

La Elusión Tributaria: Análisis Crítico de la Actual Normatividad y Propuestas para una Futura Reforma

Daniel Echaiz Moreno*
Sandra Echaiz Moreno**

Resumen:

En el presente ensayo se exponen y analizan la configuración, la regulación normativa y los supuestos de la elusión tributaria, así como su diferenciación con la evasión tributaria, la normatividad actual sobre materias vinculadas a la elusión tributaria, las controversias en relación a esta figura debidamente sustentadas, el impacto de la elusión tributaria a nivel internacional a través de la figura de los paraísos fiscales, la manera cómo nuestro país pretende combatir esta figura y, finalmente, planteamos propuestas de mejora a la normatividad anti-elusiva a fin que no se atente contra el contribuyente y exista una adecuada regulación jurídica.

Palabras clave:

Elusión tributaria – Evasión tributaria – Planificación tributaria – Paraísos fiscales – Empresas off-shore

Abstract:

This paper describes and analyzes the configuration, the normative regulation and assumptions of tax avoidance and its differentiation from tax evasion, current regulations on matters related to tax avoidance, disputes relating to this figure due supported, the impact of international tax avoidance through tax havens figure, the way our country aims to combat this figure and finally propose suggestions for improving the anti-elusive regulations in order not to infringe against the taxpayer and any proper legal regulation.

Keywords:

Tax elusion – Tax evasion – Tax planning – Tax havens – Offshore companies

Sumario:

1. Introducción – 2. Conceptualización: La Evasión Tributaria y la Elusión Tributaria – 3. Tratamiento normativo de la Elusión Tributaria – 4. Elusión fiscal a nivel internacional: los paraísos fiscales – 5. Arremetida a los paraísos fiscales: las medidas anti-elusivas – 6. Corolario

* Doctorando en Derecho y Magíster en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado *summa cum laude* por la Universidad de Lima. Socio fundador de Echaiz Abogados. Presidente de la Comisión Consultiva de Derecho Empresarial del Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Catedrático de las Facultades de Derecho de la Universidad de Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) y Universidad San Ignacio de Loyola. Miembro asociado del Instituto Peruano de Derecho Mercantil. Investigador académico del Instituto Argentino de la Empresa Familiar. Web page: www.echaiz.com • E-mail: daniel@echaiz.com

** Abogada *summa cum laude* por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios en la Maestría en Derecho de Empresa de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), el Curso de Management por el Centro de Educación Continua de la Universidad de Harvard y el Curso de Formación de Consultores de Gobierno Corporativo de Pequeñas y Medianas Empresas Familiares de la Cámara de Comercio de Lima. Socia de Echaiz Abogados. Catedrática de la Facultad de Derecho, la Facultad de Negocios y el Programa EPE de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Investigadora académica del Instituto Argentino de la Empresa Familiar. Web page: www.echaiz.com • E-mail: sandra@echaiz.com

1. Introducción

Desde antaño, los contribuyentes (tanto personas naturales como personas jurídicas) han sido reticentes para el pago de sus tributos, sea porque los han considerado injustos, innecesarios o excesivos (lo cual a veces es cierto), sea porque han discrepado del inadecuado destino del monto recaudado (lo cual a veces también es cierto), no tomando en cuenta que el pago de los tributos puede servir para propósitos nobles (como las prestaciones sociales), propósitos colectivos (como las obras públicas) e, incluso, el beneficio personal (como los servicios públicos al ciudadano), y es que hay veces –siendo ésta una de ellas– en que la generalización peca al no discernir diversas situaciones que terminan afectando una importante institución como es el tributo, principal fuente de ingresos del Estado contemporáneo que, sin embargo, mal utilizada termina siendo un arma perniciosa que cuando menos traba el desarrollo empresarial.

Ante tal panorama sombrío, los contribuyentes han creado –de la mano de contadores y abogados– mecanismos “inteligentes” (algunos explícitos y, otros, no) a través de los cuales evitan o reducen el cumplimiento de su obligación tributaria. Los contadores le llaman “contabilidad creativa” y, los abogados, “planificación tributaria”; en sede tributaria se hace referencia a la elusión tributaria (o elusión fiscal) para diferenciarla de la evasión tributaria (o evasión fiscal), aunque la línea divisoria entre ambos conceptos sea usualmente tan delgada como tenue. Centraremos este ensayo en la figura de la elusión tributaria, así como en la regulación normativa de la misma.

La elusión tributaria es un tema controvertido que se encuentra regulado en la norma XVI del Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Código Tributario (aprobado mediante Decreto Supremo N° 133-2013-EF publicado en el Diario Oficial El Peruano con fecha 22 de junio del 2013), habiendo sido incorporada en el 2012 y, desde ese momento, ha generado una serie de críticas, desde que la norma es inconstitucional o ilegal, hasta que es muy amplia y subjetiva, atentándose así en forma directa los derechos de los contribuyentes. Como explicaremos más adelante, uno de los aspectos más controvertidos gira en torno a cómo es que una norma prohibitiva, no se encuentre estipulada de manera expresa sino que, por el contrario, se sujeta a la interpretación de la Administración Tributaria.

A razón de la controversia antes referida, el Estado peruano y, específicamente, el Poder Legislativo aunado a la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (en adelante: SUNAT), decidieron “precisar” la

normatividad y, para ello, difundieron en los medios de comunicación la publicación de un reglamento sobre elusión tributaria; sin embargo, hasta la fecha no se ha promulgado el anunciado reglamento, al parecer por intereses contrapuestos dentro de la propia Autoridad Tributaria. Lo único que se ha conseguido a la fecha es que a mediados de julio del 2014 se promulgó la Ley N° 30230 que suspende la actividad del Fisco para aplicar el dispositivo jurídico anti-elusión contenido en la norma XVI del Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Código Tributario, suspensión que estará sujeta a supuestos especiales que señala dicha ley.

En ese sentido y teniendo en cuenta el impacto económico de la elusión tributaria en nuestro país, elaboramos el presente ensayo, en el que se exponen y analizan la configuración y la regulación normativa de esta figura, los supuestos de elusión tributaria (y su diferenciación con la evasión tributaria), la normatividad actual sobre materias vinculadas a la elusión tributaria, las controversias en relación a esta figura debidamente sustentadas, el impacto de la elusión tributaria a nivel internacional a través de la figura de los paraísos fiscales, la manera cómo nuestro país pretende combatir esta figura y, finalmente, planteamos propuestas de mejora a la normatividad anti-elusiva a fin que no se atente contra el contribuyente y exista una adecuada regulación jurídica.

2. Conceptualización: La Evasión Tributaria y la Elusión Tributaria

Para empezar, debemos señalar que el ahorro fiscal es lícito; sin embargo, existen diversas maneras cómo los contribuyentes llegan a dicho ahorro y será pues la labor principal de la Administración Tributaria discernir cuándo es que los contribuyentes han incurrido en comportamientos lícitos e ilícitos para llegar a dicho ahorro. Es allí cuando surge el tema de la evasión tributaria y la elusión tributaria como comportamientos utilizados por los contribuyentes para evitar el pago (o para reducir el monto a pagar) de los tributos que les correspondan: en el primer caso, el comportamiento es ilícito y está sancionado por la legislación peruana, mientras que en el segundo caso, existen discusiones en nuestra doctrina sobre su licitud o ilicitud.

2.1 La Evasión Tributaria

La evasión tributaria es el no pago de la obligación tributaria, por lo que resulta claramente sancionable hoy en día por nuestra legislación, debido a que se aprecia con meridiana claridad el incumplimiento de la obligación tributaria. El típico caso se presenta en las personas que, con

el fin de no pagar tributos o pagar una menor cantidad de ellos, oculta total o parcialmente los hechos o actos que originan la obligación tributaria; por ejemplo: un empresario informal que no declara todos sus ingresos, a efectos de pagar menos tributos por parte de las operaciones que ha realizado. Así, siguiendo a Jesús Ramos Ángeles¹, la evasión tributaria puede ser de dos formas:

- Involuntaria o no dolosa, que se genera por el error del contribuyente o su ignorancia sobre el contenido de las normas tributarias; por lo tanto, no es sancionable penalmente, pero sí administrativamente. Eso significa que la Administración Tributaria tendrá mayor consideración con aquellos contribuyentes que evadan por esta causa y, probablemente, les otorguen mayores facilidades de pago o fraccionamientos para que así puedan cumplir con sus obligaciones tributarias pendientes o no declaradas.
- Voluntaria o dolosa, donde se manifiesta una clara intencionalidad en incumplir la normativa fiscal, de forma que no sólo se exige la regularización y el pago de la deuda tributaria, sino que hasta podría ser sancionable por la vía penal. A su vez, la evasión dolosa puede adoptar dos formas: a) evasión pura, que implica una acción voluntaria del contribuyente de evitar o incumplir la obligación tributaria, sin que para ello haya simulado una realidad diferente a la que haya efectuado; y b) simulación, que implica incumplir con la prestación tributaria en forma deliberada, pretendiendo ocultar la realización del hecho imponible mediante la presentación de una realidad distinta a la que se llevó a cabo. Esta simulación será: i) absoluta, cuando se obtenga una ventaja tributaria mediante la simulación de una operación inexistente, o ii) relativa, cuando se presenta una operación distinta a la que efectivamente se ha realizado.

El incumplimiento de las obligaciones tributarias es regulado en nuestro Texto Único Ordenado del Código Tributario mediante la exigencia de la deuda tributaria y las modalidades de pago

de la misma; sin perjuicio de ello, la simulación como mecanismo para evitar el pago de la deuda tributaria, es normada específicamente en la norma XVI del Título Preliminar del mencionado dispositivo tributario, siendo que en dicha situación, la SUNAT tomará en cuenta los actos, las situaciones y las relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los deudores tributarios, para determinar así la situación de evasión tributaria.

2.2 La Elusión Tributaria

Existen diferentes definiciones en cuanto a lo que es la elusión tributaria, siendo que –en líneas generales– pretende, como señala César García Novoa, “*buscar a través de instrumentos lícitos, fórmulas negociales menos onerosas desde el punto de vista fiscal, a través de alternativas negociales que provocan una evitación o reducción del tributo*”². O, como sostiene Fernando Zuzunaga del Pino, citando el consenso llegado en las Jornadas Latinoamericanas del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, la elusión tributaria procura el “*evitamiento de un 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*”³. Por su parte, Jesús Ramos manifiesta que es la “*actividad de un sujeto direccionada a eliminar, reducir o diferir la obligación tributaria mediante figuras, negocios, contratos o actos que, en principio, son perfectamente legales y se llevan a cabo en la realidad de los hechos*”⁴. Ahora bien, esta estrategia de emplear medios lícitos para evitar o reducir el pago del tributo, puede adoptar uno de dos caminos: la economía de opción (o elusión lícita) y el fraude a la ley (o elusión ilícita).

- a) **La economía de opción.** En palabras de Rocío Liu Arévalo, la economía de opción se basa en el “*derecho que tiene todo contribuyente, todo administrado o todo sujeto de poder ordenar sus negocios en la forma que le resulte más ventajoso fiscalmente, siempre dentro de la licitud del ordenamiento*”⁵. Guillermo Lalanne comparte tal criterio cuando dice que “*el ahorro fiscal al que se llega a través de la economía de opción, no se hace desconociendo norma alguna, ni*

1 Cfr. Ramos Ángeles, Jesús. “La elusión tributaria y la economía de opción. A propósito de la suspensión de la facultad de SUNAT para aplicar la Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario”. En: Informativo Caballero Bustamante. Lima, Ediciones Caballero Bustamante, 2014, N° 788, p. A2.

2 García Novoa, César. “Reflexiones sobre las medidas para combatir la elusión fiscal. Cláusulas generales y especiales”. En: Vectigalia. Lima, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005, N° 1, p. 121.

3 Cfr. Liu Arévalo, Rocío; Sotelo Castañeda, Eduardo; y Zuzunaga del Pino, Fernando. “Mesa Redonda. Norma XVI: Calificación, Elusión de Normas Tributarias y Simulación”. En: Revista Ius et Veritas. Lima, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, diciembre del 2012, N° 45, p. 409.

4 Ramos Ángeles, Jesús. “La elusión tributaria y la economía de opción. A propósito de la suspensión de la facultad de SUNAT para aplicar la Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario”, obra citada, p. A2.

5 Cfr. Liu Arévalo, Rocío; Sotelo Castañeda, Eduardo; y Zuzunaga del Pino, Fernando. “Mesa Redonda. Norma XVI: Calificación, Elusión de Normas Tributarias y Simulación”, obra citada, p. 407.

realizando maniobras de elusión, tampoco mediante abuso de derecho, sino que lo hace aplicando correctamente la norma o valiéndose de los resquicios que el propio legislador, por desconocimiento o voluntad, ha establecido al momento de regular determinada situación o negocio⁶.

Apreciamos entonces que la economía de opción es un planeamiento fiscal legal, que permite ordenar (o reordenar) los negocios de una forma fiscal conveniente, pero siempre dentro de lo que la normativa permite; por lo tanto, la economía de opción no es sancionable, al constituir una alternativa dirigida a todos los contribuyentes para manejarse fiscalmente en forma más ventajosa para ellos.

- b) **El fraude a la ley.** Implica abusar deliberadamente de la normativa legal, estructurando operaciones aparentemente válidas (como la constitución de empresas o la suscripción de contratos) con el fin de obtener una ventaja fiscal, más no porque se pretenda desarrollar realmente dichas operaciones. En palabras de Jesús Ramos, en el fraude a la ley “el contribuyente adopta y ejecuta negocios jurídicos que, si bien son legales en la forma y configuración, no lo son en su objeto y motivación, toda vez que fueron implementados para obtener resultados que no le son propios⁷”.

Algunas de las principales características del fraude a la ley son: i) la concurrencia de dos normas: la norma defraudada y la norma de cobertura, siendo esta última la que emplea el contribuyente al momento de evitar el nacimiento de la obligación tributaria; y, ii) no se realiza el hecho imponible

contemplado en la norma por el legislador, sino que a través de la norma de cobertura se realiza un presupuesto de hecho distinto que trae aparejado una real disminución de la obligación tributaria.

Este fraude a la ley o elusión tributaria con carácter ilícito, sancionada por nuestro Texto Único Ordenado del Código Tributario (aunque a la fecha dicha norma se encuentra suspendida) es el tema central de este ensayo, ya que es una de las situaciones más extendidas e “inteligentes” de evitación del cumplimiento de la obligación tributaria, a la vez difícil de detectar y con una regulación no clara, cuestionable e imprecisa (como veremos en el siguiente acápite), que torna más complicada su punición.

Johann Schomberger Tibocho y Julián López Murcia⁸ explican que algunas estrategias de planeación fiscal utilizadas por las compañías para reducir su carga fiscal a partir de paraísos fiscales son la refundación de la compañía⁹, la transferencia de precios¹⁰, la infracapitalización (*thin capitalization*)¹¹, la doble rebaja (*double dipping*)¹², el diferimiento del pago del impuesto (*deferred tax payment*)¹³ y el aparcamiento de la propiedad intelectual¹⁴.

3. Tratamiento normativo de la Elusión Tributaria

La elusión tributaria se encuentra regulada en nuestro Texto Único Ordenado del Código Tributario, de manera algo imprecisa; sin embargo, el 12 de julio del 2014 se publicó en el Diario Oficial El Peruano la Ley N° 30230 que suspende la aplicación de la normatividad sobre elusión tributaria hasta la promulgación de una nueva norma que regule una serie de aspectos. A su vez,

6 Lalanne, Guillermo. “Economía de opción y fraude de ley en el Derecho Tributario”. En: Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario. Lima, Instituto Peruano de Derecho Tributario, 2006, N° 44, p. 111.

7 Cfr. Ramos Angeles, Jesús. “La elusión tributaria y la economía de opción. A propósito de la suspensión de la facultad de SUNAT para aplicar la Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario”, obra citada, p. A2.

8 Cfr. Schomberger Tibocho, Johann y López Murcia, Julián. “La problemática actual de los paraísos fiscales”. En: Revista Colombiana de Derecho Internacional. Bogotá, noviembre del 2007, N° 10, ps. 319 a 321.

9 “Consiste en la constitución de una filial en un paraíso fiscal, invirtiendo la relación de propiedad que tienen la matriz y su filial, de tal forma que aquella que inicialmente era matriz, se vuelve filial de la constituida en el paraíso fiscal”.

10 “Se redistribuyen las utilidades y beneficios obtenidos en todo el mundo, con el objeto de relocalizarlos en paraísos fiscales o en lugares donde el tratamiento fiscal les dé mayores beneficios o exenciones”.

11 “Consiste en la constitución de empresas en un país de tributación ordinaria, con un capital mínimo e inferior al que una empresa en condiciones similares necesitaría para iniciar sus actividades. En consecuencia, como requiere de recursos para desarrollar su actividad, tendrá que tomar en préstamo, dinero de terceros, quienes a su vez son filiales o sucursales del mismo grupo empresarial ubicados en paraísos fiscales. Bajo esta figura, vía intereses, la sociedad infracapitalizada transferirá recursos a dichas filiales y sucursales, y logrará así los siguientes efectos de ahorro fiscal: la filial o sucursal no tributará sobre tales intereses, en razón a que está ubicada en un paraíso fiscal; y la sociedad infracapitalizada tomará como causal de deducción el pago de dichos intereses, con lo cual reducirá su base gravable”.

12 “Consiste en el aprovechamiento de normas tributarias que crean condiciones favorables tanto en el país de la residencia como en el país de la fuente donde se genera la base tributaria, ello con el objeto de lograr duplicar los beneficios”.

13 “Consiste en aprovechar la posibilidad que ofrece la legislación de diferir el pago del impuesto cuando este dinero sea reinvertido en operaciones extranjerías”.

14 “Consiste en la reubicación de la propiedad intelectual en cabeza de entidades constituidas en paraísos fiscales, de tal forma que los ingresos por licenciamientos de uso de marcas o patentes, etc. ya no estarán en cabeza del sujeto residente y, por ende, ya no harán parte de su renta de fuente mundial, sino que se reputarán en cabeza de las entidades en los paraísos fiscales donde no pagarán impuesto o lo pagarán de forma nominal”.

es menester señalar que, desde inicios del 2014, apreciamos en las noticias el anuncio del Gobierno respecto a que, en conjunto con la SUNAT, estaban preparando una completa reglamentación en relación a la elusión tributaria; sin embargo, a la fecha no hay noticias al respecto.

3.1 El Código Tributario

La norma XVI del Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Código Tributario prescribe:

“Norma XVI: Calificación, elusión de normas tributarias y simulación.

Para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible, la SUNAT tomará en cuenta los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los deudores tributarios.

En caso que se detecten supuestos de elusión de normas tributarias, la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria - SUNAT se encuentra facultada para exigir la deuda tributaria o disminuir el importe de los saldos o créditos a favor, pérdidas tributarias, créditos por tributos o eliminar la ventaja tributaria, sin perjuicio de la restitución de los montos que hubieran sido devueltos indebidamente.

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

a) Que individualmente o de forma conjunta sean artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido.

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

La SUNAT aplicará la norma que hubiera correspondido a los actos usuales o propios, ejecutando lo señalado en el segundo párrafo, según sea el caso.

Para tal efecto, se entiende por créditos por tributos el saldo a favor del exportador, el reintegro tributario, recuperación anticipada del Impuesto General a las Ventas e Impuesto de Promoción Municipal, devolución definitiva del Impuesto General a las Ventas e Impuesto de

Promoción Municipal, restitución de derechos arancelarios y cualquier otro concepto similar establecido en las normas tributarias que no constituyan pagos indebidos o en exceso.

En caso de actos simulados calificados por la SUNAT según lo dispuesto en el primer párrafo de la presente norma, se aplicará la norma tributaria correspondiente, atendiendo a los actos efectivamente realizados.” (El resaltado es nuestro).

Esta norma fue incorporada por el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1121, publicado en el Diario Oficial El Peruano con fecha 19 de julio del 2012, siendo que anteriormente este tema se encontraba regulado de manera incipiente en la norma VIII del Texto Único Ordenado del Código Tributario, pero es a raíz de las controversias que se promueve una nueva regulación, aunque igualmente controvertida.

A propósito de la regulación antes señalada, podemos entender que para que se configure un supuesto de elusión tributaria deben concurrir dos supuestos: i) que individualmente o de forma conjunta se desarrollen actos artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido; y, ii) que, de la utilización de dichos actos resulten efectos jurídicos o económicos distintos del ahorro o ventaja tributaria, que sean iguales o similares a los que se hubieran obtenido con los actos usuales o propios.

Por lo tanto, si la autoridad tributaria considera que se han configurado los dos supuestos antes señalados, podría catalogar una situación como elusión tributaria, y eso significaría que se encontraría facultada para exigir la deuda tributaria o disminuir el importe de los saldos o los créditos a favor, las pérdidas tributarias, los créditos por tributos o eliminar la ventaja tributaria, sin perjuicio de restituir los montos que hubieran sido devueltos indebidamente.

Ahora bien, si analizamos la redacción de la cláusula anti-elusiva, concluimos de manera previa que la misma es amplia y ello genera inexactitud y, principalmente, subjetividad y falta de determinación al momento que la Administración Tributaria pretenda aplicarla. Es por ello que han surgido una serie de cuestionamientos en torno a la misma, ya sea porque la consideran inconstitucional, o ilegal, o porque afecta la seguridad jurídica o atenta contra el principio de reserva de ley, entre otras críticas. No existe pues ninguna norma jurídica que determine cuándo estamos ante un acto artificioso o impropio, lo cual permite cobijar la actuación arbitraria de la Administración Tributaria al momento de aplicar la citada norma XVI del Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Código Tributario; en razón a ello será menester acudir a la semántica.

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, estamos ante algo “artificioso” cuando determinado acto es realizado o elaborado con artificio, arte y habilidad, así como disimulado, cauteloso, doble; por su parte, considera como “impropio” aquello falto de las cualidades convenientes según las circunstancias. Así, cuando la mencionada norma tributaria señala que sean actos artificiosos o impropios para la consecución del hecho obtenido, estamos ante una cláusula tan amplia como abstracta, que *dice mucho* en forma genérica pero *no dice nada* en forma concreta, sujetándose entonces a la interpretación de la persona que la pretenda aplicar.

La segunda cláusula es analizada dependiendo el acto que se determine en el primer supuesto, y se comprobaría haciendo un símil con lo que se consideraría un acto usual o propio (lo cual también es subjetivo). Por ello, mejor hubiese sido determinar actos concretos o una lista taxativa de lo que sea considerado como elusión tributaria a efectos de que los contribuyentes sepan de manera clara cuándo es que se exponen a una situación así y, por su parte, la Administración Tributaria también cuente con parámetros claros de cuándo sancionar. Es bastante evidente que ante cláusulas anti-elusivas amplias, el único perjudicado sería el contribuyente y he ahí la controversia generada.

No somos de la postura que considera la norma *sub-examine* como inconstitucional¹⁵, sino que creemos que está incorrectamente redactada, pecando de imprecisa y por no cubrir las lagunas jurídicas, lo que termina afectando al contribuyente y, por ende, al principio de seguridad jurídica puesto que, como resultado de la amplia redacción de la norma analizada, se promueve tácitamente una actitud discrecional por parte de la Administración Tributaria, lo que conlleva a un estado total de inseguridad jurídica para el contribuyente respecto a no saber cuándo “exactamente” podría ser sancionado; es decir, no existen parámetros claros respecto a qué actos son prohibidos.

Antes de proseguir, consideramos oportuno precisar que, si bien la norma XVI del Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Código Tributario configura una cláusula anti-elusiva general, existen a su vez cláusulas anti-elusivas específicas en nuestras normas tributarias que regulan supuestos que ameritan un tratamiento especial (por ejemplo: la sub-capitalización, la reorganización de sociedades, los dividendos presuntos, etc.); no son muchas, pero las tenemos.

Si bien no está dentro del alcance de este ensayo analizar minuciosamente la normativa de las cláusulas anti-elusivas específicas, sí dejamos por sentado que, por un criterio de especificidad, debemos aplicar en primer lugar la cláusula anti-elusiva específica y la regulación que se haya dado en torno a la misma; pero si es que queda algún tema *sin regular o que no es claro*, se recurrirá a la cláusula anti-elusiva general que siempre nos servirá de norma marco. Bajo este orden de ideas, siendo la cláusula general la norma marco, es importante que la misma se redacte claramente, para que no existan problemas en su aplicación.

Por todo lo antes expuesto, consideramos que es necesaria la reglamentación de la norma anti-elusiva general, ya que como está redactada hasta la fecha y por los argumentos que hemos esgrimido, sólo genera la inseguridad jurídica para los contribuyentes y la consecuente afectación de sus derechos. Asimismo, teniendo en cuenta la suspensión de la norma XVI del Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Código Tributario, a través de la Ley N° 30230, tenemos que la Administración Tributaria no podrá sancionar ningún supuesto de elusión tributaria hasta que se dicte la pertinente reglamentación sobre esta materia. Esperamos que la norma tan ansiada cumpla con clarificar las correspondientes controversias.

3.2 La ley N° 30230

El 12 de julio del 2014 se publicó en el Diario Oficial El Peruano la Ley N° 30230, la cual “establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país”, siendo que la misma, en su artículo 8, acordó la suspensión de la aplicación de la Norma XVI del Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Código Tributario, según el siguiente texto:

“Artículo 8. Suspensión de la aplicación de la Norma XVI del Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Código Tributario aprobado por Decreto Supremo N° 133-2013-EF y norma modificatoria.

Suspéndase la facultad de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria - SUNAT para aplicar la norma XVI del Título Preliminar del [Texto Único Ordenado del] Código Tributario, con excepción de lo dispuesto en su primer y último párrafos, a los actos, hechos

15 La Cámara de Comercio de Lima manifestó expresamente, en representación del empresariado, que la referida norma XVI es inconstitucional y debería derogarse, ya que lesiona la seguridad jurídica y es extremadamente peligrosa por su abierta discrecionalidad que puede convertirse en arbitrariedad. Cfr. “CCL en desacuerdo con norma de elusión tributaria propuesta por SUNAT”. En: Diario Gestión. Lima, 19 de mayo del 2014, p. 13.

y situaciones producidas con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1121.

Asimismo, para los actos, hechos y situaciones producidas desde la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1121, suspéndase la aplicación de la norma XVI del Título Preliminar del [Texto Único Ordenado del] Código Tributario, con excepción de lo dispuesto en su primer y último párrafos, hasta que el Poder Ejecutivo, mediante decreto supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas, establezca los parámetros de fondo y forma que se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la norma XVI del Título Preliminar del [Texto Único Ordenado del] Código Tributario."

La Ley N° 30230 nos plantea dos escenarios: a) suspensión definitiva: para los actos, hechos o situaciones producidos antes del 19 de julio del 2012 (entrada en vigencia de la referida norma XVI por aplicación del Decreto Legislativo N° 1121); y b) suspensión temporal: para los actos, hechos o situaciones producidos desde el 19 de julio del 2012 hasta que el Poder Ejecutivo, mediante Decreto Supremo, establezca los parámetros de fondo y forma de la elusión tributaria, contenidas en la norma XVI del Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Código Tributario.

Entonces, actualmente de darse el caso de un supuesto de elusión tributaria en nuestro entorno, la Administración Tributaria no lo podría investigar ni sancionar, ya que la norma específica que regula este tema se encuentra suspendida, hasta que se promulgue una regulación específica que establezca parámetros de fondo y forma sobre la elusión tributaria. Por ello, es importante que esta reglamentación no tarde en promulgarse, ya que está generando que la Administración Tributaria no pueda sancionar los supuestos que considere son casos de elusión tributaria, lo que, a su vez, propicia que los contribuyentes actúen con total libertad, transgrediendo la norma, al saber que la misma se encuentra suspendida y no hay aún indicios sobre su reglamentación.

Respecto a los actos potencialmente elusivos que se hayan generado con anterioridad al 19 de julio del 2012, queda clara la suspensión definitiva de la aplicación de la norma XVI del Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Código Tributario, pero ¿qué pasará en cuanto a las consecuencias tributarias o los efectos producidos con posterioridad a dicha fecha?, ¿en esos casos se aplicará la norma anti-elusión, una vez que la misma se reglamente?

Somos de la postura que, a pesar que nuestra norma no haya mencionado cómo tratar este tema y que, en principio, los efectos después de dicha fecha serían sancionables, tenemos que la norma anti-elusión se centra en analizar y sancionar los actos, los hechos y las situaciones que puedan ser catalogados como elusivos, pero no sanciona los efectos de los mismos; por lo que, en ese sentido, las consecuencias tributarias de hechos producidos con anterioridad al 19 de julio del 2012, no podrían ser sancionados y cabría entonces bajo la inaplicabilidad de la norma XVI del Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Código Tributario, por razones de irretroactividad en cuanto a su aplicación en el tiempo.

3.3 El Reglamento de la Norma XVI

La SUNAT señaló que, a finales de mayo del 2014, publicaría el proyecto de Reglamento de la Norma XVI del Código Tributario (siendo básicamente un Reglamento sobre la calificación de actos de elusión tributaria), para que sea sometido a discusión de los gremios empresariales, antes de ser promulgado. Es menester señalar que la publicación de dicho Reglamento es importante atendiendo a la imprecisión con que fue redactada la aludida norma XVI del Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Código Tributario y, sobre todo, teniendo en consideración que actualmente se encuentra suspendida su ejecución, hasta que se publique una reglamentación que establezca parámetros de fondo y forma sobre la elusión tributaria.

Sin embargo, hasta la fecha no existen novedades sobre esta reglamentación, habiendo transcurrido el plazo que inicialmente señaló la SUNAT. Precisamente, Gustavo Lazo nos adelanta lo que sería una de las grandes novedades positivas de aquella reglamentación: que, para evitar que sea el auditor de la SUNAT quien decida si aplica o no la norma XVI, se crearía un comité al interior de la institución para que ejerza esa función y, con ello, se busca limitar la arbitrariedad con la que podría actuar un auditor de la SUNAT, precisando que se espera que el mencionado Reglamento detalle una regulación completa del procedimiento por medio del cual se debe aplicar la norma XVI¹⁶.

4. Elusión fiscal a nivel internacional: Los paraísos fiscales

Así como explicamos al inicio de este ensayo, que los contribuyentes se enfocan en plantear mecanismos de ahorro fiscal a nivel local, sucede que también buscan un planeamiento tributario a nivel internacional, y se valen de mecanismos

16 Cfr. Lazo, Gustavo. "Consideraciones al reglamento de la ley contra la elusión tributaria", En: Diario Gestión. Lima, Sección Economía, 23 de mayo del 2014, p. 16.

válidos “en líneas generales” y sumamente beneficiosos, que les reducen o disminuyen la carga tributaria. El principal mecanismo a nivel internacional son los paraísos fiscales donde se establecen empresas *off-shore*.

“El contexto internacional exige que las multinacionales se encuentren en la búsqueda de un mayor ahorro fiscal interviniendo en diversas jurisdicciones, aprovechando las variaciones existentes entre los países y sus sistemas tributarios (...) La utilización de paraísos fiscales resulta un elemento fundamental de planificación fiscal internacional, pero también de elusión ilegítima (fraude a la ley tributaria) que motiva a los diferentes Estados a establecer mecanismos antielusivos, a fin de desincentivar su uso, o simplemente prohibirlo”¹⁷.

Pero, ¿cuándo estamos ante un paraíso fiscal? Para José Chiarella Privette, un paraíso fiscal “estaría constituido por cualquier país o territorio en donde el movimiento de personas o bienes hacia su jurisdicción o la inclusión en una transacción internacional de una entidad constituida o administrada en el mismo, tiene como resultado una afectación tributaria neutra o una disminución de la que resultaría de otro modo aplicable”¹⁸. Agrega que se caracterizan por: a) la ausencia de tributos o la existencia de tributos poco significativos, b) la confidencialidad en las operaciones y respecto a los participantes de la misma, c) la flexibilidad en la legislación mercantil, y d) la ausencia de convenios para evitar la doble imposición.

El Derecho Internacional no prevé una definición jurídica sobre el concepto de “paraíso fiscal”, por lo que resulta necesario recurrir al *softlaw*; así, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) ha establecido en el *softlaw* “OECD Tax Heaven Criteria” que cuatro son los factores claves para considerar a una determinada jurisdicción como paraíso fiscal¹⁹: a) si la jurisdicción no impone impuestos a la renta o éstos son nominales (si no hay impuestos directos pero sí indirectos, se utilizan los otros tres factores para determinar si una jurisdicción es un paraíso fiscal); b) si hay falta de transparencia; c) si las leyes o las prácticas administrativas no permiten el intercambio de información para propósitos fiscales con otros países en relación a contribuyentes que se benefician de los bajos impuestos; y, d) si se permite a los no residentes beneficiarse de rebajas impositivas, aun cuando

no desarrollen efectivamente una actividad en el país.

La referencia a paraísos fiscales hace alusión a aquellos Estados que ofrecen un sistema fiscal ventajoso frente a otros, puesto que las tasas aplicables en dichos territorios por las rentas o ingresos gravados son muy bajas o, incluso, no aplican una tasa. En dicho sentido, son países de baja o nula imposición tributaria. Juan Jesús Martos García, sin ocultar su visión crítica, explica al fenómeno de los paraísos fiscales en los siguientes términos:

“Resulta obvio y redundante afirmar que los paraísos fiscales suponen una amenaza para la recaudación tributaria del resto de Estados. La atracción de capital hacia esos territorios o la fuga ficticia de residentes para acogerse a un régimen tributario de baja o nula intensidad tributaria y, sobre todo, para beneficiarse de la opacidad informativa que ofrecen, los convierte en lugares idóneos para los defraudadores.

Las nuevas tecnologías acentúan aún más ese riesgo. Permiten que muchas más personas puedan acceder a ellos, de forma fácil y cómoda, y que ciertas actuaciones defraudatorias sean más fáciles de detectar.

Pero la opacidad informática de los paraísos fiscales no sólo ampara a defraudadores fiscales, a individuos insolidarios que deciden incumplir las obligaciones legales contraídas con el Estado para contribuir a sostener su funcionamiento y los servicios sociales que presta, sino que también parapeta las actividades financieras de delincuentes y terroristas, que encuentran refugio e impunidad en éstos; y, de igual modo, las nuevas tecnologías permiten a estos delincuentes y terroristas trasladar de forma inmediata el dinero de una cuenta corriente a otra u otras, tantas veces como quieran y a diferentes jurisdicciones, dejando un rastro largo y lleno de obstáculos administrativos, difíciles de sortear durante la investigación.

La finalidad esencial de las iniciativas adoptadas por esta institución es combatir la evasión fiscal internacional generada por la competencia fiscal perniciosa que realizan estos territorios. Para ello aboga por la transparencia y el intercambio de información internacional entre Administraciones [Tributarias] para

17 Cfr. Chirinos Sota, Carlos. “No sólo hay que ser, también hay que parecer. A propósito de los paraísos fiscales y el Impuesto a la Renta”. En: Revista Jurídica del Perú. Trujillo, Editora Normas Legales, 2008, N° 89, ps. 198 a 200.

18 Cfr. Chiarella Privette, José. “Algunos apuntes acerca de los denominados paraísos fiscales”. En: Revista Ius et Veritas. Lima, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, Año XIII, N° 26, ps. 261 a 264.

19 Cfr. “La fenomenología del *softlaw* en el ámbito del Derecho Tributario: a propósito de las directrices sobre precios de transferencia de la OCDE y su inserción en los sistemas normativos nacionales”. En: Revista Vectigalia. Lima, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, septiembre del 2009, Año 5, ps. 94 a 104.

que los Estados dispongan de la información necesaria para exaccionar de forma efectiva sus impuestos y para perseguir a los defraudadores. Se requiere mayor coordinación entre Estados, instrumentalizada fundamentalmente a través de un marco jurídico y unas actuaciones administrativas transparentes, así como por la existencia de mecanismos efectivos de intercambio de información, que faciliten la información relevante en tiempo adecuado, entre todas las Administraciones Tributarias”²⁰.

Sin embargo, es claro que a cualquier empresario o inversor, sin importar su nacionalidad, le resulta atractiva la posibilidad de constituirse dentro un territorio que posea el referido régimen tributario. Dadas las circunstancias, las empresas buscarán la forma y usarán todas las herramientas y estrategias posibles para lograr constituirse en países de baja o nula imposición, para así obtener beneficios tributarios y, en consecuencia, percibir mayor rentabilidad. Concretizar esta idea no resulta en sí misma una evasión fiscal, sino una elusión fiscal, pues se trata de elaborar un planeamiento tributario eficaz para pagar menos impuestos por el desarrollo de las mismas actividades en otro país.

Bajo este orden de ideas, los paraísos fiscales suponen jurisdicciones nacionales que cuentan con un sistema político y jurídico propio que les permite ofrecer confidencialidad, en muchos casos estabilidad político-social e infraestructura de comunicaciones y bancaria de primer nivel²¹. Es así que, de manera general, podemos afirmar que un paraíso fiscal detenta las siguientes características: primera, nula o baja imposición; segunda, falta de transparencia tanto interna como externa; tercera, permisibilidad para la constitución de sociedades o empresas *off-shore*; cuarta, reserva de información a terceros; y, quinta, estabilidad social, económica y política.

En principio, el gobierno de un país solamente puede recaudar tributos sobre los contribuyentes que operan dentro de su territorio; a este poder tributario se le denomina “soberanía fiscal”. Así, la estructura fiscal de un Estado moderno incluye tributos de diversa naturaleza, siendo que cada uno de los tributos grava una acción o situación que se denomina “hecho imponible”. Utilizar un paraíso fiscal significa suprimir el hecho imponible o trasladarlo fuera de ese territorio fiscal; bajo este orden de ideas, quien utiliza el paraíso fiscal no

necesita pagar tributos en su país, bien porque el hecho imponible no se ha producido o bien porque, aun habiéndose producido, éste no puede ser detectado por la autoridades fiscales nacionales²². Al respecto, cabe precisar que la legislación peruana en materia del Impuesto a la Renta adopta como criterios de vinculación para calificar las rentas de fuente peruana tanto el criterio de ubicación territorial de la fuente como el criterio de domicilio.

Un paraíso fiscal es un territorio que, comparado con el país donde reside el interesado, tiene una presión fiscal baja o nula. Así, el inversionista internacional puede reducir considerablemente su carga fiscal trasladando los hechos imponibles de su país al paraíso fiscal, logrando entonces proteger los beneficios de su actividad de las fuertes cargas tributarias de su país de origen. El paraíso fiscal inmuniza la actividad económica del inversionista frente al resto, con la finalidad de atraer y captar grandes inversiones o fuertes capitales. Para conseguir dicha atracción tienen tributos simbólicos y el secreto bancario está sumamente protegido frente a terceros que requieran información de los capitales que ingresan a dichos territorios; asimismo, las empresas domiciliadas en los paraísos fiscales no tienen una residencia física, sino que suele tratarse de una simulación lograda por un eficiente planeamiento tributario, mediante la cesión de la titularidad de la empresa²³.

Finalmente, es de mencionar que la actuación en los paraísos fiscales se materializa a través de las empresas *off-shore*, las cuales son empresas legítimamente constituidas en los paraísos fiscales, aparentemente residentes en dichos territorios, pero que en realidad no tienen una presencia física y mucho menos de ellas proviene la fuente generadora de renta; por tanto, resulta evidente que se trata de una simulación.

Un ejemplo de lo anterior son los Países Bajos, donde las cifras son evidentes: casi 20 mil empresas de buzón que no tienen presencia comercial real en el país; creación de cinco nuevas empresas de buzón por día; 12,500 Instituciones Financieras Especiales, es decir, empresas extranjeras presentes en el país por razones fiscales; transacciones brutas en el 2003 por más de US\$ 3,600 billones; más de 42 mil holdings financieros; y casi seis mil empresas de buzón administradas por instituciones fiduciarias²⁴. Otro

20 Cfr. Martos García, Juan Jesús. *Defraudación Fiscal y Nuevas Tecnologías*. Madrid, Editorial Aranzadi, 2007, p. 83.

21 Kern, Juan Ricardo. “Paraíso fiscal y transparencia fiscal internacional”. En: *Revista Análisis Tributario*. Lima, Editorial AELE, noviembre del 2003, N° 190, ps. 27 a 29.

22 Arrabal, Pablo. *Comercio Internacional y Paraísos Fiscales*. Madrid, Ediciones Pirámides, 1992, p. 191.

23 Arrabal, Pablo. *Comercio Internacional y Paraísos Fiscales*, obra citada, p. 195.

24 Cfr. “El problema global de los paraísos fiscales: el caso de los Países Bajos”. En: *Informe de SOMO sobre cuestiones fiscales*. Ámsterdam, enero del 2007.

ejemplo es la isla de Sark que, en el 2005, tenía sólo 575 habitantes, pero 15 mil empresas, siendo que un único residente era director de 2,400 empresas²⁵.

Nuestra normativa actual no ha quedado exenta a la regulación tangencial del tema de los paraísos fiscales, tal como se aprecia en el artículo 86 del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta (aprobado mediante Decreto Supremo N° 122-94-EF publicado en el Diario Oficial El Peruano con fecha 21 de septiembre de 1994) que, a la letra, dice:

“Artículo 86.

Se consideran países o territorios de baja o nula imposición a los incluidos en el Anexo del presente reglamento. Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, también se considera país o territorio de baja o nula imposición a aquél donde la tasa efectiva del Impuesto a la Renta, cualquiera fuese la denominación que se dé a este tributo, sea cero por ciento (0%) o inferior en un cincuenta por ciento (50%) o más a la que correspondería en el Perú sobre rentas de la misma naturaleza, de conformidad con el Régimen General del Impuesto, y que, adicionalmente, presente al menos una de las siguientes características:

- a) *Que no esté dispuesto a brindar información de los sujetos beneficiados con gravamen nulo o bajo.*
- b) *Que en el país o territorio exista un régimen tributario particular para no residentes que contemple beneficios o ventajas tributarias que excluya explícita o implícitamente a los residentes.*
- c) *Que los sujetos beneficiados con una tributación baja o nula se encuentren impedidos, explícita o implícitamente, de operar en el mercado doméstico de dicho país o territorio.*
- d) *Que el país o territorio se publicite a sí mismo, o se perciba que se publicita a sí mismo, como un país o territorio a ser usado por no residentes para escapar del gravamen en su país de residencia.*

En caso que el Perú suscribiera con algún país o territorio de baja o nula imposición un Convenio para evitar la doble imposición que incluya una cláusula de intercambio de información, la

calificación de dicho país o territorio como de baja o nula imposición dejará de tener efecto desde que entra en vigor dicho convenio.”

Sin embargo, consideramos que esta regulación debería ser actualizada, ya que, sólo por mencionar un aspecto, la lista de países que son considerados como territorios de baja o nula imposición (o paraísos fiscales) fue establecida en el 2001, no habiéndose actualizado a la fecha, siendo que existen nuevos países que merecen ser incorporados, así como otros que podrían ser retirados de aquella lista.

Ante esta situación inminente que ha ido en crecimiento, respecto a las empresas que recurren a los paraísos fiscales para reducir su carga fiscal, a través de “operaciones ingeniosas” que hacen calzar las transacciones comerciales y aparentar que todo se ha realizado en términos legales, pero que en verdad están incurriendo en una elusión tributaria sancionable a escala internacional, es que los Estados se han preocupado en implantar medidas que desincentiven el empleo de los paraísos fiscales, ya que es difícil realizar investigaciones o detectar casos de elusión tributaria a escala internacional.

En ese sentido, el artículo 44 inciso m) del Texto Único Ordenado de la Ley de Impuesto a la Renta (aprobado mediante Decreto Supremo N° 179-2004-EF publicado en el Diario Oficial El Peruano con fecha 8 de diciembre del 2004) ha regulado un desincentivo para todas aquellas operaciones efectuadas por sujetos que sean residentes de paraísos fiscales, o que obtengan rentas, ingresos o ganancias a través de un paraíso fiscal, considerando que los gastos que se efectúen en dichos territorios, no serán deducibles para efectos del Impuesto a la Renta. A nuestro parecer, nuestra normativa podría desentrañar y explicitar mejor las operaciones de elusión tributaria que se dan a nivel internacional; así como también debería tomarse en cuenta la regulación europea sobre este tema²⁶, donde estas operaciones no son *per se* prohibidas, sino que la Administración Tributaria tiene la carga de la prueba y debe demostrar realmente que dicha operación incurre en un supuesto de elusión tributaria.

5. Arremetida a los paraísos fiscales: las medidas anti-elusivas

Ante el detrimento o el menoscabo en la recaudación tributaria de los Estados por el uso (y abuso) de los paraísos fiscales, vienen desarrollándose e implementándose diversas

25 Cfr. Garzón Espinosa, Alberto. “Paraísos fiscales en la globalización financiera”. En: Revista Historia Actual Online. Madrid, 2011, p. 144.

26 Cfr. Chirinos Sota, Carlos. “No sólo hay que ser, también hay que parecer. A propósito de los paraísos fiscales y el Impuesto a la Renta”, obra citada, p. 205.

estrategias para combatir la elusión fiscal internacional y la competencia desleal que nace de la constitución de empresas *off-shore* en dichos territorios fiscales privilegiados. Seguidamente, explicaremos las principales medidas anti-elusivas del sistema tributario peruano recogidas en el Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta y su Reglamento, aprobados mediante Decreto Supremo N° 179-2004-EF y Decreto Supremo N° 122-94-EF, respectivamente.

5.1 Las empresas vinculadas

El artículo 24 del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta (tantas veces modificado²⁷) se pronuncia respecto a las empresas vinculadas en los siguientes términos:

“Artículo 24.- Partes vinculadas.

Para efecto de lo dispuesto en [el Texto Único Ordenado de] la Ley [del Impuesto a la Renta], se entenderá que dos o más personas, empresas o entidades son partes vinculadas cuando se dé cualquiera de las siguientes situaciones:

1. *Una persona natural o jurídica posea más del 30% del capital de otra persona jurídica, directamente o por intermedio de un tercero.*
2. *Más del 30% del capital de dos o más personas jurídicas pertenezca a una misma persona natural o jurídica, directamente o por intermedio de un tercero.*
3. *En cualesquiera de los casos anteriores, cuando la indicada proporción del capital pertenezca a cónyuges entre sí o a personas naturales vinculadas hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.*
4. *El capital de dos o más personas jurídicas pertenezca, en más del 30%, a socios comunes a éstas.*
5. *Las personas jurídicas o entidades cuenten con uno o más directores, gerentes, administradores u otros directivos comunes, que tengan poder de decisión en los acuerdos financieros, operativos y/o comerciales que se adopten.*
6. *Dos o más personas naturales o jurídicas consoliden Estados Financieros.*
7. *Exista un contrato de colaboración empresarial con contabilidad independiente, en cuyo*

caso el contrato se considerará vinculado con aquellas partes contratantes que participen, directamente o por intermedio de un tercero, en más del 30% en el patrimonio del contrato o cuando alguna de las partes contratantes tengan poder de decisión en los acuerdos financieros, comerciales u operativos que se adopten para el desarrollo del contrato, caso en el cual la parte contratante que ejerza el poder de decisión se encontrará vinculado con el contrato.

8. *En el caso de un contrato de colaboración empresarial sin contabilidad independiente, la vinculación entre cada una de las partes integrantes del contrato y la contraparte deberá verificarse individualmente, aplicando alguno de los criterios de vinculación establecidos en este artículo.*

Se entiende por contraparte a la persona natural o jurídica con la que las partes integrantes celebren alguna operación con el fin de alcanzar el objeto del contrato.

9. *Exista un contrato de asociación en participación, en el que alguno de los asociados, directa o indirectamente, participe en más del 30% en los resultados o en las utilidades de uno o varios negocios del asociante, en cuyo caso se considerará que existe vinculación entre el asociante y cada uno de sus asociados.*

También se considerará que existe vinculación cuando alguno de los asociados tenga poder de decisión en los aspectos financieros, comerciales u operativos en uno o varios negocios del asociante.

10. *Una empresa no domiciliada tenga uno o más establecimientos permanentes en el país, en cuyo caso existirá vinculación entre la empresa no domiciliada y cada uno de sus establecimientos permanentes y entre todos ellos entre sí.*
11. *Una empresa domiciliada en territorio peruano tenga uno o más establecimientos permanentes en el extranjero, en cuyo caso existirá vinculación entre la empresa domiciliada y cada uno de sus establecimientos permanentes.*
12. *Una persona natural o jurídica ejerza influencia dominante en las decisiones de*

²⁷ El texto original fue modificado inicialmente por el artículo 13 del Decreto Supremo N° 194-99-EF, posteriormente por el artículo 6 del Decreto Supremo N° 045-2001-EF y, finalmente, por el artículo 2 del Decreto Supremo N° 190-2005-EF.

los órganos de administración de una o más personas jurídicas o entidades. En tal situación, se considerará que las personas jurídicas o entidades influidas están vinculadas entre sí y con la persona natural o jurídica que ejerce dicha influencia.

Se entiende que una persona natural o jurídica ejerce influencia dominante cuando, en la adopción del acuerdo, ejerce o controla la mayoría absoluta de votos para la toma de decisiones en los órganos de administración de la persona jurídica o entidad.

En el caso de decisiones relacionadas con los asuntos mencionados en el artículo 126 de la Ley General de Sociedades, existirá influencia dominante de la persona natural o jurídica que, participando en la adopción del acuerdo, por sí misma o con la intervención de votos de terceros, tiene en el acto de votación el mayor número de acciones suscritas con derecho a voto, siempre y cuando cuente con, al menos, el 10% de las acciones suscritas con derecho a voto.

También se otorgará el tratamiento de partes vinculadas cuando una persona, empresa o entidad domiciliada en el país realice, en el ejercicio gravable, anterior, el 80% o más de sus ventas de bienes, prestación de servicios u otro tipo de operaciones, con una persona, empresa o entidad domiciliada en el país o con personas, empresas o entidades vinculadas entre sí, domiciliadas en el país, siempre que tales operaciones, a su vez, representen por lo menos el 30% de las compras o adquisiciones de la otra parte en el mismo período. Tratándose de empresas que tengan actividades por períodos mayores a tres ejercicios gravables, tales porcentajes se calcularán teniendo en cuenta el porcentaje promedio de ventas o compras, según sea el caso, realizadas en los tres ejercicios gravables inmediatos anteriores. Lo dispuesto en este párrafo no será de aplicación a las operaciones que realicen las empresas que conforman la Actividad Empresarial del Estado, en las cuales la participación del Estado sea mayor al 50% del capital.

La vinculación, de acuerdo a alguno de los criterios establecidos en este artículo, también operará cuando la transacción sea realizada utilizando personas o entidades interpuestas, domiciliadas o no en el país con el propósito de encubrir una transacción entre partes vinculadas.

La vinculación quedará configurada y regirá de acuerdo a las siguientes reglas:

- a) En el caso de los numerales 1) al 11) cuando se verifique la causal. Configurada la vinculación, ésta regirá desde ese momento hasta el cierre del ejercicio gravable, salvo que la causal de vinculación haya cesado con anterioridad a dicha fecha, en cuyo caso la vinculación se configurará en dicho período.
- b) En el caso del numeral 12), desde la fecha de adopción del acuerdo hasta el cierre del ejercicio gravable siguiente.
- c) En el caso al que se refiere el segundo párrafo de este artículo, los porcentajes de ventas, prestación de servicios u otro tipo de operaciones así como los porcentajes de compras o adquisiciones, serán verificados al cierre de cada ejercicio gravable. Configurada la vinculación, ésta regirá por todo el ejercicio siguiente.

Adicionalmente, para efectos de lo dispuesto en el inciso 1) del segundo párrafo del artículo 36 [del Texto Único Ordenado] de la Ley [del Impuesto a la Renta], también se configura la vinculación cuando el enajenante es cónyuge, concubino o pariente del adquirente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad."

En el desarrollo de sus operaciones comerciales, las empresas responden a intereses particulares (interés social), los cuales suelen primar sobre el interés de otras empresas, aun cuando éstas formen parte del mismo grupo empresarial; este es un elemento importante que incide en la determinación de la independencia de una empresa. La existencia de un interés único en el grupo empresarial (interés grupal) implica la existencia de subordinación de todas las empresas (subsidiarias o filiales) hacia la matriz (usualmente una *holding*)²⁸, existiendo por tanto una subordinación dentro del conjunto de empresas vinculadas²⁹. Sin embargo, habrá perjuicio en la determinación de un precio entre empresas vinculadas, cuando una de ellas esté en capacidad de someter las rentas de una imposición distinta, lo que podría originar pérdidas o goce de beneficios tributarios³⁰.

5.2 Los precios de transferencia

El concepto de precios de transferencia tiene inicialmente una implicancia económica,

28 Cfr. Echaiz Moreno, Daniel. Los grupos de empresas. Bases para una legislación integral. Lima, Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, diciembre del 2001.

29 Cfr. Rosembuj, Tulio. Fiscalidad Internacional. Madrid, Instituto de Fiscalidad Internacional y Editorial Marcial Pons, 1998, p. 15.

30 Cfr. Picón Gonzáles, Jorge. "Precios de transferencia". En: Portal de la Asociación Fiscal Internacional - Grupo Peruano. Lima, s/f, http://www.ifaperu.org/uploads/articles/295_01_manual_pt.pdf

nutriéndose posteriormente su significado al ser regulado por el Derecho. El análisis económico le corresponde a la Microeconomía, que se encarga de examinar las selecciones individuales (hogares individuales o empresas individuales)³¹, a diferencia de la Macroeconomía que se encarga de examinar los agregados económicos (consumo total, producción total, etc.)³², pues el tema de los precios de transferencia implica la presencia de selecciones individuales sobre los bienes o servicios que son objeto de fijación de precios. Desde la perspectiva económica, los precios de transferencia significan el valor pecuniario que representará el traslado de recursos entre agentes de mercado en la búsqueda de creación de riqueza, es decir, es el valor por el cual los individuos transfieren bienes tangibles o intangibles o prestan servicios con los cuales generan valor o cubren sus necesidades³³.

En el Perú, el concepto de precios de transferencia es relativamente novedoso en el sistema tributario, ya que se le introdujo por primera vez a partir del 2001 mediante la Ley N° 27356. La introducción de la normatividad especial sobre precios de transferencia en la legislación del Impuesto a la Renta tiene por finalidad censurar el pago inferior de dicho tributo en nuestro país, a razón de las sobrevaluaciones o subvaluaciones realizadas en las operaciones entre empresas vinculadas extranjeras y/o ubicadas en paraísos fiscales y empresas nacionales domiciliadas en el Perú.

Para la determinación del precio/margen en las operaciones entre empresas o sujetos vinculados, la normativa fiscal peruana utiliza como base el principio del *arm's length*³⁴, contemplado en el párrafo 1.6 del artículo 9 del Acuerdo del Modelo Fiscal de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) que, a la letra, prescribe: "*Cuando las dos empresas estén en sus relaciones comerciales o financieras, unidas por condiciones aceptadas o impuestas que difieran de las que serían acordadas por empresas independientes, los beneficios que habrían sido obtenidos por una de las empresas de no existir dichas condiciones, y que de hecho no se han realizado a causas de las mismas, podrán incluirse en los beneficios de esa empresa y someterse a imposición en consecuencia*".

Según la norma antes referida, el principio *arm's length* consiste en aplicar el concepto de entidad separada a las transacciones dentro de un grupo económico, es decir, cuando los precios/margen de utilidad de las empresas asociadas no reflejan el citado principio, éstos pueden ser ajustados a aquellos que hubieren existido entre empresas independientes en operaciones y en circunstancias comparables y similares.

Ahora bien, como comenta Enrique Freyre Román, "*una manipulación de los precios, hacia arriba o hacia abajo, puede obedecer a causas como la necesidad corporativa de reducir la carga fiscal, la cobertura de necesidades, del flujo de caja, impuestos o restricciones a la repatriación de utilidades, y de otros conceptos, presiones para la maximización de las ganancias, controles de cambio de divisas, riesgo de mantenimiento de moneda en países con menor estabilidad tributaria, penetración de mercados, entre muchas otras*"³⁵. En atención a lo expuesto, resulta apreciable que los bienes y los servicios objeto de operaciones de comercio entre empresas o sujetos vinculados pueden ser un mecanismo de defraudación fiscal, puesto que las circunstancias de vinculación facilitan la potencial alteración de los precios.

La aludida problemática se aprecia fundamentalmente en operaciones vinculadas que se realizan dentro del ámbito de los grupos empresariales multinacionales, debido a que, a través de una alteración artificial del precio, pueden trasladarse rentas de un país a otro mediante el pago de servicios prestados a nivel interno entre empresas del grupo empresarial y, asimismo, podría imputarse el pago íntegro de dichos servicios a una de las empresas del grupo empresarial que esté constituida y/o domiciliada en un paraíso fiscal. Así pues, se trasladarían las bases imponibles de una jurisdicción a otra y, con ello, se lograría menguar la carga fiscal integral que soportarían las empresas integrantes del grupo empresarial.

Siguiendo a Jorge Picón Gonzáles, para un estudio de precios de transferencia se necesita evaluar la información financiera y descriptiva de las operaciones que las empresas realicen con sus

31 Cfr. Maddala, G.S. y Miller, Ellen. Microeconomía. Nueva York, Editorial Mac Graw Hill, 1993, p. 4.

32 Cfr. Ackley, Gardner. Teoría Macroeconómica. México, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana (UTEHA), 1970, p. 4.

33 Cfr. Iglesias Ferrer, César. Derecho Tributario. Lima, Editorial Gaceta Jurídica, 2000, p. 491.

34 Es menester tomar en consideración lo expuesto por Marcial García Schreck: "El principio de *arm's length* ha sido traducido en la literatura tributaria en idioma español como principio de plena competencia entre las partes, principio de plena concurrencia, principio de libertad de armas, principio de total independencia, principio de independencia entre entidades asociadas, o como condiciones normales de mercado. Sin embargo, siguiendo la traducción adoptada de los documentos oficiales de la OCDE, preferimos la utilización de la denominación principio de libre concurrencia, en consonancia con la expresión recogida inicialmente en nuestra legislación nacional en el artículo 19-B del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta(...)". García Schreck, Marcial. "Problemática de los "servicios intra-grupo"; por una pronta solución integral". En: Portal de la Asociación Fiscal Internacional - Grupo Peruano. Lima, s/f, http://www.ifaperu.org/uploads/articles/303_09_garcia.pdf

35 Cfr. Freyre Román, Enrique. "Precios de transferencia en el Perú". En: Revista Análisis Tributario. Suplemento Especial: Tributación internacional sobre precios de transferencia. Lima, Editorial AELE, diciembre del 2003, p. 3.

partes vinculadas residentes en el extranjero, siendo que la documentación necesaria para analizar estas operaciones se engloba en un estudio que se divide en dos partes: una, Análisis Funcional-Descriptivo; y, otra, Análisis Económico-Financiero³⁶. En ese sentido, los precios de transferencia son los valores o precios que las empresas vinculadas pueden fijarse con la finalidad de reducir su imposición en el país que tenga mayor incidencia tributaria; la legislación peruana del Impuesto a la Renta añade la posibilidad de corregir o ajustar dicho valor a aquel que se establecería entre partes independientes.

La normativa vigente en el Perú regula de manera expresa la finalidad de las normas sobre precios de transferencia, señalando su aplicación cuando la valoración convenida por las partes hubiera determinado un pago del Impuesto a la Renta, en el país, inferior al que hubiere correspondido por aplicación del valor de mercado. Recordemos que al referirnos a valor de mercado, el artículo 32 del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta establece que es aquel valor asignado a los bienes, servicios y demás prestaciones, en los casos de ventas, aportes de bienes y demás transacciones, tanto a título oneroso como gratuito.

En forma específica, el inciso 4 de la referida norma dispone que para las transacciones entre partes vinculadas o que se realicen desde, hacia o a través de países o territorios de baja o nula imposición, el valor de mercado son los precios y monto de las contraprestaciones que hubieran sido acordados con o entre partes independientes en transacciones comparables, en condiciones iguales o similares, de acuerdo a lo establecido en el artículo 32-A del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta. Aquí es menester citar el Informe N° 178-2009-SUNAT/2B0000 donde se indica: *“El pago realizado por un sujeto domiciliado en el país a favor de otro no domiciliado, con el cual no tiene vinculación, a través de una país o territorio de baja o nula imposición (cuenta localizada en el mismo) como contraprestación por un servicio prestado y facturado desde un país que no califica como tal, encuadra en el supuesto establecido en el numeral 4 del artículo 32 del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta”*.

Este artículo 32-A estipula en su inciso a): *“Las normas de precios de transferencia serán de aplicación a las transacciones realizadas por los contribuyentes del Impuesto [a la Renta] con sus partes vinculadas o a las que se realicen desde, hacia o a través de países o territorios de baja o nula*

imposición. Sin embargo, sólo procederá ajustar el valor convenido por las partes al valor que resulte de aplicar las normas de precios de transferencia en los supuestos previstos en el literal c) de este artículo”. El aludido inciso c) empieza por decir: *“Sólo procederá ajustar el valor convenido por las partes cuando este determine en el país un menor impuesto del que correspondería por aplicación de las normas de precios de transferencia”*, para más adelante añadir:

“Tratándose de rentas que no sean imputables al devengo, se deberá observar además las siguientes disposiciones:

1. *Tratándose de transacciones a título oneroso, el ajuste por la parte proporcional no percibida a la fecha en que se debía efectuar el único o último pago, según corresponda, será imputado a dicha fecha.*
2. *Tratándose de transacciones a título gratuito, el ajuste se imputará:*
 - 2.1 *Al período o períodos en que se habría devengado el ingreso si se hubiera pactado contraprestación, cuando se trate de rentas de sujetos domiciliados en el país.*
 - 2.2 *Al período o períodos en que se habría devengado el gasto -aun cuando éste no hubiese sido deducible- si se hubiera pactado contraprestación, en el caso de rentas de sujetos no domiciliados.*

Tratándose de ajustes aplicables a sujetos no domiciliados, el responsable de pagar el impuesto por el monto equivalente a la retención que resulte de aplicar el referido ajuste, será el que hubiese tenido la calidad de agente de retención si hubiese pagado la contraprestación respectiva”.

Por tanto, se coincide con la conceptualización que ofrece Jesús Rodríguez García al sostener que “[el] precio de transferencia es una figura que trata de controlar que los precios en transacciones comerciales entre partes relacionadas sean iguales a aquellos precios que se darían entre empresas o partes no relacionadas con el fin de evitar algún beneficio fiscal; esto es, lo que se busca es fijar mecanismos que permitan controlar las transacciones comerciales entre partes relacionadas con el propósito de que los precios que se manejen entre ellas sean de libre mercado, es decir, que sean iguales a aquellos precios que se darían entre empresas o partes no relacionadas”³⁷.

36 Cfr. Picón González, Jorge. “Precios de transferencia”, obra citada.

37 Rodríguez García, Jesús. Los precios de transferencia y su relación con el principio de capacidad contributiva [Tesis]. México, Universidad de las Américas Puebla, 2005.

5.3 La prohibición de deducción como gasto

El artículo 44 del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta prescribe en su inciso m):

“Artículo 44.-

No son deducibles para la determinación de la renta imponible de tercera categoría:

m) *Los gastos, incluyendo la pérdida de capital, provenientes de operaciones efectuadas con sujetos que califiquen en alguno de los siguientes supuestos:*

- 1) *Sean residentes de países o territorios de baja o nula imposición;*
- 2) *Sean establecimientos permanentes situados o establecidos en países o territorios de baja o nula imposición; o,*
- 3) *Sin quedar comprendidos en los numerales anteriores, obtengan rentas, ingresos o ganancias a través de un país o territorio de baja o nula imposición.*

Mediante Decreto Supremo se establecerán los criterios de calificación o los países o territorios de baja o nula imposición para efecto de la presente Ley; así como el alcance de las operaciones indicadas en el párrafo anterior, entre otros. No quedan comprendidos en el presente inciso los gastos derivados de las siguientes operaciones: (i) crédito; (ii) seguros o reaseguros; (iii) cesión en uso de naves o aeronaves; (iv) transporte que se realice desde el país hacia el exterior y desde el exterior hacia el país; y, (v) derecho de pase por el canal de Panamá. Dichos gastos serán deducibles siempre que el precio o monto de la contraprestación sea igual al que hubieran pactado partes independientes en transacciones comparables.”

Esta norma anti-paraíso prohíbe la deducción de gastos y las pérdidas de capital provenientes de operaciones efectuadas con los sujetos antes descritos. Tras un análisis del alcance de dicha prohibición, resulta evidente que la norma anti-elusiva se restringe a aquellas adquisiciones que generan erogaciones o egresos (considerados como gasto) al contribuyente o sujeto pasivo, pero no los que éste utilice como costo.

La norma transcripta recoge tres supuestos en los que incurriría el proveedor y que conllevaría a la eliminación de la deducción del gasto, los cuales son los siguientes: primero, que sea residente de países o territorios de baja o nula imposición

(usualmente se tratará de una empresa *off-shore* constituida en dicha jurisdicción); segundo, que sean establecimientos permanentes situados o establecidos en países o territorios de baja o nula imposición (por ejemplo, una sucursal creada en dichas jurisdicciones aun cuando la constitución de la matriz se hubiera realizado en otro país que no califique como paraíso fiscal); y, tercero, que, sin quedar comprendidos en los puntos anteriores, obtengan rentas, ingresos o ganancias a través de un país o territorio de baja o nula imposición (bajo esta amplia norma podrían prohibirse los gastos a sujetos domiciliados en el Perú que hubieran obtenido rentas a través de un paraíso fiscal).

Al respecto, Jorge Picón Gonzáles advierte que el adquirente difícilmente estará en capacidad de conocer este tercer supuesto, por lo que, la mayoría de las veces, será inaplicable por la imposibilidad material del contribuyente para verificarlo³⁸.

La prohibición de deducción de los gastos tendrá razón de ser en la medida que el legislador duda de la veracidad de estos y, además, resulta dificultoso que pueda llevar a cabo la correspondiente fiscalización. Por lo demás, el costo computable, es decir, el costo de adquisición, de producción o el valor de ingreso al patrimonio, no se encuentra contenido dentro de la prohibición del citado artículo 44 inciso m) del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta y, por tanto, su deducción está permitida.

Algunos señalan que el motivo de la norma que permite la deducción como costo de adquisición por compras de mercancías provenientes de países, lugares o territorios de baja o nula imposición, ocurriría porque existen numerosas pruebas dirigidas a verificar que son fehacientes, tales como la factura emitida por el no domiciliado (dicha factura debe indicar el nombre y el domicilio del proveedor, la naturaleza de la operación, la fecha y el monto de la operación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51-A del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta) y la Declaración Única de Aduanas (que acredite el ingreso para su consumo a territorio nacional bajo cualquiera de los regímenes aduaneros existentes). Guillermo Grellaud es crítico al decir: *“La adopción cerrada de una regla deja de lado la posibilidad del reconocimiento de un gasto real, colocándonos otra vez en un escenario atentatorio de la capacidad contributiva. Consideramos que la apreciación de la simulación es una labor que corresponde a la Administración Tributaria. Si el gasto es real y causal a la generación de renta gravada y es perfectamente demostrable, el impedimento de su deducción carece de sustento técnico tributario”*³⁹.

38 Cfr. Picón Gonzáles, Jorge. “¿Quién se llevó mi gasto? La Ley, la SUNAT o lo perdí yo...”. Lima, Dogma Ediciones, 2011, ps. 333 a 339.

39 Grellaud, Guillermo. “Gastos relacionados con paraísos fiscales”. En: Revista I+D Tax & Legal. Lima, KPMG, septiembre 2010, N° 1, p. 5.

Cabe precisar que, como puede verse en el inciso m) del artículo 44 del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, materia de análisis, no quedan comprendidos en la prohibición de la deducción como gastos, los gastos derivados de las operaciones de crédito, de seguros o reaseguros, de cesión en uso de naves o aeronaves, de transporte que se realice desde el país hacia el exterior y desde el exterior hacia el país, y de derecho de pase por el canal de Panamá. Dichos gastos serán deducibles siempre que el precio o monto de la contraprestación sea igual al que hubieran pactado partes independientes en transacciones comparables.

5.4 La lista negra⁴⁰

A consecuencia de la utilización de los paraísos fiscales, la recaudación en varios países disminuyó y, por ello, los sistemas de gobierno comenzaron a trabajar en esquemas y a crear dispositivos legales cuyo objetivo sea evitar el menoscabo en la recaudación del Impuesto a la Renta. Para tal accionar estatal, ha debido antes decantarse el mayor dilema de actual política tributaria: para algunos, los paraísos fiscales suponen evasión y fraude fiscal; y, para otros, son legítimas manifestaciones del planeamiento tributario internacional que no son perjudiciales, ya que la competencia impositiva fortalece las políticas fiscales, de modo que los paraísos fiscales juegan un papel importante en el proceso de liberalización, además que las tasas bajas son la mejor fórmula para reducir la informalidad fiscal y evasión.

En el Perú, el artículo 86 del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, norma que fue incorporada a través del artículo 11 del Decreto Supremo N° 045-2001-EF (conocida en su momento como la norma anti-elusión), señala que se consideran países o territorios de baja o nula imposición (entiéndase paraísos fiscales) a los incluidos en el Anexo del referido Reglamento (que suman 43). Dicha norma agrega:

“Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, también se considera país o territorio de baja o nula imposición a aquél donde la tasa efectiva del Impuesto a la Renta, cualquiera fuese la denominación que se dé a este tributo, sea 0% o inferior en un 50% o más a la que correspondería en el Perú sobre rentas de la misma naturaleza, de conformidad con el Régimen General del

Impuesto, y que, adicionalmente, presente al menos una de las siguientes características:

- a) *Que no esté dispuesto a brindar información de los sujetos beneficiados con gravamen nulo o bajo.*
- b) *Que en el país o territorio exista un régimen tributario particular para no residentes que contemple beneficios o ventajas tributarias que excluya explícita o implícitamente a los residentes.*
- c) *Que los sujetos beneficiados con una tributación baja o nula se encuentren impedidos, explícita o implícitamente, de operar en el mercado doméstico de dicho país o territorio.*
- d) *Que el país o territorio se publicite a sí mismo, o se perciba que se publicita a sí mismo, como un país o territorio a ser usado por no residentes para escapar del gravamen en su país de residencia.”*

El Anexo del Reglamento del Impuesto a la Renta presenta un listado de 43 jurisdicciones que son calificadas como países o territorios de baja o nula imposición, los cuales son las siguientes:

1. Alderney
2. Andorra
3. Anguila
4. Antigua y Barbuda
5. Antillas Neerlandesas
6. Aruba
7. Bahamas
8. Bahrain
9. Barbados
10. Belice
11. Bermuda
12. Chipre
13. Dominica
14. Guernsey
15. Gibraltar
16. Granada
17. Hong Kong
18. Isla de Man
19. Islas Caimán
20. Islas Cook
21. Islas Marshall
22. Islas Turcas y Caicos
23. Islas Vírgenes Británicas
24. Islas Vírgenes de Estados Unidos de América
25. Jersey
26. Labuán
27. Liberia

40. Ciro Meza Martínez explica: “La OCDE [Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico] encabeza una ofensiva mundial contra los paraísos fiscales, los cuales han sido utilizados como instrumentos para el lavado de dinero, la evasión de impuestos y el refugio de dineros ilícitos. Esta ofensiva se ha concretado en la determinación de listas negras de paraísos fiscales, las cuales han servido de mecanismos de presión, lo que ha resultado en el compromiso de muchas de estas jurisdicciones de reevaluar sus prácticas lesivas”. Cfr. Meza Martínez, Ciro. “Los paraísos fiscales y la reforma tributaria”. En: Revista de la Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2003, s/n, p. 429.

28. Liechtenstein
29. Luxemburgo
30. Madeira
31. Maldivas
32. Mónaco
33. Monserrat
34. Nauru
35. Niue
36. Panamá
37. Samoa Occidental
38. San Cristóbal y Nevis
39. San Vicente y las Granadinas
40. Santa Lucía
41. Seychelles
42. Tonga
43. Vanuatu

6. Corolario

En las líneas precedentes hemos desarrollado varias ideas de cómo corregir nuestra normatividad tributaria anti-elusión puesto que la actual regulación afecta de manera directa el principio de seguridad jurídica de los contribuyentes cuando se les aplique la norma XVI del Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Código Tributario. También hemos expuesto que la aplicación de la referida norma XVI se encuentra actualmente suspendida, hasta que se reglamenten supuestos de fondo y forma respecto a cómo actuar ante un caso de elusión fiscal.

En aras de mejorar la normatividad de la elusión tributaria en el Perú, recogemos el planteamiento de Rocío Liu Arévalo, quien señala que en la aplicación práctica de esta disposición, deberían establecerse ciertos límites o parámetros para que, en su ejercicio, la Administración Tributaria no incurra en supuestos de abuso; en esa línea, propone la inclusión de mecanismos garantistas al contribuyente tales como: a) que la carga de la prueba debe recaer en la Administración Tributaria para comprobar los supuestos de la mencionada norma XVI, b) establecer un procedimiento a través del cual se conduzca este tipo de investigaciones y las objeciones resultantes de la Administración Tributaria, y c) que se recojan aquellos supuestos donde se detecta elusión tributaria y se plasme en cláusulas específicas⁴¹.

Nos parecen oportunos los aportes de Rocío Liu Arévalo y a ellos queremos agregar que sería adecuado que se elimine la acepción de actos

“artificiosos o impropios” o, de lo contrario, que se defina claramente cuándo es que nos encontramos ante estos supuestos. Asimismo, sería oportuno que se aclare cómo es que la Administración Tributaria actuará ante un caso de elusión tributaria y cómo es que puede defenderse el contribuyente afectado.

Por otro lado, sabiendo que la mayoría de casos de elusión tributaria acontecen a nivel internacional, es menester que nuestra legislación (y la actuación de nuestras autoridades) tenga un enfoque transfronterizo. Además, es imperativo actualizar la regulación que se dio en nuestra normatividad fiscal respecto a los territorios de nula o baja imposición (paraísos fiscales). No menos importante es disminuir la discrecionalidad de la Administración Tributaria ante casos controvertidos, para lo cual debería asentarse jurisprudencia al decidir respecto a si un acto califica o no como elusión tributaria. Y, finalmente, de ser posible, cabría precisar una lista enunciativa (*numerus apertus*), mas no taxativa (no *numerus clausus*), que sirva de guía referencial para la calificación de actos o situaciones como elusión tributaria.

La regulación imprecisa contenida en la norma XVI del Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Código Tributario ha preocupado (y sigue preocupando) justificadamente a los contribuyentes, ya que otorga peligrosa discrecionalidad a la Administración Tributaria –sin parámetros a la vista– para calificar un acto o una situación como elusivos y, en consecuencia, establecer sanciones, que hasta podrían devenir en abusivos por parte del Estado.

Esta coyuntura motivó a que el Estado peruano –y, sobretodo, la SUNAT– se preocupen en precisar la mencionada norma XVI a través de una reglamentación específica que cubra las lagunas jurídicas y salve las controversias que existen a la fecha; sin embargo, hasta ahora no contamos con esta reglamentación, tan sólo se ha suspendido temporalmente su ejecución hasta que se promulgue dicha reglamentación. Auguramos que, en el corto plazo, contemos con la referida reglamentación que, con precisión, brinde seguridad jurídica a los contribuyentes, al establecer parámetros claros a la actuación del Estado al momento de fiscalizar, recaudar y/o sancionar. ☒

41 Cfr. Liu Arévalo, Rocío; Sotelo Castañeda, Eduardo; y Zuzunaga del Pino, Fernando. “Mesa Redonda. Norma XVI: Calificación, Elusión de Normas Tributarias y Simulación”, obra citada, ps. 402 a 403.