sentimiento dominante en la percepción de los británicos respecto del sistema tributario y los servicios públicos y estatales era de “desconexión”<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> VOGEL, J. “Taxation and Public Opinion in Sweden: An Interpretation of Recent Survey Data. *National Tax Journal* 27. p. 499-513.

<sup>11</sup> Por su parte, SPICER y LUNDSTEDT (1976) dan evidencia econométrica de que el número de evasores que es conocido para un individuo hace más probable la evasión, y detectan, asimismo, que la sensación de incomodidad que causa a un evasor actuar contra sus creencias, puede estimular psicológicamente un cambio en las propias creencias originales.

<sup>12</sup> Un estudio realizado en Australia en 2002, apunta en esta misma línea: “*In respect of enforcement strategies, it was not apparent from this research that increasing audit rates or penalties would have a significant impact on compliance behaviour for personal taxpayers given their lack of awareness and conscious concern. However, given the frequently expressed comment in the survey that others did not pay their fair share of tax, it would appear that some level of enforcement is considered desirable by taxpayers and does have a positive impact on their perception of fairness and commitment to compliance.*”

<sup>13</sup> MCKERCHAR, M. Ob. Cit. p. 2.

<sup>14</sup> CULLIS, John y Philip JONES. *Public Finance and Public Choice*. Oxford. 1998. p. 208.

<sup>15</sup> Debido al desconocimiento del sistema tributario, del nivel de tributos en términos comparativos internacionales y del destino y uso de los recursos, así como a la evidencia de despilfarro y baja calidad de los servicios públicos brindados.

En un anterior artículo<sup>16</sup>, planteábamos la común interrogante acerca de cuánto un Estado no conectado con su población, que mantenía o incrementaba las cargas fiscales, sin cuidar la calidad y cantidad de servicios públicos entregados, representaba un verdadero desafío al entendimiento del ser humano como un *homo economicus*, en el sentido de que al entregar tan poco el Estado a cambio de lo que exige por tributos parecía, no encontrar un buen asidero en términos del uso eficiente de recursos<sup>17</sup>. Este razonamiento es tributario de uno de los enfoques mundialmente más difundidos, comúnmente conocido como institucionalista –y bien representado por el Banco Mundial, entre otros–, que enfatiza los costos de transacción o de permanencia en el sector formal como elemento determinante de la elección de la legalidad o la permanencia al margen de ella<sup>18</sup>.

Además, en lo que respecta a la evasión y elusión tributarias que encontraremos asociadas a la informalidad, es indudable que los costos para combatirlas no pueden quedar soslayados y, en este sentido, la extensión hasta la cual la evasión y la elusión pueden tornarse en algún sentido “tolerables” –sin dejar de reprobárselas– depende, en alguna medida también, de la percepción que se posee respecto del Estado o el gobierno: pues, mientras mayores sean las fallas de gobierno asignando ineficientemente recursos públicos, menor será la pérdida asociada con la evasión<sup>19</sup> y más cercanos estarán, entonces, los costos marginales de reducción de la evasión a los beneficios marginales, inclusive en términos sociales<sup>20</sup>.

Los planteamientos glosados precedentemente tienen pertinencia y relación actual y cercana con la informalidad y el Perú. Cuanto más un sistema tributario se perciba “desconectado” y el Gobierno que representa al Estado no dé señales de capacidad ni de voluntad para cerrar tal brecha de desconexión, los sectores de la economía nacional pueden sentirse más propensos a mostrar su oposición y virtual resistencia al pago de tributos que sólo incrementan su carga fiscal a cambio de pobres, nulos, o inexistentes servicios públicos en retorno.

Todo lo dicho tiene relevancia teórica y práctica en materia de la relación entre tributación e informalidad.

Nos queda referir que hace algún tiempo, un trabajo de Loayza (1993) midió el sector informal en el Perú, señalando que las actividades de éste representaban el 60% del PBI, lo cual hacía que –si la economía total era igual a un PBI de 160%– el sector informal representara el 37.5% de la economía total<sup>21</sup>. Este resultado, admitiendo que en realidad parte de la economía informal se “filtra” en la contabilidad formal, puede ajustarse un poco. Si se tomase informalidad como no inscripción en la seguridad social, siguiendo la línea del Informe del Banco Mundial, al 2006 el Perú tenía más del 35% de informales independientes y más del 40% de informales asalariados. Desde la perspectiva del Instituto Libertad y Democracia, al 2006, el 44% de los predios urbanos (2.6 millones de predios), el 88% de la superficie rural (27.2 millones de has.) y el 97 % de las empresas en Perú (1.7 millones de empresas) serían “ex-

<sup>16</sup> SOTELO, Eduardo. La Resistencia al Pago de Tributos: Venganza Contra el Leviatán. En Revista Enfoque Derecho. Themis. Lima. 2004.  
<sup>17</sup> La teoría económica clásica, considera que el ser humano toma decisiones racionales estimando y balanceando los beneficios y los costos de sus decisiones y acciones.  
<sup>18</sup> “El enfoque institucionalista ignora las restricciones que puedan provenir de la estructura económica y se concentra en las decisiones que a nivel individual se realizan con respecto a la decisión de participar en la actividad económica. Por ello plantean que los agentes toman sus decisiones con base en un análisis costo-beneficio cuyas opciones son pertenecer al sector formal o al informal. Si el beneficio neto de ser informal es mayor (menor), la gente optará por la informalidad (formalidad). Por tanto, a diferencia de los enfoques anteriores, este enfoque institucionalista considera la informalidad como resultado de una decisión voluntaria. Las actividades informales de carácter empresarial no son por tanto, desde la perspectiva institucionalista, un atributo de los pobres o los marginales. Pueden representar, por el contrario, una prueba de espíritu empresarial que podría asociarse a algunas características personales y sociales como una educación escolar intermedia o superior, un nivel relativamente alto de ingresos, cierta experiencia en el mercado laboral y una edad cercana al fin de la vida laboral activa.” URIBE, José y Humberto ORTIZ. En “Una propuesta de Conceptualización y Medición del Sector Informal”. Universidad del Valle, Departamento de Economía, Colombia. 2004. p. 15.  
<sup>19</sup> CULLIS, J. y P. JONES. Ob cit. p. 208.  
<sup>20</sup> No es aislada esta posición, pues, aunque referida en la cita al caso de la fuerza laboral, el reporte del Banco Mundial, “Informalidad, Escape y Exclusión” confirma que: “Further, if, as is suggested throughout this report, some informality is due to the low valuation of government-provided services compared with their implicit or explicit costs to workers, then a choice to be unprotected may point to a dysfunctional and inefficient social protection system.” PERRY y otros. Ob. Cit. p. 22. “Furthermore, a collective perception of ineffectiveness, unfairness, and illegitimacy of the state’s actions, in terms of who it represents and serves, can give rise to a social norm of noncompliance with taxes and regulations (a “culture of informality”), which further undermines the state’s capacity to enforce the law and to provide effective public services”. PERRY y otros. Ob cit. p. 215.  
<sup>21</sup> Norman Loayza (1997) construye un modelo que sigue la visión de Hernando De Soto (1987), según la cual el sector informal se define como el conjunto de unidades económicas que no pagan los impuestos del gobierno ni respetan las regulaciones institucionales. En esta visión, el sector informal aparece porque el gobierno exige demasiados impuestos e impone demasiadas regulaciones. Son estas características las que hacen al sector formal. URIBE, Jose y Humberto ORTIZ. Ob. Cit. p. 18.

tralegales” –con su connotación respectiva–. En términos de presión tributaria, siguiendo el razonamiento del IPE, si su porcentaje oficial alcanza 15% y la economía fuese, digamos, 160% del PBI oficial –como a 1993–, entonces, la presión tributaria sería del orden del 9.375%. Por ende, mediciones o aproximaciones acerca del mercado informal, las hay, desde varios criterios o puntos de vista. Cualquiera que fuese el aplicado, las noticias son malas y hacen del tema digno de repensarse, como a continuación se hace con apoyo de adicional literatura.

### III. EFECTOS DE LA INFORMALIDAD

La relación entre tributación e informalidad va en doble sentido. Por ello se pueden encontrar bien círculos viciosos, como virtuosos, formados por la puesta en contacto de las dos. De un lado, la informalidad produce efectos o impactos sobre los sistemas tributarios y, de otro, la tributación aporta su cuota a la causa y a la solución del problema de la informalidad.

A continuación algunos de los efectos que trae consigo la informalidad en las áreas pertinentes a los alcances del presente trabajo.

#### A. En la productividad de la economía

Documentada evidencia empírica sugiere que el sector informal es menos productivo que el sector formal. Las empresas informales adolecerían de limitaciones organizativas que les impiden ganar en productividad (por ejemplo, cierre de acceso a créditos, o acceso a tasas mayores para compensar el riesgo, mayores costos para la ejecución de sus contratos, y menor acceso a tecnologías modernas). Este rasgo de la informalidad se disemina y contagia a toda la economía.

Esto último se explica, normalmente, en términos

de que el no sometimiento a regulación alguna y el no pago de tributos, otorga una ventaja comparativa al sector informal que le permite compensar su original baja productividad y escala, con lo cual puede aparecer compitiendo con la empresa formal, debido al “subsidio” implícito que obtiene de su actuación en la informalidad. De esa forma, la posición o espacio que ocupan los informales impide que otros formales ganen la porción de mercado que haría a toda la industria más productiva<sup>22</sup>.

Por otro lado, el defecto en productividad de la empresa informal genera menores excedentes económicos, no permite a los consumidores tener menores precios, a los trabajadores mayores salarios y a los propietarios mayores beneficios.

La economía informal afecta de este modo el crecimiento debido a que reduce la disponibilidad de algunos de los servicios públicos que el Estado provee para todos, ya que un mayor número de actividades utilizan de manera menos eficiente los mismos servicios existentes sin asumir, directamente y en proporción, los respectivos costos<sup>23</sup>.

#### B. En los costos sociales

Otro de los aspectos que la informalidad afecta se refiere directamente a lo social y al sistema impositivo. Se trata de un círculo vicioso que produce la informalidad al reducir la base tributaria y provocar que el Estado tienda a aumentar sus tasas impositivas sobre los contribuyentes conocidos y registrados, incrementando con ello, a su vez, el incentivo a la evasión o elusión –en el sentido que será comentado líneas más adelante–.

Además, ante el ya aludido efecto circular de aumento de las tasas impositivas, la informalidad afecta la equidad y justicia, generando pérdidas de eficiencia crecientes<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> AGUILERA, N. y C. VELAZQUEZ. Los efectos de la informalidad. En Revista de Seguridad Social. Conferencia Interamericana de Seguridad Social. En [http://www.ciss.org.mx/pdf/editorial/254/254\\_01\\_es.pdf](http://www.ciss.org.mx/pdf/editorial/254/254_01_es.pdf).

<sup>23</sup> “(...) informality itself has been postulated to have adverse impacts on productivity. As noted in *Poverty Reduction and Growth: Virtuous and Vicious Circles* (Perry y otros. 2006), workers uninsured against health, old age, and other risks may have lower productivity and fewer incentives to invest in human capital accumulation. Firms unable to access credit, larger sales/product markets, and sources of innovation, and those evading taxes may operate at a suboptimal scale. Competition with noncomplying firms leads to productivity losses at formal firms. At the aggregate level, a large concentration of workers in small firms rather than larger firms may lead to lower productivity growth”. PERRY y otros. Ob. Cit. p. 22.

<sup>24</sup> Las pérdidas de eficiencia se generan debido a las actividades que se dejan de realizar o cuya intensidad se modifica como consecuencia del impuesto o la variación en su tasa. En el ejemplo de Aguilera, N. y Velazquez, C. (p. 4), un empleador está dispuesto a pagar hasta 12 para contratar un trabajador y éste dispuesto a trabajar, dado su costo de oportunidad, por no menos de 10. En ausencia de impuesto, tendríamos perfeccionado un contrato de trabajo. Con un impuesto de 3 de cargo del trabajador, éste dejaría de trabajar, pues, de los 12 máximos obtenibles por su trabajo, pagaría 3 y se quedaría con 9, menor a su costo de oportunidad. Si el impuesto fuese de cargo del empleador, éste no contrataría a persona alguna, pues, sobre los 10 que es lo mínimo que puede pagar, tendría que pagar 3 adicionales, lo que supera el máximo que está dispuesto a pagar.

## INFORMALIDAD Y SUS MÚLTIPLES CAUSAS

Otro elemento del costo social, está en el desincentivo en la oferta de trabajo formal y en la mejora de condiciones en el sector formal –con seguridad social, respeto a y protección de la normativa laboral, pago de tributos que le corresponden<sup>25</sup>–.

Otro impacto más, en el consumidor, está referido al desincentivo a la variedad y calidad de productos en el mercado: el consumidor, ante la incertidumbre sobre la calidad de los productos –que se originan con la presión de resarcirse de la baja productividad–, sólo está dispuesto a pagar un precio que refleje la calidad promedio o esperada, precio bajo si existen productos de mala calidad, dejando espacio para productores de costos bajos y calidad mala.

Otro efecto sobre lo social, la equidad y la eficiencia ya anotado en líneas precedentes se refiere a que el sector informal utiliza en cierto grado y provoca una probable congestión de la infraestructura pública sin contribuir con los ingresos tributarios necesarios para financiarla<sup>26</sup>.

Finalmente, sin ánimo de ser exhaustivo en esta descripción, el “efecto réplica” puede generar otros costos sociales asociados a la informalidad, pues, tal y como se puede colegir de lo concluido por Fehr y Gächter<sup>27</sup> en los grupos en los que existe menor número de sujetos con tendencias a la reciprocidad o cooperadores, la coacción de los sistemas legales y compulsivos como lo es el sistema tributario, es menos eficaz como disuasivo para los demás<sup>28</sup>. Una consecuencia ulterior derivada de lo dicho es la deslegitimación que produce el sector informal del sistema tributario burlado, y de la capacidad de gestión y coerción de las entidades públicas vinculadas con la administración y recaudación tributarias.

Y ahora, el sentido inverso de la relación dinámica entre tributación e informalidad: la intervención del sistema legal y administrativo tributario como aportante al origen o generación de informalidad. Según las pautas ya anticipadas al inicio del presente trabajo, no nos ocuparemos, por supuesto, por cuestión de tiempo y espacio, más que de los aspectos más relevantes de esta relación causal, apoyados siempre de los estudios y trabajos que nos preceden.

Mucho se ha teorizado acerca de las diferentes razones de la informalidad. No una sino muchas son las causas detectadas de este fenómeno. Cada vez más los académicos y estudiosos han tendido a adoptar un enfoque integral para entender la informalidad: por un lado, la insuficiencia o inadecuación de los sistemas legales y normativos, aunado a los defectos del Estado; las cargas tributarias; las características sociales y demográficas de un país, entre otras<sup>29</sup>. Todas ellas tienen explicaciones lógicas y algún grado de demostración empírica o teórica. La literatura, desde entonces, se aboca a establecer cuáles de los factores concurrentes son las principales fuentes de informalidad en un determinado territorio y tiempo, o en qué intensidad son algunos factores determinantes de mayores costos de transacción y mayor informalidad.

La economía o el sector informal resulta de este modo explicado por una combinación de factores e incentivos que van desde la bondad del arreglo institucional, las altas tasas de tributos, la bondad y complejidad regulatoria, etcétera.

Uno de los enfoques más utilizados, en el país y fuera de él, para explicar el fenómeno de la informalidad es referirla genéricamente a los elevados costos de la formalidad, tanto para el ac-

<sup>25</sup> AGUILERA, N. y VELAZQUEZ. Ob cit. p 5.

<sup>26</sup> LOAYZA, N. Ob.cit. p 46.

<sup>27</sup> Se puede analizar al potencial informal en términos análogos al de un potencial infractor que causa daño desde una perspectiva de la responsabilidad, la culpa y la inducción a adoptar comportamientos eficientes en cuanto a la precaución, según los planteamientos expresados en la fórmula económica desarrollada por el Juez Learned Hand -en el caso US vs. Carroll Towing Co.-: Existe culpa si el costo de la precaución omitida es menor que la probabilidad de que ocurra el daño multiplicado por la magnitud de dicho daño, en caso éste ocurriese. De otro modo, la acción o actividad del que ocasiona daño no reviste culpa. Estas ideas se resumen en la fórmula:  $B < r \times L$ . El comportamiento informal puede verse incentivado cuando el  $r$  –riesgo- es bajo, o cuando la  $L$  –pérdidas: sanciones, daños a terceros, etc.- es baja.

<sup>28</sup> “Noncompliance may become a social norm that increases the costs of enforcing the law, undermines the legitimacy of societal institutions, and creates horizontal and vertical inequities (with better-off insiders and worseoff outsiders). This said, compliance with legal norms may be endogenous to the perceptions of the current effectiveness of public institutions and, more profoundly, to the nature of the underlying “social contract.”” PERRY y otros. Ob. Cit. p. 22.

<sup>29</sup> LOAYZA, N. Ob. Cit. p. 51.

ceso como para la permanencia de los agentes en la economía formal<sup>30</sup>. Dicho en otros términos, cuando los costos de acceso o permanencia en la formalidad superan ampliamente los costos (incluyendo los costos esperados) de permanecer en la informalidad, ésta encuentra razón de ser. Ello puede llegar, como parece suceder en la realidad, según el mismo IPE, a que incluso incorporando los costos esperados de permanencia en la informalidad (i.e. sanciones, multas, pérdidas de mercancías etc.) la decisión de pasar a la formalidad conlleve menores beneficios que continuar en la informalidad.

A menudo, los costos excesivos provenientes de leyes, políticas y procedimientos engorrosos, que se dilatan y sobreponen, están estrechamente unidos y afectan tanto el registro legal del negocio, como su posterior permanencia en la formalidad. Normalmente, clasificar tales costos dentro de una sola categoría puede resultar ya mismo difícil. Una de las muchas formas que deben existir para agrupar tales costos es la siguiente<sup>31</sup>:

- a) El costo nominal de cumplir con las leyes y reglamentos.
- b) El nivel de intensidad, complejidad y coherencia de las leyes y reglamentos<sup>32</sup>.
- c) El acceso a información relacionada con hacer negocios.
- d) La administración y exigibilidad de las leyes y reglamentos.
- e) La estabilidad y predictibilidad de leyes y reglamentos.
- f) La calidad de la infraestructura.
- g) La estructura del mercado laboral.
- h) El nivel de estabilidad macro-económica.
- i) El legado de la tradición y los factores culturales.

Similar planteamiento es el que ha sido utilizado

por el Banco Mundial, cuando su grupo de expertos señala que:

"(...) this report highlights a second lens through which to view informality that is more akin to Hirschman's (1970) "exit": many workers, firms, and families choose their optimal levels of engagement with the mandates and institutions of the state on the basis of their valuation of the net benefits associated with formality and the enforcement effort and capability of the state. That is, they make implicit cost-benefit analyses about whether to cross the relevant margin into formality and frequently decide against it. Under this view, high informality results from a massive opting out of formal institutions by firms and individuals, and offers an indictment of the state's regulations and services and of its enforcement capability"<sup>33</sup>.

A fin de cuentas, es en análogos términos de costos como el propio Estado analiza y decide sobre el tamaño de los contribuyentes o las empresas que vale la pena supervisar y gravar con tributos para financiar sus funciones, y aquel grupo al que esto deja de ser justificado<sup>34</sup>.

Pasamos a considerar el factor tributario considerando lo mencionado y rescatado en los acápites precedentes de este trabajo.

#### **A. Las cargas impuestas por los sistemas tributarios**

Evaluando la evidencia de trabajos y años de estudios previos, John Cullis y Philip Jones<sup>35</sup> señalan que es imposible descartar el resultado intuitivo de que altas tasas o alícuotas de los tributos causan mayor evasión y, por tanto, informalidad. Entre las ventajas disponibles para las empresas de optar por la informalidad está la posibilidad de reducir o eliminar los pagos de tributos y aportes a la seguridad social, tal como se trata de eliminar los pagos de una costosa y pesada regulación gubernamental, por lo que uno de los beneficios de la informalidad está indudablemente asociado

<sup>30</sup> Instituto Peruano de Economía (IPE). Ob cit.

<sup>31</sup> KUCHTA-HELBLING, Catherine. Barreras a la Participación: El Sector Informal en las Democracias Emergentes. Background Paper. Center for International Private Enterprise. Nov 13, 2000. Sao Paulo. p 16.

<sup>32</sup> En resumen, leyes y regulaciones excesivas, conflictivas y complicadas incrementan los costos de hacer negocios, provocando informalidad e invitando a la corrupción.

<sup>33</sup> PERRY y otros. Ob. Cit. p. 23.

<sup>34</sup> PERRY y otros. Ob. Cit. p. 25.

<sup>35</sup> CULLIS, J. y JONE. Ob. Cit. p. 199.

al valor de los tributos y los aportes a la seguridad social<sup>36</sup>.

Muchos académicos dan cuenta del sustento teórico y empírico de esta hipótesis consistente en que altas alícuotas tributarias pueden inducir a evasión y a informalidad<sup>37</sup>. Las altas tasas tributarias tienen como efecto una reducción del margen de ganancia en los negocios y, por ende, una reducción del incentivo para hacer empresa dentro de la formalidad. Una carga impositiva grande, mayor normativa estatal, con regulaciones débiles y de aplicación arbitraria o irracional, y excesivos aportes a la seguridad social, son señalados asimismo por el IPE, dentro de los principales factores que alimentan la economía informal<sup>38</sup>.

No se puede soslayar, asimismo, según lo anotado en párrafos precedentes, que, asociado al grado de conexión de la sociedad con su Estado o gobierno, similares tasas impositivas aplicadas en dos jurisdicciones distintas, pueden terminar siendo “percibidas” de un modo o intensidad distintas. Investigaciones sobre informalidad en países de la ex órbita soviética<sup>39</sup> han mostrado que, mientras las tasas impositivas en dichos países (Rusia y Ucrania) no eran más altas que las de muchos otros países de Europa Central o del Este, la percepción de los empresarios sobre el nivel de la carga tributaria era hasta dos veces mayor que en estos otros países.

De otra parte, la otra cara de este argumento, es que en países en donde existen bajas tasas impositivas, con menor cantidad de leyes y normas (respetadas) y menores niveles de corrupción, éstos parecen estar en mejor capacidad de alentar el cumplimiento de los contribuyentes y restar así incentivos a la informalidad.

Son muy referidos en la literatura sobre informalidad y tributación, por ejemplo, los trabajos de Schneider<sup>40</sup>, quien sustenta y demuestra la rela-

ción positiva que comentamos entre la medida de la carga tributaria y el tamaño de la economía subterránea en dieciséis países del ámbito de la OCDE, dicho para el año 1996. Estas medidas están asociadas, en dicho estudio, a la recaudación del Impuesto al ingreso, más las contribuciones a la seguridad social, así como a la proporción de los costos brutos laborales y el impuesto al valor agregado, entre otros. Es oportuno, sin embargo, reconocer que una variable complementaria al costo directo que representa la carga expresada en las tasas o alícuotas tributarias se encuentra en los procedimientos y deberes administrativos o adjetivos que el propio contribuyente debe ejecutar o soportar para dar cabal cumplimiento de las propias obligaciones tributarias –esto se comenta en líneas siguientes–.

No obstante lo señalado, sería incorrecto y simplificado, extender la idea precedente hasta el punto de afirmar que altas tasas tributarias frenan de modo automático los negocios o los negocios en la formalidad. Las altas tasas o alícuotas de tributos no deberían ser automáticamente consideradas como perniciosas. Se filtra, pues, en este punto, nuestra advertencia inicial acerca de que no existe disponible una sola y unívoca demostración acerca del signo y la intensidad en el que ocurre la relación dinámica entre tributación e informalidad. La relación entre tasas impositivas y el tamaño del sector informal es más compleja.

Johnson y otros.(1999)<sup>41</sup>, por ejemplo, encontraron que a pesar de que en los Estados Unidos las tasas de los impuestos eran relativamente altas, tenía un reducido sector de economía informal. La explicación para este estudio, parecía radicar en que los altos impuestos producían suficiente recaudación para el Estado que podía ser utilizada para la provisión de servicios de calidad buena u óptima, incentivando con ello la formalidad. El argumento de la “conexión” (*The Fabian Society*) a la que se aludía en el acápite II. del presente trabajo, obliga a colocar en la balanza

<sup>36</sup> PERRY y otros. Ob. Cit. p. 161.

<sup>37</sup> Thomas (1992); Schneider (1994, 1997); Kaufmann and Kaliberda (1996); Johnson, Kaufmann and Zoido-Lobaton (1999); Tanzi (1999), Gwartney and Lawson (1996), entre otros. Citados por KUCHTA-HELBLING, Catherine. Ob. Cit. p 17.

<sup>38</sup> Instituto Peruano de Economía. Ob. Cit.

<sup>39</sup> Johnson y Kauffman (2001) citados en SMALLBONE, David y Friederike WELTER. “Institutional Development and Entrepreneurship in Transition Economies”. Londres: Centre for Enterprise and Economic Development Research. Middlesex University Business School. 2003. p.7.

<sup>40</sup> SCHNEIDER, F. Size and Measurement of the Informal Economy in 110 Countries around the World. Paper presented at workshop of Australian National Tax Center. 2002. Ver también, SCHNEIDER, F. The Size and Development of Shadow Economies of 22 Transition and 21 OECD Countries. Discussion Paper Series, IZA DP No. 514. 2002. SCHNEIDER, F. y C. BAJADA. The Size and Development of Shadow Economies in the Asia Pacific. Johannes Kepler University Linz. Working Paper No. 0301, 2003.

<sup>41</sup> Citados por KUCHTA-HELBLING, Catherine. Ob. Cit. p 17.

la mejor disposición y tolerancia, o sea la menor *tax resistance* de los contribuyentes cuando se encuentra una jurisdicción con variables institucionales sólidas, a pesar de sus altas alícuotas tributarias. El mismo estudio planteaba, entonces, la idea de que la hipótesis contraria, consistente en bajas tasas o alícuotas tributarias y mayor informalidad, también era sustentable y posible, y asimismo sugería el análisis consistente en que diferentes tipos de tributo y diferentes tasas de éstos tienen diferente impacto en la carga tributaria generada en las empresas y, también, en el tamaño del sector informal.

Por último, el mismo trabajo aludido de Johnson y otros., dejaba sugerido que aspectos institucionales del tipo, estructura, organización y gestión de la administración tributaria, podrían tener un efecto sobre el tamaño de la informalidad, por lo menos tan grande como el que produce la dimensión de las alícuotas tributarias.

Por su parte, Friedman y otros. (2000)<sup>42</sup> llegaron a establecer que en una muestra de 69 países, las altas tasas de los tributos no llegaban a demostrar una correlación con una economía informal más grande y podían, más bien, hasta estar vinculadas a un sector informal más pequeño. Los autores interpretaban este resultado, para los países de su muestra, como dando cuenta del hecho que, a veces, el incentivo a evadir tributos es superado por los beneficios de la formalidad en países en donde se encuentran altos ingresos tributarios que son aplicados a financiar bienes públicos que promueven la productividad y un entorno legal fuerte y con amplia aceptación.

En adición a lo dicho, en los trabajos de Maurizio Bovi<sup>43</sup> se hallan aportes de evidencia empírica en la línea de que países con mayor recaudación tributaria podrían contar con tamaños pequeños de economía informal y que la relación entre economía informal y otras variables distintas de aquellas "tributario sustantivas" –i.e. alícuotas o tasas efectivas de los tributos– pueden ser más complejas de lo que comúnmente se pensaba.

Siguiendo, luego, a Bovi<sup>44</sup>, en los 90s, la relación entre la economía informal en países de la OECD con los factores determinantes por él propuestos resultaba de signo variable. Si un país es relativamente corrupto, su economía escondida podría ser grande aun cuando sus tributos y cargas regulatorias no fuesen particularmente pesadas. Por el contrario, si las instituciones son eficientes y no corrompidas, altas tasas tributarias y regulaciones onerosas no estarán correlacionadas necesariamente con la economía informal –es decir, con mayor informalidad–, ello porque los agentes perderían los beneficios provenientes de un Estado más eficiente y también porque en tales Estados con burocracias eficientes –la hipótesis de conexión y de compulsión enunciadas en el acápite II., interactuando dinámicamente– la probabilidad de detección se aproxima a uno (1). De allí, la conclusión de Bovi señalando que los países con las más grandes economías no oficiales no son necesariamente los países con las tasas tributarias más altas y los países con las más altas tasas impositivas no son necesariamente aquéllos con la más grande economía informal.

En similar postura, Perry y otros<sup>45</sup> afirman que cuando las regulaciones tributarias y su exigibilidad son consideradas justas –incrementando la "ética tributaria"– se pueden alcanzar niveles bajos de evasión tributaria e informalidad, sin tener que reducir necesariamente las cargas tributarias, permitiendo, así, la provisión de bienes públicos que maximicen la productividad.

La ya de por sí compleja relación de la que hablamos, podría todavía matizarse un tanto más, pues, en el caso de los tributos de la especie contribución, tales como las contribuciones a la seguridad social, el análisis puede tomar un signo diverso. En efecto, desde el punto de vista del trabajador, si las contribuciones obligatorias a estos fondos son actuariales y medidas con justicia, puede existir un verdadero incentivo a pagarlas; mientras que, desde el punto de vista del empleador, su pago también puede encontrarse justificado en costo beneficio al generar un efecto directo e inmediato en la productividad del trabajador y, por tanto, de la propia empresa<sup>46</sup>. Análogo razonamiento puede ejer-

<sup>42</sup> Citado por PERRY y otros. Ob. Cit. p. 159.

<sup>43</sup> BOVI, Maurizio. *The Nature of the Underground Economy. Some Evidence from OECD Countries*. ISAE Istituto di Studi e Analisi Economica. Roma. 2002.

<sup>44</sup> BOVI, M. Ob. Cit. pp. 17-18.

<sup>45</sup> PERRY y otros. Ob. Cit. p. 165.

<sup>46</sup> BOVI, M. Ob. cit. p.17.

citarse respecto de la otra especie de tributos vinculados, es decir, los tributos de la especie Tasa, en cuya concepción y lógica se encuentra enraizado el elemento del beneficio (*benefit principle*), que al requerir de unidades de uso o consumo individualizables, por los cuales los ciudadanos retribuyen o pagan, y más mientras más consumen o usan, se minimizan las dispersiones del argumento que comentamos cuando referido a los impuestos.

Entonces, altas tasas tributarias, analizadas como una variable aislada, no son determinantes que permitan *per se* o automáticamente predicar un grado o nivel de informalidad, pues, ellas, si los demás arreglos institucionales son adecuados, justos y eficaces, pueden determinar burocracias eficientes, y un incremento de los costos de elegir y permanecer en la informalidad, al aumentar los premios o beneficios de elegir entrar y permanecer en la formalidad (países como Noruega, Suecia, Finlandia, o Dinamarca, son a este respecto nuestros mejores ejemplos).

Lo dicho no obsta para que –en ponderación, es cierto, de adicionales intereses y objetivos de política tributaria y económica– una de las estrategias en la mayoría de los países de Latinoamérica y el mundo haya estado orientada a la instrumentación de regímenes especiales de tributación para los pequeños contribuyentes, desprovistos de tener como objeto primordial la recaudación tributaria, sino resolver una problemática de administración tributaria con la finalidad de incorporar a la formalidad a un amplio

sector de contribuyentes de escasa significación económica<sup>47</sup>, así como también poder controlar eficientemente a un sector más amplio de contribuyentes<sup>48</sup>. No obstante ello, es dable destacar los escasos niveles de recaudación que tales regímenes suelen representar para el Estado, llegando en algunas situaciones a tener ingresos menores que los costos que su administración demanda. Se puede señalar que el promedio de recaudación de estos regímenes en los países latinoamericanos es cercano al 1% de los ingresos totales<sup>49</sup>.

La combinación de variables que venimos barajando, pueden así conducir a dos tipos de escenarios de equilibrio, simplícidamente enunciados: uno, en el cual se tengan buenas instituciones, una regulación razonable, una amplia base tributaria y una considerable recaudación tributaria, y en donde el Estado funciona y cumple con retornar bienes y servicios por los impuestos de sus contribuyentes, y la probabilidad de ser detectado en omisión tributaria sea alta; el otro escenario, caracterizado por malas instituciones, regulación de mala calidad e intrusiva, un sector informal amplio y reducidos ingresos tributarios producto de una, a su vez, reducida base tributaria<sup>50</sup>.

Un tema no extraño al que abordamos en esta parte es la vinculación frecuente que se hace de informalidad y empresas de pequeña envergadura, que no cuentan con registros oficiales. Empero, los estudios del Banco Mundial a que hemos hecho tantas veces referencia en este trabajo<sup>51</sup> dejan entrever una evasión tributaria

<sup>47</sup> GONZALEZ, Darío. Regímenes Especiales de Tributación para Pequeños Contribuyentes en América Latina. Banco Interamericano de Desarrollo. 2006. p. 53.

<sup>48</sup> “Las políticas orientadas hacia el colectivo de las pequeñas y medianas empresas (PYME) se ha desarrollado de manera sustancial en las últimas dos décadas, siendo actualmente una de las políticas más importantes en los países desarrollados. Bien es cierto que la propia composición del tejido industrial español, conformado en más de un 99%1, por empresas de reducida dimensión –hasta 250 trabajadores–, del europeo con más de un 98% e incluso del estadounidense con más de un 95%, implica que casi cualquier política destinada a mejorar las condiciones en las que se desenvuelven las empresas afecte a las PYME. Fonfría Mesa, Antonio. Instrumentos y Objetivos de las Políticas de Apoyo a las PYME en España. Instituto de Estudios Fiscales. 2001. p. 7.

<sup>49</sup> La literatura también da calificaciones acerca de la sobredimensionada bondad de ciertos tipos de regímenes especiales que hoy se encuentran, mayoritariamente, vigentes en un sinnúmero de países en favor de las pequeñas y microempresas. En resumidas palabras, hoy se admite mejor y con sentido crítico que no son necesariamente buenos los regímenes que establecen alícuotas diferenciales, regímenes especiales o exenciones que puedan provocar un incentivo al “enanismo” fiscal. Shome, por ejemplo, señala que: “The idea of a single tax is a poor one since it tends to increase inequity and encourage the unwillingness of small taxpayers to graduate from the single tax. A single tax does not reduce evasion except by definition since, by design, it requires small taxpayers to pay less tax than their theoretical tax potential. In combination with the existence of a threshold, it also encourages the formation and functioning of a secondary market for VAT invoices and, thus, is known to have exacerbated tax evasion. In a like manner, a single tax also leads to inefficiency by encouraging resource allocation towards the lower-taxed sector. It is no surprise that tax policy experts, as indicated above, in general prefer tax simplification rather than separation between large, medium and small taxpayers. Thus there must be a clearly defined strategy to phase out a single tax if it is already in place. (SHOME, Parthasarathi. Tax Administration and the Small Taxpayer. IMF Policy Discussion Paper. 2004. p. 28). Ver también: SOTELO, Eduardo. Determinación Objetiva de la Base Imponible en el Impuesto a la Renta Aplicable a las Pequeñas y Medianas Empresas. Ponencia Nacional. XXIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario. Rosario, Argentina. 2006.

<sup>50</sup> BOVI, M. Ob. Cit. p.17.

<sup>51</sup> “Thus, medium-size and large firms can be considered informal even if they are appropriately registered, provided that, for instance, they underreport their sales for tax purposes; do not register all their workers with the social security administration; or do not comply with some government regulations regarding mandatory operating licenses or permits, as well as product quality and safety regulations. (...) that sales and employment underreporting (for tax purposes) is commonplace among registered medium-size and large firms in selected Latin American and Caribbean countries of different sizes and levels of income”. PERRY y otros. Ob. Cit. p. 158.

y de aportes a la seguridad social también generalizadas en Latinoamérica, pero en firmas de tamaño mediano y grande. Si bien, en efecto, la información recogida en este reporte de 2007<sup>52</sup> arroja que la evasión tributaria y a aportes de la seguridad social es prevaleciente en empresas de tamaño pequeño en la mayor parte de los países estudiados, en Perú y el Uruguay la información no llega a mostrar un patrón claro que ligue la proporción de sub declaración de bases o tributos con un criterio de “tamaño de la empresa” —es decir, no se encuentra que la empresa chica subdeclare o evada en proporción mayor que la empresa mediana o grande—. De este modo, empresas medianas y grandes, aparecen evadiendo tributos y aportes a la seguridad social en proporciones comparables a las de aquellas empresas de pequeña envergadura —entre 10 y 15 por ciento en Perú y Uruguay, y encima de 30 por ciento en Panamá—. Los datos son importantes, pues, redirigen la atención hacia algunos elementos institucionales distintos de las propias alícuotas efectivas de tributos vigentes en un sistema, a veces soslayados, tales como el mayor y mejor acceso a fuentes de asesoría especializada, la ausencia de una efectiva responsabilidad ejecutable judicial o administrativamente contra el fraude tributario —a veces disfrazado de “planeamiento tributario” —, la mejor aptitud para calcular y minimizar el riesgo de la detección y similares, que podrían ayudar a explicar y entender la lógica de la “dimensión extralegal” presente dentro del sector “formal” de la economía.

Finalmente, en materia del cumplimiento de las obligaciones tributarias también quisiéramos referirnos sucintamente a la medición del aumento indirecto de la carga impositiva y, por lo tanto, de la carga tributaria como costo de tran-

sacción, por efecto de los esfuerzos adjetivos o procedimentales que la regulación hace recaer sobre los hombros de los contribuyentes<sup>53</sup>. Nos referimos al cumplimiento de deberes administrativos —o de derecho tributario adjetivo o formal—, tales como el registro, la declaración, los procesales, los contables, como la teneduría de libros, el almacenamiento y el procesamiento de información, y todo aquello que sin estar directamente representado en la alícuota de los tributos se convierte en carga onerosa que representa cumplir con las leyes tributarias<sup>54</sup>. Quizás estos costos se encuentran inmersos en alguno de los grupos de la categorización que referimos al inicio del presente acápite IV y, en la fase de su tratamiento y solución quizás están abordados desde la perspectiva de la “simplificación”. Estos costos, son relevantes y considerables, y no pueden ser soslayados a la hora de analizar las relaciones causales entre tributación, evasión e informalidad.

El informe del Banco Mundial<sup>55</sup>, por ejemplo, manifiesta que las iniciativas tendientes a simplificar el sistema tributario y el registro de micro empresas ha producido incrementos significativos en el número de nuevas empresas registradas, aunque califica lo dicho refiriendo que se requiere de nuevos estudios para determinar si este efecto es temporal o permanente. Adicionalmente, algunos estimados sugerirían que esta estrategia de simplificación ha servido para que trabajadores con altas capacidades abran negocios formales, pero que ha tenido poco o nulo impacto en la formalización de empresas no registradas.

En materia de registros, el Instituto Libertad y Democracia reporta genéricamente para el Perú que los registros administrativos de carácter general

<sup>52</sup> PERRY y otros. Ob. Cit. p. 159.

<sup>53</sup> “The cross-country literature also supports the view that the higher the tax burden, the larger the informality. They also show that what matters to explain informality are the administration and operation of the tax system rather than the established rates as a key correlate”. PERRY y otros. Ob. Cit. p. 226.

<sup>54</sup> Es ilustrativo consultar el cálculo alzado que Gary Becker realiza del costo de cumplimiento del U.S. Federal Tax Code. En el 2005, estima que usó 25 horas en preparar y rastrear sus ingresos del año 2005, los gastos deducibles y otra data relevante para efectos fiscales. El contador usaría unas 6 horas adicionales, así que el total de horas destinadas a llenar su declaración podría ser de 30 horas. Si en el 2004 el IRS procesó alrededor de 130 millones de declaraciones tributarias y el promedio de declarante con ayuda profesional incluida podría encontrarse alrededor de 20 horas para cumplir con esta obligación adjetiva, entonces 2.6 billones de horas se habrían gastado para cumplir con la ley tributaria norteamericana (dato conservador a los 6 billones que The Tax Foundation estima fueron gastados para la misma obligación). Los 2.6 billones, multiplicados por un promedio de costo horario de \$40, arroja más de \$100 billones, o sea, casi el 10 por ciento de los aproximadamente \$1.2 trillones pagados por el impuesto a la renta federal en 2005 (corto aún respecto del cálculo de The Tax Foundation, para quien el costo de cumplimiento asociado a esta misma obligación fue de \$265 billones, o sea, encima del 20 por ciento de los recaudos del impuesto a la renta federal para dicho año). Ver: <http://www.taxfoundation.org/blog/show/1442.html>.

<sup>55</sup> PERRY y otros. Ob. Cit. p. 157.

son de trámite sencillo, no son muy onerosos o no tienen costo como sucede en el caso del Registro Único de Contribuyentes que administra la SUNAT<sup>56</sup>.

Con sus limitaciones metodológicas, la fuente Doing Business - Measuring Business Regulations, puede dar una visión más amplia de los costos comparados a que nos referimos en esta última parte y que tienen como efecto encarecer el cumplimiento de las regulaciones que la formalidad impone, así como ayudar a estimar el verdadero costo de transacción asociado al factor tributario.

## V. COMENTARIOS FINALES

Reconocido que la cooperación para la consecución de metas y objetivos sociales no es un producto meramente espontáneo, la coerción de los sistemas legales y tributarios se hace indispensable, pero ello conlleva riesgos acerca del nivel razonable y ponderado del uso de este poder, para imponer cargas tributarias a los agentes en la economía.

Para encontrar la relación entre tributación e informalidad en la economía se deben recorrer, analizar y comprender una serie de variables adicionales a las meramente tributarias, considerar el entorno institucional y regulatorio en donde se desarrollan las actividades económicas y cuán amigable u hostil puede éste resultar<sup>57</sup>.

Debe afrontarse el problema de la informalidad desde perspectivas integradoras, lo cual pasa, entonces, no sólo por evitar que la carga impositiva no resulte prohibitiva para las empresas –de todo tamaño–, sino también por idear alternativas para que los requisitos administrativos o formales no se sumen gravosamente a esas pesadas cargas de modo que agobien a las empresas y contribuyentes<sup>58</sup>.

Altas tasas tributarias, analizadas como variables aisladas dentro de determinadas jurisdicciones, no tienen por sí mismas, suficiente fuerza explicativa del fenómeno de la informalidad o del grado o nivel de informalidad.

Los estudios glosados aquí y otras experiencias no analizadas precisamente en este trabajo, recomiendan que los sistemas tributarios deberían tender a reformarse reduciendo las tasas promedio de las empresas y los individuos. No obstante lo dicho, escenarios con tasas reducidas, pero con Administraciones públicas que han aprendido a ser eficaces y costo eficientes, serían menos propicios para el florecimiento de la informalidad.

Los Códigos Tributarios y otras normas tributarias deberían ser revisadas y ajustadas eliminando los procedimientos complejos y con demasiados pasos, destinados a hacer cumplir declaraciones y pago de tributos a los contribuyentes.

Se debería poder incrementar la capacidad de las administraciones tributarias para orientar, educar, fiscalizar y sancionar, acotando sus poderes discrecionales para no exponer al administrado a riesgos de abuso de poder.

La informalidad, en una de sus múltiples acepciones, no parece privativa de las pequeñas empresas o contribuyentes. Otros factores y elementos deben quizás ser involucrados en el análisis de este fenómeno multidimensional que alcanza, asimismo, una parte de la actividad de la mediana y grande empresa registrada o formalizada.

Un paquete integrador de combate contra la informalidad, en un espacio y tiempo dado, comprendería pero no estaría principal, ni menos exclusivamente, conformado por variables de cuño tributario.

<sup>56</sup> Instituto Libertad y Democracia. Evaluación Preliminar de la Extralegalidad en Perú. 2006. Resumen Ejecutivo. p. 16.

<sup>57</sup> Pontificia Universidad Católica Argentina. Facultad de Ciencias Sociales y Económicas. Escuela de Economía. Serie Informes. En <http://www.uca.edu.ar/esp/sec-feconomicas/esp/docs-d-economia/investigacion/empleo/boletin-empleo-8-0707.pdf>.

<sup>58</sup> "Frequent changes in the tax system, combined with a prohibitive tax level, an unpredictable behaviour of state officials in applying tax regulations, and inadequate access to external capital encourage entrepreneurs to use evasion strategies in order to reduce profits and tax payments with the underlying objective to preserve the capital base of their enterprises." SMALLBONE, David y Friederike WELTER. Ob. Cit. p. 6.

Previamente a los comentarios que me suscita la lectura del trabajo de Eduardo Sotelo sobre "Informalidad y Tributación", debo incidir en el hecho que el artículo que sobre el mismo tema he escrito para "Themis" ha pretendido, en concreto, describir algunos comportamientos informales en que incurre únicamente el Estado peruano en materia tributaria, por ser éste un tema poco tratado y usualmente no reconocido por las autoridades. He obviado, ex profeso, tratar la informalidad en materia tributaria en que incurren muchos contribuyentes, a la que las autoridades aluden de manera permanente como si sólo existiera a cargo de ellos.

Hecha esta advertencia, procedo a continuación, dentro del breve espacio concedido, a formular los comentarios solicitados, incidiendo en lo que considero son algunas de las principales ideas que surgen del trabajo de Sotelo, que no solamente apuntan a describir las causas del incumplimiento imputables al Estado sino también las que deben atribuirse a los contribuyentes.

Una primera idea a destacar consiste en reconocer que la factibilidad de concretar los proyectos sociales a que debe estar abocado el Estado está necesariamente ligada a un adecuado cumplimiento de las obligaciones tributarias, pues ello proporcionará los recursos necesarios que para tal efecto se requieren. Pero, al mismo tiempo, como señala Sotelo, el cumplimiento de las obligaciones tributarias se vería entorpecido si los contribuyentes fuesen anónimos y los tributos no fuesen recursos compulsivos y obligatorios y, además, no existieran sanciones jurídicas en caso de incumplimiento.

Una segunda idea tiene que ver con el nivel de cumplimiento por parte del Estado de los objetivos que debe lograr a través de la aplicación de los recursos públicos que obtenga. Si este nivel es óptimo se produce un alto nivel de conexión entre los contribuyentes y el Estado, que se traduce en un mayor cumplimiento de las obligaciones tributarias. El nivel de incumplimiento de dichas obligaciones será mayor en la medida en que exista una desconexión, por el hecho de tratarse de un Estado ineficiente, o de un Estado que tiene un sistema tributario que no es equitativo, o de un Estado que no presta servicios públicos adecuados.

En tal sentido resulta interesante destacar el enfoque institucionalista al que hace referencia Sotelo, según el cual los contribuyentes toman sus decisiones con base a un análisis de costo-beneficio. Si el beneficio neto de ser informal es mayor, optarán por la informalidad, pero si dicho beneficio es menor decidirán por la formalidad. Empero, este enfoque institucionalista ciertamente no explica todos los casos de informalidad de los contribuyentes en materia tributaria y resulta difícil determinar, inclusive, si explica la mayoría de dichos casos.

Pero también es cierto, como señala Sotelo, que un grupo de contribuyentes que optan por la informalidad en materia tributaria basándose en que ello les genera un beneficio neto mayor que el que les produciría ser formales, está conformado por empresas con un nivel aceptable de ingresos y rentabilidad. En otras palabras, la informalidad en materia tributaria no puede atribuirse exclusivamente a contribuyentes de escasos recursos, siendo evidente que la excesiva onerosidad de un sistema tributario y la proliferación de obligaciones formales y trámites administrativos desalienta optar por la formalidad en materia tributaria.

Coincido plenamente con una tercera idea expuesta por Sotelo cuando afirma que la informalidad produce efectos o impactos sobre los sistemas tributarios y que, de otro lado, la tributación aporta su cuota a la causa y a la solución de la informalidad.

Sin duda, la informalidad erosiona el sistema tributario pues conducirá inexorablemente a su deformación e inequidad, pues el Estado tratará de recuperar los ingresos que los informales no cumplen con proporcionarle, recurriendo entonces al aumento de la carga tributaria que sólo incidirá finalmente en los contribuyentes formales, creándose un círculo vicioso. Además, porque el Estado tendrá que incrementar su infraestructura para detectar a los informales, con el consiguiente aumento de los costos que ello le demandará y que, necesariamente, impactarán en el sistema tributario por la vía de nuevos tributos o de aumento de los existentes para lograr esos mayores recursos que requiere debido a la informalidad.

A su vez, causa informalidad un sistema tributario inequitativo o que obliga al cumplimiento de

obligaciones formales, trámites y procedimientos excesivos, y que al mismo tiempo lleva a límites exagerados el deber de colaboración que todo contribuyente tiene para con el Estado. De otro lado, un sistema tributario equitativo, con una Administración fuerte y un Estado eficiente, satisface mejor a los contribuyentes y tiende a disminuir la informalidad en materia tributaria.

En este orden de ideas, un sistema tributario basado en alícuotas elevadas y en bases impositivas que no respetan deducciones adecuadas, genera informalidad en materia tributaria. Por otra parte, una legislación que hace tributar de manera desproporcionada al trabajador y obliga al empleador a asumir altos costos de contribuciones sociales y otros tributos, impide remunerar adecuadamente a los trabajadores y desincentiva su contratación o promueve la contratación informal de trabajadores.

La informalidad provoca un círculo vicioso al reducir la base tributaria y obligar al Estado a aumentar las tasas impositivas sobre los contribuyentes conocidos y registrados, incrementando con ello, a su vez, el incentivo para incumplir el pago de los tributos, aumentando así el número de informales.

Una cuarta idea expresada por Sotelo está relacionada con el argumento de que los países en donde existen bajas tasas impositivas, con menor cantidad de leyes y normas y menores niveles de corrupción, parecen estar en mejor capacidad de alentar el cumplimiento de las obligaciones tributarias de los contribuyentes y restar así incentivos a la informalidad. A esta idea le agrega que también influye en dicha argumentación la existencia en tales países de un nivel aceptable de procedimientos y deberes administrativos o adjetivos que los contribuyentes deben ejecutar o soportar.

Sin embargo, coincido también con Sotelo en una quinta idea que expresa, según la cual no necesariamente es pernicioso ni promueve la informalidad el hecho que determinados países tengan sistemas tributarios con altas tasas impositivas. Si en estos casos el Estado es eficiente y proporciona de manera oportuna y adecuada los servicios públicos que los contribuyentes esperan recibir a cambio del cumplimiento cabal y también oportuno de sus obligaciones tributarias, tales siste-

mas tributarios no contribuirán a la informalidad en materia tributaria.

Una sexta idea expresada por Sotelo, con la cual uno tiene que estar necesariamente de acuerdo, es la que describe “dos tipos de escenarios de equilibrio, simplificados enunciados”. Un buen escenario que refleja “buenas instituciones, una regulación razonable, una amplia base tributaria y una considerable recaudación tributaria, y en donde el Estado funciona y cumple con retornar bienes y servicios por los impuestos de sus contribuyentes, y la probabilidad de ser detectado en omisión tributaria sea alta”. Y un mal escenario, “caracterizado por malas instituciones, regulación de mala calidad e intrusiva, un sector informal amplio y reducidos ingresos tributarios producto de una, a su vez, reducida base tributaria”.

En síntesis, Sotelo refleja en su trabajo una búsqueda de la diversidad de factores que pueden explicar la informalidad en materia tributaria. Algunos atribuibles a los contribuyentes y otros al Estado. Pero al mismo tiempo destaca el efecto de “círculo vicioso” que la informalidad engendra, pues la informalidad impacta al Estado y erosiona para mal los sistemas tributarios, haciéndolos inequitativos o convirtiéndolos en más inequitativos, aumentado por ello la informalidad que se pretende solucionar.

Pero una buena conclusión parece estar reflejada en lo que hemos llamado, en esta pequeña reseña, la sexta idea expresada por Sotelo, en cuanto a lo que he denominado “un buen escenario”, como una posible solución al problema de la informalidad tributaria o, cuando menos, como una manera para lograr una reducción sustancial de tal informalidad.

No está demás señalar, sin embargo, que en países como el nuestro, en que es muy grande la desconexión entre el Estado y los administrados, en mi opinión la informalidad en materia tributaria tiene como gran responsable al propio Estado. Éste tiene mucho por hacer para conectarse con los administrados, más allá de todo lo anteriormente expuesto, y de esa manera reducir sustancialmente la informalidad de los contribuyentes.

## LA INFORMALIDAD PUEDE SER ENTENDIDA DE MUCHOS SENTIDOS

Se me solicita realizar comentarios al artículo presentado por mi estimado profesor Luis Hernández. Dentro de los límites otorgados cumplo con el encargo.

La informalidad tiene una serie de aspectos o facetas que deben ser convocados en conjunto al momento de abordar su problemática. Entre las teorías desarrolladas para estudiarlo, las tesis institucionalistas colocan énfasis importante en el peso relativo de los costos que el propio Estado puede imponer o representar en la decisión de los sujetos para evaluar su ingreso a o salida de la formalidad.

De una apreciación inicial, muchas de las conductas mencionadas por el profesor Hernández podrían tener algún impacto en los costos trasladados por el Estado a sus ciudadanos. En este sentido general, el trabajo comentado es complementario al presentado por el suscrito. A continuación, realizaré algunos comentarios que resaltan esta complementariedad, así como algunos otros que enfatizan nuestras diferencias o divergencias que, más que cualitativas, diría, se tratan de diferencias de grado, intensidad o, a lo sumo, perspectiva.

Si guiados por una corriente institucionalista, quizás un explícito balance de costo y beneficio resulta un test que explicaría mejor el planteamiento que trae consigo el artículo que comento, antes que en un pretendido "efecto réplica" –que, tácitamente, pareciera declarar el trabajo en sus líneas iniciales-: cuando las autoridades con su actuación u omisión informal "provocan" o "inducen" a los administrados a comportarse "también" de manera informal.

Un uso extendido en el ejercicio profesional de los abogados es presentar temas iniciando con definiciones tomadas de diccionarios lexicográficos. Sin embargo, a veces, la función que intentan cumplir estas fuentes dentro del idioma hace que los términos en él definidos o las acepciones tomadas, no resulten las más pertinentes, idóneas u operativas a los efectos de llevar a cabo una investigación o trabajo académico. Considero que sucede algo de esto con el uso de la fuente tomada para definir "informalidad", en la parte inicial del artículo comentado, cuando de lo que se trata es de abordar técnicamente la informalidad y la tributación. Muchas definiciones

existen disponibles en la literatura que investiga precedentemente, de modo técnico y científico, la relación entre estos dos temas, por su generalidad y uso corriente consideramos que poco aporta la definición lexicográfica del término presentada.

En lo que se refiere a los comentarios del autor dentro del acápite referido a la prepublicación de normas, sin dejar de coincidir con la idea de aquél sobre la necesidad de un cierto grado de apertura y discusión democrática de las propuestas normativas, considero que ello debería hacerse de modo selectivo pues, por un lado, no es posible ni eficiente abrir un proceso deliberatorio por cada norma tributaria que tendrá impacto sobre los ciudadanos y porque, en un cierto tipo limitado de casos, un anuncio muy anticipado puede atentar contra la eficacia de las medidas tributarias –cosa que no es la regla general, de las que trata el trabajo bajo comentario en su acápite IV. El grado de afectación sobre la formalidad que este tema evoca, se refiere –sin que ello sea expresado en el artículo- al nivel de mayor o menor "conexión" o "desconexión" que puede ocasionar para los ciudadanos saber que se trata de normas en cuyo proceso de gestación han colaborado. En otros términos, la buena idea es que mientras más suya sientan sus destinatarios la normativa tributaria, más se facilita su cumplimiento espontáneo y más se reduce el incentivo a defraudarla. Con esto no se puede estar en desacuerdo.

De otro lado, convengo con la idea implícita del autor de que la sumatoria de reglamentaciones tardías, los vacíos y la obscuridad de las normas tributarias atentan contra la certeza y seguridad y, ligando esta afirmación con el tema que nos convoca, que ello es un factor que pone en riesgo el cumplimiento voluntario de las normas y promueve el aumento de litigio, todo lo cual puede incrementar la informalidad o crear un ambiente propicio para ella. La mayor capacitación de los funcionarios públicos y la convocatoria a centros o instituciones de probada capacidad académica para formarlos resulta imperiosa, así como la mayor apertura del Estado para recibir los aportes de institutos de investigación que distingan la opinión técnica y académica, de los intereses gremiales, cuando son convocados a contribuir en la mejora de la normativa y la administración tributarias, son todos mecanismos que pueden

ayudar a afrontar los problemas anotados. Quizás se requiera seguir llamando la atención sobre esto, debido a la probada relación de este tema con la propensión a cumplir la normativa tributaria y la rebaja en los costos de actuar en la formalidad.

De entre los muchos problemas que menciona el trabajo, quizás uno de los más comúnmente abordados por la literatura sobre informalidad es el relacionado con los costos de obligaciones formales asociadas al pago de tributos, lamentablemente, el artículo no tiene el objetivo de detenerse a desarrollarlos y ello nos priva de leer la opinión de este respetadísimo autor sobre la materia. Sí se hace, sin embargo, una mención sobre la prescripción que, a nuestro juicio, se encuentra asistemáticamente colocada bajo el título relacionado con las obligaciones formales.

Algunos puntos del interesante trabajo presentado se encuentran –por atendibles razones que también ha experimentado el suscrito– muy escuetamente abordados, y no permiten desarrollar la línea de razonamiento que conduce a explicar o entender cómo los problemas aludidos pueden producir o inducir a informalidad.

Considerando lo dicho, conceptualmente hablando, y desde nuestro modesto punto de vista, nos resulta dudoso, puede que por su generalidad, que se coloque en este recuento el tema del condicionamiento de derechos sustanciales tributarios al cumplimiento de requisitos formales.

Primero, porque nos parece precipitado atribuir ello a una mera “comodidad” para el órgano administrador, cuando la razón teórica proviene de decisiones que combinan y tratan de balancear, elementos de administración, control, costos públicos y costos privados, quién es el sujeto en mejor aptitud para asumir los costos, restricciones presupuestales del lado público y, por supuesto, los derechos –de propiedad, libre empresa, etcétera– de todos los involucrados, entre otros. Quizás lo que intenta poner en el tapete el autor es, en los hechos, cuán exitoso ha sido el Estado en realizar tal balance y eso, por supuesto, resulta plausible de debatirse caso por caso. A priori, qué duda cabe, el fracaso en lograr tal balance –su desequilibrio en perjuicio del ciudadano– puede conllevar a un aumento de la carga fiscal y

ello presionar fuertemente hacia la informalidad.

Segundo, leída como viene, la presentación del caso sugerido en el artículo comentado suena descontextuada. Los sistemas legales, no sólo los tributarios, están plagados de situaciones en que el ejercicio o reconocimiento de derechos sustanciales se encuentra supeditado al cumplimiento de formas –los tickets de acceso a espectáculos, los documentos de identidad (DNI, pasaporte), los diplomas y certificados, son algunos ejemplos–; pues, la forma equivale al mecanismo que mejor logra el ahorro de costos de transacción, cuando de probar y demostrar un derecho se trata, y permite dar fluidez al tráfico. Si esa pérdida de eficacia del derecho, por la oportunidad en que tendría que haber operado, por el altísimo costo que representa el análisis y evaluación públicas en cada caso concreto, puede terminar siendo equiparable, en práctica, a una pérdida del derecho en sí mismo, es algo que ocurre en una serie de campos legales y cotidianos –no acceso al espectáculo, al medio de transporte, no reconocimiento de calidades personales o profesionales, etcétera–. Mientras el costo de cumplir con la forma se mantenga bajo en manos privadas, en términos absolutos y también relativos en comparación con el derecho que se intenta probar o ejercer, y haya la posibilidad excepcional de recuperar el derecho sustantivo –por ejemplo, en una instancia, corte o tribunal–, el concepto –derechos sustantivos supeditados al cumplimiento de requisitos formales– no es errado, sin con ello convalidar que pueden existir casos de abuso o balance indebido o incorrecto. En todo caso, el supuesto que presenta el artículo a modo de ejemplo para probar la informalidad de parte del Estado, resulta harto cuestionable, y no es analizado de manera contextualizada. Para no perder la perspectiva, sin embargo, para nosotros, finalmente, lo importante sería teorizar y probar el grado de impacto que esta actitud habría tenido en la formalización de los administrados.

En suma, encontramos que el trabajo que se nos pide comentar aporta a enriquecer las perspectivas de las posibles causas de informalidad en el campo tributario. Nos encantará en un futuro encontrar desarrolladas, en mayor espacio y con mayor tiempo, cada una de estas tentadoras ideas con las que nos suele provocar reflexión mi brillante profesor Luis Hernández.

Luis Hernández Berengüel *versus*  
Eduardo Sotelo Castañeda