



Mesa redonda con Rocío Liu Arévalo^(*), Eduardo Sotelo Castañeda^(**) y Fernando Zuzunaga del Pino^(***)

Norma XVI: Calificación, Elusión de Normas Tributarias y Simulación^(****)

Norm XVI: Rating, Tax Avoidance and Simulation

Resumen: Con ocasión de las últimas modificaciones emitidas en materia tributaria, se expidió, en julio de 2012, el Decreto Legislativo No. 1121, mediante el cual se introdujo al Código Tributario, la Norma XVI. Son diversas las opiniones que han surgido respecto a la entrada en vigencia de esta disposición. Algunos especialistas han llegado a sostener que con esta norma se vulnerarían algunas disposiciones constitucionales como, por ejemplo, el principio de reserva de ley. Sin embargo, ello no constituye una opinión unánime. Tras los cuestionamientos y, sobre todo, las diversas posturas respecto al contenido de esta norma, la Comisión de Publicaciones de IUS ET VERITAS decidió realizar una Mesa Redonda con los mejores especialistas en materia tributaria, quienes compartieron con nosotros sus puntos de vista respecto a la Norma XVI.

Palabras clave: Norma XVI - Elusión tributaria - Acto artificioso e impropio – Normas antielusivas generales - Normas antielusivas específicas

Abstract: As a result of the latest modifications made to Peruvian tax law, Legislative Decree No. 1121 was promulgated in July 2012, putting into effect Norm XVI of the Tax Code. There are diverse opinions about norm; some specialists have gone so far as to state that the norm violates constitutional principles such as, for example, the principle of legal reserve. Still, this is not a unanimous opinion. Because of all the questions that have been raised and, especially, the different positions regarding the contents of this norm, IUS ET VERITAS decided to organize a panel with the best specialists on tax law. This article contains their different viewpoints on Norm XVI.

(**) Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesora de Derecho Tributario en la misma casa de estudios. Magíster en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima. Asociada del Instituto Peruano de Derecho Tributario (IPDT) y de la Asociación Fiscal Internacional (IFA) - Grupo Peruano. Socia de Miranda & Amado Abogados.

(***) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Tributario en la misma casa de estudios. Magíster en Derecho por la Universidad de Chicago. Magíster en Administración Pública y Políticas Públicas por The London School of Economics and Political Science, Reino Unido.

(****) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios de especialización en Tributación Internacional en la International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD). Presidente del Instituto Peruano de Derecho Tributario (IPDT). Vicepresidente del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario (ILADT). Socio de Zuzunaga & Assereto Abogados.

(*****) Mesa redonda preparada por Braulio Delgado Vizcarra, Vicente Robles Ramírez, Efraín Rodríguez Alza y realizada por Hilda Rojas Sinche, Fernando Loayza Jordán, Milagritos Sueyoshi Narita y Juan Carlos Giraó La Rosa, alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y miembros de IUS ET VERITAS. La Asociación agradece profundamente a los doctores Rocío Liu Arévalo, Eduardo Sotelo Castañeda y Fernando Zuzunaga del Pino por la especial atención y el buen humor para responder nuestras preguntas.

Norma XVI: Calificación, Elusión de Normas Tributarias y Simulación
Norm XVI: Rating, Tax Avoidance and Simulation



Keywords: Norm XVI - Tax avoidance - Artificial and improper act - Anti-evasion general rules - Anti-evasion specific rules

En el marco de la Reforma del Sistema Tributario realizada en el año 2012, el 18 de julio del dicho año se publicó en el Diario Oficial El Peruano, el Decreto Legislativo No. 1121 a través del cual se modificó el Texto Único Ordenado del Código Tributario. Si bien de forma previa ya se había modificado el Código Tributario a través de los Decretos Legislativos Nos. 1113 y 1117, no fue sino hasta el Decreto Legislativo No. 1121 que se reguló una nueva norma antielusiva general en el Título Preliminar del Código Tributario. De esta forma, se agregó la Norma XVI titulada “Calificación, Elusión de Normas Tributarias y Simulación” y se modificó la Norma VIII, anterior norma antielusiva, restringiendo su aplicación únicamente a la interpretación de normas tributarias.

En cuanto a la nueva Norma XVI, se puede apreciar que la misma contiene una serie de elementos para su aplicación que no se encuentran definidos, como por ejemplo, los términos “actos artificiosos” o “actos impropios”. Más aún, la indefinición de dichos conceptos, aunado al sentido amplio de conceptos esenciales como “elusión tributaria”, conlleva a que la forma de aplicación de la referida norma no sea lo bastante clara para el contribuyente, e inclusive, podría ir en contra del principio de seguridad jurídica, lo cual estaría contraviniendo el marco legal para realizar las reformas tributarias, la Ley No. 29884, por medio de la cual se le otorga facultades al Poder Ejecutivo para que, entre otras cosas, realice modificaciones que permitan combatir un mayor número de conductas elusivas y complementar las reglas de responsabilidad tributaria, con criterio de razonabilidad, preservando la seguridad jurídica.

En ese sentido, en la presente Mesa Redonda, tres expertos en materia tributaria nos brindarán sus reflexiones en torno a la nueva Norma XVI, a fin de aclarar el sentido de la referida norma para su correcta interpretación y aplicación, analizando profusamente la constitucionalidad de la norma, su aplicación y su interacción con el ordenamiento jurídico, y en particular con las normas antielusivas de carácter específico.

1. Diversos especialistas del medio y gremios empresariales han cuestionado la constitucionalidad de la Norma XVI, discrepando con la postura señalada en la exposición de motivos de la misma. Se ha llegado a sostener que se vulneraría el principio de reserva de ley en la medida que los hechos imponible y las consecuencias fiscales de los mismos sólo deben establecerse por “ley o norma con rango similar” y no por “interpretación o extensión de los alcances de una norma sobre otra”.



Mesa redonda con Rocío Liu Arévalo, Eduardo Sotelo Castañeda y Fernando Zuzunaga del Pino

En base a ello, ¿consideran ustedes que la Norma XVI resulta inconstitucional? ¿Se estaría determinando un hecho equivalente y sus consecuencias por “extensión” o se estaría cumpliendo el “hecho imposible efectivamente regulado en la ley”? ¿La libertad de contratar y el respeto a la autonomía privada se podrían ver afectados a través de la aplicación de la Norma XVI?

Fernando Zuzunaga del Pino: Sobre la constitucionalidad de la norma XVI, debo indicar que no podría afirmar categóricamente que sea inconstitucional. Lo que sí podría decir, enfáticamente, es que como toda norma antielusiva general resiente los principios de seguridad jurídica y de reserva de ley. Ello es inevitable y lo que hay que ver es si ese resentimiento, en ponderación con los principios de abuso del derecho y del deber de soportar equitativamente las cargas, es adecuado o no; es decir, en base a un juicio de razonabilidad, determinar si es que ese resentimiento es justificado en aras del principio de abuso del derecho y del deber de soportar las cargas en forma equitativa.

Ahora, de cara a una probable sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, “TC”) y, en razón a los precedentes del mismo, considero que esta norma sería declarada constitucional. Sí creo que en determinados casos, su aplicación puede ser declarada inconstitucional. Básicamente porque el sistema de la Norma XVI, tal como está concebido, no contempla un procedimiento garantista y ello, considero, es un elemento relevante que agrava este resentimiento de la seguridad jurídica y del principio de reserva de ley. Esto adicionado a que la norma delegante expresamente dice que esta cláusula antielusiva debe preservar la seguridad jurídica.

Ahora, ¿cómo se plantea el conflicto? El conflicto, para determinar si es que estamos ante una norma constitucional o no, se plantea por el enfrentamiento entre los principios que fundamentan la existencia de una cláusula antielusiva general —a saber, el combate contra el abuso del derecho y el deber de contribuir- y aquellos principios que se ven mellados—reserva de ley y seguridad jurídica-.

En cuanto al abuso del derecho, nuestra Constitución establece que sí debe ser combatido. De acuerdo con sentencias del TC, se reconoce que el artículo 103 que combate el abuso del derecho, comprende el combate al fraude de ley. Una sentencia

de junio del 2010, sobre la Policía Nacional del Perú (PNP) se pronuncia en cuanto al abuso en el caso de un policía que reclama derecho a pensión de jubilación. En base a un silencio positivo obtiene este derecho de pensión y luego cuando la PNP acciona contra él -porque no cumplía los requisitos para acceder a la pensión-, éste opone, ya judicialmente, la prescripción aduciendo que esa acción judicial se había iniciado cuando la acción ya estaba prescrita. Ante esto, el TC dice que no se puede amparar el abuso del derecho y no se puede vulnerar flagrantemente la Constitución. Recordemos que la prescripción es un derivado del principio de seguridad jurídica. Entonces, el TC admite ir en contra de la institución de la prescripción, en aras de preservar el principio del abuso del derecho.

El deber de contribuir también es sustento de la una cláusula antielusiva general. Ahora, en el entendido que yo le doy al deber de contribuir, éste supone el contribuir de manera equitativa al soporte de las cargas. Esto no es otra cosa que el principio de capacidad contributiva, es decir, igualdad vertical; en otros términos, lograr que tributen igual los iguales y desigual los desiguales. Y, además, que, en base a esto, no haya quienes *so pretexto* de cometer fraude de ley vean burlado al Fisco y, por ende, no tributen. Sí considero errónea la posición del TC expresada también en la misma exposición de motivos de la Norma XVI que fundamenta el deber de contribuir en el principio de solidaridad. Allí sí me parece gravísima esa tendencia de soportar lo que es el deber de contribuir en el denominado principio de solidaridad, supuesto que están instituyendo como un principio rector en materia de tributación y que, a mi parecer, no lo es.

Se soporta, entonces, una cláusula antielusiva en base a estos dos principios. Como señalaba, descarto la aplicación del principio de solidaridad. En cuanto a este principio, los precedentes sobre el particular los considero

Norma XVI: Calificación, Elusión de Normas Tributarias y Simulación

Norm XVI: Rating, Tax Avoidance and Simulation

nefastos. Por ejemplo, en la última sentencia a fines de diciembre de 2011 sobre el aporte al Fondo de Jubilación del Pescador, se dice que esta exacción (reconocida como un tributo del tipo contribución de seguridad social) es de cargo de las empresas industriales pesqueras. Sobre la base del principio de solidaridad, se dice que las empresas industriales deben tributar a favor de los armadores aún cuando estos industriales no son empresas que empleen a los beneficiados con las pensiones -porque ahí sus empleados tributan en favor de las AFP u ONP, pero no son beneficiados de la caja-, en aras del principio de solidaridad que “está flexibilizando la figura impositiva, adaptándola a las necesidades sociales, de modo tal que la sociedad se incorpora y se le concientiza en el cumplimiento de deberes en favor del Estado, no sólo comprendiéndose el deber de pagar tributos sino el de colaborar”.

Debe tenerse en cuenta que el deber de contribuir, que antes sólo cubría la capacidad contributiva, ahora cubre muchas más obligaciones en función al principio de solidaridad, ya lindando en un intervencionismo estatal sin un límite claro, puesto que sobre esta base es que se ha soportado la exacción que estoy comentado. Y no solo eso, sobre este principio también se ha soportado la bancarización, el ITF y las detracciones. Entonces, con esto yo sí tendría cuidado.

Ahora, ¿por qué considero que se resiente el principio de reserva de ley y el de seguridad jurídica? Considero que el principio de reserva de ley se resiente, ya que, como lo ha señalado el TC, los tributos son una obligación *ex lege* y contienen conceptos concretos. Así, el hecho imponible contiene un aspecto material que es un concepto concreto y específico. Igual ocurre con los otros aspectos. Sin embargo, sobre la base del concepto de elusión, nosotros tenemos un concepto jurídico indeterminado y, al ser así, esto va a resentir la aplicación del principio de reserva de ley al no limitarse a una conducta específica, sino al tratarse de un género que, sujeto a un examen, puede o no ser calificado como un hecho imponible.

En cuanto a la seguridad jurídica, el TC, en varias sentencias desde el 2003 en adelante, ha sustentado que este principio se basa en la predictibilidad que deben tener los contribuyentes respecto de la actuación del poder público. Por ende, si aquí tenemos una Norma XVI donde se ven investidos los administradores de poder para calificar en qué casos un hecho económico realizado por los operadores no pasa el test de propiedad ni el de relevancia jurídica económica; lo mínimo que

debe existir son derroteros claros que de algún modo den predictibilidad a sus conductas. Si ello no es así, podría ocurrir que dos auditores distintos frente a situaciones similares tengan conclusiones distintas y con ello se estaría generando inseguridad jurídica. Dicho sea de paso, la jurisprudencia del 2004, que constituye precedente importante sobre los alcances de la antigua Norma VIII, cita la exposición de motivos por la cual se derogó la antigua norma o cláusula antielusiva general que combatía el fraude a través del segundo párrafo de la Norma VIII. Allí, abiertamente se decía que este segundo párrafo vulneraba la seguridad jurídica en la medida que iba a haber una recalificación de conductas de los contribuyentes en la que ellos no iban a estar nunca seguros de si habían o no pagado correctamente sus impuestos.

Ahora, tanto la seguridad jurídica como la reserva de ley, que se ven resentidas con una cláusula antielusiva general, se mitiga o elimina, y, digamos, pasa un examen de constitucionalidad si cuenta con un procedimiento garantista adecuado. Por ejemplo, algún órgano colegiado al que esté sometido el examen hecho por un auditor cualquiera, no por desmerecer al auditor, sino porque lo contrario sería dejar en poder de una persona esta atribución. Otro ejemplo, la posibilidad de hacer consultas previas por los contribuyentes en determinados casos que pretendan tomar una posición tributaria para estar seguros de si esa posición es acertada o no. Tres, el artículo 84 del Código Tributario plantea la posibilidad de poner ejemplos por parte de la Administración Tributaria en aquellas conductas que se van a considerar o podrían considerarse elusivas, situación que debió ser una obligación y que debiera ser cumplida por la Administración, puesto que son medidas que mitigarían y eliminarían ese resentimiento al que se ve expuesto cualquier norma o cláusula antielusiva general.

Eduardo Sotelo Castañeda: A fin de contextualizarnos, debe reconocerse que la



Mesa redonda con Rocío Liu Arévalo, Eduardo Sotelo Castañeda y Fernando Zuzunaga del Pino

elusión no es tema de reciente estudio con el propósito de dictar una norma en nuestro país y ella, en el mundo, tiene más de 100 años de existencia. La elusión tributaria ha sido un tema de preocupación concreta del Estado peruano, al menos, desde 1996 e, intensamente, en los últimos ocho años. Para salir con la Norma XVI, se ha revisado mucha experiencia, literatura, jurisprudencia y normativa comparadas. Por ende, al margen de críticas individuales sea a una parte de la exposición de motivos o sea al producto legislativo publicado, lo que no se puede negar, y rescato en parte lo que dice Fernando, es que existe, podría decirse, un fundamento constitucional similar o común para las normas antielusivas tributarias. Dicho fundamento lo vamos a encontrar en todos los ordenamientos legales en donde existen estas normas antielusivas. Con relación a ello, he sostenido, y tengo la prueba -files completos y profusamente documentados- de que una norma antielusiva como la que se ha publicado en el Perú puede coexistir perfecta y armónicamente con constituciones que escriben principios constitucionales del tipo reserva de ley, seguridad jurídica, capacidad contributiva e igualdad, como sucede en la mayoría de ordenamientos democráticos del mundo moderno.

Si nos aproximamos al ordenamiento legal peruano, y sin perjuicio de que el análisis constitucional deba ser un análisis concreto de la Constitución, contexto y realidad peruanas, con relación a las normas antielusivas como tales, creo que hace mucho que resulta jurídicamente vetusto y decimonónico argumentar en contra de ellas basados en una supuesta vulneración de la legalidad y seguridad jurídicas. Este es un debate que se ha dado, prácticamente, en todos los ordenamientos en donde se ha introducido una norma antielusiva general; no obstante, es un debate que ha ganado esta última y desde hace mucho tiempo. Sea que hablemos de la cláusula neozelandesa de 1878 (sección 62 de la *Land Tax Act*), como de la Ordenanza Alemana de 1919. Nos referimos, es cierto, a las cláusulas antielusivas generales como concepto. Entonces, la norma antielusiva general es un concepto hoy en día mundialmente admitido y la prueba de ello es la lista de países que la tienen publicada y en vigor, y coexistiendo con constituciones que cuentan con los mismos o similares principios jurídicos que se citan normalmente para cuestionarla o sembrar dudas constitucionales sobre ella.

En cuanto al diseño de la peruana, se ha cuidado mucho en acuñar una cuyos parágrafos si bien remedan en parte algunos

modelos -algunos dicen, gruesamente, que se copian-, en realidad realizan una selección minuciosa e inteligente de cada uno de sus términos. Precisamente, se toman conceptos jurídicos indeterminados y una forma de escribir los mandatos, cuidando de seguir modelos constitucionales aceptados. Esto no quiere decir que la Norma XVI sea por ese solo hecho constitucional bajo nuestro ordenamiento, pero, como he señalado, hecha la contextualización debida, la Norma XVI es una norma más dentro de la variedad existente en todo el mundo, ni más draconiana, ni más dura que cualquiera otra preexistente en ordenamientos constitucionales comparados. Entonces, las normas antielusivas generales existen desde hace más de ciento diez años en el mundo y hoy día más de ochenta países cuentan con esta cláusula escrita en una ley o código y otra veintena cuenta con ella desarrollada mediante doctrina jurisprudencial. Por ende, yo le preguntaría a sus detractores cuál es el proceso interpretativo que los lleva a inferir que nuestra Constitución “protege” al elusor de las normas tributarias como no lo hace la mayoría de ordenamientos en el mundo moderno. Aquí hay algo muy extraño, una campaña de desinformación que da la espalda a una herramienta con la cual el mundo vive, salvo Perú desde siempre y no sólo desde el año 1996 (en que se aprobó, e inmediatamente se mutiló una cláusula antielusiva general).

Fernando Zuzunaga del Pino: Salvo Perú y otros países.

Eduardo Sotelo Castañeda: Claro, salvo Perú y otros pocos países en el mundo. Entonces, conocedor de la oposición que íbamos a enfrentar, y ahora sí hablo como un impulsador de esta pieza legislativa (la Norma XVI), me avergüenza sobremanera el debate superfluo sobre la supuesta vulneración de la legalidad, la reserva de ley o la seguridad jurídica. O sea, en su aplicación, no sólo la Norma XVI, cualquiera norma del Estado, puede ser arbitrariamente administrada en los

Norma XVI: Calificación, Elusión de Normas Tributarias y Simulación
Norm XVI: Rating, Tax Avoidance and Simulation

hechos, en esto coincido con el juicio expresado por Fernando. Pero, la Norma XVI no puede ser per se inconstitucional como no sucede en ningún país que la posee. En el idioma normativo, esta cláusula no debe tener ninguna vergüenza de pasarse por todos los países del mundo en donde existe una y pasar un test de legalidad, de reserva de ley y de seguridad jurídica en su texto.

Veamos, un segundo tema soslayado cuando se refiere a la crítica a la constitucionalidad de las cláusulas antielusivas generales es que estas normas son la respuesta de los Estados y sus ordenamientos ante la situación de inconstitucionalidad y anomalía jurídica provocada, precisamente, por la actuación en fraude de ley, por la elusión fiscal, es decir, por las conductas “privadas” que evitan abusivamente los hechos imponible. En otras palabras, la norma antielusiva general es una norma en respuesta, una reacción, que intenta restaurar un estado constitucional de cosas, que precisamente viene alterado debido a la asimetría, la distorsión y el rompimiento de la equidad, de la igualdad, y de la vulneración al principio de capacidad contributiva y de distribución equitativa de las cargas fiscales, que provocan las conductas elusivas de los deudores tributarios o de los administrados que se resisten a ser deudores tributarios.

Cuidado con esto porque, como ha aludido Fernando en su referencia a la ponderación, en los sistemas en los que se sustenta constitucionalmente la vigencia de una norma antielusiva general, se utiliza la herramienta de la proporcionalidad y la ponderación que, precisamente, nuestro tribunal ha adoptado y desarrollado en su doctrina jurisprudencial. El sustento jurídico, no solo de la cláusula antielusiva general sino, en general, de mecanismos que comportan sacrificios medidos, razonados o estratégicos de algunos principios jurídicos para que puedan tener vigencia concurrente con otros principios o derechos, se libra dentro de un marco constitucional, aplicando conceptos que la doctrina constitucional ha desarrollado y que ya han penetrado en el Derecho Constitucional peruano. En el Derecho Peruano, el último párrafo del artículo 200 de la Constitución habilita la posibilidad de utilizar la proporcionalidad y la ponderación y el Tribunal Constitucional la ha usado profusamente (no siempre bien, pero lo ha hecho).

Entonces, anticipando esa posibilidad, la cláusula antielusiva general peruana está apta para enfrentar argumentos de ponderación con el principio de legalidad o de reserva de ley,

y de seguridad jurídica. Y nuestra Constitución no ampara el abuso del derecho (artículo 103).

Mención especial merece el tema que llaman algunos de tensión de la Norma XVI con la prohibición de aplicación analógica de la ley tributaria. Yo creo que sobre ello hay también posiciones que debemos exigir que se sustenten públicamente, y posiciones, por qué no decirlo, superficiales, interesadas y adrede desinformantes también. Algunos señalan, por ejemplo, que la cláusula antielusiva general “completa hechos imponibles”, esto es, funciona como un “comodín”, que “completa” la hipótesis de incidencia de los impuestos. Esto es absurdo, no tiene antecedente en ninguna parte del mundo, ni en ninguna literatura jurídica que se respete. Las cláusulas antielusivas generales no completan hechos imponibles de los tributos. La cláusula antielusiva general no es un “agregado” o un “complemento” que le hace el Código Tributario a la Ley del Impuesto a la Renta o a la Ley de IG. Los hechos imponibles o hipótesis de incidencia están diseñados en la propia legislación típica de cada impuesto por el legislador tributario. Lo que ocurre es que ningún legislador puede preverlo todo, nunca va a llegar a prever todo y sería imposible que sea así. Legislativamente, estatutariamente, debemos aceptar convivir con la incompletitud del ordenamiento positivo. Por ende, esa alusión a que por “seguridad jurídica”, por el principio de “tipicidad” y “reserva de ley”, todo tiene que estar previsto, textualizado, tipificado, no es así. Se le exige algo al ordenamiento que ni el más fanático positivista haría, menos en una época en el que prima un Estado Constitucional de Derecho. Las normas antielusivas generales son el resultado razonable que reconoce el límite de lo que puede ser escrito en una norma tipificante de tributos y de cuanto más puede poner y “crear” o “recrear” el imaginativo asesor tributario en el planeamiento o diseño de



Mesa redonda con Rocío Liu Arévalo, Eduardo Sotelo Castañeda y Fernando Zuzunaga del Pino

estructuras elusivas de la tributación. Por eso el requisito de artificiosidad o impropiedad, del que vamos a hablar más adelante, conceptos jurídicos que son el “corazón” o son centrales a la figura de la elusión tributaria. Por eso, no se trata de que con una cláusula antielusiva general, será la SUNAT -el funcionario auditor de la SUNAT -la que “complete” lo que le faltó decir a la norma tipificante del tributo. No es así, esto es una ridiculización tendenciosa. La cláusula antielusiva descubre por la acumulación de datos objetivos, probados o confirmados por un auditor (que hay que capacitar), que en la operación externa se ha utilizado una figura que no corresponde a la naturaleza de la operación. Una figura empleada artificiosamente con la finalidad de escapar a la obligación tributaria. Y, ¿quién es el primero que va a saber que la figura es un artificio? Pues el propio abogado que diseña la estructura artificiosa –claro, después de una educación en derecho civil, tributario, y deontología-.

Como anécdota, les comento que hace poco me di con la sorpresa de que la palabra “artificio” estaba en el propio Código Voluntario de Buenas Prácticas del Abogado de la Red Peruana de Universidad es en el que una profesora colega de la universidad ha trabajado tantos años, código que la Universidad Católica ha aceptado, mas no lo ha hecho por completo el Colegio de Abogados de Lima; no obstante, ahí está la palabra. Por ende, la palabra “artificio” existe en el ordenamiento “ético” de los abogados de nuestra universidad. Aunque ahora, no saben de qué se trata, a qué se refiere, y necesiten de un reglamento, para entender su contenido. Es muy divertido todo esto.

Entonces, sobre el tema, descarto la inconstitucionalidad de plano, pero sé que se va a blandir ese argumento, y aún no han cesado las amenazas al respecto. Tengo la convicción académica de que es constitucional y que se puede defender, salvo mejor parecer del tribunal constitucional.

Rocío Liu Arévalo: Ciertamente, yo creo que la cláusula general antielusiva, en que consiste esta Norma XVI, no es inconstitucional. Su fundamento está en la prohibición de que se ampare en nuestro ordenamiento el abuso del derecho y la Constitución lo dice claramente. Asimismo, complementando un poco la pregunta que inicialmente se había planteado, creo que en ese sentido tampoco hay una violación de la libertad de contratar. Efectivamente, existe una libertad de contratar, pero como todo ejercicio de una libertad tiene ciertas restricciones

o límites. En este caso, el límite viene dado por la imposibilidad de que nuestro ordenamiento ampare un abuso del derecho.

Dicho esto, sí me parece que la herramienta que se le da a la Administración Tributaria a través de esta Norma XVI -y cuando digo herramienta no me estoy pronunciando todavía acerca de si es una norma procedimental o sustantiva, utilizo el término en forma coloquial- es una herramienta muy poderosa que se le ha otorgado a la Administración Tributaria y que, así como nuestra Constitución no ampara el abuso del derecho, tampoco ampara, como es lógico, el abuso del poder. Por ello, considero firmemente que es necesario que, en la aplicación práctica de esta disposición, se establezcan ciertos límites o parámetros para que en su ejercicio la Administración Tributaria no incurra en supuestos de abuso. Por ejemplo, en cuanto a la introducción de este tipo de cláusulas, como en otros ordenamientos ya existen y como ha mencionado el Dr. Sotelo, dicha introducción debe estar acompañada de algunos mecanismos garantistas. Uno de estos, como sucede en el derecho comparado y predica la doctrina, sería que en estos casos se considere que la carga de la prueba debe recaer sobre la Administración Tributaria para demostrar que se cumplen las circunstancias que nuestra Norma XVI ha previsto para que la Administración Tributaria pueda considerar que existe un supuesto de elusión tributaria. Afortunadamente, nuestra Norma XVI sí recoge este mecanismo. Si bien es cierto que no lo hace de manera muy enfática; no obstante, sí recoge que estas circunstancias deben estar sustentadas por la Administración Tributaria.

Otro de estos mecanismos garantistas que debió, en mi opinión, introducirse en la redacción de la Norma XVI es, por ejemplo, establecer la obligación de seguir

Norma XVI: Calificación, Elusión de Normas Tributarias y Simulación

Norm XVI: Rating, Tax Avoidance and Simulation

un procedimiento a través del cual se conduzca este tipo de investigaciones y las objeciones resultantes por parte de la Administración Tributaria. Al decir ello, no estoy hablando aquí de una definición de conceptos tales como el de lo "impropio" o "artificial", que es una pregunta que abordaremos más adelante, sino básicamente de un procedimiento específico para aplicar esta Norma XVI. Por ejemplo, cuando, por hacer una comparación, se introdujeron normas sobre precios de transferencia, el Código Tributario fue modificado para contemplar ciertos plazos especiales o ciertos requisitos que se debían cumplir en un reparo por aplicación de normas de precios de transferencia, tanto para permitir al contribuyente fiscalizado conocer los parámetros o referencias utilizadas en la acotación, como para verificar la validez de esa información de terceros referentes. Creo que lo mínimo deseable es que en este caso se hubiera tomado la precaución de introducir en la propia Norma XVI algo similar para la aplicación de la cláusula general antielusiva a que ésta se refiere, por lo menos hubiera sido conveniente introducir los parámetros o la existencia de mecanismos garantistas para que, en la aplicación de la Norma XVI, el auditor o inspector considere un plazo razonable o amplio y pondere la información que le proporcione el contribuyente, buscando con ello que éste pueda sustentar que ha tenido motivos económicos válidos; es decir, que la operación, la transacción o el conjunto de transacciones no representa un negocio artificial e impropio. Entre otras cosas, que ha tenido, como decía, motivos distintos a los de conseguir simplemente la reducción de la carga tributaria o la eliminación de esta misma. Esta regulación del procedimiento que la Administración Tributaria debería seguir cuando aplica la Norma XVI por la supuesta existencia de actos elusivos, no ha sido prevista lamentablemente en dicha norma. Hubiera sido deseable, repito, que así sea.

En esa misma línea, nos parece que debió introducirse, aunque sea como una máxima, el compromiso de la Administración Tributaria y del legislador de recoger aquellos supuestos en que se detecta la elusión tributaria, posteriormente, en cláusulas antielusivas específicas. Todo ello con el fin de evitar que los administrados o los contribuyentes incurran en estos supuestos de manera reiterada o continua, sobre todo cuando se conoce que la fiscalización por parte de la Administración Tributaria se da varios años después de que se han producido las transacciones. Sobre este punto, si bien es cierto que actualmente se ha acertado un poco esa brecha

entre el período fiscalizado y la oportunidad en que la fiscalización o revisión se lleva a cabo, también es cierto que el período o término prescriptorio (5 años en la práctica) continúa siendo prolongado -a contrario de lo que debería ser la tendencia si se tiene en cuenta el avance de la tecnología de la información que permite la rápida identificación de las brechas de incumplimiento y desviaciones tributarias-, e inclusive dicho término prescriptorio puede interrumpirse fácilmente por la Administración Tributaria convirtiendo en prácticamente "imprescriptibles" las contingencias tributarias (actualmente, por ejemplo, podemos tener una fiscalización por Impuesto a la Renta del año 2004 o 2005 en trámite si es que el término prescriptorio se interrumpió con una notificación de la Administración antes de los 5 años de prescripción). Por ello, de cara a la Norma XVI, si la Administración conoce o considera que una determinada práctica es elusiva y la detecta, debe advertir prontamente a los deudores tributarios acerca de su criterio; caso contrario, el riesgo o incertidumbre de si la autoliquidación presentada por el deudor tributario es correcta o no, o si la Administración Tributaria coincidirá con el criterio seguido por el deudor tributario, por ejemplo, en la apreciación de si un acto es realizado en fraude de ley o no, puede hasta poner en juego el derecho de propiedad de la empresa, de perder su patrimonio si se concreta la contingencia tributaria, por la aplicación de altos intereses moratorios altos (actualmente 14.4% anual) y la aplicación de multas del orden del 50% del tributo incorrectamente declarado.

Si a lo anterior le agregamos los plazos o términos que toma en nuestro país resolver contenciosos tributarios tanto a nivel de procedimiento administrativo como a nivel del Poder Judicial, muchas veces la deuda tributaria se torna impagable; es decir, la deuda crece de una manera sumamente artificial con intereses y multas. Entonces, considero que en aras de evitar largas



Mesa redonda con Rocío Liu Arévalo, Eduardo Sotelo Castañeda y Fernando Zuzunaga del Pino

discusiones y contingencias tributarias de resultados de difícil predicción, sería deseable que la Administración advierta a los deudores tributarios de la existencia de ciertos actos que podrían ser observados al amparo de la nueva Norma XVI.

En suma, si uno observa la norma, efectivamente, yo diría que no es inconstitucional, pero creo que al introducirla debieron establecerse algunos parámetros o modificarse inclusive disposiciones del Código Tributario para que esta norma, en su ejercicio, no resulte violatoria de los principios de seguridad jurídica y de reserva de ley.

Revisando la redacción concreta de la Norma XVI, y comparándola con las fórmulas de cláusulas generales antielusivas de otras legislaciones, sí podemos apreciar que *ex professo* se han eliminado ciertos términos que hubieran dado una señal clara a la Administración Tributaria de que esta disposición no convierte a la Administración en todopoderosa y que no puede ser usada de forma irrestricta o arbitraria. Por ejemplo, se eliminó lo que creemos que establecía el proyecto previamente (al menos una versión que circuló como proyecto aunque no era oficial), en cuanto a que la artificiosidad o carácter impropio de las transacciones debería tener un grado “manifiesto”, es decir, que el acto o conjunto de actos debían ser “manifiestamente” impropios o artificiosos. Ese término, “manifiestamente”, se eliminó de lo que era el proyecto, reduciendo el estándar que hubiera tenido que observar la Administración Tributaria para verificar si se presenta o no el primer requisito o circunstancia a que se refiere la Norma XVI para calificar los actos de elusión.

En cuanto al segundo requisito o circunstancia, tampoco se ha contemplado que para apreciar si el acto tiene por única finalidad, o por motivo principal, la reducción o eliminación de la carga tributaria o si tiene otros motivos económicos válidos, se debe atender a lo relevante o lo más saltante de las transacciones, y más importante aún, la Administración Tributaria debe tener en cuenta las particularidades de los sectores económicos o del negocio, lo que muchas veces no está plasmado en un documento escrito. Esta es una visión o perspectiva que le falta a la Administración Tributaria, ya que quienes estamos inmersos en el quehacer tributario vemos cómo los auditores de la SUNAT rechazan explicaciones, justificaciones o motivaciones de actos que no se encuentren documentados por escrito, a sabiendas que tales explicaciones, justificaciones o motivaciones son

totalmente razonables para la actividad concreta o para el deudor tributario.

Y es que a nivel de aplicación práctica, como lo comenté en una conferencia que dimos hace un mes aproximadamente con el Dr. Sotelo en la Universidad Católica, ya se están produciendo diferentes interpretaciones, respecto de si una transacción o un conjunto de transacciones en concreto deben ser consideradas como actos artificiosos o impropios.

Precisamente, yo comentaba un caso en el que tres asesores de distintos estudios de abogados habían sido consultados respecto de un conjunto de transacciones, y los tres habían dado respuestas totalmente distintas. Uno consideraba que no había actos artificiosos o impropios, es decir, no había un supuesto de elusión tributaria. Otro consideraba que una parte de la transacción sí era artificiosa o impropia y la otra no. Y el último consideraba todo lo contrario, es decir, que la primera parte de la transacción no era artificiosa o impropia pero la segunda sí. Ciertamente esto puede deberse a que todavía la norma es nueva, a que los operadores de derecho tenemos que acostumbrarnos a su existencia o a que la redacción de la norma no es del todo clara, pero lo comento porque es interesante ver cómo, en su aplicación práctica, de buena fe, en estos meses han surgido este tipo de situaciones, lo cual, me parece, es un indicio de que la cláusula antielusiva general, aunque no es inconstitucional *per se*, sí puede generar situaciones de riesgo o inseguridad jurídica.

2. La Norma XVI hace referencia expresa a la “elusión de normas tributarias”. Como bien sabemos, a la fecha existen varias posiciones en la doctrina nacional e internacional sobre el concepto de elusión tributaria. Asimismo, la jurisprudencia ha desarrollado a través de la resolución de diversas controversias el referido concepto, entre otros vinculados como la “economía

Norma XVI: Calificación, Elusión de Normas Tributarias y Simulación
Norm XVI: Rating, Tax Avoidance and Simulation

de opción”. En ese sentido, tomando en cuenta el alcance de la nueva norma general anti-elusiva, ¿cómo debería entenderse el concepto de “elusión tributaria”? Respecto a la aplicación de la referida norma, ¿cuál sería la forma de determinar un escenario de “economía de opción” que no contravenga los alcances de la Norma XVI?

Eduardo Sotelo Castañeda: Cuando leí por primera la pregunta que me estás haciendo ahora, consideré que se encontraba sesgada, es decir, desenfocada por lo mucho que se ha dicho y escuchado allá afuera por parte de la comunidad jurídica local. Lo que hay es una pretendida y provocada confusión conceptual sobre lo que es la elusión tributaria. Cuando escuché por primera vez eso, en esta última época pero también hace quince años, me pregunté pero por qué no se trabaja primero, entonces, en aclarar esas definiciones conceptuales. La verdad es que, luego de revisar todo lo que de literatura, jurisprudencia y derecho comparado se debe responsablemente revisar antes de emitir opinión, concluí que no existe tal pretendida “confusión” sobre el concepto de elusión tributaria, ni sobre el concepto de economía de opción, ni sobre el concepto de evasión tributaria. Eso es una de las primeras cosas que se trató de trabajar y de descartar previamente a diseñar la Norma XVI.

Es cierto que cada legislación doméstica adopta su herramienta, su producto normativo y lo diseña acondicionado para su realidad. Pero, abstrayéndonos de las palabras y de los conceptos jurídicos indeterminados que se elija utilizar, uno puede llegar a una conclusión sobre la definición de lo que es elusión tributaria, de lo que es economía de opción y de lo que es evasión tributaria. El concepto está muy claro y aunque no pueda llamarlo unánime, es de difusión tan mayoritaria que prácticamente resulta unánime. No es, pues, que existan posiciones en la doctrina nacional e internacional sobre “el concepto de elusión tributaria”, más bien la doctrina internacional desmiente cualquier intento nacional de atribuir confusión o falta de claridad al concepto de elusión tributaria. Sin ir muy lejos en el tiempo y en la geografía, las XXIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, en Isla Margarita, Venezuela (2008) -en donde el sector privado estaba aún sobre representado, incluido el peruano- acuña un concepto de elusión fiscal que involucra la evitación del presupuesto de la obligación tributaria. Algunos promotores de esta definición hoy día se corrigen y abandonan la idea de evitación pero, en términos prácticos, llegan a similar resultado

de elusión. En resumen, no existe confusión conceptual sobre la elusión y figuras afines (la economía de opción, la evasión tributaria).

Lo que es cierto, aterrizando un poco los conceptos, es que existe problemática asociada a detectar e identificar si una operación concreta es o no elusiva bajo determinado ordenamiento legal, si ella califica como elusión tributaria o si es mera economía de opción. Esta es una manifestación más del problema general de calificación jurídica, que enfrenta todo aplicador de normas jurídicas. Es cierto, como decía Rocío hace un momento, que los ordenamientos desarrollan procedimientos internos para llegar con corrección, predictibilidad, y transparencia a esa identificación de los casos que califican como elusión tributaria. ¿En el Perú cómo está pensado que se dé aplicación a la Norma XVI? En principio, por sistemática de la propia regulación, será un caso elusivo todo aquello que no supere el test establecido en la Norma XVI, y todo aquello que la SUNAT no pueda probar que cumple los estándares descritos en la Norma XVI. Como ha dicho la profesora Liu, en el Perú está explícitamente señalado que debe existir probanza por parte de la Administración y fíjense ustedes, dato curioso, que nuestra norma ha elegido utilizar el término “sustentar”. Ello, precisamente, en garantía de un debido procedimiento que excluya la arbitrariedad.

Tomando en cuenta que hay una cláusula general de proscripción de la arbitrariedad en la Constitución, todo procedimiento sea administrativo, judicial o constitucional está obligado a respetarla e implementarla. Existe mucha jurisprudencia doctrina jurisprudencial sobre ello, por lo que no se requiere, en realidad, como exige la profesora Liu y muchos otros abogados, poner dos líneas más en la Ley para comprometerse a escribir, desarrollar o implementar un procedimiento que proscriba la arbitrariedad en la aplicación de la Norma XVI. La ejecutante de este mandato (la SUNAT) se



Mesa redonda con Rocío Liu Arévalo, Eduardo Sotelo Castañeda y Fernando Zuzunaga del Pino

autorregulará porque, en un Estado Constitucional de Derecho, la arbitrariedad es inconstitucional y las agencias tributarias deben actuar también con corrección funcional dentro de ese marco constitucional. Por esta razón, tienen y están obligadas a aplicar las normas conforme a la Constitución y la ley. Por ende, quien conoce la realidad constitucional y quien está al tanto de lo que ha venido a instaurar la jurisprudencia constitucional local, sabe que ese procedimiento tiene que existir y aplicarse. Lo que no significa que se deba desarrollar en Ley, ampliando o “enmendando” la Norma XVI. Esto es lo que algunos abogados están proponiendo para reabrir el debate en el Congreso y, una vez allí, volver a cercenar y mutilar la norma antielusiva, como sucedió en 1996 con la antigua Norma VIII. No hay que dejarse caer en este juego. Y no es que yo implique que la sugerencia que Rocío plantea tenga un vicio o mala fe; sin embargo, me resulta obvio que para alguien que diseña política pública, hace política tributaria y, por ende, escribe normas jurídicas, imponerse ser explícito sobre la proscripción de la arbitrariedad, frente al claro escenario constitucional vigente, es innecesario y, por lo demás, peligroso para la pervivencia de la Norma antielusiva.

En vista de lo anterior, el procedimiento decisorio de la autoridad existirá, no a pedido del empresariado y sus abogados, sino porque lo impone el respeto constitucional, y no con el mecanismo que contente al empresariado y sus abogados (hoy “confundidos” por no saber de qué trata la elusión tributaria), sino con el mecanismo razonable que la administración decida, cuidando de no restar eficacia a la Norma antielusiva. Luego, habrá siempre un procedimiento administrativo con impugnación, y las sucesivas fases e instancias comunes para asegurar la tutela jurisdiccional efectiva de los deudores tributarios.

Y la elusión está tan clara que la economía de opción también lo está. Lo que le ha sucedido a Rocío en esa experiencia que narra es lo que pasaría en cualquier ordenamiento legal que introduce una nueva figura. Figura que es nueva en el Perú, ya que en 1996 no se dejó que existiera una cláusula antielusiva general (cuando en el mundo la primera tenía ya más de cien años). Fernando ha citado esa exposición de motivos de la Ley N° 26663 (que suprimió la última parte del segundo párrafo de la original Norma VIII), sustentada en que la Norma VIII antigua era inconstitucional porque afectaba la seguridad jurídica. Para mí, y esto no es Derecho, sino más bien *Political Economy*, el sustento de aquella exposición de motivos no fue más que la

captura del legislador peruano por parte del sector empresarial y sus abogados, se logró hacer primar la opinión privada—y jurídicamente cuestionabilísima, ya en aquella época— de que las normas antielusivas en el año 1996 eran odiosas, írritas al sistema constitucional y que afectaban la legalidad, la reserva de ley y la seguridad jurídica. La verdad que esa conclusión de 1996 en la exposición de motivos aludida ameritaba un debate conceptual y constitucional que lamentablemente nunca se dio. Valgan verdades, para mí lo realmente cuestionable, írrito y hasta moralmente condenable fue, precisamente, esa exposición de motivos y la Ley N° 26663 que sumió al país en casi 20 años más de atraso en el combate contra la elusión tributaria.

Así, se conoce la elusión y, por ende, el límite de la economía de opción conceptualmente hablando. Cuando uno aterriza estos conceptos y los aplica en determinados casos concretos, pueden darse problemas, pero se trata de los problemas comunes de la calificación jurídica y de los que se sufriría por la implementación de cualquier nueva normativa y figura jurídica. No hemos dicho que esta norma no va a dar problemas, obviamente cualquier aplicación de una norma nueva traerá consigo adecuaciones y hasta problemas, sobre todo si la norma es tributaria, y si va a cambiar la forma irrespetuosa, y hasta amoral con la que se ha practicado el supuesto planeamiento tributario. Estoy haciendo una generalización, por supuesto.

Siendo una herramienta que se usa para que los hechos civiles, comerciales, contractuales que un abogado santificó, la Administración Tributaria los analice y, eventualmente, descrea de ellos, claro que generará sensibilidades. Por ello, se elevará el estándar administrativo en su aplicación, se capacitará y entrenará a los funcionarios en ella. Que esto no significa que va a escribirse el reglamento que el sector empresarial exige (no existe tal cosa en realidades comparadas

Norma XVI: Calificación, Elusión de Normas Tributarias y Simulación

Norm XVI: Rating, Tax Avoidance and Simulation

similares a la nuestra); una autoregulación interna es lo más probable y recomendable, y basta. No es deseable ni idóneo un reglamento que el deudor tributario use para entorpecer, diferir o dilatar, su aplicación. El procedimiento de fiscalización no se altera siquiera con la nueva presencia de la Norma XVI, ésta es sólo una herramienta más para la instrucción que ejecuta el funcionario de auditoría tributaria. La Norma XVI asiste al auditor en el proceso mental de formación de su decisión y en la calificación de los hechos, procurando la restauración de principios constitucionales violentados por las conductas elusivas de los agentes económicos.

Rocío Liu Arévalo: En cuanto a cómo distinguir un acto de elusión de normas tributarias de una economía de opción, creo que la norma y la doctrina es clara también al respecto. Evidentemente, la economía de opción está fuera del supuesto de elusión tributaria y por diferencia podríamos distinguir ambas figuras. Ahora, la economía de opción en qué consiste. La economía de opción se basa en el derecho que tiene todo contribuyente, todo administrado o todo sujeto de ordenar sus negocios como le resulte más ventajoso fiscalmente, siempre dentro de la licitud del ordenamiento. Entonces, ¿dónde o en qué momento ese derecho o libertad de ordenar sus actos o sus negocios jurídicos de la forma que fiscalmente le sea más ventajosa (nadie está obligado a pagar más tributos de lo que la ley establece) traspasa el límite y se convierte en un supuesto de elusión tributaria?

La Norma XVI lo dice: cuando esos actos o negocios son impropios o artificiosos para el resultado que se quiere obtener y cuando, adicionalmente, esté presente el otro requisito, que exige que de la utilización de estos actos o negocios artificiosos o impropios resulten efectos distintos del ahorro o ventaja tributaria, y que sean iguales o similares a los que se hubieran obtenido con los actos usuales o propios (yo hubiera preferido, y esto es un comentario aparte, que este segundo requisito -el del inciso b) del tercer párrafo de la Norma XVI- se redacte en sentido contrario, como está recogido en la legislación española, pues es más difícil formularlo en la manera como se ha redactado). Entonces, esos dos son los requisitos que establece la norma y es lo que hay que verificar en cada caso, si se produce o no.

Por otro lado, me pongo en el supuesto de tener que explicar esto a un auditorio de estudiantes del curso de Derecho

Tributario I, y creo que sería más fácil hacerlo con ejemplos prácticos que con definiciones conceptuales. Considero que los conceptos como lo artificioso o impropio, más allá de una definición que se puede hacer de acuerdo a la lengua española, para el alumno o para quien está tratando de aprender sobre la Norma XVI es difícil imaginarse o proyectarse si es que no se utilizan ejemplos prácticos para sacar luego conclusiones. Por ello, pensaba en un caso de economía de opción y ahí mis colegas entrevistados me dirán si quizás estoy equivocada. Un supuesto de economía de opción podría ser el siguiente: un contribuyente que quiere establecerse e iniciar un negocio o una industria, y sabe que existen beneficios en el Ceticos Tacna o que existen beneficios tributarios en la Amazonía si es que cumple con establecerse y tener su domicilio fiscal allí, además de estar constituido e inscrito en los Registros Públicos de esa zona y cumplir con una serie de requisitos que contemplan las respectivas leyes. Entonces, este contribuyente tiene la opción de establecerse en la ciudad de Lima, en la ciudad de Huancayo, en las zonas altoandinas (en las que también existen ciertos beneficios) o en la Amazonía, y aplicar los beneficios tributarios que se establecen para la misma. Eso es una economía de opción; en otras palabras, está ordenando sus negocios, en este caso su establecimiento o domicilio, de una manera que le resulte fiscalmente ventajosa.

Podría suceder que en el cumplimiento de esos requisitos, el contribuyente diga que va a cumplir con la formalidad de estar inscrito en la zona de la Amazonía. Sin embargo, en cuanto a tener más del 70% de los activos en dicha zona, que creo es uno de los requisitos exigidos por la norma actualmente, este contribuyente podría decidir que no va a tener activos fijos, sino que todos estos los va a tomar en arrendamiento operativo. Por ende, tal contribuyente va a tener esos activos en arrendamiento y no tendrá activos fijos en su



Mesa redonda con Rocío Liu Arévalo, Eduardo Sotelo Castañeda y Fernando Zuzunaga del Pino

balance o tendrá un activo fijo que sí esté ubicado en la zona de la Amazonía, mientras que toda la producción se realiza fuera de la zona para la que se ha contemplado el beneficio. De esa manera, logrará cumplir en forma artificiosa el requisito que la ley exige para tener derecho al beneficio.

Vemos entonces que ya en el cumplimiento de los requisitos, sí se podría dar el supuesto de que este contribuyente recurra a actos artificiosos o impropios para lograr el resultado de verse beneficiado burlando los parámetros establecidos para gozar de ese beneficio. Vemos que allí hay una distinción entre una economía de opción y un supuesto de elusión.

También pensaba en el caso en el cual se tenga un grupo de empresas que quiere hacer un negocio conjunto y tiene la posibilidad de organizarse bajo un contrato de colaboración empresarial con contabilidad independiente. Pero también tiene la posibilidad de invertir y constituir una persona jurídica de la cual todas estas empresas o sujetos sean socios. Entonces, tenemos la posibilidad de un consorcio o un contrato de colaboración empresarial con contabilidad independiente y la posibilidad de constituir una persona jurídica. En ese caso, sin duda, nuestra ley establece que el tratamiento de un contrato de colaboración empresarial va a ser similar al de una persona jurídica a efectos del Impuesto a la Renta y del Impuesto General a las Ventas. Así, este segundo requisito no va a ser el elemento distintivo entre ambas figuras porque, ciertamente, la ley les da el mismo tratamiento a ambas. Consecuentemente, aunque van a resultar de ambas figuras ciertos efectos jurídicos o económicos iguales, eso no significa que estemos ante un supuesto de elusión si es que los contribuyentes deciden organizarse bajo un contrato de colaboración empresarial o bajo la forma de una persona jurídica, porque faltará el primer requisito de que los actos sean impropios o artificiosos para el resultado que se quiere lograr, dado que ambas son formas válidas de organizarse y realizar una actividad empresarial.

Creo que con este tipo de ejemplos es más fácil hacer la distinción. Asimismo, otro ejemplo que quería traer a colación es sobre la venta de acciones en la Bolsa de Valores de Lima. Como ustedes saben, existe una tasa reducida de Impuesto a la Renta para las ganancias obtenidas por accionistas no domiciliados en el país que venden sus acciones listadas en la bolsa, a través de dicho mecanismo. Si tenemos un grupo de accionistas no domiciliados que quiere transferir sus acciones y decide inscribir a la sociedad o listar sus valores en la Bolsa

de Valores de Lima para luego realizar la venta de estos valores en ese mercado y acogerse a una tasa inferior, considero que se trata de una economía de opción. Es decir, el mecanismo y la tasa reducida están previstos en la ley y nada hay de artificioso en tener la intención de colocarse en un supuesto que recibe un tratamiento tributario más beneficioso que otro (economía de opción), lo que se lograría inscribiendo las acciones de la empresa en el Registro Público del Mercado de Valores y vendiéndolas posteriormente en la bolsa con la expresa y directa finalidad de pagar un Impuesto a la Renta reducido. Nótese que no interesa simplemente la intencionalidad con la que se hace una transacción o un conjunto de transacciones (en la economía de opción, evidentemente lo que se protege es que los administrados sean libres para escoger un camino que les sea menos gravoso), lo que determina que no estemos ante un supuesto de elusión es que no hay artificio para el resultado que se desea lograr (vender las acciones), pues la bolsa es precisamente un mercado de negociación, es decir, que existe para negociar acciones.

Fernando Zuzunaga del Pino: Voy a empezar por donde terminó la Dra. Liu, es decir, con la economía de opción, para seguir con esta idea y después ir al concepto de elusión. Cuando hablamos de economía de opción, hablamos de un ahorro tributario y de una planificación fiscal, perfectamente lícita de acuerdo con la doctrina y con la jurisprudencia de nuestro Tribunal Fiscal. Ahora, ¿cuándo estamos ante una economía de opción? Estamos ante una economía de opción cuando tenemos más de un camino, o sea, más de una estructura jurídica por el cual caminar, debiéndose optar por una, por razones exclusivamente tributarias. Pero, dentro de las opciones que tenemos, la forma jurídica que utilizamos coincide con la causa de la forma jurídica que pretendemos, es decir, se condice la causa por la cual se realiza el negocio con la figura

Norma XVI: Calificación, Elusión de Normas Tributarias y Simulación

Norm XVI: Rating, Tax Avoidance and Simulation

jurídica adoptada. Es el típico caso de por qué una empresa opta en financiarse a través de un arrendamiento financiero (que tiene una tasa de depreciación acelerada) en lugar de financiarse a través de un contrato de mutuo. O es la misma razón por la cual una empresa puede decidir colocar bonos en lugar de hacer un contrato de préstamo con un banco.

Por otro lado, las economías de opción pueden plantearse de manera expresa o de manera implícita, es decir, de cara a la ley, ésta puede referirse en forma expresa a más de un camino para llegar a un objetivo y puede tener una regulación tributaria específica. Asimismo, puede también ser implícita porque, por ejemplo, podría esta ley no comprender un concepto gravado. Pongamos un ejemplo. Si estamos hablando de la ganancia de capital, esta ganancia para las personas naturales es gravada, únicamente, cuando estamos ante inmuebles o ante acciones. Nadie podría asumir que la venta de un bien mueble usado por una persona natural es una operación de elusión. Esto es, simplemente, una situación que no está gravada por una opción del legislador. También, de cara al mismo contribuyente, la economía de opción puede clasificarse como activa o pasiva. Es decir el contribuyente puede de manera activa realizar cosas o de manera pasiva no realizarlas, justamente, para no estar gravado. Y esa no realización de algo hace que ejerzan su economía de opción porque no quiere pagar el impuesto que correspondería si es que lo hiciera.

Ahora, vamos un poco con el tema de la elusión. Coincido con el Dr. Sotelo en el hecho de que en cuanto al concepto hay unanimidad, esto es, que la posición es más o menos general. Él citó las vigésimo quintas Jornadas Latinoamericanas, organizadas por el Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario. Allí se planteó una definición sobre la elusión que yo comparto. Entonces, ¿cuándo estamos ante una elusión? Estamos ante una elusión cuando nos encontramos ante un evitamiento del hecho imponible a través de una figura anómala que no vulnera en forma directa la regla jurídica, pero que sí vulnera los principios y valores de un sistema tributario. Por ende, en el concepto sí hay una mediana coincidencia por parte de todos los autores, (debemos notar que cuando hablamos de las Jornadas Latinoamericanas, estamos hablando de más de veinte jurisdicciones que concilian un solo concepto). En eso hay, digamos un consenso.

También hay un consenso en cuanto a que, en vista que se combate la elusión con las cláusulas antielusivas generales

y con las cláusulas antielusivas específicas, son estas específicas las ideales porque no tienen ningún conflicto con algún principio constitucional que se vea resquebrajado.

Recordemos que en la elusión lo que hay es un abandono de la figura jurídica que hubiese correspondido, utilizando otra figura jurídica que logra los mismos efectos, pero con propósitos exclusivamente tributarios por la ventaja tributaria que esa figura de cobertura permite obtener, abandonando la figura usual o propia. Ese concepto es el que tiene consenso.

Donde sí hay un matiz, y ahí se abren dos posiciones, es en cuanto a los alcances de la definición de evitamiento. En otras palabras, los alcances de la vulneración indirecta frente a la regla jurídica y si esta vulneración indirecta llega a hacer que se configure el hecho imponible o estamos hablando de un evitamiento del hecho imponible en donde nunca se produjo el hecho imponible. Allí es donde sí se abren dos posiciones. Entonces, si queremos mirar el tema, hagamos un símil como si fuera un semáforo: verde, ámbar y rojo. Si estamos en verde, estamos dentro de una conducta correcta tributaria, es decir, caminamos en función a economías de opción, planificaciones fiscales o incluso pagando más de lo que dice la ley porque, digamos, se está en verde. En otras palabras, en verde, estamos todos los sujetos que nos comportamos bien desde una perspectiva tributaria. Ante un hecho imponible, pagamos nuestro impuesto y trabajamos como si fuéramos cualquier buen empresario, decidiendo por el ahorro tributario a través de la planificación fiscal.

Claro, aquí podemos encontrar incluso al filántropo, es decir el que paga más, aunque tenga varias figuras frente a él, éste decide elegir la mayor. En ámbar, yo pondría a las figuras de elusión, es decir, las que evitan la ocurrencia del hecho imponible (no se produce el hecho imponible) porque estamos



Mesa redonda con Rocío Liu Arévalo, Eduardo Sotelo Castañeda y Fernando Zuzunaga del Pino

hablando de figuras reales pero fraudulentas. No obstante, ese evitamiento se hace a través de una vulneración, de un fraude de ley, de una simulación en la causa o de un negocio indirecto. Y en rojo están las del ocultamiento, es decir, hechos imponderables cumplidos pero que se ocultan, yendo desde la simulación hasta el delito de defraudación.

En este punto, sí digo que hay una diferencia porque respecto de lo que yo considero que es el evitamiento -que es la no ocurrencia del hecho imponderable- que es justamente lo que, lleva a la necesidad de una cláusula antielusiva que permita a la Administración Tributaria reconducir los efectos de esa figura -en donde ya no importa si la causa del evitamiento fue fraude de ley, simulación en la causa o un negocio indirecto. Lo que interesa ante la figura sospechosa para que sea combatida es que, objetivamente, la actuación del contribuyente no apruebe los dos test que ha definido la ley. Es allí donde ya se abren dos posiciones a nivel interno en el Perú y a nivel internacional, una la que sustenta que no hubo hecho imponderable y la otra que dice que siempre hubo pero que estuvo enmascarado o disfrazado. Es así como defino el término como concepto de elusión. Ya los ejemplos concretos los vamos a ver más adelante.

3. A efectos de aplicar lo dispuesto en la Norma XVI, se exige la concurrencia de dos elementos. En primer lugar, que individualmente o de forma conjunta los actos empleados sean “artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido” y, en segundo lugar, que de la utilización de los mismos “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”.

Al respecto, de conformidad con el desarrollo normativo y jurisprudencial del Derecho Tributario, ¿existen criterios suficientes para determinar cuándo nos encontramos frente a un acto “artificioso” o “impropio”? ¿Qué se debe entender por cada uno de estos elementos? De no ser existir criterios suficientes para definirlos, ¿podría considerarse que la norma atenta contra la seguridad jurídica? ¿Sería necesaria la emisión de un reglamento para desarrollar los referidos conceptos u otros aspectos de la norma que no hayan quedado claros?

Rocío Liu Arévalo: No, yo creo que no es necesario una reglamentación que explique o que defina los conceptos que

utiliza la Norma XVI. Considero, citando lo dicho por el Dr. Sotelo hace un mes, que son conceptos jurídicos indeterminados. Sí creo, y lo reitero, que el reglamento debería estar referido al procedimiento que debe seguir la Administración Tributaria cuando imputa, por ejemplo, la existencia de un supuesto de elusión tributaria, pero no veo como algo necesario la definición de estos conceptos.

Insisto en que la legislación debió contemplar otro tipo de mecanismos para garantizar que estos conceptos jurídicos indeterminados se pueden concretar con ejemplos o se circunscriban determinadas prácticas que la Administración ya identifica como elusivas. Por ejemplo, sería conveniente también que se implemente lo que el Dr. Zuzunaga refería en su respuesta a la primera pregunta, sobre la posibilidad de formular consultas sobre casos concretos a la Administración Tributaria para que manifieste su opinión acerca de si estamos ante un supuesto de elusión. Hoy en día nuestro Código Tributario contempla la posibilidad de formular consultas sobre el sentido y alcance de las normas; es decir, sobre la interpretación de la norma y no sobre hechos concretos. Y la idea sería que, para dotar a esta Norma XVI de un contexto que respete o resguarde la seguridad jurídica, se modifique este procedimiento o se establezca uno que sea paralelo, específicamente, para la aplicación de esta norma que permita a los administrados hacer una consulta a la Administración Tributaria de si los actos o negocios que están realizando podrían o no ser calificados como impropios bajo esta norma.

Algo similar a lo que sucede con los acuerdos anticipados de precios que contempla la legislación en materia de precios de transferencia, pero adecuándolo al tema en concreto de la elusión. La legislación española tiene un ejemplo sobre este tema. En el caso de las cláusulas antielusivas específicas

Norma XVI: Calificación, Elusión de Normas Tributarias y Simulación

Norm XVI: Rating, Tax Avoidance and Simulation

en materia de fusión o reorganización de sociedades, se establece o se contempla la posibilidad de que los interesados formulen consultas a la Administración Tributaria española sobre la aplicación y el cumplimiento de ciertos requisitos. Con ello se busca tener acceso a un tratamiento neutral en materia tributaria sobre las reorganizaciones que se planea efectuar, sin tener que afrontar contingencias tributarias futuras. Desde luego, la respuesta a dichas consultas tiene que tener carácter vinculante para la Administración Tributaria. Algo similar a eso, en mi opinión, hubiese sido deseable que se introduzca en la Norma XVI.

Lo mismo sucede, por ejemplo, en EE.UU. donde la Administración Tributaria americana cuando detecta una práctica que considera elusiva, emite una circular -o lo que vendría a ser aquí en el Perú, una directiva-, diciendo lo siguiente: por si acaso, esta práctica que se ha detectado y que consiste en "a, b, c, d", la Administración Tributaria advierte que se considera que es un acto impropio por el cual se consigue o se busca evitar la realización del hecho imponible o reducir la carga tributaria. Ello también tendría que haberse contemplado como posibilidad, en realidad como una obligación, de la Administración Tributaria en nuestra legislación.

Otra fórmula para garantizar la apreciación de los hechos es la exposición de motivos, que hoy en día son muy pocas las normas que formulan exposiciones de motivos oficiales. Por ejemplo, sobre la última reforma hay unos documentos explicativos, pero no son reales exposiciones de motivos. Así, cuando uno lee una exposición de motivos que introduce una cláusula antielusiva específica, hay una indicación de cuál es la práctica que se desea evitar o calificar como práctica elusiva. La existencia de exposiciones de motivos oficiales también ayudaría para evitar que se recurra a transacciones que pueden calificarse como elusivas al amparo de la cláusula general antielusiva aunque no lo sean desde el punto de vista de una cláusula específica.

Ya hice referencia, anteriormente, a la posibilidad de que en estos casos se regule de manera especial los intereses y sanciones. Hay algunas personas que sostienen que no habría sanciones en la declaración de las consecuencias o los tributos aplicables a un acto que, posteriormente, sea calificado por la Administración Tributaria o recalificado bajo esta Norma XVI. Yo, particularmente, considero que si es que vamos al concepto o a la regla imperante hoy en día en nuestro ordenamiento, de que las infracciones o sanciones tributarias

se aplican por infracciones cometidas con carácter objetivo o de manera objetiva sin que importe la intencionalidad del sujeto, pues creería que bajo esa regla es difícil lograr que no se apliquen sanciones en los casos de elusión.

Asimismo, debería contemplarse una solución rápida a nivel del procedimiento administrativo y los procesos judiciales, para evitar que la deuda o posible contingencia tributaria se incremente de manera excesiva por los intereses o sanciones mientras demora la discusión.

Fernando Zuzunaga del Pino: ¿Existen criterios suficientes para determinar cuándo nos encontramos frente a un acto "artificial" o "impropio"? Yo consideraría que sí existen criterios suficientes para saber cuándo estamos ante un acto impropio. Sobretodo siguiendo la legislación española de la cual hemos tomado gran parte de la Norma XVI que ahora tenemos. Cuando nos encontramos ante un juicio de propiedad, en el caso de los contratos típicos, esto nos lleva a hacer una revisión de la causa y verificar si existe una coincidencia entre la causa del negocio y la forma que hemos utilizado. De lo que se trata es verificar y constatar de si, por ejemplo, al constituir una empresa ha mediado un *affectio societatis*, al practicar una reorganización empresarial a los efectos de consolidar negocios, si existe un interés de continuidad negocial, si al acordar una prima de capital, si efectivamente, se pretende beneficiar a la sociedad en su conjunto y no esquivar el Impuesto a la Ganancia de Capital que podría beneficiar a algún o algunos accionistas y no a otros, y encubrir una verdadera venta de acciones.

Entonces, considero que la evaluación de "propiedad" sí es posible en el caso de los contratos típicos pero que se complica en el caso de figuras atípicas. Ahora bien, en todos los casos, sí deben acompañar a esta



Mesa redonda con Rocío Liu Arévalo, Eduardo Sotelo Castañeda y Fernando Zuzunaga del Pino

norma las medidas que mencionaba la Dra. Liu, tales como la posibilidad de formular a la Administración consultas previas, la formulación de un procedimiento garantista, conocer de ejemplos para tener derroteros claves conforme lo pretende el artículo 84 del Código Tributario.

Un poco para seguir con los ejemplos, yo me ponía a pensar sobre la situación de las personas naturales y del Impuesto a la Renta sobre la Ganancia de Capital, que está gravada sólo por enajenación de valores y de bienes inmuebles, pero, en el caso de venta de valores, tiene una tasa del 5% sea que vendan 1, 2, 10, 100, 200, 300, 400 o los valores que quieran, mientras que en el caso de los inmuebles, la tasa efectiva del 5% sólo se aplica por la venta de los dos primeros inmuebles en un ejercicio fiscal porque a partir de la tercera enajenación se considera que hay ventas habituales gravadas con 30%. Al considerarse así, entonces esta persona natural tributa como renta de tercera categoría con la tasa del 30%.

A propósito de lo anterior, me ponía a pensar –decía– en el caso de una persona natural que había vendido su primer inmueble, luego su segundo inmueble y de ahí había tocado la puerta de algún asesor fiscal, que no es ninguno de nosotros tres, y este asesor le dice al contribuyente: mira, constituye una persona jurídica para que así no estés pagando 30%. Siguiendo la recomendación, dicho contribuyente la constituye y aporta el inmueble al capital de la persona jurídica. Cuando quiere vender el inmueble el dueño de la persona jurídica vende las acciones de la persona jurídica. Después, esta práctica la comienza a hacer con el cuarto inmueble, con el quinto inmueble y con el sexto inmueble.

Dicha figura tal como está planteada, ¿es economía de opción? o ¿es elusión? Me refiero de acuerdo con el concepto planteado por la Norma XVI. Para ello debes analizar la figura de manera objetiva ver si pasa el test de propiedad y el test de relevancia jurídico económica. Y lo que yo habría encontrado es que, por un lado, se podría decir que es una economía de opción, ya que el legislador dijo 5% para los valores y 30% para los inmuebles cuando sea el contribuyente habitual. Luego, si uno profundiza en la estructura jurídica utilizada, y practica el test de propiedad, entonces ahí constatará, respecto a la constitución de esa empresa, lo siguiente: ¿cuál fue el *affectio societatis*? ¿se quiso constituir una empresa para realizar un negocio que reditúe en favor del negocio y también de los accionistas? La respuesta es NO.

Así, vemos que lo propio en esa estructura no hubiese sido la venta de valores, sino que más bien hubiese sido la venta de inmuebles. Por ende, la figura evitada fue la venta de inmuebles y la figura utilizada fue la venta de valores. Ante ello, ¿podemos decir que ésta es una operación simulada? No podemos decir ello porque es una operación real. Aquí la empresa incluso hasta podría haber hecho actividades menores. Entonces, esto es un hecho real y, consecuentemente, ha habido un evitamiento, lo cual implica la no ocurrencia de un hecho imponible. Ante ello, ¿cómo podría combatir la Administración Tributaria ese abuso del derecho y ese fraude de ley? Justamente para ello está la Norma XVI que permite que la Administración Tributaria en esos supuestos, en donde encuentra esta “no coincidencia” entre la causa y la figura jurídica, aplique la norma que hubiese correspondido. Y ¿cuál es la que hubiese correspondido? De acuerdo con lo que señala la Norma XVI, se aplicaría el Impuesto a la Renta sobre la base de la venta de inmuebles.

Eduardo Sotelo Castañeda: Empezaré como inició Rocío, es decir, con ejemplos para después comentar un poco sobre lo que han dicho mis amigos y sobre lo que yo creo. Sobre los actos propios, y esto ya lo he mencionado antes en un evento, pongamos el siguiente ejemplo: Rocío Liu quiere vender una casa en territorio peruano, Fernando Zuzunaga quiere comprar esa casa y yo soy un agente o corredor inmobiliario, persona natural, por supuesto. En cuanto al precio, Rocío quiere vender la casa en 40 millones. Luego, Fernando paga dicho precio, Rocío los recibe y le entrega la casa, mientras que yo, el corredor inmobiliario, obtengo una comisión. La comisión de un corredor inmobiliario oscila entre 3 y 4%, esto quiere decir que mi comisión, como persona natural también, sería de 3% de la transacción, que equivaldría a un millón 200 mil. Además, yo tendría que pagar un Impuesto a la Renta por ese millón 200 mil con la tasa de 30%. Entonces, dado que

Norma XVI: Calificación, Elusión de Normas Tributarias y Simulación

Norm XVI: Rating, Tax Avoidance and Simulation

no hay costo y asumiendo casi cero de gasto asociado a la generación del millón 200 mil de ingreso, tendría que pagar 360 mil de Impuesto a la Renta en el Perú.

Sobre el ejemplo anterior, supongamos que un abogado “perspicaz” y tributarista de este país dice: Miren, ¿tú, Fernando, quieres comprar?, ¿tú, Rocío, quieres vender? Está bien. Entonces, no le compliquen la vida al corredor inmobiliario, éste va a tomar un contrato de opción de compra. ¿A quién? A Rocío Liu Arévalo. En efecto, yo que soy el corredor inmobiliario tomo un contrato de opción de compra, escribo un contrato del Código Civil, usando lo aprendido en mi clase de Acto Jurídico y en la de Contratos de la Universidad Católica, y celebro tal contrato, y le pago a Rocío Liu 10 mil por dicha opción de compra que, además, notarizo, legalizo o pongo en Escritura Pública. Asimismo, convengo con Rocío que esa opción de compra onerosa, tiene una vigencia de dos o tres meses, y que tengo, en el derecho de ceder la opción de compra, es decir, se trata de una opción de compra transferible.

Así, “encuentro” a Fernando, a quien intereso para que adquiera la opción de compra. Y, efectivamente, se la vendo por un millón 210 mil. Luego, Fernando puesto en la posición de optante en el contrato opción de compra, perfecciona el contrato de compraventa con Rocío Liu, pagando precio por bien. En el contrato de compraventa el precio es ahora 38’790.000 (ya no 40 millones). El precio se ha desafectado del millón 210 mil. Veamos ¿qué pasó ahora con mi millón 200 mil? Yo termino con un millón 200 mil en el bolsillo (1 210.000 por la cesión de la opción, menos 10.000 por la adquisición de la opción). El hecho imponible del Impuesto a la Renta contempla la transferencia de un contrato de opción de compra de un inmueble como generador de renta afecta (ganancia afecta), se tratará de renta de primera o renta de segunda categoría.

Para ello, en sentido lato, caben dos posibilidades. La primera posibilidad es que tratándose de un contrato de opción de compra sobre bien inmueble, haya la posibilidad de argüir que la cesión del contrato de opción es un “inmueble”. Así, al transferírsela a Fernando, habría hecho una ganancia gravable como ganancia de capital, renta de segunda categoría y, por ende, pagaría 5% de esta ganancia en calidad de Impuesto a la Renta. Sería 5% de un millón 210, pero ya no 30% de un millón 200. Pero esta posibilidad no es lo que señala la ley civil, ni tributaria. Salvo que yerre en el recuerdo, el derecho civil no hace o atribuye naturaleza de bien inmueble a la opción de compra sobre bien

inmueble. Entonces, si yo no enajené un bien inmueble, esa transacción de cesión de la opción de compra, según la Ley del Impuesto a la Renta, no genera ganancia gravable, o sea, 0% de impuesto, lo cual significa un millón 200 mil de ingreso y utilidad pura sin pagar impuestos. En consecuencia, se ha producido un ahorro fiscal de 360 mil, producto de esta última forma de hacer o diseñar la transacción. Entonces, nos preguntamos, ¿será un acto impropio? Quien me diga que no, tiene que regresar a la clase de Acto Jurídico, a la clase de Contratos y a la clase de Ética de la Universidad.

Claro, ni el profesor de Contratos y ni el de Acto Jurídico de la Universidad Católica fueron explícitos sobre que en el mundo real los contratos y los actos jurídicos no deberían utilizarse de la manera mostrada; y que las causas típicas que tanto machacaron Betti y los italianos que leíamos sirven precisamente de algo en el mundo material. Debido a lo anterior, el tema del fraude de ley, de elusión fiscal, de simulación y todas las figuras asociadas, se basan en la comprensión de que el derecho es uno, que el derecho no debe ser abusado, que las causas típicas están para algo y que en función de éstas tienen que utilizarse, incluso y, sobre todo, en el derecho público y en el derecho tributario.

En vista de lo dicho, aterrizando ahora mi respuesta, es que una parte importante de esta supuesta “confusión” o ambigüedad en la identificación de lo artificioso y lo impropio es una dramatización y una exageración. La primera recomendación es informarte, conocer, revisar lo que o bien, lamentablemente, nuestra educación no nos dio, o bien no nos dejó el tiempo de asociar (derecho civil, contratos, acto jurídico, mercantil, ética y derecho tributario, entre otros). No olvidar que todo el derecho, está transversalmente cruzado por la ética. Infórmate antes de salir a decir que no se entiende, porque hay un montón de información gestada en más de 100 años de



Mesa redonda con Rocío Liu Arévalo, Eduardo Sotelo Castañeda y Fernando Zuzunaga del Pino

aplicación de cláusulas antielusivas, pero si no aprendimos (no quisimos aprender al sabotear la Norma VIII) a distinguir el “lobo” del “perro”, si nos hemos negado a entrenarnos como asesores fiscales en la identificación de “lobo” y de “perro”, cómo se puede pretender por el solo mérito de la publicación de la Norma XVI saber cuál es “lobo” y cuál es “perro”. Ahora, no es tan difícil, veamos sino el ejemplo narrado, o a alguien le queda duda de que la operación de opción de compra y su cesión es una operación propia y libre de artificio.

Respecto a este tema del artificio y de lo impropio, yo como abogado, soy el primero que tiene que saber con información y conocimiento, entrenamiento, y eticidad de que no lo puedo hacer. Generalizando, se puede afirmar que dos temas quedan principalmente evidenciados, cuando se clama por precisar lo que es “artificio” e “impropio”: por un lado, malformación o deformación profesional o de conocimientos y, por el otro, deformación moral. El Derecho no se diseña ni construye para ser abusado utilizando al propio Derecho. Como ya he señalado antes, en la figura de la elusión tributaria se trata del Derecho Tributario abusado, mellado, violado por el Derecho Civil, por el Derecho Corporativo y por la Libertad Contractual y de configuración.

El ejemplo usado es un regalo que me concede una importante oficina de abogados de este país, que sostiene que en la estructuración de una figura de cesión de opción de compra como la descrita, no hay fraude de ley, ni elusión tributaria, ni nada malo o perverso, que se puede hacer, que es perfectamente legítimo y que, sí señores, el Derecho está diseñado para eso y para tolerar y promover esos diseños. Así es como ha funcionado y funciona allá afuera la realidad legal de la asesoría tributaria en este país; y tal cual es como algunos quieres que siga funcionando. Todo esto a pesar de que nuestra Constitución (artículo 103), y el ordenamiento general (Norma II del Código Civil) declaran abiertamente no amparar el abuso del derecho.

Nos preguntamos, entonces, ¿qué nos falta? Nos falta, pues, que esa figura que ahora las facultades delegadas han permitido sembrar y dar a la luz, empiece a formar experiencia y se acumule y sedimente el conocimiento. Estoy seguro que más pronto que tarde, empezaremos a distinguir más fácil, rápida y nítidamente el “perro” del “lobo”.

Lamentablemente, hay algunas sugerencias que he escuchado que no son de sencilla adaptación, o simplemente

no son compatibles en nuestro ordenamiento o en el estado de su desarrollo. Rocío, por ejemplo, cita extrapolando la experiencia norteamericana en donde existen códigos de ética profesional que se hacen respetar, existe un riesgo profesional mucho más fuerte (que es susceptible de judicializarse y en donde sí se incurre en responsabilidad). En ese contexto, se encuentra un procedimiento de *advance ruling* general en materia tributaria, lo cual quiere decir que yo puedo preguntarle al sistema norteamericano no solo por mi operación, en cuanto a si pasa o no pasa el test, sino que también le puedo preguntar sobre cualquier tema, pues no solo hay consulta institucional, sino una consulta tributaria individual. La Administración Tributaria me guía en mi paso a paso y sí aprueban cosas cuando yo le pregunto sobre casos concretos. El *advance ruling* es, en efecto, una regla en el derecho norteamericano. Y publican la casuística de elusión, descrita en sus factores caracterizantes. Pero allá, el sistema es distinto. En el derecho de los Estados Unidos de Norteamérica, las figuras de *tax planning* son un producto y los productos los diseñan empresas especializadas, que los venden con un certificado legal del abogado de la empresa. Y la empresa adquirente tiene como obligación, si mal no recuerdo, contratar un segundo abogado, que sea el abogado neutral, que emita informe positivo o negativo acerca del producto adquirido para ahorrar impuestos. O sea, tiene doble filtro, y todo está regulado adaptado a los estándares de la realidad norteamericana. Cuando uno opone al fisco norteamericano una figura de ahorro tributario tiene que tener todos estos papeles. Y aún así, el IRS lucha contra las figuras que escapan del *tax planning* hacia el planeamiento tributario agresivo. Todo esto lo explico porque no creo como Rocío que se puede extrapolar de la realidad de los Estados Unidos de Norteamérica y traer aislado un *advance ruling* individual. En la

Norma XVI: Calificación, Elusión de Normas Tributarias y Simulación
Norm XVI: Rating, Tax Avoidance and Simulation

más pura teoría, me gusta el *advance ruling*, pero para el Perú eso involucra una revolución y reforma del Derecho Administrativo y del derecho administrativo tributario en el Perú, y del poder judicial y de la responsabilidad en todos los aspectos del derecho peruano. Ello es complicado y remoto.

Con relación a las exposiciones de motivos, dicho de paso, la de la Norma XVI es la que menos he leído o escuchado utilizar hasta la fecha. Las exposiciones de motivos, cuando se hacen públicas -como debe ser-, se suelen usar profusamente en contra de la propia ley que sustenta. En este caso, la exposición de motivos, como nos lo han dicho ya algunos expertos internacionales, es bastante coherente, y muestra pocos flancos débiles. Curiosamente, por eso, es la exposición de motivos que menos se ha usado en contra de la propia ley (Norma XVI).

Rocío Liu Arévalo: Considero que toda generalización pierde validez cuando se contrasta con hechos o casos prácticos. Creo que la exposición de motivos no es solo utilizada contra la ley, sino muchas veces para aclarar el sentido de una ley, aun cuando el TC ha dicho que la exposición de motivos no es determinante para saber el sentido interpretativo de una norma. No obstante, sí nos da un camino que podemos seguir o un raciocinio que podemos encontrar en la disposición que queremos interpretar. Creo que para eso se usan las exposiciones de motivos. Como el Dr. Sotelo ha señalado, así como no puede preverse o proibirse en el derecho positivo todos los supuestos elusivos -así como el legislador no puede ponerse en todos los casos- muchas veces el legislador cuando dicta normas o legisla tampoco tiene el cuidado de ponerse en toda la magnitud o ver todas las consecuencias que esa norma pueda acarrear. Por ende, la exposición de motivos puede ser utilizada con la finalidad de entender el sentido o alcance de la norma, y no necesariamente para atacar una norma. Es por ello que no estoy de acuerdo con lo que manifiesta el Dr. Sotelo. Tampoco creo que pretender una mejora de la Norma XVI en cuanto a prever un procedimiento de consultas anticipadas de casos individuales que la Administración esté obligada a responder en forma vinculante, sea “revolucionar” nuestro ordenamiento jurídico y que ello necesite ir acompañado de cambios en el derecho administrativo y en el poder judicial. Y en todo caso, ¿no que se va a instruir a la Administración Tributaria para aplicar la Norma XVI sin excesos o arbitrariedades? ¿Por qué, entonces, no podría la Administración absolver consultas anticipadas que reduzcan los márgenes de incertidumbre de los contribuyentes?

Fernando Zuzunaga del Pino: Primero, es loable tener una norma del tipo de la Norma XVI, pero para que funcione aprendamos de la experiencia. En el año de 1996, se caminó con una Norma VIII sin tener precisos sus alcances y tuvieron que pasar ocho años, hasta el 2004, para que se aclarara un poco el asunto con pronunciamientos del Tribunal Fiscal, que ni siquiera fueron precedentes de observancia obligatoria. Así fueron ocho años de incertidumbre para los dos lados: para el lado de la Administración y para el lado del contribuyente.

La vez pasada escuchaba en una exposición al Dr. Durand, comentando sobre esta suerte de exposición de motivos de la Norma XVI, el problema es que ni siquiera tenemos claro si es que la denominada “exposición de motivos” es una exposición de motivos o no. Y es que exposiciones de motivos tienen las leyes. Y la cita, para bien o para mal de la exposición de motivos, viene mellada con esta incertidumbre. No necesitamos irnos a EE.UU., vayámonos a Chile para poder conocer de un sistema en el que también se pueda lograr un pronunciamiento previo de la Administración respecto de una conducta que en un futuro va a hacer el contribuyente. En otras palabras, procuremos acercarnos a dotar a los contribuyentes de las mayores seguridades para caminar con una norma que brinde cierta confianza en su aplicación.

Sí comparto al 100% la parte que hace referencia el Dr. Sotelo al hecho de que primero los abogados debemos aprender a ser buenos abogados. Así, aplicando el derecho y las figuras correctas, evitaríamos también una grandísima dosis de supuesta incertidumbre que tiene la aplicación de esta norma, ya que los asesores son los primeros que, por desconocimiento del derecho y por la ausencia de formación ética, generan estas estructuras fraudulentas o simuladas. Lo que sí me preocupa es que tengamos la



Mesa redonda con Rocío Liu Arévalo, Eduardo Sotelo Castañeda y Fernando Zuzunaga del Pino

norma como la tenemos y no con bastones que nos ayuden a generar confianza del lado de los aplicadores del derecho. También me preocupa el futuro, esto es, que se mantenga en el tiempo a largo plazo, que considero es lo que conviene a todos, lo cual incluye a los contribuyentes, al sector público y a los asesores fiscales.

Eduardo Sotelo Castañeda: Una pequeña precisión. No pretendía arremeter contra las exposiciones de motivos. Lo mío fue sólo un comentario sobre el mal uso generalizado que tienen, ya que considero que las exposiciones de motivos, más bien, *deben* existir. No obstante, el problema es que de facto las exposiciones de motivos se usan como he señalado. Es decir, defensivamente, para atacar las disposiciones legales que sustentan o exponen, y se usan gramaticalmente a veces, palabra de la exposición contra palabra de la ley. Y hay “n” cosas que se utilizan de esa manera, como lo hace la masa de asesores legales que mal utiliza o quiere enfrentar cosas con la exposición de motivos. Por tal razón, mi comentario fue, en efecto, uno de generalización, puesto que, usualmente, he constatado que así ocurre. No fue un comentario sobre el deber ser.

Ahora, comparto el que ellas sean oficiales, que sean estudiadas y que sirvan como doctrina. Yo le daría fuerza a la exposición de motivos. No obstante, ello implica todo un aprendizaje no solo como en este caso de la norma antielusiva, que veo que por ahí coincide en parte con lo que acabo de decir, sino de cultura jurídica e interpretación de la normativa sistemática con la exposición de motivos. Por ejemplo, en otros países donde el nivel de técnica, conocimientos y el nivel de rigor y ética son distintos en esta profesión y en todas las profesiones, uno no puede utilizar literalmente una cosa contra la otra, ni decir que porque hoy la disposición dice A, antes no era A. Hoy día la vigencia del Estado Constitucional de Derecho ha empezado a hacer que la literalidad sea uno de los métodos interpretativos de menor preeminencia.

4. Como es sabido, en el ordenamiento jurídico tributario existen un conjunto de normas anti-elusivas específicas (por ejemplo, las reglas anti-subcapitalización, las reglas sobre dividendos presuntos, etc.). Con la vigencia de la Norma XVI, ¿cuál sería la relación entre las normas anti-elusivas de carácter específico frente a la nueva norma anti-elusiva general? ¿En qué casos la norma general anti-elusiva es subsidiaria o complementaria a las demás normas anti-elusivas específicas? ¿Les parece adecuada

la inclusión de una cláusula anti-elusiva general y su coexistencia con distintas cláusulas específicas en el ordenamiento?

Fernando Zuzunaga del Pino: Empiezo por el final, ¿les parece adecuada la inclusión de una cláusula antielusiva general y su coexistencia con cláusulas específicas en el ordenamiento? Por supuesto que sí. Esto, digamos, te permite cerrar todos los huecos que pueden haber para combatir el fraude. Como mencioné en algunas de las respuestas, el ideal sería convivir con cláusulas antielusivas específicas, pues éstas no plantean ningún resentimiento ni ponen en riesgo el quiebre de ningún principio constitucional en materia tributaria. El problema de las cláusulas antielusivas específicas -por ejemplo, la de reducción de capital, o las de reorganizaciones aprobadas en esta última “reforma”- es que cuando se consignan como hechos imponible complementarios o hechos imponibles fictos ya es demasiado tarde. Esto se debe a que cuando el actor o los actores crearon la figura fraudulenta y la utilizaron varias veces, recién luego la descubre el legislador y éste la pone como hecho imponible (cláusula específica). Ahí ya es demasiado tarde. Éste es el circuito que normalmente usa la figura fraudulenta. Por ello, siempre es importante mantener la coexistencia con una cláusula antielusiva general que permita poner coto al abuso del derecho allí cuando se tiene una conducta fraudulenta recién creada.

Ahora, ¿cómo conviven dichas cláusulas? De hecho, por especificidad, si es que se trata de algún tema de reorganización, por ejemplo, hablemos del artículo 105-A que ha incorporado la Ley del Impuesto a la Renta con dos cláusulas antielusivas específicas para dos tipos de reorganizaciones en particular. Entonces, ¿cómo actuamos? Primero, vemos si es que estamos ante una cláusula antielusiva específica y eso es lo que tendría que hacer la Administración Tributaria. Luego, si es que califica dentro de ésta, gravará el tributo como

Norma XVI: Calificación, Elusión de Normas Tributarias y Simulación
Norm XVI: Rating, Tax Avoidance and Simulation

dice el artículo 105-A, yendo al ejemplo de reorganización. Pero, si no está allí, eso no significa que la figura utilizada por el contribuyente no pueda ser sometida a un examen bajo la cláusula antielusiva general. En otras palabras, el hecho de tener cláusulas antielusivas específicas para determinados temas como la reorganización, no significa que la Administración Tributaria no tenga la puerta abierta para, en otros tipos de reorganizaciones distintas a las que contienen cláusulas específicas, poder encontrar alguna figura en donde el contribuyente haya utilizado un acto impropio, y donde no apruebe el test de propiedad ni el test de relevancia jurídico económica.

Un último tema. Lo que más preocupa de la convivencia de las cláusulas antielusivas generales y específicas, ya de cara al futuro, es la regulación de la convivencia de estas cláusulas con los convenios para evitar la doble imposición, porque allí sí entra a tallar la regulación del país con el que hemos celebrado el convenio. Esto es, pues, un tema por desarrollar.

Eduardo Sotelo Castañeda: Con relación a la relación entre cláusulas antielusivas específicas y generales, uno encuentra experiencia variada en distintos países. Algunos hablan de una complementariedad, es decir, que pueden incluso actuar en conjunto. Por otro lado, hay algunos países en los que uno encuentra que hay una relación de exclusión, o sea, abordado un supuesto por una específica se tiene que aplicar la especial y ya no la general. Y otros países que hablan de la subsidiariedad, es decir, de no resultar de aplicación la específica, se podría aplicar la general. Entonces, la general sería como un último recurso, la que serviría para atacar los problemas no cubiertos por las específicas o por el ordenamiento en general. Sobre esto, yo creo que hay que estudiarlos todavía más, pero que, como posición personal, considero que no hay ningún problema en que se utilice de manera complementaria y subsidiaria.

Yo no estaría a favor de la aplicación excluyente porque: uno, tanto la cláusula antielusiva general como la específica tienen el mismo fundamento, es decir, combatir las estructuras que atacan contra el ordenamiento tributario y constitucional; dos, la realidad suele escapar más rápido de las cláusulas antielusivas específicas y para esos casos debe existir una cláusula de contención (la cláusula general), no tiene sentido premiar al que burló la cláusula específica con no aplicarle la general si concurren los requisitos para su aplicación. Por lo

que es hora de ponderar y aplicar, para evitar esos estados o situaciones inconstitucionales, ya que no es el fin de ninguno de los derechos, ni del tributario ni del no tributario. Eso por un lado.

Por otro lado, y sigo hablando de la relación entre una y otra, la posición que yo he escuchado en los últimos tiempos, la más cruda y más ruda, ha sido que la cláusula antielusiva general es inconstitucional porque toda elusión debería ser combatida con cláusulas específicas, lo cual significa que no deben existir cláusulas generales. Ya lo dije en la respuesta a la primera pregunta (no porque lo diga yo, sino porque es lo que he encontrado en el estado de la cuestión internacional que resumo), las cláusulas generales sirven para que uno pille los supuestos probados diseñados con un fin elusivo. Por ende, la legislación no cesará de perfeccionarse y de señalar, por ejemplo, explícitamente, cláusulas específicas, pero las cláusulas generales seguirán siendo indispensables, imprescindibles.

Entonces, la aplicación de la cláusula general puede ir decantando y consolidando en el diseño de nuevas cláusulas antielusivas específicas pues, lamentablemente, las propias cláusulas antielusivas específicas luego de cierto tiempo suelen ser, asimismo, eludidas por los agentes. Lo curioso con las cláusulas antielusivas específicas es que una vez que se han diseñado- las palabras, el test, los requisitos, la condición y el supuesto-, envejecen, producto de la reacción "creativa" de los asesores fiscales y, así, pues vuelven a violarse indirectamente. Y, por ende, hace necesario que haya segundas o terceras generaciones de la misma cláusula antielusiva específica, o que siga funcionando o ejerciendo su función la cláusula antielusiva general.

Y la prueba de ello, lo dije en un artículo de la Revista Análisis Tributario, es que si tomamos



Mesa redonda con Rocío Liu Arévalo, Eduardo Sotelo Castañeda y Fernando Zuzunaga del Pino

como ejemplo de las seis o siete cláusulas antielusivas específicas que han sido publicadas, tres o cuatro son de “segunda generación” de cláusulas antielusivas específicas que ya estaban previstas en la Ley del Impuesto a la Renta. Entonces, la existencia de cláusulas antielusivas (específicas y generales) es de simbiosis, es dialéctica. Por allí, alguno dirá claro que la cláusula antielusiva específica, por lo menos, se presenta menos violatoria entre comillas de la tipicidad legal. Pero ya hemos abordado esto, la cláusula general no completa hechos imponible, la tesis sobre el supuesto atentado contra la legalidad y la reserva de ley es tendenciosa y ha sido mundialmente vencida en el terreno jurídico.

En el Perú se ha hecho un *policy transfer* tomando base o inspiración en unos cuantos modelos. Esto no significa que porque se haya tomado parte del texto de un país, se haya importado todo los líos que han tenido los españoles; o porque adopté una parte de la Argentina, ya me compré el problema y las taras de los argentinos. El *policy transfer* implica contextualizar de partida, modificar y recontextualizar de llegada. Se trata de una tarea más compleja. Creo que la experiencia se utiliza para crear contextos interpretativos y luego jurisprudenciales de la cláusula. Por ejemplo, en la legislación y la doctrina españolas se han hecho mucho problema de llegar a un resultado analógico, y se han tropezado con el tema analógico extensivo cuando, por el contrario, el mundo anglosajón nunca se ha hecho problema alguno con esto. Bien entendida, una cláusula general no implica extender los hechos imponible a los perros cuando sólo se gravan a los lobos, sino descubrir la autoridad tributaria habilitada legalmente para la instrucción y análisis, que alguien ha intentado pasar el lobo por perro y calificarlo así con recto sentido. Eso no es, pues, extensión analógica. Eso es simple y llanamente “levantar el maquillaje”, descubrir el artificio.

Rocío Liu Arévalo: También empiezo por el final. Sí creo que es adecuado y conveniente que la existencia de cláusulas antielusivas específicas, que además tenemos muchas en nuestra legislación, sea complementada por una cláusula general antielusiva. Ello, precisamente, por la dificultad que señalaba el Dr. Sotelo al inicio, es decir, que el legislador contemple todos los supuestos elusivos o establezca normas expresas para evitarlos o restringirlos. Esto no significa que por la existencia de una cláusula general antielusiva, el legislador se va a dormir en sus laureles y va a dejar de establecer cláusulas antielusivas específicas.

Y quería traer a colación el ejemplo que había mencionado el Dr. Zuzunaga, en cuanto a esta cláusula antielusiva específica introducida en materia de reorganización societaria en la Ley del Impuesto a la Renta para dos tipos específicos de reorganización como son la escisión y la reorganización simple. ¿Qué es lo que dice esta norma introducida recientemente, con vigencia a partir del año 2013? Dice que cuando se produzca una transferencia de activos dentro de un bloque patrimonial por escisión o por reorganización, si es que el accionista que recibe estos valores por el bloque transferido, los transfiera dentro del ejercicio siguiente de producida la reorganización, entonces se considera que la transferencia del bloque patrimonial por reorganización simple o por escisión no tiene un tratamiento neutral, es decir, se considera que la ganancia por el mayor valor de los activos transferidos dentro del bloque patrimonial, sobre su costo computable, debe someterse al Impuesto a la Renta como cualquier otra transferencia.

Allí, en ese caso, el legislador ha puesto un plazo específico para que este tipo de reorganizaciones no se realicen con la finalidad de transferir, por ejemplo, activos, que de venderse directamente generarían un costo tributario por concepto del Impuesto a la Renta empresarial de 30% sobre la ganancia de capital. En ese supuesto, donde claramente el legislador ha establecido un requisito o condición para que esa transacción se considere como un supuesto elusivo o no, si dicho requisito o condición no se cumple, es decir, en el caso citado, transcurrido el plazo contemplado en la norma, esa transacción ya no puede ser calificada como un supuesto de elusión ni siquiera bajo la cláusula general antielusiva, porque se ha superado una condición específicamente prevista para considerar que la transacción era elusiva.

Norma XVI: Calificación, Elusión de Normas Tributarias y Simulación
Norm XVI: Rating, Tax Avoidance and Simulation

En lo que es materia de la finalidad de la cláusula específica, eso no significa, en mi opinión, que la cláusula general no pueda ser utilizada en esa misma transacción, por ejemplo, cuando esa transacción haya tenido otra finalidad elusiva que no es aquella que se quería restringir o evitar con la cláusula específica prevista. Por ejemplo, si es que de alguna manera esa reorganización de la que hablaba, produjera como efecto la transferencia de pérdidas recurriendo a supuestos artificiosos o actos impropios (sabemos que actualmente no se pueden transferir pérdidas vía reorganización), entonces este efecto sí podría ser observado bajo la cláusula general antielusiva, porque la aplicación de ésta no se superpone a la cláusula específica utilizada con otro fin (para evitar que se recurra a la reorganización con el fin de vender activos sin costo tributario o a un costo inferior).

Por ello, no me parece que necesariamente una transacción en la que se aplica una cláusula específica no pueda aplicarse la cláusula general, pero no en la misma materia que es observada o que la cláusula específica tiene por finalidad evitar. Creería que es una relación de complementariedad. Bajo el ejemplo que venimos mencionando, luego de transcurrido el ejercicio siguiente al de la reorganización, el accionista que ha recibido estos valores producto de la reorganización podrá transferirlos sin que ello tenga efectos en un mayor Impuesto a la Renta que la sociedad receptora del bloque patrimonial deba pagar por la ganancia de capital del bloque que le fue transferido (según la cláusula específica recientemente introducida el impuesto no lo debe pagar la transferente del bloque sino la receptora, cuando los socios o accionistas que reciben los valores mobiliarios en la receptora del bloque, los transfieren antes del plazo previsto en dicha norma).

También quisiera hacer referencia en cuanto a la aplicación de la cláusula general que la Norma XVI recoge en su primer párrafo, lo que ya establecía la Norma VIII, que para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible la Administración debe tomar en cuenta los actos, situaciones y relaciones económicas que, efectivamente, realicen, perciban o establezcan los deudores tributarios. Ciertamente, esta norma tal cual fue interpretada permite o establece la facultad de la Administración Tributaria de verificar la realidad de los hechos, a efectos de establecer si se ha producido un hecho generador de obligaciones tributarias o no. Pero, este principio que subyace en este primer párrafo, que es el principio de realidad económica, también es importante que se tenga en cuenta al momento de apreciar si corresponde o no aplicar la cláusula general antielusiva. Así, al aplicar esta facultad y tener la posibilidad de observar supuestos de elusión tributaria, la Administración también está en la obligación de ver la realidad económica del contribuyente. Propiamente, el sector económico al que pertenece, los usos y costumbres de la industria, entre otras consideraciones que se deben tener en cuenta para determinar si los actos o negocios son propios o impropios para el fin que se desea conseguir.

Y esto lo menciono, ya que si bien nosotros estudiamos las figuras o instituciones jurídicas en la carrera de Derecho y sabemos para qué sirve cada una de ellas, cuál es su fin propio, también es cierto que en la práctica muchas de estas figuras pueden utilizarse para lograr otros fines que no necesariamente son contrarios o se contraponen con los fines para los que fueron creadas. Y esto porque el Derecho, en su aplicación práctica, también va produciendo modificaciones por usos y costumbres, aun cuando nuestra ley diga que eso no es una forma de modificar el derecho positivo. Por ejemplo, antes se usaba el cheque para hacer un pago diferido o inclusive como garantía de una obligación aunque legalmente es un mandato y no una promesa de pago. Esa es una realidad que la Administración Tributaria no podría negar o desconocer para decir que se usa una figura impropia para el fin que se desea obtener, porque la realidad económica a veces supera la razón de ser de las instituciones jurídicas. En ese sentido, creo que la Administración debe tener en cuenta las particularidades del negocio, de la industria, del sector, etcétera, al momento de apreciar si es que se ha producido un supuesto elusivo o no. 