

ALTERNATIVAS PARA UN BENEFICIO TRIBUTARIO PARA COOPERATIVAS

Marco Arellano Quiroz

LA ESTRUCTURA DEL TRIBUTO Y POSIBILIDADES DE INTERVENCIÓN

A. Fines Promocionales

Diversas han sido las teorías que han intentado explicar el fenómeno tributario, podríamos anotar muchas como la teoría de la relación jurídico tributaria o su sucesora de la situación jurídico tributaria. En sus orígenes se piensa en el derecho tributario, sólo como el proveedor de los recursos para la subsistencia de la hacienda pública, limitado por cierto, por principios como la capacidad contributiva, igualdad y solidaridad. Sin embargo, será BOBBIO quien hable por primera vez de un “*Derecho Promocional*”¹, en palabras de la doctora VELARDE: “*El Derecho Tributario puede usarse como mecanismo de promoción o disuasión. Las normas de promoción obedecen a razones extrafiscales y se articulan dentro del tributo, de manera que formalmente pertenecen al ingreso, pero sustancialmente pertenecen al gasto.*”²

Hoy la doctrina es pacífica en sostener que el Tributo no tiene por qué estar relegado a la función recaudadora, pudiendo tener otros fines, estos han sido llamados: “fines extrafiscales”, y son los que justifican la existencia de un “*derecho tributario promocional con unas estructuras y funciones claramente determinadas. Se trata, por tanto, de un fenómeno que abarca y afecta al Sistema Tributario en su integridad; incide –potencial o efectivamente- sobre todas las categorías tributarias y puede – y de hecho lo hace- “anidar” sobre cualquier elemento configurador del gravamen*”.

Consientes que el tributo puede ser intervenido con ánimo de alentar determinados valores o fines que merecen protección, también debe relacionarse con los principios legales y constitucionales que lo justifican, así pues serán los principios de capacidad contributiva y solidaridad, los valores a proteger.

B. El Principio de Reserva de Ley

¹ Vid. AR;ELLINI, Serenella di, “Preludi alla configurazione premiale del diritto nell’età moderna: Hobbes e Spinoza”. Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, núm. Iv, 1976.

² Obra citada.

El principio de reserva de ley consagrado a nivel constitucional, demanda que el tributo solamente puede ser creado por una ley, de manera que la concreción de los fines promocionales, por loables que sean, siempre requerirán de una ley que les otorgue materialidad.

La creación de beneficios puede fácilmente perder el norte del fin o valor que pretende proteger, creando *privilegios*, es decir, figuras que implican una situación de mejora injustificada sin sustento y que atenta contra los principios de igualdad y no discriminación que deben gobernar el impuesto. Este tipo de regulaciones es fácilmente atacable en los respectivos controles de constitucionalidad que cada país posee, significando una gran pérdida de tiempo, recursos y con insospechadas consecuencias para la administración, tales como, juicios por indemnización de perjuicios, devolución de impuestos mal pagados, fatiga de los contribuyentes discriminados por la norma, etc.

C. Estructura del Tributo

La clásica división de impuesto lo separa en:

- a) Hecho imponible, descrito en la ley, consiste en la situación material, cuya ocurrencia determina el nacimiento del tributo;
- b) Base imponible, es producto de una serie de componente positivos (que suman) y negativos (que restan), que después de su compensación matemática resultan en un monto que antecede la aplicación del tipo o tasa del impuesto;
- c) Tipo o tasa, son conceptos sinónimos para referirse a la alícuota que aplicada sobre la base imponible determinan la cuota tributaria; y
- d) Cuota tributaria, es la suma que el contribuyente debe enterar en arcas fiscales como consecuencia del impuesto.

El tributo se puede afectar en cada una de las etapas que hemos marcado e incluso en otras, sin embargo por razones de extensión nos detendremos

solamente en las “estrellas”³, es decir, aquellas más representativas e instrumentos puros para la aplicación de beneficios tributarios.

Cuando actuamos en el Hecho Imponible, normalmente estamos afectado al tributo en si mismo, su configuración técnica y definición estructural. Es allí donde el tributo nace como tal, y cuando movemos estos elementos afectamos su constitución y vida. Ahora bien, por cierto que puedo enraizar una minoración o derechamente un beneficio tributario en la configuración del hecho imponible, basta con diseñarlo de manera que pase “por el lado” de aquellas actividades que deseo promocionar; otra forma de hacerlo es creando exenciones que evitarán la aplicación del tributo. Al final, comparadas las demás actividades gravadas con la no gravada, claramente el impuesto se transformará en un incentivo de la actividad dejada “de lado”.

Esta forma de proceder, seguramente recibiría críticas por contribuir a configurar tributos con bordes ásperos, de difícil interpretación, estructuralmente forzados. Pero la crítica más ácida nos mostraría la constitución de un beneficio tributario oculto, indeterminado en cuanto a su monto, de muy difícil control, capaz de estimular fuertemente la evasión y creador de zonas oscuras tanto para el control de la imposición, como para el control del gasto público que significa el beneficio.

En efecto, al estar marginado del tributo, este beneficio se constituye, por el lado hacendístico del tema, en un gasto imposible de cuantificar, ya que las empresas nada declararían a su respecto. Además se presenta frente al contribuyente con ropas de legitimidad.

Si consideramos lo anterior, podremos darnos cuenta que a veces el beneficio, puede estar presente en la propia configuración del sistema, en las facilidades de constitución de empresas, en la seguridad y seriedad del sistema fiscalizador, en la inversión de los recursos fiscales (obtenidos por vía tributaria)

³ Sabemos que desde aquí en adelante podríamos estar produciendo la intoxicación intelectual de Giannini, Berliri, Sáinz de Bujanda, González García, Soler Roch, y todos los grandes autores del Derecho Tributario, sin embargo, aclaramos que nuestra intención plasmada en fines propedéuticos no puede ser más noble, acercar los principios del Derecho Tributario, para entender su incidencia cuando es utilizado como mecanismo de promoción de I+D.

que se destinan a educación gratis y formación de personas altamente calificadas en todas las áreas de la técnica.

También podemos intervenir el tributo actuando en la base imponible, lo que normalmente se hace por razones de orden técnico, corrección y justa aplicación del impuesto. El caso más típico es la compensación crédito – débito que se produce en el impuesto al valor agregado, que de no existir, desnaturalizaría completamente el impuesto.

Además la base imponible se puede intervenir con fines personalizadores, destinados a subjetivizar el impuesto, es decir, a plasmar en él criterios de justicia y equidad que debe orientar todo el sistema tributario. En este sentido, el mínimo imponible es la perfecta expresión de esta idea, en la medida que el hecho imponible concurre pero por razones posteriores el legislador lo deja sin tributar.

Ya hemos dicho que todas las etapas del tributo se pueden intervenir con fines promocionales, en este caso el operar a nivel de base imponible, debemos reconocer que logra que el beneficio se vuelva visible y cuantificable; ahora adquiere una materialidad y expresión numérica que permiten dimensionarlo y controlarlo por el Estado.

La base imponible encierra tras de su aparente simpleza los más profundos misterios del derecho tributario, su configuración en el ámbito empresarial, demanda la partida desde la contabilidad de la empresa, que debe ser interpretada y traducida hasta convertir la información contable en información tributaria. Aquí, encuentran su hogar deducciones de gastos de operación, inversiones en activos fijos, depreciaciones simples y aceleradas, reajustabilidad, gastos generales, gastos de personal, amortizaciones, corrección monetaria, etc. Por lo mismo, es fuente de inspiración para infinitos mecanismos de beneficio y a la vez de evasión; por ello, pensamos que su intervención debe ser hecha antes que nada, garantizando la pureza y transparencia de su operación.

El principal problema que puede presentar la intervención de la base imponible es que por buscar dar un beneficio tributario, se esté dando otro encubierto, al mover al contribuyente favorecido con el descuento en la base, hacia el tramo más bajo de la progresión.

Cuando intervenimos un impuesto, el tipo o tasa, es el elemento más visible para maniobrar. A su respecto, la doctora VELARDE⁴ advierte que el tipo no tiene por fin promocionar comportamientos, solamente es la herramienta para determinar que parte de la riqueza gravada pertenece al ente público.

La diferenciación de los tipos obedece en algunas veces a razones estructurales, promocionales o desincentivadoras, en cualquier caso, operan de la misma forma, y sólo se conocerán por su perfil funcional.

La intervención de la tasa tipo con fines promocionales goza de todos los beneficios que describimos para la manipulación de la base imponible. No obstante, es difícil de afectar sin tocar el hecho imponible y por ese lado aparecen sus desventajas. Además debemos anotar, que una reducción en el tipo puede desencadenar un verdadero subsidio, tal como se describe para el llamado “tipo cero”.

La decisión de intervenir la cuota tributaria, se presenta como la más acertada para recibir los fines extrafiscales que el legislador tenga en mente. Normalmente el instituto jurídico utilizado recibe el nombre de “bonificación”⁵. En este caso, se observan las siguientes ventajas: menor interferencia en el mecanismo del tributo, se está operando en un tributo técnicamente “cerrado”; evita beneficios en cascada, como la disminución de la progresividad, que antes comentamos; incide de manera puntual con aquella parte del tributo que se quiere promocionar; es mucho más visible y transparente, además es fácilmente cuantificable con una simple suma de todos los descuentos declarados; ayuda al deslinde conceptual de otras figuras minorativas que pueden estar presentes en el tributo y respecta la pureza técnica de éste; permite evaluar técnicamente la proporción entre medios empleados y resultados obtenidos.

Finalmente, solamente mencionaremos el caso de las desgravaciones y restituciones tributarias, que se presentan después que el tributo a cerrado su ciclo, típicamente expresadas en: devolución de Impuesto al Valor Agregado (IVA)

⁴ Obra citada.

⁵ Bonificación es aquel instituto sustractivo que opera sobre una porción de la cuota tributaria y que son expresión de una norma promocional, de carácter desgravatorio, que genera posiciones preferentes en los sujetos afectados por su incidencia, y que en esencia constituye un verdadero gasto fiscal.

a los exportadores -por razones de neutralidad fiscal-; impuestos especiales y devolución por exportación; restitución de derechos aduaneros a la importación (Drawback); restituciones agrícolas comunitarias, nombre que reciben los subsidios agrícolas de la Unión Europea.

III

TRIBUTACIÓN EN RENTA DE LAS COOPERATIVAS

Tal como sabemos, actualmente existe discusión sobre cuál es el régimen tributario que afecta a la renta de las cooperativas y sus socios, para orientarnos sobre el asunto, podemos ver la cuestión desde cuatro aspectos: tratar de determinar el régimen tributario de las cooperativas desde la propia ley; la interpretación tradicional del SII; revisar la interpretación del SII después del 2011; y, lo que plantea la reforma tributaria.

I.- Régimen tributario desde la interpretación de la Ley

Lo primero que llama la atención es que ya desde la norma legal, se aprecia una indefinición del fondo del asunto, y es ello, precisamente lo que ha permitido al SII, el actuar titubeante y la interpretación contrariada de la materia. En efecto de las normas que regulan el asunto, se puede desprender:

1. Régimen tributario de la Cooperativa frente al Impuesto a la Renta

Régimen general aplicable a los excedentes:

- i. Operaciones con no socios. Las cooperativas están afectas al Impuesto a la Renta por aquella parte del remanente (utilidades-excedentes) correspondiente a operaciones realizadas con personas que no son socios (artículo 17, inciso 1°, n° 2°, del Decreto Ley N° 824, de 1974.).

Aquí el problema es que no está definido cuáles son estas operaciones, hubo un ofrecimiento en el artículo 17 del DL 824, pero dejó el asuntos en manos del P de la R, quien no dictó el reglamento y actualmente, tampoco podrá dictarse sin el consentimiento de Hacienda. Junto a ello, puede plantearse la afectación del principio de reserva legal, lo que podría judicializar un eventual reglamento.

- ii. Operaciones con socios. Las cooperativas no están afectas al Impuesto a la Renta por aquella parte del remanente (utilidades) correspondiente a operaciones realizadas con sus socios (artículo 17 del Decreto Ley N° 824, de 1974, artículo 49, letra c), inciso 2° e inciso final, de la Ley General de Cooperativas).

Se presenta el problema que también podría sostenerse que están afectas al impuesto con tasa reducida en un 50%, depende de si se toma el 49 letra a) o el 52 de la Ley de Cooperativas, puesto que no se aprecia una jerarquía entre uno y otro.

Junto a lo anterior, vuelve a aparecer el problema fundamental, sobre qué se entiende como operaciones con terceros, por lo que se deben repetir los comentarios anteriores.

2. Régimen del socio por sus excedentes

- i. Originados en operaciones con los socios. La devolución de excedentes originados en operaciones con los socios están exentas de todo impuesto (artículo 51 de la Ley General de Cooperativas).

El problema aquí es el mismo anterior, en el sentido que no está definido cuáles son las operaciones con los socios y no socios y eso permitió el cambio de interpretación del SII.

Por otra parte, el concepto de excedente y la noción de que las Cooperativas no general utilidades, que no pasa de ser una simple declaración que hace la ley, lejos de solucionar el problema lo enturbia, ya que obliga a tener que conciliar a la fuerza el concepto de excedente, dando más espacio al SII para interpretaciones.

En este mismo punto, el artículo 17 N° 4 del DL 824, tampoco contribuye a la claridad, en tanto cuanto, genera dos nuevos distingos respecto de si los excedentes vienen del giro habitual del socio, en cuyo caso obliga a darles el tratamiento de ingresos brutos, es decir sujetos a impuesto, y posteriormente distingue si el cooperado es de aquellos que no lleven contabilidad conforme a renta efectiva, están exentos. Es decir, estarían gravados aquellos excedentes que se originen en operaciones habituales de los socios con renta efectiva.

Un problema adicional, es que la norma no se detiene a decir expresamente cuáles rentas están exentas, sino que ello se deduce.

- ii. Originados en operaciones con los no socios. En este caso por aplicación de las normas generales debería aplicarse tributación conforme al régimen general, pero de las disposiciones que regulan la materia esto no es del todo claro, puesto que, tal como vimos hace una regulación de las exenciones, tomando como discriminador el giro habitual o no de los cooperados, que es un parámetro que no usó para la tributación de las cooperativas.

II.- Régimen tributario desde la interpretación tradicional

Tributación de la Cooperativa.

Hay que distinguir:

- i. Tributación de una Cooperativa por el excedente generado en operaciones con socios. (artículo 49 inciso final de la L.G.C. y 17 del DL 824 de 1974). Están exentos, con la particularidad que las normas se refieren a las operaciones gravadas que son aquellas hechas con no socios. Cuáles son operaciones y no socios, lo define el P de la R, a través de un reglamento que no se ha dictado (N° 11° del artículo 17).

También hay que considerar que las cooperativas no obtiene “utilidades” según la ley.

- ii. Excedente que corresponda a operaciones que realicen con terceros no socios, tributan en primera categoría.

Tributación de los Cooperados

- i. Tributación de los cooperados por la devolución de excedentes originados en operaciones con socios (art. 51) están exentos de renta (primera y global).
- ii. Tributación de los cooperados por la devolución de excedentes originados en operaciones con terceros, no socios. No habiendo norma expresa que los exima del pago de impuesto, tributan con régimen general

III.- Régimen tributario desde la interpretación SII 2011

La interpretación del SII, ha levantado dos focos de controversia, en tanto cuanto, contradice lo que era la aplicación tradicional de la norma según la veníamos analizando:

- i. Aplicación de impuesto a la Renta a los cooperados por las devoluciones de excedentes originados en operaciones con socios.

El SII, prescindió de la distinción entre operaciones con socios y no socios y tomó el otro discriminador que menciona la ley, es decir, la distinción entre “operaciones habituales y no habituales, estableciendo que los excedentes por operaciones habituales tributan conforme al régimen general. Es decir, gravó

con impuesto las devoluciones de excedentes generados por la Cooperativa que reciben los cooperados independientemente del origen de las rentas.

El SII mantuvo la exención para los cooperados en renta presunta, pero ello representa otro problema puesto que la Reforma, baja los tramos de renta presunta.

ii. Reinterpretación de la noción de “operaciones con socios”.

El Servicio de Impuestos Internos cambió la interpretación asimilando la “operación con terceros” a “venta a terceros”, de manera que queda gravado con impuesto a la Renta los remanentes provenientes de las operaciones con socios por cuanto el acto final de la producción siempre es una “venta a terceros”.

IV.- Régimen tributario desde la Reforma Tributaria

La reforma no se hace cargo específicamente del problemas de las Cooperativas, pero su línea de pensamiento es claramente asociada a la que posee el SII, por cuanto, lo que viene diciendo es que la Cooperativa estará obligada “atribuir” las rentas a los cooperados. En otras palabras, considera que la cooperativa obtiene rentas y los cooperados las reciben, de manera que eso se condice con la aplicación del régimen general de tributación y no se concilia con ninguna exención.

Ahora bien, hemos escuchado de la prensa que el régimen de renta atribuida pasa a ser voluntario, de manera que eso implica una cuestión de fondo que debe resolverse antes de plantear una norma como la que viene propuesta en el Proyecto en actual tramitación.

Cabe tener presente, que tal como está la Reforma, se mantiene a salvo la posibilidad de hacer un interpretación de qué se entiende por operaciones con terceros.

III

PROPOSICIÓN DE ALTERNATIVAS

Las alternativas son variadas, pero el problema principal que enfrentan es que cualquiera de ellas pasa por Hacienda y por una menor recaudación. De todas formas analizaremos algunas de ellas:

1. Dictación Reglamento:

Art. 17 del DL 824, prevé la dictación de un Reglamento que defina qué se entiende por operaciones con socios y terceros. El Reglamento no se ha dictado.

Problema: La dictación del Reglamento pasa por Hacienda.

2. Dictación de nuevo Oficio del SII:

El SII podría reinterpretar su visión del 2011.

Problema: Es resorte del SII y de Hacienda

3. Modificación Legislativa:

- Sería la oportunidad para hacerse cargo de todos los problemas interpretativos que se generan a propósito de los conceptos de “operaciones con socios”, “operaciones habituales”, etc. Habría que intervenir al menos los artículos 49, 53 de la LGC y 17 del DL 824.

Las alternativas son:

- En la Reforma tributaria actualmente en trámite.

Problema: En la situación actual, Hacienda no va a estar dispuesto a incorporar normas aclaratorias con beneficios tributarios para nadie, porque sería abrir un espacio a quien quiera que se esté viendo afectado.

Lo más probable es que lejos de aclarar las exenciones se aclaren los gravámenes.

Tal como viene la reforma tampoco está haciéndose claramente del asunto, sería preferible no intervenir en ese ámbito y conformarse con que allí no se defina claramente el gravamen.

- En la Ley de Cooperativas.

Este parece ser el lugar más adecuado para intervenir, básicamente porque se tienen antecedentes que los parlamentarios están sensibilizados con el tema y porque es en la LGC y en un artículo perdido del DL 824 donde está la regulación. Aquí debería plantearse la derogación del artículo 17 referido y tratar el asunto sistemáticamente.

4. Modificación Legislativa con norma conciliadora:

Es probable que donde quiera que se dé la discusión, Hacienda argumente la pérdida de recaudación, en cuyo caso debería comenzarse la discusión con las cooperativas de una norma conciliadora, que les permitiera mantener los incentivos al cooperativismo, se propone una fórmula que reduzca en un 50% la tasa o carga tributaria de las cooperativas y de los cooperados. Obviamente el 50% puede ser más o menos, pero la idea es una suerte de transacción entre los dos criterios que ahora se sustentan, la exención total y el gravamen total. El contenido sería:

Artículo XXX:

Reemplazase el artículo 49 letra a) de la Ley General de Cooperativas por el siguiente: “Del cincuenta por ciento del impuesto a la renta, contribuciones, impuestos, tasas y demás gravámenes impositivos en favor del Fisco. Sin embargo, las cooperativas estarán afectas al Impuesto al Valor Agregado, de conformidad a lo establecido en el decreto Ley 825 de 1974”.

Reemplazase el artículo 49 letra a) de la Ley General de Cooperativas por el siguiente: “Las cooperativas de consumo y las de servicio deberán pagar todos los impuestos establecidos por las leyes respecto de las operaciones que efectúen con personas que no sean socios. Se entiende por operaciones el desarrollo de todas la cadena productiva, desde la producción hasta la comercialización de los productos y servicios, ya sea que el consumidor final sea o no un cooperado”.

Reemplazase el artículo 51 de la Ley General de Cooperativas, por el siguiente: “Los cooperados pagarán los impuestos normales de la ley de la renta por los excedente provenientes de operaciones efectuadas por las cooperativas con no socios.

Los cooperados por la devolución de excedentes provenientes de operaciones efectuadas por las cooperativas con no socios, pagarán los impuestos normales de la ley de la renta con una tasa reducida en un 50 por ciento, respecto de la tasa vigente a la fecha del devengo del impuesto.

No obstante lo anterior, los contribuyentes cooperados que tributen en renta presunta, mantendrán ese régimen tributario, cualquiera sea el origen de los ingresos que perciban desde la cooperativa.

Todo lo anterior, es sin perjuicio de la obligación de llevar contabilidad y contabilizar los excedentes respectivos.

El aumento del valor nominal de las cuotas de capital y cuotas de ahorro, serán siempre considerados ingresos no renta”.

Deróguese el numeral 4° del artículo 17 del DL N° 824.

IV VISIÓN GENERAL

El principal problema que se enfrenta, tal como ha quedado demostrado, es la complejidad de las normas que establecen los beneficios para las cooperativas, ello implica que siempre se estará frente al riesgo de potenciales nuevas interpretaciones del SII, junto a ello, las sentencias de las CS por claras que sean no son vinculantes para el SII más que en el caso en que actualmente se pronuncien, lo que conlleva que para cambiar el criterio pudiera llegarse al absurdo de tener que tramitar un juicio hasta la Corte Suprema, por cada cooperativa.

Lo fundamental es reorganizar las disposiciones de exención, aun cuando sea perdiendo algunos beneficios, pero ganando en seguridad jurídica.

Desde el punto de vista de la teoría pura, hay mucho fundamento para sostener el beneficio en favor de las cooperativas y está bien justificado, hemos revisado el caso de España, Colombia, Costa Rica y Francia, de donde se puede desprender abundante justificación de que estamos frente a una norma de estímulo y promoción y no de privilegio.

El ensayo de artículo que proponemos tiene en si mismo otras alternativas, como eliminar la diferenciación entre “ingresos por operaciones con socios y no socios”, tomando todos los ingresos en conjunto y gravándolos con una tasa mayor. Esa ha sido la opción del régimen foral de Galicia y Navarra en España. La ventaja es la reducción de la carga fiscal indirecta.

Existe una ecuación sobre las consideraciones políticas que se viven en el país, que actualmente es muy significativa, de manera que, parece completamente desaconsejable insistir con modificaciones en la actual Reforma Tributaria, puesto que iríamos contra la corriente, además desde el punto de vista técnico las normas

están en la LGC y sólo secundariamente el art. 17 del DL 824, que sería más puro derogarlo y refundir lo que se necesite en la ley de cooperativas.

En el estado actual de las cosas, hay que monitorear cómo quedará el Proyecto de Reforma, con las indicaciones que se presentarán después del Protocolo de Acuerdo, siendo preferible que diga lo menos posible de cooperativas.