

LA CONTROVERTIDA NORMA ANTIELUSIVA

La Cámara de Comercio de Lima exige reglas claras para su correcta aplicación.



para combatir la evasión y elusión tributarias.

De otro lado, recientemente el congresista Yonhy Lescano ha presentado un proyecto de ley orientado a poner en vigencia la Norma XVI, del Título Preliminar del Código Tributario, conocida como Cláusula Antielusiva.

Esta disposición fue suspendida en julio del 2014 por mandato de la Ley N°30230, hasta que el Poder Ejecutivo establezca determinados parámetros para su aplicación, lo que está pendiente a la fecha, lo cual demostró el grado de incertidumbre e impredecibilidad que tiene esa norma.

Este informe trata sobre los alcances de la Cláusula Antielusiva y la posición que sobre el particular tiene la Cámara de Comercio de Lima (CCL).

¿QUÉ DICE LA NORMA?

La Norma XVI del Código Tributario vigente



**VÍCTOR
ZAVALA**

Gerente Legal
Cámara de Comercio
vzavala@camaralima.org.pe

E

l Poder Ejecutivo ha solicitado al Congreso de la República facultades para legislar en diversas materias, entre ellas, para modificar la legislación en materia tributaria a fin de adecuarla a los estándares y recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y a las prácticas internacionales

establece literalmente lo siguiente: “Norma XVI: calificación, elusión de normas tributarias y simulación.

Para determinar la “verdadera” naturaleza del hecho imponible, la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (Sunat) tomará en cuenta los actos, “situaciones” y relaciones económicas que “efectivamente” realicen, “persigan” o establezcan los deudores tributarios.

En caso que se detecten “supuestos” de elusión de normas tributarias, la Sunat se encuentra facultada para exigir la deuda tributaria o disminuir el importe de los saldos o créditos a favor, pérdidas tributarias, créditos por tributos o eliminar la ventaja tributaria, sin perjuicio de la restitución de los

montos que hubieran sido devueltos indebidamente.

Cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se reduzca la base imponible o la deuda tributaria, o se obtengan saldos o créditos a favor, pérdidas tributarias o créditos por tributos mediante actos respecto de los que se presenten en forma concurrente las

“LA NORMA XVI DEL CÓDIGO TRIBUTARIO FACULTA A LA SUNAT A RECALIFICAR LOS ACTOS ECONÓMICOS DEL CONTRIBUYENTE Y EXIGIR EL PAGO DE IMPUESTOS DE MANERA ARBITRARIA”

siguientes circunstancias, sustentadas por la Sunat:

a) Que individualmente o de forma conjunta sean “artificiosos” o “impropios” para la

consecución del resultado obtenido.

b) Que de su utilización resulten efectos jurídicos o económicos, “distintos del ahorro o ventaja tributarios”, que sean iguales o similares a los que se hubieran obtenido con los “actos usuales o propios”.

La Sunat aplicará la norma que hubiera correspondido a los actos usuales o propios,

del exportador, el reintegro tributario, recuperación anticipada del Impuesto General a las Ventas e Impuesto de Promoción Municipal, devolución definitiva del Impuesto General a las Ventas e Impuesto de Promoción Municipal, restitución de derechos arancelarios y cualquier otro concepto similar establecido en las normas tributarias que no constituyan pagos indebidos o en exceso.

En caso de “actos simulados calificados por la Sunat” según lo dispuesto en el primer párrafo de la presente norma, se aplicará la norma tributaria correspondiente, atendiendo a los actos “efectivamente realizados”.

SE CUESTIONA LA NORMA

Hemos resaltado y puesto entre comillas la enorme cantidad de palabras o frases que son puramente subjetivas, que no tienen parangón ni medida objetiva; en suma, que hacen del auditor tributario un calificador jurídico que ni el Poder Judicial podría.

En concreto, con la Norma XVI del Código, se faculta a la Sunat a recalificar los actos económicos del contribuyente y exigir el pago de impuestos, desconociendo o



Con la Cláusula Antielusiva, el fiscalizador de la Sunat cobraría cualquier tributo, por “parecerle” que encaja en alguno de los supuestos gravados y no previstos en la ley.

disminuyendo –arbitrariamente– saldos o créditos fiscales cuando considere que las operaciones realizadas por el contribuyente constituyen actos de elusión tributaria o se trata de actos “artificiosos” o “impropios”, a pesar de que la ley no los ha calificado previamente como operaciones

no con este texto demostradamente subjetivo y que propiciará la arbitrariedad.

TRANSGRESIÓN CONSTITUCIONAL

La referida cláusula antielusiva genérica violenta el principio de reserva de la ley (legalidad)

vulnera el principio de legalidad sino también el derecho a la libertad y seguridad personales consagrado en el artículo 2º numeral 24 de la Constitución, que dispone: “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”.

POSICIÓN INSTITUCIONAL

En principio, se propone la derogatoria de la cláusula en referencia, por su abierta transgresión constitucional.

En todo caso, se sugiere la modificación de la norma, de modo que se garantice el derecho de los contribuyentes, estableciéndose puntualmente los supuestos de elusión o evasión tributaria y los mecanismos objetivos de calificación, pero permitiéndose a los contribuyentes sustentar la validez tributaria de sus operaciones declaradas, pasando toda la carga de la prueba a la administración tributaria, sin excepción.

En extremo, la norma debería facultar a la administración tributaria para que cuando detecte indicios de elusión, proceda con arreglo a sus atribuciones y del modo más expeditivo a fiscalizar al contribuyente, haciendo uso de los procedimientos establecidos para determinar y exigir la deuda tributaria que ordenan la Constitución y las leyes.

El Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), al aprobar el reglamento, deberá prohibir su aplicación retroactiva, pero, además, debe aprobar las normas que garanticen el derecho del contribuyente a sustentar la validez tributaria de sus operaciones, en una doble instancia y sin la aplicación de multas ni de intereses moratorios.

“LA CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA SE RATIFICA EN QUE LA NORMA ANTIELUSIVA LESIONA LA PREDICTIBILIDAD JURÍDICA Y ES EXTREMADAMENTE PELIGROSA PORQUE DOTA AL FUNCIONARIO DE UN PODER ILIMITADO”

gravadas o referirse a “supuestos” que nadie conoce.

Haciendo uso de esta disposición, el fiscalizador designado por la Sunat, en una revisión puede decidir la aplicación de cualquier tributo, por “parecerle” que encaja en alguno de los supuestos gravados. Eso no llega a ser siquiera discrecional. Es simplemente arbitrario.

La CCL se ratifica en que la norma en cuestión lesiona la predictibilidad jurídica y es extremadamente peligrosa porque dota al funcionario de un poder ilimitado, pues su criterio –basado en el paupérrimo texto de la Norma XVI– será suficiente y al contribuyente no le quedará más remedio que litigar. El contribuyente no tendrá la certeza de haber cumplido plenamente con sus obligaciones tributarias, sino hasta que estas prescriban, por cuanto dentro de dicho plazo podrá ser objeto de revisión y una nueva determinación de tributos, basada en criterios del funcionario de la Sunat.

El Estado tiene el derecho de contar con normas antielusivas, pero

consagrado en el artículo 74 de la Constitución Política. En efecto, la cláusula antielusiva genérica faculta al funcionario fiscal, al decidir a su libre criterio, si el contribuyente debe o no pagar impuestos por las operaciones que realice, aun cuando la ley no lo disponga expresamente. O sea, podría “crear” hechos imponibles no previstos en la ley.

Cabe resaltar que las normas tributarias aprobadas por el Congreso de la República o por el Poder Ejecutivo –en caso de delegación de facultades legislativas– que no respetan los principios tributarios que ordena la Constitución carecen de efecto jurídico desde su publicación (Constitución Art. 74º, último párrafo).

En efecto, según el artículo 74 de la Constitución Política, el Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona.

La Norma XVI tal como está con tan deficiente redacción no solo