

TRIBUNA LIBRE

Incertezas en la norma general antielusiva

Hace algunos días, la subsecretaria de Hacienda, en una entrevista con **DF**, señaló que no es conveniente hacer modificaciones en la Ley General Antielusiva (NGA), toda vez que esto generaría incertezas.

La subsecretaria usó un término de moda que parece no entender. La certeza de los agentes económicos depende de que estos puedan conocer con precisión las consecuencias de sus actos. Es evidente que cambiar las reglas del juego puede afectar dicha certeza, sobre todo cuando los efectos se esperan dar en el largo plazo. El problema en este caso es que la norma misma es la que impide que el agente pueda anticipar los efectos de los actos que materialmente realiza.

En efecto, la NGA mantiene hoy dos fórmulas principales. El abuso y la simulación. En simple, la primera significa evitar el hecho gravado en ausencia de otros efectos jurídicos o económicos relevantes. En este caso, el énfasis de la prueba no apunta a qué es lo que se hace (el hecho gravado), sino más bien a la circunstancia de haberlo hecho en ausencia de efectos jurídicos o económicos relevantes. Por su parte, la simulación apunta a la realización de un hecho gravado disimulado bajo formas no idóneas. En este caso, el énfasis de la prueba está en lo hecho sustantivamente (los elementos del hecho gravado) y no en las demás circunstancias que rodean económicamente la operación.

Los primeros fallos en relación con la primera acepción, el abuso, han dado



JOSÉ MANUEL BARROS
 SOCIO BARROS | GLP

cuenta del error profundo de su concepción. Si bien la carga de la prueba recae por ley en el SII (presunción de buena fe), la prueba de ausencia de efectos relevantes es negativa, lo que quiere decir que recae en lo que no es, con los problemas que eso tiene. En otras palabras, ¿cómo pruebo algo que no es o que no ocurrió? En la práctica, los fallos han contenido simples enunciaciones de circunstancias beneficiosas formalmente para el contribuyente, sin que sean suficientes para una acreditación conclusiva de la ausencia de efectos jurídicos o económicos relevantes.

Es esta la ambigüedad que la subsecretaria hoy desconoce y que genera incertezas. Desconoce la crítica ampliamente difundida entre especialistas de que la norma hoy atenta contra el principio mismo de tipicidad o legalidad de los impuestos. Desconoce el hecho de que la norma hoy trampea estos principios.

No se trata eliminar la institución.

Una NGA basada solo en la hipótesis de simulación deja vigente el mecanismo de fiscalización para el SII, y al mismo tiempo da la certeza de que éste deberá probar positivamente los elementos del hecho gravado, aclarando el desafío de prueba. Si se disimuló una compraventa, entonces se deberán acreditar civilmente los elementos del acto, esto es, un precio, una cosa, y una intención de incurrir en una transacción onerosa. El contribuyente, por su parte, tendrá el disuasor para utilizar los instrumentos idóneos que el ordenamiento jurídico dispone para sus objetivos económicos, y no los que artificiosamente disimulan el mismo para eludir el impuesto. En otras palabras, este esquema aclara el desafío en términos de prueba para el SII, y desenmascara verdaderamente al contribuyente que usando formas no idóneas, realiza sustantivamente el hecho gravado determinado por ley.

Es de esperar que nuestras próximas autoridades sean capaces de reconocer esta situación y someter a una deliberación seria en el Congreso una norma que no sea un simple acuerdo de posiciones contrapuestas que dejan al contribuyente en la incerteza más absoluta.

La subsecretaria de Hacienda “desconoce la crítica ampliamente difundida entre especialistas de que la norma atenta contra el principio mismo de tipicidad o legalidad de los impuestos. Desconoce que hoy la norma los trampea”.