



EL REPORTE DE OPERACIONES SOSPECHOSAS POR DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA: CASO PARTICULAR DE ESCRIBANOS, ABOGADOS Y CONTADORES PÚBLICOS

por Cr. Félix Abadi¹

21/6/2019

1. Antecedentes.....	1
2. Alcance general de la obligación de reportar operaciones que recae sobre escribanos, abogados y contadores públicos.....	4
3. Alcance de la obligación de reportar operaciones que recae sobre escribanos, abogados y contadores públicos en relación a la defraudación tributaria.....	8
4. Conclusiones.....	12

1. Antecedentes

Como se sabe, la ley N° 19.574 del 20/12/2017 (“Ley Integral contra el Lavado de Activos”) introdujo importantes modificaciones en materia de prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo, dentro de las cuales se incluye la incorporación como actividad delictiva precedente de aquel delito a la defraudación tributaria² bajo ciertas hipótesis.

1 Socio de RUEDA ABADI PEREIRA y SMS Uruguay. Catedrático de Impuestos de la Universidad ORT Uruguay.

2 El énfasis en el combate a la defraudación tributaria en el plano local se ve reforzado al menos con los siguientes aspectos:

- aumento de penas de dos a ocho años de penitenciaría dispuesto por el art. 252 de la ley N° 19.535 del 25/9/2017 para el caso de defraudación tributaria en la que se hubiera utilizado, en forma total o parcial, facturas o cualquier otro documento equivalente, ideológica o materialmente falsos, tendiente a impedir su excarcelación
- reciente resolución del Consejo Honorario de Instrucciones Generales – del 13/5/19 incluyendo a la defraudación tributaria “...en el elenco de delitos en los que existe interés público para la persecución” pasando a compartir esa lista junto a delitos de tortura, desaparición forzada, trata de personas, delitos sexuales, crímenes de lesa humanidad o genocidio, hechos que puedan significar violaciones graves al derecho internacional humanitario, y delitos de narcotráfico (salvo los casos de microtráfico) y terrorismo, lavado de activos, delitos que tengan como causa situaciones de violencia de género o doméstica, homicidios dolosos, delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de su función, delitos de corrupción pública, copamiento, privación de libertad, extorsión, secuestro, rapiña y los delitos de contenido sexual y cuestiones en género incorporados por la ley N° 19.580 “Ley de violencia hacia las mujeres basada en género, según surge de la *“Instrucción N° 11 sobre priorización de la persecución penal en el sistema penal no acusatorio”*. Ello determina, según

En efecto, dispuso el art. 34 de dicha ley:

“Artículo 34. (Actividades delictivas precedentes).- Son actividades delictivas precedentes del delito de lavado de activos en sus diversas modalidades previstas en los [artículos 30 a 33](#) de la presente ley, los siguientes delitos:

“.....”

25) Defraudación tributaria, según lo previsto en el artículo 110 del Código Tributario, cuando el monto de el o los tributos defraudados en cualquier ejercicio fiscal sea superior a:

A) 2.500.000 UI (dos millones quinientos mil unidades indexadas) para los ejercicios iniciados a partir del 1º de enero de 2018.

B) 1.000.000 UI (un millón de unidades indexadas) para los ejercicios iniciados a partir del 1º de enero de 2019³.

Dicho monto no será exigible en los casos de utilización total o parcial de facturas o cualquier otro documento, ideológica o materialmente falsos con la finalidad de disminuir el monto imponible u obtener devoluciones indebidas de impuestos.

En las situaciones previstas en el presente numeral el delito de defraudación tributaria podrá perseguirse de oficio⁴.”

Ello determina, naturalmente, que en relación a tal actividad delictiva, entre otras – aunque como se verá, la validación de esta afirmación es parte del tema que se analiza en el presente artículo - cuando alguno de los sujetos obligados designados, sean financieros o no financieros definidos respectivamente por los arts. 12 y 13 de la ley, lleven adelante las actividades en ellos descritas, entre otras obligaciones, deberán practicar procedimientos de debida diligencia a los efectos de detectar y reportar:

se desprende de esa misma Instrucción, que la defraudación tributaria será perseguida por los Fiscales aun cuando los casos “...se encuentren en etapa presumarial con más de un año de duración y en los que, por carecer de antecedentes judiciales el indagado o por el tipo de delito que se instruye, eventualmente recaerá procesamiento sin prisión”.

3 La normativa legal y reglamentaria generan dudas en cuanto a la forma de aplicar estos umbrales especialmente con relación a tributos cuyo hecho generador no está asociado a un ejercicio fiscal (v. gr. Contribuciones Especiales de Seguridad Social), que deberían ser debidamente aclarados por la reglamentación.

4 Si bien en este artículo no abordaremos en profundidad el tema, se ha planteado la duda acerca de si este inciso tuvo como vocación la modificación general de lo dispuesto en el último inciso del art. 110 del Código Tributario quitando la potestad exclusiva de instar en materia de defraudación tributaria a la Administración Tributaria, al menos cuando los tributos involucrados en la misma superan el mismo tope previsto en la norma a efectos de que este delito sea precedente del lavado de activo o involucre “documentos falsos” o si en cambio, mediante una interpretación contextual, en presencia de un proceso abierto por lavado de activos simplemente se le amplía, por ejemplo, en cabeza del Fiscal que interviene en el mismo la posibilidad de perseguir de oficio no solo a dicho delito sino también al delito precedente de defraudación tributaria. Como se apreciará, las consecuencias prácticas de una y otra postura resultan muy relevantes.

- *“...transacciones, realizadas o no, que en los usos y costumbres de la respectiva actividad resulten inusuales, se presenten sin justificación económica o legal evidente o se planteen con una complejidad inusitada o injustificada”* o
- *“...transacciones financieras que involucren activos sobre cuya procedencia existan sospechas de ilicitud, a efectos de prevenir los delitos de lavado de activos tipificados en los artículos 30 a 33 de la presente ley y de prevenir asimismo el delito de financiamiento del terrorismo”⁵.*

Esta incorporación de la defraudación tributaria como delito precedente del lavado de activos estuvo precedida de una amplia y larga discusión a nivel doctrinario e inclusive en la órbita estatal⁶ y durante el propio proceso de elaboración y aprobación de la normativa que se analiza en cuya oportunidad se hacía notar de las dificultades prácticas que ello podría traer aparejado, para empezar, en la propia definición de los procedimientos de debida diligencia específicos tendientes a descartar la ocurrencia de actos realizados por su cliente susceptibles de calificar como tal a lo largo y ancho del mundo, tal como lo requiere la prevención del lavado de activos.

Seguramente en respuesta a ello, a los efectos de la debida diligencia en materia de defraudación tributaria – y solo en ciertos casos - el decreto N° 379/18⁷ del 12/11/18 brindó una solución que, tal como podía ser presumible y lógico, apunta a verificar aspectos, principalmente, formales como lo es “estar en cumplimiento” de las obligaciones tributarias, acreditado ya sea mediante declaración jurada del cliente, u obtención de copias de las declaraciones juradas presentadas o, en su caso, constancia emitida por la administración tributaria acreditando tal situación, o en su defecto, por el profesional que asesora al cliente en la materia.

En efecto, para los casos de “debida diligencia intensificada” - único tipo en el cual procede un control especial de la situación tributaria del cliente - a los casinos – art. 26 c) del decreto N° 379/18-, inmobiliarias - art. 34 b) -, rematadores - art. 57 b) -, comerciantes de antigüedades, obras de arte, y

5 Se aclara que en este caso la obligación de informar *“...alcanza incluso a aquellas operaciones que -aun involucrando activos de origen lícito- se sospeche que están vinculadas a las personas físicas o jurídicas comprendidas en dicho delito o destinados a financiar cualquier actividad terrorista.”*

6 En efecto, la Resolución del Poder Ejecutivo N° 211/012, varias veces pospuestas en su plazo de expedición, encomendó a la Secretaría Nacional Antilavado de Activos la conformación de un grupo de trabajo con el cometido de analizar los ajustes normativos que serían necesarios para la inclusión del delito fiscal como precedente del delito de lavado de activos, en el marco de los estándares en materia de prevención y represión del lavado de activos, financiamiento del terrorismo y proliferación de armas de destrucción masiva, aprobados por el Grupo de Acción Financiera Internacional en el mes de febrero de 2012, disponiendo que dicho grupo de trabajo se integrara por representantes del Ministerio de Economía y Finanzas, de la Dirección General Impositiva, del Banco Central del Uruguay, así de otros organismos públicos que la Secretaría Nacional Antilavado de Activos entendiera conveniente.

7 Tal como se establece en el propio decreto (inc. 2 del art. 2) el mismo resulta solo aplicable a los sujetos no financieros, dejando por fuera del mismo a los sujetos obligados financieros (art. 12 de la ley) que estarán sujetos a la reglamentación que dicte el Banco Central del Uruguay, así como a su supervisión.

metales y piedras preciosas -art. 68 b)-, zonas francas - art. 74 b) -, actividades designadas de abogados, escribanos y contadores (y otras personas físicas o jurídicas que realizan iguales tareas) – art. 46 b)- y prestadores de servicios societarios - art. 82 b) - les resulta aplicable la misma solución, a saber:

“Obtener una declaración de regularidad fiscal. Sin perjuicio de la debida diligencia que corresponda aplicar para determinar el origen de los fondos, el sujeto obligado deberá obtener además una declaración jurada del cliente o su representante, manifestando que está en cumplimiento con sus obligaciones tributarias o que su actividad está exonerada de tributos, según corresponda. Asimismo, lo anterior se podrá acreditar mediante la presentación de copias de las declaraciones juradas presentadas ante la administración tributaria correspondiente, o con una constancia emitida por esta que establezca que el cliente se encuentra al día con sus obligaciones tributarias, en caso de que esto último no sea posible, se admitirá una carta emitida por los profesionales que lo asesoran en materia tributaria, dejando constancia de tal situación.”

Pero a propósito de la defraudación tributaria como nueva actividad precedente del lavado de activos, con fecha 28/12/2018 el Banco Central del Uruguay (BCU) emitió la *“Comunicación 2018/294 del BCU - Guía de operaciones de riesgo y señales de alerta relacionadas con la defraudación tributaria”* aplicable para todos los sujetos obligados, disponiendo algunos aspectos de incidencia general sobre el régimen con los cuales discrepamos en base a lo que analizaremos en el presente artículo.

A la luz de todos estos antecedentes, seguidamente analizaremos, pues, los aspectos claves del reporte de operaciones sospechosas por defraudación tributaria a realizar específicamente por parte de escribanos, abogados y contadores públicos, sin perjuicio de que, en lo pertinente, algunos aspectos aquí mencionados podrían resultar extrapolables al resto de sujetos obligados no financieros, e inclusive financieros.

2. Alcance general de la obligación de reportar operaciones que recae sobre escribanos, abogados y contadores públicos

Acorde a una interpretación contextual, tanto de la ley N° 19.574 como de su reglamentación a través del mencionado decreto N° 379/18, a nuestro juicio, las obligaciones emergentes que recaen sobre estos sujetos obligados en relación con obligación de debida diligencia y reporte de operaciones sospechosas requieren el simultáneo cumplimiento de las siguientes condiciones:

- i. que el profesional del caso encuentre desarrollando para su “cliente” - entendiéndolo como tal a quien *“...utiliza o adquiere, de manera frecuente u ocasional, un producto o servicio, puesto a disposición”*⁸ por aquél, bajo el

⁸ Conforme al decreto N° 379/18 se entiende como CLIENTE a la *“Persona que utiliza o adquiere, de manera frecuente u ocasional, un producto o servicio, puesto a disposición por uno de los sujetos obligados señalados en el artículo 13 de la Ley N° 19.574, de 20 de diciembre de 2017. En caso de tratarse de sujetos obligados por la actuación, participación o realización de determinadas actividades u operaciones expresamente establecidas en el precitado artículo, se considerarán clientes únicamente quienes se vinculen con el sujeto obligado respecto de dichas actividades u operaciones.”*

ejercicio libre de su profesión y a partir de la vigencia de la respectiva ley de su inclusión⁹, al menos alguno de los servicios profesionales mencionados en el art. 13, lit. C) (abogados), O) (escribanos) y J) (contadores públicos)¹⁰, de la ley, y arts. 39, 40 y 41, en todos los casos, inc. 1º, del decreto N° 379/18, respectivamente

- ii. que la información que reciben estos profesionales del cliente o a través del mismo para el desarrollo de tales tareas no se hubiera obtenido para asesorarlo, verificar su estatus legal o en el marco del ejercicio del derecho de defensa en asuntos judiciales, administrativos, arbitrales o de mediación
- iii. que en el marco de la debida diligencia practicada¹¹, detecten operaciones sospechosas o inusuales que pudieran significar “actividades delictivas precedentes” definidas en el art. 34 de la ley N° 19.574¹², (y también definidas en el exterior en forma afín, en caso de haber sido allí que ellas se desarrollaron, conforme al principio de doble incriminación reconocido

9 En este sentido corresponde recordar que si bien la inclusión de los abogados y contadores públicos a texto expreso se produjo recién con la ley N° 19.574, los escribanos públicos estaban designados como tales ya a partir de la ley N° 18.494 del 5/6/2009.

10 En el caso de los contadores públicos quedarían también comprendidos si, actuando bajo relación de dependencia, procedan a firmar informes de auditoría de estados contables, o revisión limitada en los casos que tales estados superen los umbrales previstos por el art. 41 lit. l) del decreto N° 379/18.

11 La debida diligencia “...deberá realizarse en todos los casos antes o durante el establecimiento de la relación comercial o al realizar transacciones para clientes ocasionales” (inc. 1, art. 8 dec. 379/18) debiéndose practicar, asimismo, “...de acuerdo a un enfoque basado en riesgos, un seguimiento continuo de la relación comercial y examinar las transacciones para asegurarse que sean consistentes con la información disponible de conocimiento del cliente y el perfil de riesgo asignado al mismo” (lit E) art. 11 dec. 379/18).

12 Ello por cuanto el art. 12 de la ley (Sujetos obligados financieros) al cual remite el art. 13 (Sujetos obligados no financieros) alude a la obligación de “...informar las transacciones, realizadas o no, que en los usos y costumbres de la respectiva actividad resulten inusuales, se presenten sin justificación económica o legal evidente o se planteen con una complejidad inusitada o injustificada. También deberán ser informadas las transacciones financieras que involucren activos sobre cuya procedencia existan sospechas de ilicitud, a efectos de prevenir los delitos de lavado de activos tipificados en los artículos 30 a 33 de la presente ley y de prevenir asimismo el delito de financiamiento del terrorismo. En este último caso, la obligación de informar alcanza incluso a aquellas operaciones que -aun involucrando activos de origen lícito- se sospeche que están vinculadas a las personas físicas o jurídicas comprendidas en dicho delito o destinados a financiar cualquier actividad terrorista.” No siendo lógico asumir que la referencia efectuada por la parte destacada con nuestro subrayado solo aluda al caso de “transacciones financieras que involucren activos sobre cuya procedencia existan sospechas de ilicitud” tal como gramaticalmente podría concluirse, corresponde contextualmente atribuir dicho objetivo también a lo previsto en la oración anterior. Y así lo deja en claro el art. 89 del decreto N° 379/18 al disponer sin separar en dos oraciones el mismo criterio: “Obligación de informar. Dentro de los límites establecidos en el artículo 13 de la Ley N° 19.574, de 20 de diciembre de 2017, todos los sujetos obligados mencionados en el presente decreto, deberán informar a la Unidad de Información y Análisis Financiero, las transacciones realizadas o no, que en los usos y costumbres de la respectiva actividad resulten inusuales, se presenten sin justificación económica o legal evidente o se planteen con una complejidad inusitada o injustificada, así como también las transacciones financieras que involucren activos sobre cuya procedencia existan sospechas de ilicitud, a efectos de prevenir los delitos de lavado de activos tipificados en los artículos 30 a 33 de la Ley N° 19.574, de 20 de diciembre de 2017 y de prevenir asimismo el delito de financiamiento del terrorismo.”

en el art. 71 de la ley N° 19.574) incluyendo, obvio está, la consideración de los umbrales que eventualmente hubiera fijado la norma

- iv. que tales actividades delictivas hubieran sido llevadas a cabo a partir de la vigencia de la correspondiente normativa que declaró a las mismas como precedentes en Uruguay¹³ (otro tanto respecto al exterior, definidas en forma afín, en caso de haber sido allí que ellas se desarrollaron, conforme al principio de doble incriminación reconocido en el art. 71 de la ley N° 19.574).

En cuanto a las actividades desarrolladas por estos profesionales que disparan las obligaciones emergentes de la ley que se analiza, podemos resumirlas en el siguiente cuadro:

13 En este sentido corresponde señalar que de la nómina de las “actividades delictivas precedentes” definidas en el art. 34 de la ley N° 19.574 existen varias de ellas que ya eran consideradas como tales conforme a la normativa anterior pero muchas otras – como por ejemplo, la defraudación tributaria – fueron incorporadas recién por esta nueva ley cuya vigencia se verificó el 20/1/18, esto es, a los 10 días de su publicación en el diario oficial. En tales casos, pues, a efectos de generar una obligación de reporte será necesario que las actividades delictivas precedentes hubieran sido desarrolladas luego de esa fecha.

ABOGADOS	ESCRIBANOS O CUALQUIER OTRA PERSONA FÍSICA O JURÍDICA	CONTADORES Y OTRAS PERSONAS FÍSICAS O JURÍDICAS
“...únicamente cuando actúen a nombre y por cuenta de sus clientes en las operaciones que a continuación se detallan y en ningún caso por cualquier tipo de asesoramiento que den a sus clientes:	“...cuando participen en la realización de las siguientes operaciones para sus clientes y en ningún caso por cualquier tipo de asesoramiento que les presten:	“...que actúen en calidad de independientes y que participen en la realización de las siguientes operaciones o actividades para sus clientes y en ningún caso por cualquier tipo de asesoramiento que les presten:
promesas, cesiones de promesas o compraventas de bienes inmuebles (*), administración del dinero, valores u otros activos del cliente, administración de cuentas bancarias, de ahorro o valores, organización de aportes para la creación, operación o administración de sociedades, creación, operación o administración de personas jurídicas, fideicomisos u otros institutos jurídicos, promesas, cesiones de promesas o compraventa de establecimientos comerciales (*), actuación por cuenta de clientes en cualquier operación financiera o inmobiliaria (*) y actuación como proveedores de servicios societarios, fideicomisos y demás descriptos en otro numeral ¹⁴		-confección de informes de revisión limitada de estados contables, en las condiciones que establezca la reglamentación -confección de informes de auditoría de estados contables

* Para estos casos, tratándose de contadores públicos, el decreto N° 379/18 aclaró que las obligaciones emergentes del régimen solo se activan cuando la actuación del profesional se realiza por “cuenta y orden” de su cliente

Como se observa, de acuerdo con nuestro entendimiento, son variadas las circunstancias que deben verificarse en forma simultánea a los efectos de que se activen las obligaciones previstas por la normativa, y en particular la del reporte de la operación como sospechosa.

Y en particular, en lo referido a las “actividades delictivas precedentes” involucradas, a nuestro juicio, se hace necesario, por tanto, no solo poder identificar de cuál o cuáles se trata de modo de confirmar su inclusión en el referido listado del art. 34 de la ley, sino considerar, cuando ello procede, si el

14 Ello incluye según lo dispone el decreto N° 379/18 la realización en forma “habitual” (reiteración de al menos tres veces en el año calendario de la correspondiente tarea) de alguna de las siguientes actividades:

- A) Constituir sociedades u otras personas jurídicas
- B) Integrar el directorio o ejercer funciones de dirección de una sociedad, socio directivo de una asociación o funciones similares en relación con otras personas jurídicas o disponer que otra persona ejerza dichas funciones
- C) Facilitar un domicilio social o sede a una sociedad, una asociación o cualquier otro instrumento o persona jurídica, con excepción de determinados domicilios especiales, como los constituidos a efectos administrativos, tributarios, procesales y electrónicos en expedientes judiciales, administrativos o similares
- D) Ejercer funciones de fiduciario en un fideicomiso o instrumento jurídico similar o disponer que otra persona ejerza dichas funciones
- E) Ejercer funciones de accionista nominal por cuenta de otra persona, exceptuando las sociedades que coticen en un mercado regulado y estén sujetas a requisitos de información conforme a derecho, o disponer que otra persona ejerza dichas funciones, con excepción de la función de apoderado para una o más asambleas de accionistas o su equivalente
- F) Venta de personas jurídicas, fideicomisos u otros institutos jurídicos.

monto del delito precedente involucrado supera o no los umbrales previstos por la ley, por ser éstos parte indisoluble de la caracterización legal de la actividad delictiva precedente en cuestión.

Ello significa, por ejemplo, una conducta susceptible de calificar como defraudación tributaria cuyos tributos en juego no superan el monto de UI 1.000.000 en el ejercicio iniciados a partir del 1º de enero de 2019 se encuentra tan al margen de la aplicación de esta ley como cualquier otra actividad que, aun pudiendo calificar de delictiva conforme a nuestro Código Penal, no fue incluida en el listado del art. art. 34 de la ley N° 19.574 (v. gr. falsificación ideológica prevista en los arts. 238 y 239 del Código Penal)¹⁵.

Obsérvese que en el extremo de una postura en sentido contrario no tendría sentido que Uruguay hubiera optado por un listado limitado de “actividades delictivas precedentes” a diferencia de otros países que consideran como tales a todas las actividades delictivas definidas en su sistema penal.

Y estando en juego una limitación de derechos fundamentales de los particulares consagrados por la Constitución de la República (v. gr. intimidad y no autoincriminación) las obligaciones emergentes de la normativa que se analiza deben interpretarse y aplicarse en base a un criterio necesariamente restrictivo.

Correrá de cargo del sujeto obligado en juego asegurarse de poder cumplir la normativa en cuestión mediante tal enfoque y si, en todo caso, los particulares carecen de medios razonables para poder llevar a cabo cabalmente la tarea impuesta por la ley pues deberán capacitarse y contratar profesionales que lo asesoren en la materia o, en su defecto, procederse por parte del Poder Legislativo a modificar la normativa legal en juego aliviando o eliminando su carga, sin pretender subsanar esta sobrecarga del particular mediante soluciones que terminen por avasallar derechos individuales más allá del límite que el legislador pretendió.

Por cierto, enfrentarse con esta dificultad no resulta para nada extraño dado el nivel de involucramiento que esta ley demanda a los particulares sin que, aun los que tienen instrucción terciaria, estén formados y calificados suficientemente en la materia.

3. Alcance de la obligación de reportar operaciones que recae sobre escribanos, abogados y contadores públicos en relación a la defraudación tributaria

Siguiendo la anterior línea argumental, cuando la “actividad delictiva precedente” en juego refiere a la defraudación tributaria, amén de exigir el cumplimiento simultáneo de las circunstancias descriptas anteriormente para

15 Nótese que un exceso de reporte que involucre una actividad que aunque delictiva no fuera de las designadas podría igualmente derivar en perjuicios al reportado porque una vez en conocimiento de un funcionario público, aun cuando por aquella circunstancia no estuviera en juego un delito de lavado de activo, resultaría aplicable a su respecto la obligación prevista en el art. 177 del Código Penal que obliga a todo funcionario público a *“formular la denuncia de cualquier delito de que tuviere conocimiento por razón de sus funciones ... que se cometieren en su repartición o cuyos efectos la repartición experimentara particularmente”*.

activar las correspondientes obligaciones previstas en el régimen, se suma la consabida dificultad de identificar si efectivamente las conductas llevadas a cabo por el cliente son realmente susceptibles de calificar como tales.

Y siendo ello así, a nuestro juicio, resulta objetable las siguientes manifestaciones contenidas en la *“Comunicación 2018/294 del BCU - Guía de operaciones de riesgo y señales de alerta relacionadas con la defraudación tributaria”* emitida por dicha institución el 28 de diciembre de 2018 aplicable para todos los sujetos obligados, sean del sector financiero como no financiero¹⁶, incluyendo a abogados, escribanos y contadores públicos:

“Es necesario destacar que la normativa legal que obliga a reportar las operaciones inusuales o sospechosas a la UIAF no exige que el sujeto obligado determine cuál es el eventual delito precedente al lavado de activos vinculado con la situación reportada.

Tampoco exige que, en el marco de la prevención del delito de lavado de activos asociado a la defraudación tributaria, el sujeto obligado determine si eventuales apartamientos entre los montos de ingresos declarados a las autoridades tributarias y los fondos que el cliente canaliza a través de los sujetos obligados, se corresponden con los umbrales a partir de los cuales la defraudación tributaria es un delito precedente al lavado de activos en Uruguay.

En este aspecto, alcanza con la detección de diferencias significativas entre esos conceptos - los montos declarados y los fondos canalizados - que no puedan ser explicadas por el cliente a juicio de la institución, para que se configure la obligación de reporte.”

Efectivamente, por lo ya manifestado y en sentido contrario a esta Comunicación, entendemos que el sujeto obligado está obligado a “meterse” en el fondo del asunto, a riesgo de terminar aplicando una política ligera de reporte que no solo le implique incurrir en injustificadas violaciones de su deber del secreto profesional - que, aunque restringidos en el caso, sigue rigiendo todas sus relaciones profesionales especialmente para abogados, escribanos y contadores públicos - sino que termine por producir los denominados “reportes defensivos” atiborrando inútilmente al sistema de prevención que requiere recibir información solo cuando ello, realmente, se justifique.

Y así, como parte de la debida diligencia, el sujeto obligado deberá analizar, pues, si las actividades llevadas a cabo por su cliente son sospechosas de calificar como “delictivas precedentes” y ello supone, obviamente, profundizar en el conocimiento de la actividad y vigencia de las normas en juego, para recién luego ingresar en un proceso de tipificación preliminar de la misma acorde al listado del art. 34 de la ley, por más que el formulario de reporte lo requiera o no, tomando en consideración, cuando corresponda, los umbrales previstos en la normativa local y, en su caso, el principio de doble incriminación.

16 Quizás parte del problema de esta Comunicación sea, precisamente, el querer abarcar en una única resolución a estos dos colectivos, desconsiderando además, el hecho de que respecto a los sujetos obligados no financieros el decreto N° 379/18 aplicable exclusivamente a los mismos, establece pautas específicas no previstas para los sujetos financieros, como las referidas a la debida diligencia en materia, precisamente, de defraudación tributaria

No nos escapa que esta tarea puede resultar abrumadora para el grueso de los sujetos obligados pero en todo caso, tal como ocurre en tantos otros aspectos de su actividad, deberán capacitarse y recurrir al debido asesoramiento profesional, no siendo un atajo válido la “flexibilización” de su obligación de debida diligencia que eventualmente podría derivar, como se dijo, en un incentivo indirecto al “reporte defensivo” en desmedro de su paralela obligación de reserva profesional toda vez que ella no cesa por así disponerlo claramente la normativa legal.

No descartamos que el objetivo de la Comunicación que se comenta haya sido el de facilitarle la tarea a los sujetos obligados liberándolos de mayores cargas a la hora de decidir si procede o no el reporte lo que queda de alguna forma de manifiesto en sus alusiones a la “falta de exigencias” (en cuanto a identificar el delito precedente en juego o cálculo de montos en juego a efectos de verificar si superan a no a los umbrales). Pero en todo caso, ello jamás puede obrar contrariando a la normativa y al hecho de que a su amparo, por su especial ámbito de trabajo, los profesionales deben aplicar esta normativa en forma restrictiva.

Tampoco nos escapa que en lo referente, específicamente, a la defraudación tributaria, el tema acarrea el agregado de la incertidumbre que rodea a esta figura penal.

Efectivamente si bien el análisis en profundidad del tema escapa al objetivo de esta nota, es sabida la opinabilidad que tanto a nivel práctico con jurisprudencia variable¹⁷, como a nivel académico, genera la delimitación del alcance de la figura de la defraudación tributaria lo que, a nuestro juicio, siempre debería abonar a favor y no en contra del sujeto obligado de modo tal de aceptar la exclusión de reporte cuando el mismo tenga razonable convicción, basado en argumentos técnicos, de que los actos que determinen la disminución de los montos de tributos en cuestión no califican como defraudación tributaria en los

17 En tal sentido, un análisis de la jurisprudencia más reciente, tanto a nivel del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA) que entiende en relación con la infracción de la defraudación tributaria prevista en el art. 96 del Código Tributario como de la justicia penal que entiende en relación con el delito por defraudación tributaria previsto en el art. 110 del Código Tributario permite abordar, al menos y en línea con calificados pronunciamientos de la doctrina, a dos conclusiones de alta relevancia para el tema que nos ocupa, muy bien sintetizadas en la Sentencia del TCA N° 347/17, citando en apoyo las Sentencias también del TCA N° 752/2016, 154/2004, 658/2011, 505/2012, 35/2013, 166/2012, 305/2015 y 843/2015 entre otras:

- que la infracción y delito de defraudación descansan sobre los mismos supuestos fácticos y conductas reprochables del contribuyente
- que a las conductas realizadas por los contribuyentes para calificar como defraudatorias se les reclama idoneidad para inducir o ser susceptibles de “...inducir a los funcionarios de la Administración Fiscal a reclamar o aceptar importes menores de los que correspondan o a otorgar franquicias indebidas” (inc. 2 del art. 96 del CT referido a la infracción de Defraudación pero por lo anterior, extrapolable también al delito) evidenciado por la dificultad del Fisco en detectar la maniobra.

En esa línea, en el caso ventilado en dicha sentencia, el tribunal consideró que la falta de facturación y/o ausencia de declaración del hecho generador en que había incurrido el contribuyente no constituían defraudación por no atribuirle a ese hecho a la luz de las herramientas de información y controles que dispone en la actualidad el Fisco la referida idoneidad para engañar al mismo, aspecto que quedó a su juicio plasmado en la facilidad de su detección. En muchos fallos este aspecto se refuerza con la distinción entre medidas positivas y omisivas por parte del contribuyente, sosteniendo que solo las primeras son susceptibles de configurar una defraudación tributaria.

términos del art. 110 del Código Tributario, aun cuando ello pudiera no compartirse por la Administración Tributaria correspondiente.

En tal sentido, no han sido pocas las críticas que ha tenido la inclusión del delito de defraudación tributaria como precedente de lavado de activos dispuesta por la ley N° 19.574 basadas, tanto en cuestiones de fondo como relativas a la dificultad de instrumentación de procedimientos de debida diligencia por parte de los agentes económicos obligados a reportar operaciones sospechosas por tal motivo, teniendo en cuenta la opinabilidad que habitualmente tiene esa figura delictiva e inclusive diferentes supuestos de configuración a lo largo y ancho del mundo tal como es el ámbito territorial aplicable en materia de prevención del lavado de activos.

Y seguramente en respuesta a ello, como se señaló, el decreto previó para los sujetos no financieros una solución de corte formal y limitada en relación a la debida diligencia en materia de defraudación tributaria.

Pero como se señaló, nada de ello justifica la vulneración de los derechos fundamentales de los particulares consagrados por la Constitución de la República como el de la intimidad y no autoincriminación a la hora de delimitar la obligación de reportar operaciones sospechosas de defraudación tributaria.

Por lo demás, la Comunicación también establece una serie de lo que denomina “riesgos y señales de alerta” relacionados con la ubicación geográfica, tipo de cliente y tipo de transacción que según se aclara, tal como es habitual en estos casos, la mera ocurrencia de alguno de ellos no significa que efectivamente se esté ante un caso de posible defraudación tributaria.

Sin embargo, varios de los riesgos mencionados en esta Comunicación parecen igualmente mostrar una postura demasiado amplia respecto al ámbito de la defraudación tributaria con aparente desconocimiento de la diferencia existente entre elusión y evasión tributaria (v. gr. préstamos garantizados por depósito por un monto equivalente denominados comúnmente préstamos back to back)¹⁸ o un celo excesivo (v. gr. transacciones en las que intervengan personas físicas o jurídicas domiciliadas o provenientes de países con regímenes de altas cargas tributarias o preocupación del cliente de no ser incluido en un reporte), pero ello daría mérito a un análisis específico del tema.

Más importante aún, debe razonablemente asumirse que el objetivo de la mención de ese amplio set de riesgos y señales por parte de la Comunicación es que ellos sean considerados por el sujeto obligado en el marco de la debida diligencia tendiente a descartar la posible existencia de actividades precedentes de su cliente que pudieran significar una defraudación tributaria. Pero si ello es así, el alcance y complejidad de la tarea pretendida del sujeto

18 En este sentido cabe recordar que, a diferencia de otras jurisdicciones, nuestro país carece de una norma general antielusiva que exija a las transacciones un propósito ajeno al beneficio tributario. A lo sumo podría identificarse tal filosofía en el hecho de incluir en forma relativamente reciente la denominada cláusula del test del propósito principal (“PPT rule”) en sus Convenios para Evitar la Doble Tributación que impide el acceso a los beneficios previstos en ellos cuando se demuestre que ese fue el principal propósito del contribuyente en cuestión, siguiendo los lineamientos derivados del programa denominado BEPS (“Base Erosion and Profit Shifting”, en español “Erosión de la base imponible y traslado de beneficios”) (v. gr. Convenio suscrito con Chile aprobado por la ley N° 19.0548 del 20/10/2017) pero ello de ninguna forma puede extenderse fuera de dicho ámbito.

obligado discrepa notoriamente con la simplificación de procedimientos que el propio decreto N° 379/18 consagró en el comentado régimen de “*declaración de regularidad fiscal*” para el caso particular de los sujetos no financieros.

4. Conclusiones

De acuerdo a lo analizado, a nuestro juicio y con carácter general, los criterios simplificadores de los requisitos que derivan, en general, en la obligación de reportar operaciones sospechosas, y en particular, relacionadas con actividades precedentes que pudieran implicar una defraudación tributaria, que surgen de la “*Comunicación 2018/294 del BCU - Guía de operaciones de riesgo y señales de alerta relacionadas con la defraudación tributaria*” liberando al sujeto obligado de tipificar la actividad delictiva precedente y la consideración de los umbrales en juego, no resultan compatibles con la normativa que regula la materia, al menos para los sujetos obligados no financieros.

En efecto, en lo referido a las “actividades delictivas precedentes” involucradas, a nuestro juicio y más allá que el formulario de reporte lo exija o no y contrariando lo dispuesto por tal Comunicación, se hace necesario por parte del sujeto obligado no solo poder identificar de cuál o cuáles actividades se trata de modo de confirmar su inclusión en el listado del art. 34 de la ley N° 19.574 (“Ley Integral contra el Lavado de Activos”) con debida consideración de su vigencia y cumplimiento, en su caso, del principio de doble incriminación, sino de considerar, cuando ello procede, si el monto del delito precedente en juego supera o no los umbrales previstos por la ley, por ser éstos parte indisoluble de la caracterización legal de tales actividades.

Ello es efectivamente lo que surge, a nuestro juicio, de una interpretación contextual de las normas en juego que, necesariamente, debe ser, además, restrictiva por estar en juego una limitación de derechos fundamentales de los particulares consagrados por la Constitución de la República (v. gr. intimidad y no autoincriminación).

En el caso particular de los abogados, escribanos y contadores públicos la aplicación restrictiva de estas normas se vuelve aún más crítica por la naturaleza de su actividad y relacionamiento con su cliente, enmarcado en un deber de estricto secreto profesional, aspecto éste que fue recogido específicamente por la normativa del lavado de activos al excluir de la obligación de reportar a aquella información obtenida por estos profesionales a los efectos de asesorarlo, verificar su estatus legal o en el marco del ejercicio del derecho de defensa en asuntos judiciales, administrativos, arbitrales o de mediación.

Ello supone admitir, asimismo a nuestro juicio, la posibilidad de que, atento a la complejidad e incertidumbre que reina en torno a la figura de la defraudación tributaria, el sujeto obligado quede liberado de reportar cuando el mismo tenga razonable convicción basado en argumentos técnicos de que los actos que determinen la disminución de los montos de tributos en cuestión no califican como defraudación tributaria en los términos del art. 110 del Código Tributario aun cuando ello pudiera no compartirse por la Administración Tributaria correspondiente, a riesgo de desnaturalizar el objetivo y alcance del régimen que se analiza que no es ni podría ser, el de constituir una verdadera labor

paralela co-fiscalizadora de tributos que es una tarea privativa de las Administración Tributaria.
