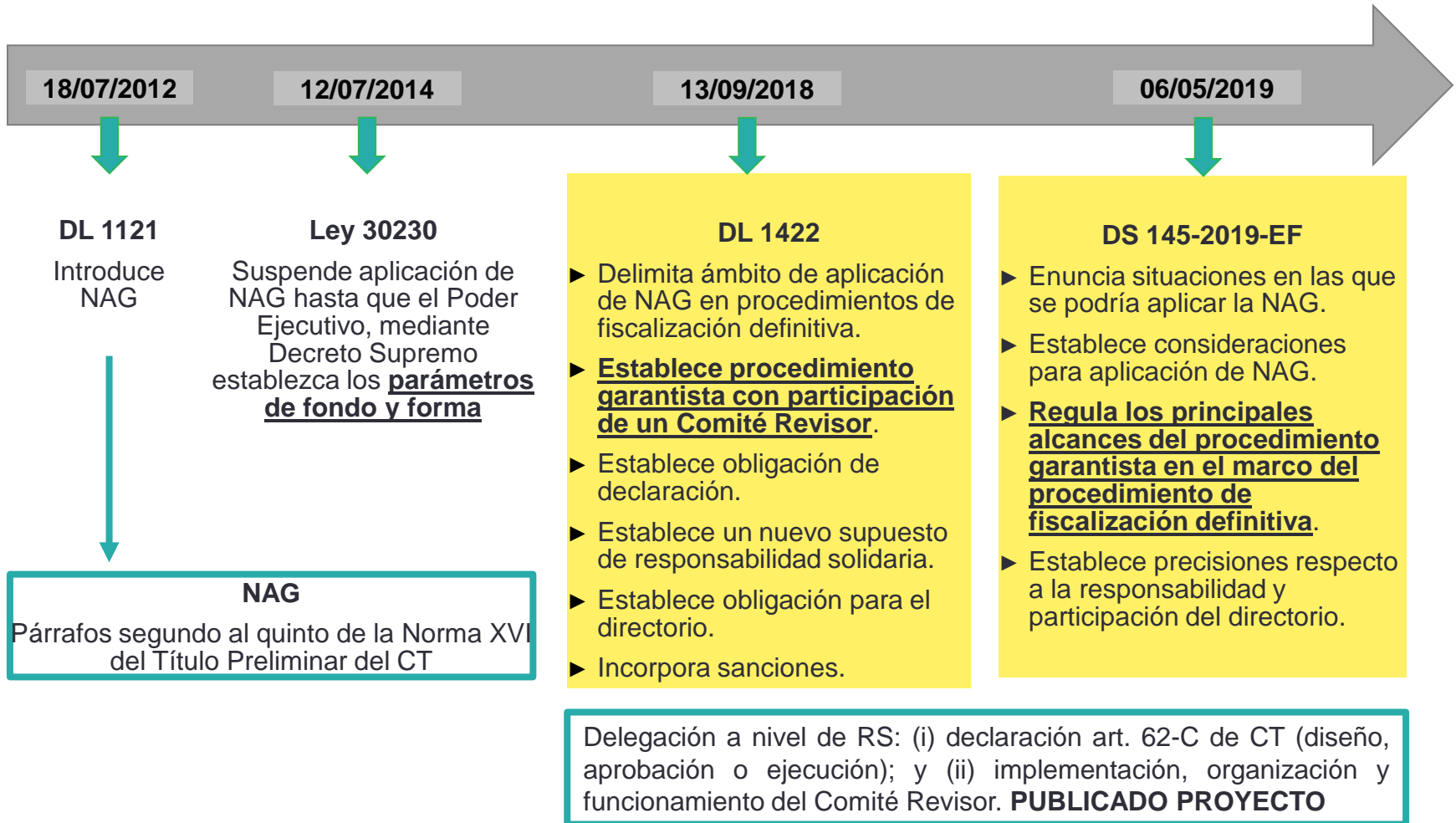


Norma Antielusiva General (NAG) Norma XVI CT: Parámetros de Forma

Maria Eugenia Caller Ferreyros

Lima, 10 de julio de 2019

1. Marco Legal para aplicación de NAG

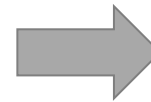


2. Facultad de SUNAT y NAG (2do a 5to párrafo Norma XVI)

DS 145-2019-EF, Artículo 3: “ La facultad prevista por la norma anti-elusiva general y el artículo 62 del Código Tributario se ejerce con respeto a la Constitución y a los derechos fundamentales que ella reconoce, no se sustrae del control constitucional. Las decisiones de la administración deben contener una adecuada **motivación**, tanto de los hechos como de la interpretación de las normas o el razonamiento realizado por el funcionario.

Relación Jurídico Tributaria

- ▶ El centro de gravedad, que es el hecho imponible, pasa a cubrir los aspectos aplicativos de las normas tributarias al caso concreto, fundamentalmente a la determinación.
- ▶ El derecho administrativo es el cauce natural en lo referido a los aspectos aplicativos de las normas,
- ▶ El procedimiento es el vehículo propio que otorga mayor protección al administrado.
- ▶ Se puede reconocer la preponderancia de la Administración en la etapa de fiscalización, pero su sujeción a exigencias de forma y adecuación a los fines previstos hace que el sujeto pasivo esté protegido frente a la Administración.



“MOTIVACION”

3. Tribunal Constitucional debido procedimiento - Motivación

“13. Evidentemente, el **debido proceso** y los derechos que conforman su contenido esencial están garantizados no solo en el seno de un proceso judicial, sino también en el ámbito del procedimiento administrativo. El **debido procedimiento administrativo** supone, en toda circunstancia, el respeto – por parte de la *administración pública o privada*– de todos los principios y derechos normalmente protegidos en el ámbito de la jurisdicción común o especializada, a los cuales se refiere el artículo 139° de la Constitución (STC 4289-2004-AA/TC).

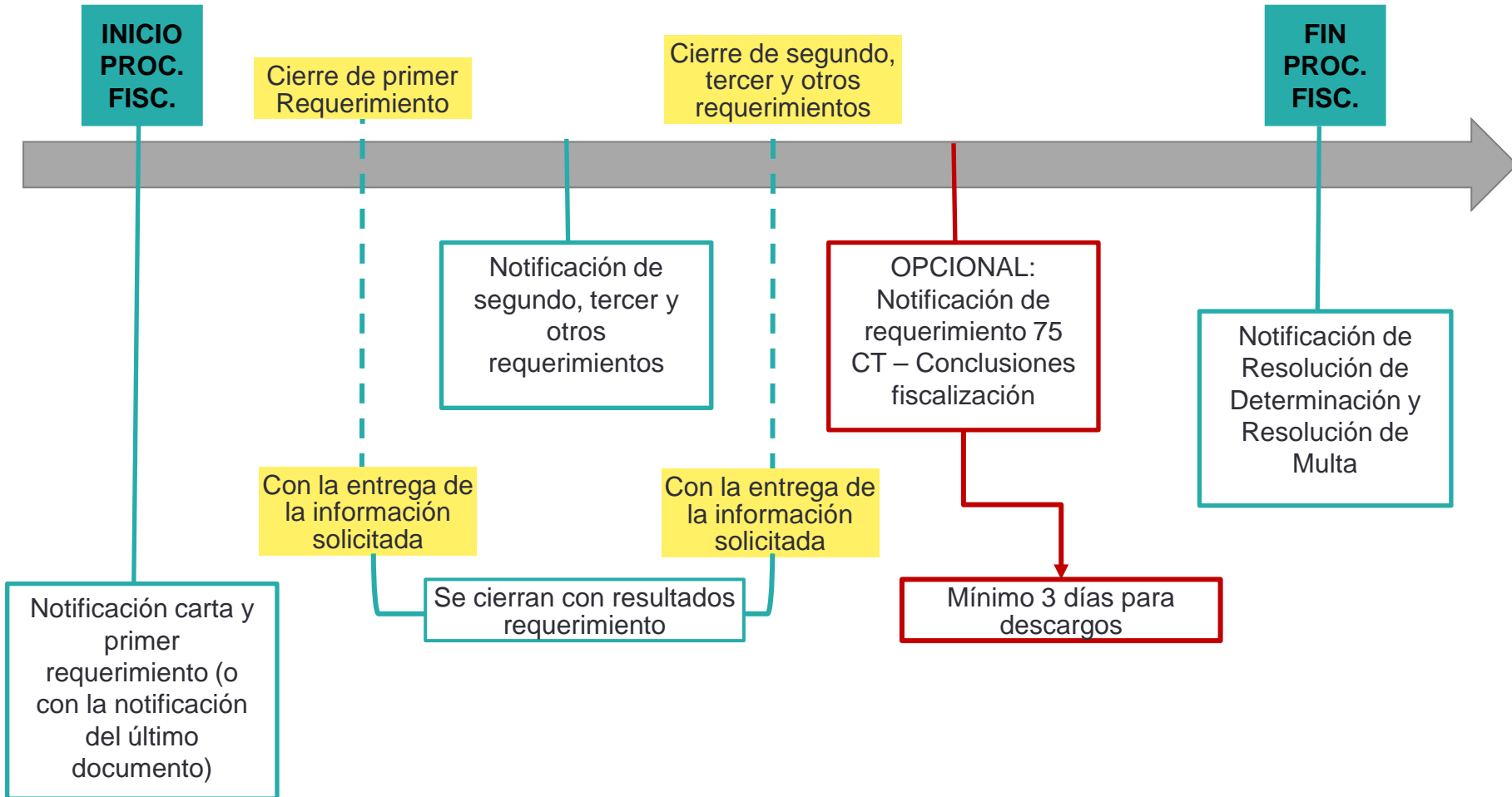
14. Bajo esa premisa, **el derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma, a su vez, el ámbito del debido proceso, y sin el cual no podría reconocerse la garantía de este último.** Por ello, en tanto derecho fundamental, se proyecta como principio de interdicción para afrontar cualquier indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes, sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés.(....)

19. Comoquiera que el **derecho de defensa implica asegurar a las partes la posibilidad de formular alegatos, probarlos y contradecir aquellos que se les opongan** (....).

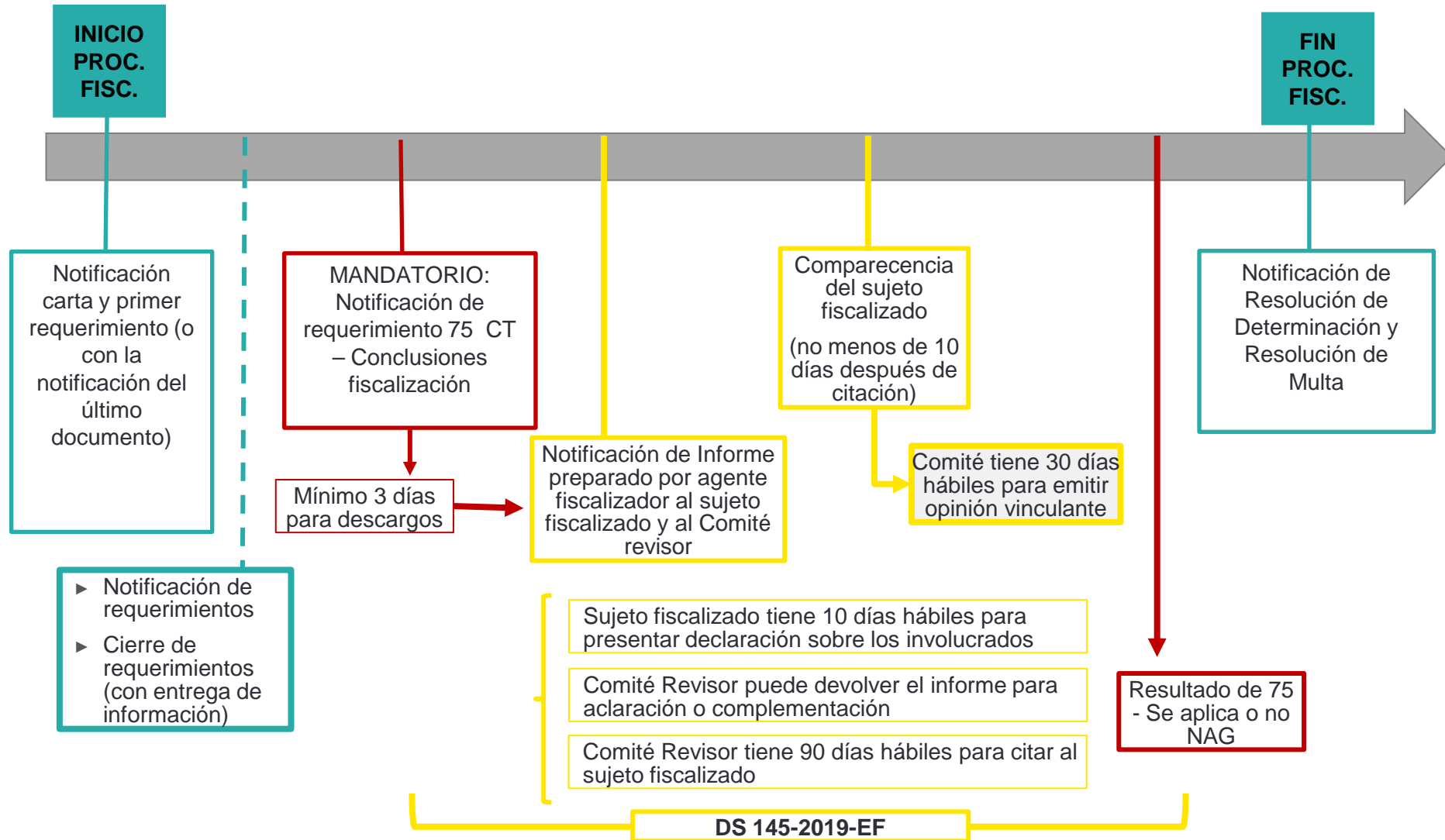
23. Conforme ha señalado este Colegiado en la STC 1291-2000-AA, **el debido proceso incluye dentro de su contenido el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, en cualquier clase de procesos** (...).

STC 8605-2005-AA/TC, Caso Engelhard, 15 Nov 2005.

4. Procedimiento de Fiscalización



5. NAG: Modificación al procedimiento de Fiscalización

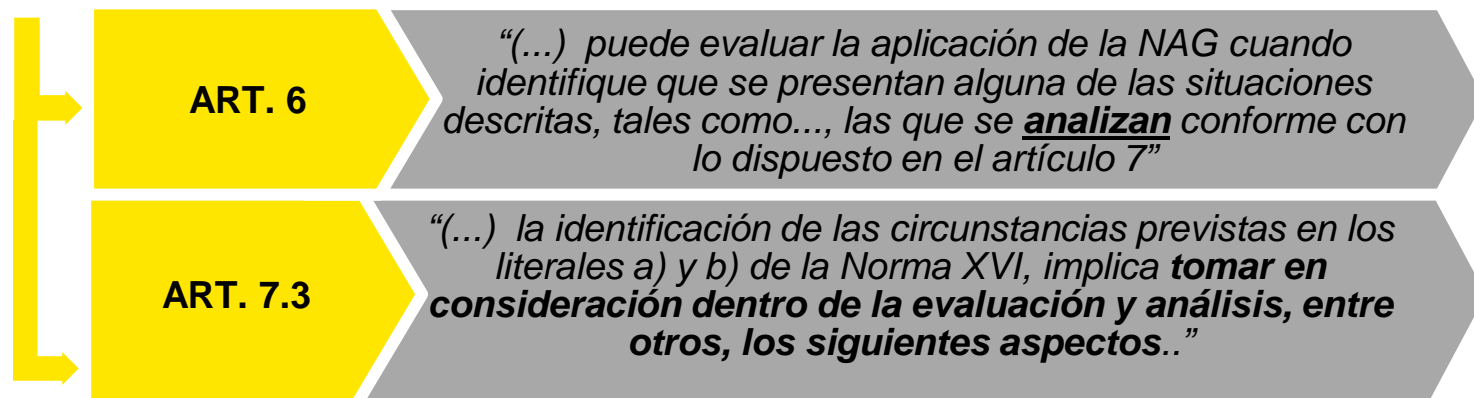


6. Parámetros de Forma - Agente Fiscalizador

Motivación y carga de la prueba

DS 145-2019-EF, Art. 10.1

“Cuando en un procedimiento de fiscalización definitiva el agente fiscalizador **identifique situaciones como las descritas en el artículo 6** respecto de las cuales estime que debe evaluarse la existencia de las circunstancias previstas en los literales a) y b) del tercer párrafo de la norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario, notifica al sujeto fiscalizado el (los) requerimiento (s) en los que **especifica las observaciones y solicita la sustentación legal y/o documentaria**



¿desarrollo previo en la lucha contra el abuso de formas ?

Inicialmente jurisprudencial (RTF 1195 de 22.04.1965), regulación legal insuficiente desde 1996 (Norma VIII y la Norma XVI suspendida).

Agente fiscalizador viene calificando como “simulación” todos los casos de elusión (fraude)

7. Parámetro de Forma - Comité Revisor

Comité Revisor

COMPETENCIA	FUNCIONES	CONFORMACIÓN
<ul style="list-style-type: none">▶ Alcanza a los casos en los cuales se aplican los párrafos segundo al quinto de la Norma XVI.▶ Comité revisor no pierde competencia por el hecho que en la fiscalización se discuta también los casos contemplados en el primer y sexto párrafo de la citada Norma XVI.	<ul style="list-style-type: none">▶ Citar al sujeto fiscalizado para que exponga sus razones respecto del Informe▶ Emitir opiniones en relación a los informes (Plazo 30 días hábiles desde la presentación del fiscalizado)▶ La opinión es de carácter vinculante▶ Inobservancia de su participación implica nulidad del procedimiento▶ Demora en emitir opinión no acarrea nulidad	<ul style="list-style-type: none">▶ Exclusivamente: Funcionarios de SUNAT▶ Designados por Resolución de Superintendencia (3 miembros)▶ Se requiere ser abogado o Contador de profesión y tener una experiencia no menor de 10 años en labores de determinación tributaria o auditoría.

7. Parámetro de Forma - Comité Revisor

- ▶ Competencia ¿Cómo actuar si el caso sólo califica como simulación?

D. Leg. 1422, Art. 62-C

*“La competencia del Comité Revisor alcanza a los casos en los cuales en el mismo procedimiento de fiscalización en el que se aplican los párrafos segundo al quinto antes mencionados **también** se presentan actos, situaciones y relaciones económicas contempladas en los párrafos primero y sexto de la Norma XVI citada”*

DS 145-2019-EF, Art. 11.2

*“El Comité Revisor ejerce su competencia **aún cuando en el mismo procedimiento de fiscalización en el que se aplica la norma anti-elusiva general también** se presenten actos, situaciones y relaciones económicas contempladas en los párrafos primero y sexto de la norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario”*

- ▶ Competencia a nivel nacional
- ▶ Conformación y designación de sus miembros
 - ▶ XIV Jornadas Nacionales de DT – IPDT, Comité Revisor fuera ajeno a la AT
 - ▶ Opción legislativa - funcionarios de SUNAT

7. Parámetros de Forma - Comité Revisor en Legislación Comparada

<p>CHILE Comisión Anti elusión</p>	<p><u>Función:</u> Determinar la aplicación de la Cláusula Antielusiva General (vinculante) <u>Miembros (5):</u> 1) Director Nacional del Servicio de Impuestos Internos, 2) Fiscal Nacional Económico, 3) Presidente del Tribunal de Defensa de Libre Competencia, 4) Comisionado de la Comisión para el Mercado Financiero, 5) Abogado experto en tributación (15 años de experiencia)</p>
<p>AUSTRALIA The Australian GAAR Panel</p>	<p><u>Función:</u> Consultiva (sugerencias o recomendaciones) <u>Miembros (8):</u> personas de negocios y profesionales que tengan la capacidad para brindar un asesoramiento experto e informado, y funcionarios dedicados al ámbito tributario (Senior Tax Officers). Debe participar un miembro del Tax Counsel Network (TCN)</p>
<p>REINO UNIDO The GAAR Advisory Panel</p>	<p><u>Función:</u> Opinión sobre la aplicación de la Cláusula Antielusiva General para lo cual se remiten informes de la Hacienda del Reino Unido (HRMC) <u>Miembros (9):</u> Elegidos por los comisionados de la Hacienda del Reino Unido (Comisiones of the HRMC). Los miembros principales inicialmente son elegidos por tres años, posteriormente se les revisa y podría extenderse el plazo. El presidente inicialmente es elegido por cinco años, puede extenderse, lo remueven los comisionados. Asimismo, hay miembros adicionales que son recomendaciones del presidente.</p>
<p>INDIA The Approving Panel</p>	<p><u>Función:</u> Determinar la aplicación de la Cláusula Antielusiva General , su opinión es vinculante. El comisionado de la administración debe sustentar la aplicación de la CAG ante el panel (test de dos pasos). <u>Miembros (3):</u> juez (en ejercicio o no) de un tribunal superior (presidente); un funcionario de alto rango del ámbito tributario, y un académico con conocimientos especializados.</p>

8. Parámetros de Forma - Sujeto Fiscalizado

▶ Derecho de defensa

- ▶ Plazos reducidos que pueden impactar en la interacción con la AT
- ▶ Conocer la opinión del Comité Revisor al cierre del requerimiento del artículo 75 del CT, puede conllevar a invalidar el procedimiento por vulnerar su derecho de defensa, en tanto incluya algo nuevo.
- ▶ Resolución No. 652-3-2019 (criterio reiterado por el TF)

“(…) el requerimiento notificado en virtud de lo dispuesto en el artículo 75 del Código Tributario, solo puede estar referido a comunicar las conclusiones a las que llegue la Administración luego de verificar la sustentación legal o documentaria presentada previamente por el contribuyente durante el procedimiento de fiscalización y otorgarle a éste un plazo para que pueda presentar por escrito sus observaciones a los cargos formulados adjuntando la documentación sustentatoria respectiva.

(…) Que de lo actuado se advierte que en el Resultado del Requerimiento No. 0122160000118, dictado al amparo del artículo 75 del Código Tributario, la Administración comunicó el ajuste del Impuesto a la Renta por los intereses devengados en el ejercicio 2011, (...); sin embargo, no se aprecia de autos que con anterioridad al citado resultado, la Administración hubiese notificado requerimiento alguno a la recurrente (...), apreciándose que recién con oportunidad de la notificación del Resultado del Requerimiento No. 0122160000118, da a conocer el procedimiento y la metodología de precios de transferencia utilizados, los cuales sustentan el reparo bajo examen, pese a que mediante el requerimiento regulado por el artículo 75 del Código Tributario solamente debiera informar sus conclusiones de la fiscalización”.

8. Parámetros de Forma - Sujeto Fiscalizado

▶ **Comparecencia - garantías**

CT, Art. 92 inc. m) Contar con el asesoramiento particular que consideren necesario, cuando se le requiera su comparecencia, así como a que se le haga entrega de la copia del acta respectiva, luego de finalizado el acto y a su sola solicitud verbal o escrita.

DS 145-2019-EF, Art. 12.

- ▶ Citación se debe otorgar como mínimo un plazo de 10 días hábiles desde la fecha que surte efecto la notificación.
- ▶ Por única vez, se puede solicitar prórroga (solicitud sustentada y presentada 3 días antes de la fecha)

▶ **Obligación de declarar los datos de todos los involucrados** en el diseño o aprobación o ejecución de los actos, situaciones o relaciones económicas materia del Informe (emite el agente fiscalizador)

- ▶ Proyecto de RS

▶ **Responsable solidario**

- ▶ CT, Art. 20-A num 4: puede impugnar la deuda y la solidaridad
- ▶ **Comité Revisor: debe incluir al solidario? No para discutir solidaridad?**

9. Instancia de Reclamación vs Opinión del Comité


▶ **Carácter vinculante**

CT, Art. 62-C.- “La opinión del Comité Revisor es vinculante para el órgano de la SUNAT que realiza el procedimiento de fiscalización definitiva y debe ser notificada al sujeto fiscalizado.

El documento que contiene la opinión del Comité Revisor sobre la existencia o no de elementos suficientes para aplicar los párrafos segundo al quinto de la Norma XVI del Título Preliminar no constituye un acto susceptible de ser impugnado y forma parte del expediente”.

▶ **Recurso de Reclamación?**

- ▶ No es vinculante la opinión del Comité, desde una perspectiva legal
- ▶ Pero fáctica?
 - ▶ Conformación del Comité, según proyecto RS,
 - ▶ Requiere que los miembros desempeñen funciones en unidades orgánicas uqe de rango similar al Intendente que emite la RD/RM y resuelve la reclamación.
 - ▶ **Instancia de reclamación dejaría sin efecto la aplicación de la NAG aún cuando no hubiera nuevos medios probatorios?**



Norma Antielusiva General (NAG) Norma XVI CT: Parámetros de Forma

Maria Eugenia Caller Ferreyros

Lima, 10 de julio de 2019