

Universidad de Lima  
Escuela de Posgrado  
Maestría en Tributación y Política Fiscal



# **APLICACIÓN DE LA NORMA ANTI ELUSIVA EN OPERACIONES DE APORTE DE CAPITAL CON PRIMA**

Trabajo de investigación para optar el Grado Académico de Maestro en  
Tributación y Política Fiscal

**Enrique Juan Taya Jihuallanca**

**Código 20162770**

**Asesor**

**Nathalie Ninuma**

Lima – Perú  
Noviembre del 2021





**APPLICATION OF THE GENERAL ANTI-  
ABUSE RULE IN ADDITIONAL PAID-IN  
CAPITAL OPERATIONS**

# TABLA DE CONTENIDO

<b>RESUMEN .....</b>	<b>vii</b>
<b>ABSTRACT.....</b>	<b>viii</b>
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO I: ASPECTOS GENERALES.....</b>	<b>2</b>
1.1 Sustento de una cláusula anti elusiva genérica .....	2
1.1.1 Necesidad inherente a la actividad empresarial .....	2
1.1.2. La planificación tributaria .....	3
1.1.3. Aplicación en la realidad peruana .....	5
1.2 La elusión, evasión y sus especies .....	7
1.2.1 Elusión y evasión .....	7
1.2.2 La Simulación con especie de la Evasión fiscal .....	10
1.2.3 El fraude de ley como especie de la Elusión Fiscal .....	12
1.2.4 El abuso del derecho como especie de la elusión fiscal.....	13
1.2.5 Economía de opción.....	14
<b>CAPÍTULO II: LA NORMA ANTIELUSIVA GENERAL PERUANA.....</b>	<b>16</b>
2.1 Antecedente inicial: la norma VIII del Código Tributario.....	16
2.2 Principal jurisprudencia vinculada a la norma VIII .....	18
2.3 Introducción de la Norma XVI en el Código Tributario.....	21
2.4 Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1121 .....	22
2.5 Componentes contenidos en la Norma XVI .....	24
2.5.1 Componente frente a la simulación.....	24
2.5.2 Componente frente a la elusión.....	24
2.5.3 Modalidades elusivas recogidas por la NAG peruana .....	26
2.6 Aplicación de Test para calificación de conductas elusivas .....	27
2.6.1 Test de propiedad o idoneidad .....	27
2.6.2 Test de relevancia jurídico económico.....	28
2.7 Parámetros de fondo y forma para la aplicación de la NAG .....	28
2.7.1 Parámetros de Fondo.....	29
2.7.2 Parámetros de Forma .....	32
2.8 Resoluciones de Superintendencia SUNAT vinculadas a las formas .....	35

<b>CAPÍTULO III: PROBLEMÁTICA OBSERVADA EN LA UTILIZACIÓN DE PRIMAS DE CAPITAL .....</b>	<b>36</b>
3.1 La Ley General de Sociedades.....	36
3.2 La Prima de Capital.....	37
3.2.1 Propósito de la Prima de capital.....	38
3.2.2 La Prima de capital en la Ley General de Sociedades .....	39
3.2.3 Cálculo de la prima de emisión.....	40
3.2.4 Tratamiento contable.....	41
3.3 Derecho de Suscripción preferente .....	41
3.3.1 Propósito del derecho de suscripción preferente.....	42
3.3.2 El derecho de suscripción preferente en la LGS .....	42
3.4 El aumento de capital.....	43
3.4.1 Propósito del aumento de capital .....	43
3.4.2 El aumento de capital en la Ley General de Sociedades.....	44
3.5 La reducción de capital .....	44
3.5.1 Propósito de la reducción de capital .....	44
3.5.2 La reducción de capital en la Ley General de Sociedades .....	45
3.6 Planteamiento del caso.....	45
3.6.1 FASE 1: Aumento de capital social con prima de emisión.....	46
3.6.2 FASE 2: Capitalización de la prima de emisión .....	46
3.6.3 FASE 3: Reducción de capital por devolución de aportes.....	47
3.7 Categorización de la modalidad planteada.....	49
3.8 Norma de cobertura.....	49
3.9 Norma defraudada.....	51
3.10 Aplicación de los test contenidos en la NAG .....	52
3.10.1 Obtención de ahorro o ventaja tributaria.....	52
3.10.2 Test de propiedad o idoneidad .....	53
3.10.3 Test de relevancia jurídica - económico .....	55
3.11 Resultado de la evaluación del caso planteado .....	56
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>57</b>
<b>RECOMENDACIONES .....</b>	<b>58</b>
<b>REFERENCIAS.....</b>	<b>59</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>62</b>

## ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 3.1 Posición inicial y posterior al aumento de capital con prima.....	46
Figura 3.2 Posición inicial y posterior a la capitalización de la prima .....	47
Figura 3.3 Posición inicial y posterior a la reducción de capital .....	48
Figura 3.4 Esquema resumido de la estructura .....	48



## RESUMEN

El propósito de esta investigación es ejemplificar la aplicación de la norma antielusiva general (NAG) vigente desde enero de 2019, para evitar la aplicación de estructuras elusivas que aprovechan el concepto de primas de capital y otras operaciones societarias, logrando la erosión de la base imponible del impuesto, lo que perjudica la recaudación tributaria nacional.

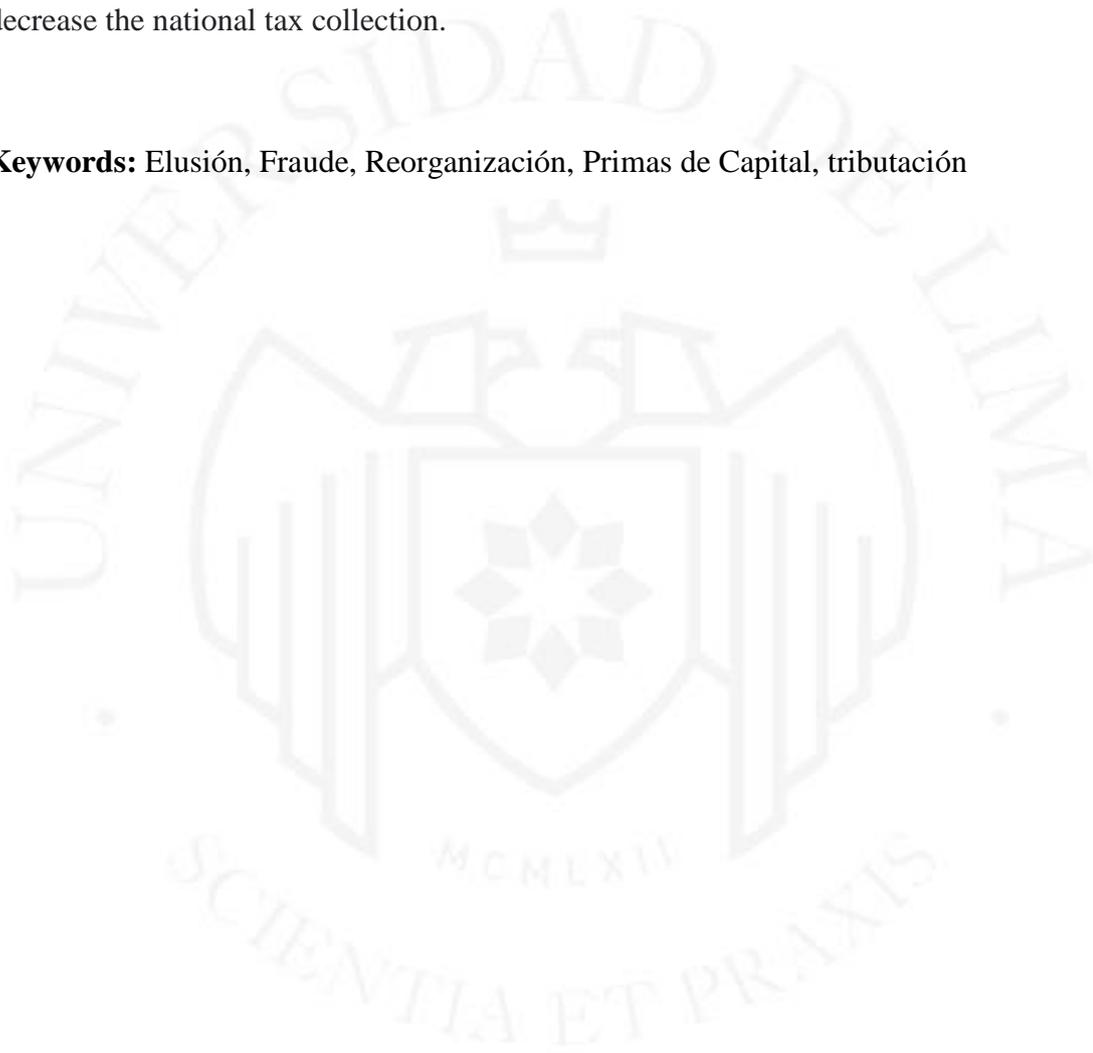
La presente investigación tiene un enfoque descriptivo y correlacional. Asimismo, con la ejemplificación de un caso de fraude de ley tributario realizado entre personas jurídicas mediante el cual se elude el gravamen del supuesto vinculado a una operación de venta de acciones, se pretende recrear el proceso por el cual se configuran los supuestos necesarios para que la NAG sea aplicable y por ello sujeto a aplicarles la norma que hubiera correspondido a los actos usuales o propios.

**Palabras clave:** Elusión, Fraude, sociedades, Primas de Capital, tributación

## ABSTRACT

The purpose of this research is to exemplify the application of the general anti-abuse rule (GAAR), in force since January 2019. The purpose of such rules is to avoid the misuse of the elusive structures that take advantage of the concept of additional paid-in capital and other corporate operations, achieving the erosion of the tax base. These operations decrease the national tax collection.

**Keywords:** Elusión, Fraude, Reorganización, Primas de Capital, tributación



# INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se desarrollará de forma breve y resumida los principales conceptos incorporados en la legislación tributaria peruana que sustentaron la incorporación de una norma anti elusiva de carácter general (NAG), teniendo en cuenta los matices que pueden surgir entre las definiciones aportadas por diversos autores, la doctrina y la jurisprudencia emitida a lo largo de los 25 años desde que se introdujo dicha cláusula en la normativa peruana con la incorporación de la norma VIII en el Código Tributario.

Se comentarán las modalidades de elusión reconocidas en la doctrina y como estas han aterrizado en nuestra legislación, originando y sustentando la necesidad de que el legislador intente combatir el efecto de dichas prácticas en la recaudación estatal de índole tributaria, sin vulnerar los principios de seguridad jurídica y legalidad, sobre los cuales se han cimentado las principales opiniones contrarias a su correcta aplicación por parte de la Administración Tributaria.

Asimismo, se desarrollará el análisis de la aplicación de dicha norma anti elusiva en el supuesto de reorganizaciones societarias que utilizan las primas de capital o emisión con la finalidad de obtener ventaja fiscal, exponiendo de forma clara la diferencia entre un negocio simulado y un esquema de fraude de ley, con el esbozo hipotético de la actuación tributaria de acuerdo a las normas reglamentarias emitidas conjuntamente con los parámetros de forma y fondo, que en la actualidad hacen aplicable la NAG.

Como parte del análisis se efectuará una descripción del objetivo principal que persiguen las normas societarias recogidas en la Ley General de Sociedades, su ámbito de aplicación, principales características y se comentarán los articulados que abordan el aumento y reducción de capital social, así como el tratamiento de las primas de capital.

Finalmente se desarrollará la aplicación de un caso que nos permitirá demostrar la aplicación de la norma antielusiva por parte de la Administración Tributaria, el procedimiento formal establecido para ello y algunos temas controvertidos que surgen de dicha aplicación.

# CAPÍTULO I: ASPECTOS GENERALES

En el presente capítulo se establece un marco conceptual necesario para sustentar la necesidad de contar con una cláusula antielusiva general en nuestro ordenamiento jurídico; asimismo se evocarán algunas de las definiciones de conceptos necesarios de entender con relación a los tipos o modalidades elusivas consideradas en la doctrina, tales como el fraude de ley, el abuso de derecho, entre otros.

Se confrontan también las definiciones de planificación, evasión, elusión y economía de opción en el ámbito tributario, con la finalidad de tener un claro panorama de que existen puntos que las diferencian notoriamente y que también existen similitudes que en opinión de diversos autores sobre la materia aun no pueden ser zanjadas.

## **1.1 Sustento de una cláusula anti elusiva genérica**

Dentro del concepto de prestación tributaria tenemos primordialmente dos partes, dos caras de la moneda, tanto el acreedor como el deudor unido por un vínculo que nace de un hecho previsto en la norma tributaria como “disparador” del nacimiento de la obligación.

Es por ello, que estas dos partes busquen, sin duda obtener el mejor resultado o beneficio en el caso de las entidades negociales que buscan el lucro, lo cual incluye la reducción de la carga impositiva. Mientras que el Estado, en su afán de conseguir recursos necesarios para sostener y financiar el gasto y la inversión pública con la finalidad de solventar las necesidades de los ciudadanos, buscará que la Administración tributaria tenga las herramientas para lograr una “tributación justa”<sup>1</sup>

### **1.1.1 Necesidad inherente a la actividad empresarial**

Uno de los principales objetivos empresariales es la reducción de costos, los cuales incluyen la “optimización” de la carga fiscal que afronta el negocio en calidad de aportante o contribuyente del estado en el que desarrolla sus actividades o donde obtiene beneficios, lo cual, en el caso de la legislación peruana, lo coloca bajo la aplicación de

---

<sup>1</sup> Objetivo que forma parte de la Misión de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT

principios fundamentales como son el deber equitativo de contribuir, el de solidaridad en materia tributaria para con el Estado y, por supuesto, el de obtener de este seguridad jurídica sobre las consecuencias de las decisiones que tome para lograr este objetivo.

Los negocios han desarrollado diversas técnicas y herramientas para lograr este objetivo, mediante la elaboración de planeamientos fiscales como estrategia para la toma de decisiones, que les permite aprovechar de diferentes opciones recogidas en el ordenamiento jurídico del estado donde desarrollan sus actividades, e inclusive hacer uso de los espacios normativos contenidos en convenios de doble imposición firmados con otras naciones para obtener mayor ventaja.

### **1.1.2. La planificación tributaria**

Según Corneel (1967), “el planeamiento tributario consiste en seleccionar la mejor de diversas formas disponibles para lograr el fin económico general deseado por el cliente, y el mejor de los métodos alternativos para manifestar la operación específica por la cual se decidió” (p. 7).

Nótese, que bajo este concepto de planeamiento tributario cualquier cambio sustancial en la normativa tributaria, en el proceso administrativo o en los hechos, cambiaría la configuración del tributo. Es por ello que existen diversas metodologías cuasi alineadas a un método científico, a través del cual mediante “ensayo – error” se estudian esquemas jurídicos buscando una mejor solución al problema de cómo lograr la disminución de la carga fiscal.

Bajo dicha óptica, podría ser cuestionable la posibilidad de variar o modificar los hechos, ya que como se mencionó anteriormente, el planeamiento busca una consecuencia fiscal sin alterar necesariamente el resultado económico.

Para Sánchez, A. el objetivo de la planeación fiscal “es la optimización de los recursos para el cumplimiento de la menor carga fiscal posible dentro de los márgenes legales, sin llegar a incurrir en ilícitos y buscar las mejores alternativas para el cumplimiento dentro de la norma legal. (como se cita en Camaal, 2019, p. 195)

Finalmente, Mondini (s.f.) señala que:

La planificación fiscal, tal y como la conceptualiza la doctrina, consiste en una estrategia económica que trata de elegir la vía de acción más eficiente fiscalmente,

es decir, aquella que, entre todas las alternativas posibles e igualmente legales, permite minimizar lo más posible la carga tributaria...

Por tanto, la planificación se sitúa en un territorio cuyas fronteras son, por un lado, el ‘ahorro fiscal’ o ‘economía de opción’, que son conductas lícitas y legítimas y, por otro lado, el resto de conductas -elusión fiscal, o abuso de la legislación, o fraude de ley- cuyo rasgo común radica en ser formalmente secundum legem, pero en la substancia contra legem; esto es, son ilícitas por ir en contra de la intención de la ley pero sin ser ilegítimas en su significado propio puesto que no suponen violación de ninguna prohibición legal, es decir, evasión. (p. 2)

En ese sentido, el objetivo elemental de la reducción u optimización de la carga fiscal es inherente a cualquier actividad empresarial, y estos pueden o no plasmarse en esquemas o instrumentos de planificación tributario. El problema se origina cuando dichos planeamientos se tornan en lo que algunos autores denominan “agresivos” (PTA), delimitando el problema a las modalidades de elusión fiscal.

Por lo cual resulta necesario y coherente que la Administración Tributaria cuente con una herramienta que la faculte para cumplir con sus funciones de fiscalización y, de corresponder, aplique las sanciones administrativas que correspondan a los esquemas elusivos que se encuentren dentro de los parámetros establecidos en la cláusula anti elusiva general.

Al respecto, sobre las planificaciones agresivas, Estrada Alonso (2016) señala que “el objetivo... es reducir al máximo la imposición, con plena intención y conocimiento; para ello, utilizarán fideicomisos, doble acreditación de pérdidas, gastos o beneficios fiscales a través de entidades o instrumentos híbridos, entre otros” (p. 50).

Asimismo, la OCDE mediante el grupo encargado de la elaboración del Estudio sobre el papel de los intermediarios fiscales, esbozo una definición de lo que se puede entender como PTA, partiendo de aquella que:

- Implique adoptar una posición fiscal que posee fundamento o defensa formalmente legal, pero que tiene consecuencias imprevistas y no deseadas sobre la recaudación tributaria.
- Implique adoptar una posición fiscal favorable para el contribuyente sin revelar abiertamente a la Administración Tributaria la existencia de un cierto

grado de incertidumbre sobre si ciertos aspectos significativos de la declaración tributaria resultan conformes a la ley o no.

Tal como señalan Calderon y Quintas (2016), este intento de categorización de la noción de planificación fiscal agresiva se reproduce en otros documentos de la OCDE como el “Framework for a Voluntary Code of Conduct for Banks and Revenue Bodies”, y se emplea intensivamente a partir de 2008 en otros informes relacionados con el Proyecto BEPS, particularmente el marco de la Acción 12 que marca la exigencia a los contribuyentes de que revelen sus esquemas de planificación fiscal agresiva. (pp. 20-21)

No obstante, queda claro que aún no se ha logrado una definición exacta de una planificación tributaria “agresiva”, ya que de definirse de forma abierta dicho concepto, bajo las recomendaciones de la Acción 12 de BEPS, podrían ocasionar una excesiva carga formal a los contribuyentes, lesionando la seguridad jurídica que les asiste y dotando a las administraciones tributarias de altos flujos de información que no necesariamente pueda ser procesada por estas.

### **1.1.3. Aplicación en la realidad peruana**

Al respecto, Chu del Aguila (2019) señala que “el Perú se rige por el sistema de civil law ... basado en la existencia de derecho positivo, ha sido respetuoso de su tendencia jurídica y ha evidenciado instancias de codificación de una cláusula anti elusiva general (CAG)” (p. 214).

El citado autor, en el análisis que efectúa sobre la necesidad que el Perú cuente con una NAG en su derecho positivo, señala que justamente a iniciativa de la OCDE la mayoría de los miembros conformantes de esta organización han codificado sus normas anti elusivas, pero que las mismas poseen economías con alto grado de formalidad a diferencia de la economía peruana.

En su opinión, el mayor problema para la administración tributaria peruana corresponde a los altos niveles de informalidad y por consecuencia, la evasión fiscal directa, da pie a que la existencia de las normas anti elusivas genéricas como la que tenemos vigente en la actualidad no resulte conveniente al no alinearse a los objetivos de la Administración, tales como el mejoramiento del cumplimiento tributario y la ampliación de la base.

Al respecto, no es posible acompañar dicha apreciación, ya que no se puede desconocer que la existencia de la NAG contiene implícito el cumplimiento de los objetivos de la administración tributaria señalados en el párrafo precedente, y que por su propia naturaleza los conceptos de evasión y elusión fiscal son distintos y difícilmente la existencia de mayor control sobre grupos formales que utilizan este tipo de esquemas elusivos origine un trasvase de parte del universo de contribuyente formalizados al universo de los informales, esto debido al alto grado de especialización y tecnicismo que es necesario al momento de ejecutar una planificación tributaria agresiva que cuente con elementos elusivos.

Asimismo, hasta el 2018, Perú era uno de los pocos países en Latinoamérica que no contaba con una norma anti elusiva vigente, estando en ese momento a la par de Ecuador, Venezuela, Bolivia y Paraguay que no tienen una NAG o que poseían una norma con algún grado de similitud con esta.

Finalmente, la Administración Tributaria peruana viene ejecutando estrategias que apuntan formalmente a la evasión fiscal que emana de la informalidad, con proyectos como los de masificación de comprobantes de pago, uso de controles electrónicos automáticos en la generación de registros tributarios, sistematización del RUC, entre otros.

Por otra parte, desde el punto de vista cuantitativo, no es un dato menor, que, según estimaciones de la propia SUNAT, el nivel de elusión alcanza los S/ 15,900 millones, mientras que la evasión por IGV llega al S/ 27,634 millones y por el Impuesto a la Renta se estima en S/ 13,993 millones.

(Agencia EFE, 2020, sección Economía).

Por tanto, para efectos de sensación de riesgo del incumplimiento, el contar con una NAG se muestra como de suma importancia para la administración tributaria.

## **1.2 La elusión, evasión y sus especies**

### **1.2.1 Elusión y evasión**

Partimos del precepto de la existencia de consenso en la distinción de los conceptos de evasión y elusión tributaria.

Al respecto, según Blumenstein el concepto de evasión impositiva responde a criterios puramente jurídicos, siendo que la evasión consiste en el hecho de que una prestación impositiva es sustraída al ente público por parte de una persona obligada a la prestación, y se subdivide en dos especies, que llama "sustracción" y "fraude" impositivos. La primera consiste en la sustracción a un ente público, en todo o en parte, de un impuesto que le corresponde. El fraude constituye una especie cualificada por la naturaleza de los medios empleados para lograr la evasión del impuesto. En estas nociones ya se apunta una circunstancia común a ambas modalidades de la evasión que es la presencia de la capacidad económica sujeta a imposición, y otra diferencial que es la utilización de medios "legales" e "ilegales" para que el impuesto resulte impagado total o parcialmente. (como se citó en Albiñana, 1970, p.10)

La evasión transita el camino de la ilegalidad, en contraposición frontal y directa de una norma debidamente codificada, al cual se le suma el carácter de voluntariedad por parte del infractor, conducta que es pasible de ser sancionable.

Pfluker (2018), va más allá definiendo que la evasión es:

La violación abierta de la ley tributaria, sobre la base del dolo, el fraude o el engaño, incurriendo en las conductas delictivas tipificadas en la vigente Ley Penal Tributaria (Decreto Legislativo N° 813, modificado, entre otras normas, por el Decreto Legislativo N° 1114), así como en la Ley de Delitos Aduaneros N° 28008, reglamentada por Decreto Supremo N° 121-2003-EF” (p. 659).

El citado autor equipara la definición de evasión a la de defraudación tributaria o aduanera dentro del marco del delito, postura que es compartida con Hadwa Issa (2019) quien señala que “el término evasión ha sido reservado para designar aquellas conductas que abierta y directamente infringen la ley tributaria y que, además, se encuadran dentro de las conductas tipificadas como delitos tributarios, entre las cuales se encuentra la simulación” (p. 22).

Una definición más amplia la establece Montecinos (2000) quien entiende que:

La evasión: será siempre una reacción ante el impuesto que infringe la ley ... La evasión es más amplia que la noción de fraude o delito tributario. Evadir es simplemente dejar de pagar el impuesto en la medida legal, por las razones que sean, aunque el sujeto obre de buena fe o por ignorancia. La obligación impositiva surgirá por el solo ministerio de la ley, aunque acreedor y deudor lo ignoren, y si no se paga se habrá evadido el impuesto. (p.161)

Asimismo, sobre el concepto de evasión tributaria Villegas (2016) señala que es “Toda eliminación o disminución de un monto tributario producido dentro del ámbito de un país por parte de quienes están jurídicamente obligados a abonarlo y que logran tal resultado mediante conductas violatorias de disposiciones legales” (p. 415).

Por otra parte, la elusión en el ámbito tributario nos lleva a otro camino diferente al trazado por la evasión, ya que, si bien es cierto, ambas aplicaciones tienen como objetivo la reducción o anulación de la carga fiscal (incluyendo su diferimiento), la elusión se centra en evitar que el presupuesto de hecho que genera el nacimiento de la obligación tributaria, se cumpla (o lograr que se difiera), utilizando para ello figuras jurídicas que no necesariamente corresponden a la naturaleza del hecho, pero no por ello son irreales o inexistentes.

Para Albiñana (1970) con respecto a la definición de elusión señala que:

La "elusión" impositiva ("tax avoidance") como un comportamiento del contribuyente por el que renuncia a poseer, materializar o desarrollar una capacidad económica sujeta a gravamen. Se trata, pues, de un comportamiento del particular que se corresponde con la realidad social, y que, por otra parte, se ampara en el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, como uno de los derechos naturales del hombre ... La Ley no impone la obligación de realizar el supuesto de hecho tributario. Y, por tanto, la elusión no contraría a la Ley, pues sólo evita se produzca el supuesto de hecho por ella previsto y regulado. (p.20)

El Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario (ILADT), en las XXIV Jornadas celebradas en Margarita (2008), definió a la elusión como:

Un comportamiento del obligado tributario consistente en evitar el presupuesto de cualquier obligación tributaria, o en disminuir la carga tributaria a través de un medio jurídicamente anómalo, por ejemplo: el abuso de la norma, de la forma o la vulneración de la causa típica del negocio jurídico, sin violar directamente el mandato de la regla jurídica pero sí los valores o principios del sistema tributario.

Adicionalmente, dentro de sus conclusiones se recalca que corresponde a comportamientos lícitos, por tanto, no sujetos a sanción, debiendo corresponderle a la ley encontrar la forma de evitarla y regular los supuestos en los cuales deba ser recalificado el hecho.

En palabras de Bravo Cucci (2018) definiendo el concepto de evasión señala:

En el lenguaje común, la palabra elusión denota una acción, la cual consiste en evitar o evadir la configuración de un hecho, eludir y evadir son palabras que en el lenguaje castellano denotan básicamente lo mismo. La palabra proviene del latín eludere, presente infinitivo de eludo, que significa evitar o esquivar con astucia algo.

El problema radica en el sentido en el que la expresión elusión tributaria es empleada en la doctrina en materia tributaria. Mientras que hay autores que entienden que la elusión tributaria equivale a lograr el ahorro tributario a través de negocios anómalos (fraude a la ley, simulación, negocios indirectos), otros consideran que la elusión se identifica con cualquier tipo de ahorro, inclusive aquellos alcanzados a través de las denominadas economías de opción o la propia abstención de realizar el hecho gravable, existiendo una tercera postura que se identifica a la elusión con el delito tributario (evasión tributaria). Se distingue inclusive la elusión lícita de la elusión ilícita, así como entre la evasión legal y la ilegal. (pp. 425-426)

De los conceptos de evasión y elusión repasados hasta este punto, podemos notar las siguientes diferencias fundamentales:

- En evasión trata de ocultar que el hecho imponible se configuró, naciendo la prestación tributaria, mientras que en elusión el hecho imponible no se materializa.

- La evasión es evidentemente ilícita ya que se contrapone al cumplimiento de una norma vigente; mientras que la elusión, si bien es no incumple la norma, atenta contra el objeto de esta.
- La evasión se cimienta en el ocultamiento de hechos y la falsedad, mientras que la elusión revela esquemas jurídicos reales, pero con un fin distinto a su causa típica.
- Se puede señalar que la Simulación es una especie dentro del concepto de Evasión, mientras que para la Elusión se pueden identificar básicamente dos especies: El fraude de ley y el abuso de derecho

### **1.2.2 La Simulación con especie de la Evasión fiscal**

La definición de acuerdo con el diccionario de la lengua española nos dice que simular es representar algo, fingiendo o imitando lo que no es.

Ahora bien, el Código Tributario no establece definición a dicho término, por lo que es necesario señalar algunas definiciones esbozadas por diversos autores y la establecida en el Código Civil.

El Código Civil peruano, conceptualizado en su Título VI Simulación del acto jurídico, lo siguiente:

Artículo 190.- Simulación absoluta

Por la simulación absoluta se aparenta celebrar un acto jurídico cuando no existe realmente voluntad para celebrarlo.

Artículo 191.- Simulación relativa

Cuando las partes han querido concluir un acto distinto del aparente, tiene efecto entre ellas el acto ocultado, siempre que concurren los requisitos de sustancia y forma y no perjudique el derecho de otro.

(Decreto legislativo N° 295, 1984)

Asimismo, se tiene la siguiente jurisprudencia, que define con mayor detalle el concepto de simulación absoluta:

En la simulación absoluta se aparenta celebrar un acto jurídico cuando en realidad no se constituye ninguno, esto es, existe un concierto de voluntades para presentar

un acto jurídico que no responde a la voluntad real de las partes, de manera que no producirá consecuencias jurídicas entre las partes porque la causa en este supuesto significa crear una apariencia de vinculación jurídica entre estas, apariencia que no corresponde a la realidad y que sólo sirve de medio para producir engaño a terceros. Así, en este supuesto existe un acto simulado el que se muestra ante los demás - que es nulo de acuerdo a la norma citada - y por otro lado no existe ningún acto jurídico disimulado, oculto a la vista de los demás, no existe nada, las partes no desean celebrar acto jurídico alguno...”

(Casación No. 1128-97, 1997)

Por su parte, para Ferrara (1960), “es negocio absolutamente simulado el que, existiendo en apariencia, carece en absoluto de un contenido serio y real. Las partes no quieren el acto, sino tan sólo la ‘ilusión exterior’, que el mismo produce” (p. 173)

Asimismo, con respecto a la simulación relativa señala que “consiste en disfrazar un acto; en ella se realiza aparentemente un negocio jurídico, queriendo y llevando a cabo otro distinto” (Ferrara, 1960, p 205)

En opinión similar Bravo Sheen (2018) señala que:

A diferencia de la simulación absoluta, en la simulación relativa (simulación parcial o disimulación), se alteran determinados elementos de negocios jurídicos ciertos, como, por ejemplo, el precio, o la fecha, o se realiza conscientemente un determinado negocio jurídico que no corresponde con el que en la realidad se está realizando. En efecto, el hecho que la operación se haya subvaluado o sobrevalorado o que se haya realizado en fecha distinta a la indicada en el documento no significa que no haya tenido lugar ni que carezca de consecuencias jurídicas. Estamos frente a un acto cierto, pero las partes se reservan determinados aspectos de su declaración de voluntad. (p. 153)

En la simulación para efectos tributarios, “la disociación o discordancia entre la figura jurídica utilizada y la causa prevista para ella...es frontal como en la simulación absoluta o relativa” (Malherbe & Zuzunaga 2019, p.36).

Del análisis de los conceptos señalados anteriormente, se podría entrar en discusión para determinar cuáles son las principales diferencias entre figuras jurídicas simuladas y otras donde se aplicó el artificio del fraude de ley.

Como ejemplo puede citarse el caso planteado por Hadwa Issa (2019) donde para evitar el pago del impuesto a la Herencia y Donaciones, se oculta un contrato de donación mediante la fachada de un contrato de compraventa de inmueble (y, con pago del precio, por ejemplo, a noventa años). El contrato de compraventa que es el declarado abierta y formalmente por las partes (el que se firma mediante escritura pública, en el que se asigna un precio al bien, se establece un plazo de entrega, etc.) no responde a la voluntad de éstas, sino que sólo lo emplean para encubrir el verdaderamente querido, esto es, el de donación. (p. 30)

En el citado caso, es claro que los efectos del contrato de compraventa con pago diferido a 90 años no son deseados por ambas o alguna de las partes, pero resulta necesario para mantener la figura jurídica aparente, siendo el único objetivo el resultado final de la transacción, que en este caso sería la transferencia del bien sin carga fiscal de por medio.

### **1.2.3 El fraude de ley como especie de la Elusión Fiscal**

Teniendo en cuenta el caso utilizado como referencia en la ejemplificación de la simulación relativa, se puede iniciar con la premisa que, en el fraude de ley, las figuras jurídicas utilizadas no se ocultan y son transparentes a terceros y ante el fisco.

En un esquema de fraude de ley, se hace uso de formas legales (norma de cobertura), se logra la reducción y anulación de la carga fiscal, careciendo dicha operación de sustancia o motivación económica alguna más allá de la fiscal, por lo cual la utilización de dichas formas evidencia la intencionalidad de pasar por encima de la norma fiscal (norma defraudada).

Pero el fraude, como tal no debe confundirse con la conceptualización del fraude de ley o el fraude en materia fiscal.

De acuerdo con el artículo 195° del Código Civil se establece que:

El acreedor, aunque el crédito esté sujeto a condición o a plazo, puede pedir que se declaren ineficaces respecto de él los actos gratuitos del deudor por los que renuncie a derechos o con los que disminuya su patrimonio conocido y perjudiquen el cobro del crédito. Se presume la existencia de perjuicio cuando del acto del deudor resulta la imposibilidad de pagar íntegramente la prestación debida, o se dificulta la posibilidad de cobro.

(Decreto legislativo N° 295, 1984)

Como puede observarse dicha normativa no tiene mayor conexión con lo que doctrinariamente se conoce como fraude de ley en materia tributaria.

Al respecto Bravo Cucci (2006), sobre el Fraude a la Ley señala que:

Es una forma de elusión fiscal consistente en intentar pagar menos tributo posible mediante la realización de actos concretos artificiosos, que se intentan apoyar en la norma jurídica civil, laboral, comercial o en una combinación de ellas (norma de cobertura) para evitar la aplicación de una norma tributaria (norma defraudada), más adecuada al caso por la causa y por la finalidad económica y jurídica del hecho efectivamente realizado. A través de actos jurídicos civil, comercial o laboralmente anómalos, se busca evitar la aplicación de una norma tributaria, pretendiendo caracterizar dicho acto como sometido a otra norma tributaria- normalmente menos gravosa que la que en rigor corresponde- o como uno no sometido a norma tributaria alguna. (p.413)

Otros autores en el mismo sentido se refieren al fraude de ley tributaria como el resultado contrario a una norma tributaria producido por uno o varios actos que se han realizado bajo el amparo formal de una ley tributaria dictada con distinta finalidad de la perseguida por los interesados. (Queralt et al., 2013, p. 168)

#### **1.2.4 El abuso del derecho como especie de la elusión fiscal**

Consiste en la utilización desproporcionada de una norma legal en perjuicio de un tercero, que pasa efectos fiscales es el Estado.

Jaime Lluís y Navas (s.f.) señala que el abuso de derecho consiste en

[El] ejercicio de una facultad o derecho subjetivo, perjuicio de tercero y actuación contraria a la razón de ser de la facultad ejercitada (lo que comprende el propósito de perjudicar y la desproporción entre el beneficio obtenido y el daño causado). Por lo tanto, podríamos considerar equivalente la afirmación de que el abuso de derecho consiste en la extralimitación en el ejercicio de un derecho en perjuicio de tercero ya que el ejercicio contra su razón de ser constituye una extralimitación. (p. 3)

En la misma línea, el Tribunal Supremo español señaló que el abuso de derecho se caracteriza por cuanto “al amparo de una legalidad externa y del aparente ejercicio de su derecho, traspasa en realidad los linderos impuestos al mismo por la equidad y la buena fe”.

De aquí parte la diferencia con el fraude de ley, ya que mientras que, en el abuso del derecho, tenemos que la norma asiste al que abusa de ella, en el fraude de ley se utiliza una norma legal distinta en desmedro de otra, que es la que debió corresponder para la situación específica. Asimismo, el fraude de ley se centra en eludir una norma centrándose en utilizar figuras jurídicas que no necesariamente constituyen un derecho, en la especie del abuso de derecho, el punto consiste en exceder los límites razonables del mismo, con la consecuencia de la generación de perjuicio a terceros.

### **1.2.5 Economía de opción**

El reconocimiento del concepto de economía de opción como el de la realización de actividades lícitas y legítimas para buscar el ahorro fiscal, suele ser bastante discutido, sobre todo por el hecho de trazar su plena diferenciación con las definiciones ya vistas de elusión tributaria y su muy cercana proximidad con la planificación tributaria.

Al respecto Vergara (2006) sostiene que “involucra conductas permitidas, entendiéndola como un proceso metódico y sistemático, constituido por conductas lícitas del contribuyente, realizadas ingeniosamente con la finalidad de aumentar su rentabilidad financiero fiscal, mediante la elección racional de alguna de las opciones legales tributarias que el ordenamiento jurídico establece” (p. 15 y 18)

Tarsitano (2014) conceptualiza de forma contundente la diferencia entre economía de opción de la elusión de la siguiente forma:

A diferencia de la elusión, la economía de opción (planificación fiscal) conlleva la evitación del hecho imponible mediante el uso de formas jurídicas que generan un resultado económico al que el legislador tributario no intentó alcanzar. En este caso, las personas actúan en el ámbito de la libertad otorgado por la ley. Entonces, no se produce tensión alguna entre la conducta del sujeto y el fin de la ley tributaria. En cambio, la elusión involucra la obtención de un resultado que la ley se propuso alcanzar con el tributo. No obstante, ocurre que cierto déficit legislativo permite que el contribuyente lo evite con figuras negociales

alternativas. Es la artificialidad de ese camino alternativo y su falta de correspondencia con la causa típica de todo acto jurídico los dos elementos que definen la elusión. Así pues, economía de opción y elusión son conceptos diferentes. (p. 43)

La denominada economía de opción consiste en el ahorro fiscal que persiguen los contribuyentes a partir de la búsqueda planificada de los espacios libres de tributación que se ofrecen en el sistema jurídico. Es, por tanto, la elección de los sujetos por economizar en el pago de tributos, pero de forma lícita; pues se encuentra respaldada por las normas jurídicas que permiten realizar las actividades de una u otra manera, con mayor o menor costo tributario respectivamente y sin que ello signifique transgredirlas (Sevillano, 2016, p.136).



## **CAPÍTULO II: LA NORMA ANTIELUSIVA GENERAL PERUANA**

En el primer capítulo se tocaron principalmente definiciones vinculadas lo que en forma genérica se suele denominar modalidades elusivas, tratando de apuntalar las principales características de cada una de ellas, y por qué su existencia y su necesario control por parte del fisco, hacen que sea importante la aplicación de una norma antielusiva genérica a la medida de la realidad peruana.

Debido a ello, en el presente capítulo se abordará las características de la norma antielusiva general peruana (llamada abreviadamente NAG), sus antecedentes más cercanos, el origen o la base a partir de la cual se conceptuó en nuestra legislación, la evolución normativa desde la publicación del Decreto Legislativo N° 1121 en el 2012, la suspensión de su aplicación y posterior establecimiento de los parámetros de fondo y forma efectuados en el 2019.

### **2.1 Antecedente inicial: la norma VIII del Código Tributario**

Con fecha 21 de abril del 1996, se publicó el Decreto Legislativo N° 816 mediante la cual se dotó a la SUNAT de facultades para combatir modalidades elusivas. El contenido de la norma original fue el siguiente:

#### **NORMA VIII: INTERPRETACION DE NORMAS TRIBUTARIAS**

Al aplicar las normas tributarias podrá usarse todos los métodos de interpretación admitidos en Derecho.

Para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT atenderá a los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los deudores tributarios. Cuando éstos sometan esos actos, situaciones o relaciones a formas o estructuras jurídicas que no sean manifiestamente las que el derecho privado ofrezca o autorice para configurar adecuadamente la cabal intención económica y efectiva de los deudores tributarios, se prescindirá, en la consideración del hecho imponible real, de las formas o estructuras jurídicas

adoptadas, y se considerará la situación económica real. En vía de interpretación no podrá crearse tributos, establecerse sanciones, concederse exoneraciones, ni extenderse las disposiciones tributarias a personas o supuestos distintos de los señalados en la ley.

(Norma VIII del Título Preliminar del Decreto Legislativo N° 816, 1996)

Como puede observarse, el contenido del segundo párrafo introduce la calificación jurídica a través de una interpretación económica de los hechos que pudiera realizar la SUNAT, también conocido como criterio de sustancia sobre forma (substance over form) mediante el cual prima el contenido de los hechos o actos ejecutados independientemente de la forma legal adoptada.

En su momento, la norma fue altamente controvertida en el sentido amplio de las facultades otorgadas a SUNAT para combatir actuaciones directamente elusivas. Al respecto, autores como Garcia Novoa y Cahn-Speyer, sumado al apoyo de otros especialistas tributarios y de los gremios empresariales, efectuaron comentarios adversos al primer intento de norma antielusiva que se introdujo en la legislación tributaria peruana.

Dichas posiciones en contrario originaron que, mediante el Artículo 1 de la Ley N° 26663, publicada el 22 septiembre 1996 se efectuaron modificaciones al texto original de la Norma VIII de la siguiente manera:

#### **NORMA VIII.-INTERPRETACION DE NORMAS TRIBUTARIAS**

Al aplicar las normas tributarias podrá usarse todos los métodos de interpretación admitidos por el Derecho.

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

En vía de interpretación no podrá crearse tributos, establecerse sanciones, concederse exoneraciones, ni extenderse las disposiciones tributarias a personas o supuestos distintos de los señalados en la ley.

(Artículo 1° de la Ley N° 26663, 1996)

Dicha modificación mediante la cual se eliminó la segunda parte del segundo párrafo que permitía la interpretación económica, tuvo sustento en el hecho de crear inseguridad jurídica a los administrados, al no conocer si las situaciones o estructuras que eligen en el derecho privado cumplen o no con alinearse con el sustento económico subyacente.

La Exposición de Motivos de la Ley N° 26663 señaló que el hecho que la norma VIII faculte a la SUNAT de hacer abstracción de las formas jurídica o de los actos realizados, asumiendo como hechos imponderables situaciones económicas que ellos consideran que son reales (en aplicación del principio “sustancia sobre forma”), podría contradecir el principio de legalidad. Adicionalmente, señaló que, si la SUNAT puede reinterpretar el supuesto de hecho de una norma, crea inseguridad jurídica, dado que nadie en el país podría saber si ha pagado sus tributos o no, porque la SUNAT tendría el poder de interpretar que la situación económica real del contribuyente no es la verdadera. (Del Pozo, 2018, p. 298)

La vigencia de este primer intento de herramienta de control frontal ante las modalidades elusivas estuvo vigente hasta el 2012 en donde se introdujo la norma XVI mediante el Artículo 3° del Decreto Legislativo N° 1121, publicado el 18 de julio de 2012.

Durante el citado periodo de tiempo la SUNAT solo se encontraba habilitada a combatir figuras de simulación, encontrándose atada de manos para actuar frente a la elusión tributaria.

## **2.2 Principal jurisprudencia vinculada a la norma VIII**

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Fiscal, con respecto a la simulación de actos jurídicos, se cuentan con los siguientes antecedentes:

Que la simulación absoluta consiste en la declaración de una voluntad cuyo contenido no se quiere, ni tampoco los efectos jurídicos que se derivan típicamente de él, pues lo que realmente se quiere es ocultar la realidad precedente, sin modificarla, y la relativa, se presenta cuando tras un negocio estructuralmente correcto, pero aparente porque su contenido no coincide con la real voluntad de las partes, se esconde otro negocio con función económica y social distinta, el cual sí refleja los intereses que las partes quieren regular.

Que, en efecto, en la simulación absoluta ‘se finge o simula un negocio inexistente que no oculta o disimula ningún otro. Así, se finge o simula la celebración de una compraventa con el fin de emitir una factura tan falsa como el negocio que se simula ...’, y en la relativa ‘... se simula un negocio falso e inexistente que disimula, disfraza u oculta el negocio efectivamente realizado” (Resolución del Tribunal Fiscal N° 6983-5-2006, 2006).

Este Tribunal admite la posibilidad que la Administración establezca la realidad económica que subyace en un contrato o en un conjunto de actos jurídicos estrechamente vinculados, supeditando dicha actuación a la acreditación fehaciente del negocio que en realidad ha llevado a cabo el contribuyente. La Administración, en virtud al criterio de realidad económica recogido en la norma VIII del Título Preliminar del Código Tributario, se encuentra facultada a tomar en consideración y preferir la real operación efectivamente llevada a cabo, sobre el negocio civil realizado por las partes, encontrándose habilitada a fiscalizar los hechos imponibles ocultos por formas jurídicas aparentes; siendo ello así se acepta la posibilidad de dejar de lado el acto jurídico realizado, y establecer las consecuencias impositivas de la real transacción económica que se ha efectuado.” (Resolución del Tribunal Fiscal N° 10890-3-2016, 2006).

Recoge el criterio de la realidad económica o calificación económica de los hechos, y ... otorga a la Administración la facultad de verificar los hechos realizados ... atendiendo a su sustrato económico, a efecto de establecer si éstos se encuentran subsumidos en el supuesto de hecho descrito en la norma, originando en consecuencia, el nacimiento de la obligación tributaria, pues la aplicación de la mencionada regulación lleva implícita la facultad de la Administración de dejar de lado la formalidad jurídica del acto o negocio realizado por el contribuyente, cuando ésta resulte manifiestamente incongruente con los actos o negocios económicos efectivamente realizados. (Resolución del Tribunal Fiscal N° 06686-4-2004, 2004)

Qué asimismo, el hecho de haberse concertado un préstamo bancario en la misma fecha y por igual monto, y que subsistió con posterioridad al pretendido contrato de arrendamiento financiero revela que el acto jurídico que desea llevar adelante la recurrente a efectos de adquirir el inmueble materia de autos, era el contrato de mutuo bancario y no el arrendamiento financiero, siendo en

consecuencia que los actos realizados habrían otorgado una apariencia de veracidad a un acto carente de validez, con el propósito de gozar del tratamiento tributario dispensado a este último (Resolución del Tribunal Fiscal N° 01115-1-2005, 2005).

Que con relación a que la facultad de recalificación económica prevista en la Norma XVI del Código Tributario, no permite a la Administración evaluar la intención o finalidad económica de los contribuyentes al momento de adoptar una estructura jurídica en una operación para propósitos de recalificarla, resultando indebida si la Administración sustenta su aplicación en que la intención del contribuyente ha sido disminuir su carga tributaria, dado que en tal caso se trataría de un supuesto de fraude de ley cuya vigencia en el contexto de la Norma XVI se encuentra suspendida y que las partes no tuvieron la intención o propósito de engañar, asimismo que los contribuyentes son libres de adoptar la forma jurídica que más convenga a sus intereses (siempre que se trate de una operación real), en atención al principio de economía de opción, debiendo la Administración Tributaria garantizar la libertad de contratar y contractual, las que facultan a las personas a elegir cómo, dónde, con quien y con qué contenido celebrar un contrato, no pudiendo aquella cuestionar la decisión en tanto no acredite indubitadamente que el sustento económico es distinto a la figura jurídica empleada, se debe indicar que ... la calificación económica permite a la Administración identificar el verdadero acto, situación o relación económica efectivamente realizados o perseguidos por los deudores tributarios a fin de aplicarles la norma tributaria correspondiente. (Resolución del Tribunal Fiscal N° 04234-5-2017, 2017)

Adicionalmente, se tiene como referencia la jurisprudencia española que, a través de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de lo Contencioso – Administrativo del 26/04/2012 señaló que:

La simulación supone la creación de una realidad jurídica aparente (simulada) que oculta una realidad jurídica distinta (subyacente) o que oculta la inexistencia del acto o del negocio jurídico. La simulación conlleva la ocultación de la realidad, un engaño que por su propia naturaleza ha de ser intencionado y que merece el consecuente reproche, administrativo o penal, cuando se ha realizado con la finalidad de evitar o disminuir el pago del impuesto. Se desestima la casación.

### **2.3 Introducción de la Norma XVI en el Código Tributario**

Con fecha 18 de julio del 2012, mediante el artículo 3° del Decreto Legislativo N° 1121 se otorgó a la SUNAT facultades para combatir la elusión de tributos, permitiendo la calificación y recalificación aplicables a los actos y/o negocios jurídicos simulados y en fraude de ley, respectivamente. (Moreano Valdivia, 2018, p. 525), modificando la Norma VIII anterior y reemplazándola con un nuevo cuerpo normativo, estableciendo lo siguiente:

#### **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. (Decreto Legislativo N° 1121, 2012)}

#### **2.4 Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1121**

De acuerdo con la exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1121, se señala que con el objetivo de perfeccionar el marco normativo que permita mejorar la competitividad y elevar los niveles de recaudación, se realizan modificaciones al código tributario para combatir conductas elusivas, tomando en cuenta el antecedente de la modificación efectuada a la norma VIII original, en cuanto a la eliminación del párrafo que permitía la calificación jurídica a través de una interpretación económica de los hechos, lo que ante el análisis de diversos autores constituía un exceso a los principios de legalidad y reserva de ley, además de su notoria necesidad de efectuar un análisis subjetivo para probar la intencionalidad de eludir.

Era claro que la existencia de operaciones que se estructuran y ejecutan de forma artificiosa o impropia con la única finalidad de obtener ventaja fiscal (decremento, exención y/o diferimiento), sin mayor contenido económico, que no eran alcanzadas por las facultades otorgadas a la administración tributaria, también fueron tomadas en cuenta como fundamento para la incorporación de la NAG peruana en el ordenamiento jurídico.

Asimismo, se menciona que, si bien los contribuyentes tienen el derecho a elegir las formas jurídicas que mejor convengan a sus intereses, y que para efectos tributarios, sean las menos gravosas posibles, ninguno puede ejercer este derecho en contravención a la función que el sistema jurídico asigna a dichas normas, lo que calificaría dentro del concepto de abuso de derecho.

Por ello, la exposición de motivos agrupa tres criterios que, según la doctrina, permiten distinguir la elusión de la economía de opción los cuales son:

- a) Artificialidad de las configuraciones y formas jurídicas

- b) Inexistencia de motivo distinto al tributario para justificar las figuras jurídicas utilizadas.
- c) Vulneración del espíritu o función de la norma tributaria

Al respecto, cabe resaltar que nuestra NAG, en relación con los criterios señalados anteriormente, se basa en la legislación española, en específico, el artículo 15° de la Ley General Tributaria que señala que:

Se entenderá que existe conflicto en la aplicación de la norma tributaria cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios en los que concurran las siguientes circunstancias:

- a) Que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido.
- b) Que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios.
- c) Para que la Administración tributaria pueda declarar el conflicto en la aplicación de la norma tributaria será necesario el previo informe favorable de la Comisión consultiva a que se refiere el artículo 159 de esta ley.
- d) En las liquidaciones que se realicen como resultado de lo dispuesto en este artículo se exigirá el tributo aplicando la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios o eliminando las ventajas fiscales obtenidas, y se liquidarán intereses de demora.

Redacción similar se encuentra en el artículo 11° del modelo de código tributario del CIAT en lo que respecta a la artificiosidad o impropiedad de los actos, y su consecuencia en la aplicación de las normas tributarias que hubieran correspondido. No obstante, en lo que respecta a la aplicación del test de relevancia jurídico económica, la NAG peruana se redactó en positivo, siendo elusión en caso de corroborar si los efectos de los actos anómalos son iguales o similares a los propios, sin considerar el efecto fiscal.

## **2.5 Componentes contenidos en la Norma XVI**

Como elemento de distinción inicial debemos incidir en el hecho que la norma XVI del Código Tributario peruano está conformado por dos componentes.

### **2.5.1 Componente frente a la simulación**

Los párrafos primero y sexto de la norma XVI, señalan lo siguiente: “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. (Primer párrafo)

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.” (Sexto y último párrafo)

Se aprecia que el primer párrafo de la Norma XVI, repite lo consignado en el segundo párrafo de la Norma VIII precedente modificada por la Ley No. 26663 y con el complemento adicionado en el último párrafo, han sido diseñados para perseguir la simulación, señalando las consecuencias que corresponderían tributariamente a los actos reales.

Por tanto, queda corroborado que el mencionado según párrafo de la norma VIII servía efectivamente para combatir la simulación y no las formas elusivas, sirviendo también de antecedente para esta facultad la jurisprudencia contenida en las RTFs 7577-8-2014, 2251-8-2017, 10617-1-2016, entre otras, mediante las cuales el Tribunal Fiscal acreditó que la facultad de SUNAT de calificar dentro de un procedimiento de fiscalización, formas jurídicas simuladas de formas absoluta o relativa, eliminando las consecuencias adoptadas por dicho acto; aplicándole el efecto tributaria correspondiente a la figura jurídica real que fue disimulado u oculto.

### **2.5.2 Componente frente a la elusión**

La norma antielusiva general, mediante la cual se aborda el control de la elusión de las normas tributarias se desglosa en los párrafos segundo al quinto señalando lo siguiente:

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:

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

Debido a que el componente establecido en el primer y último párrafo de la norma XVI están orientados a regular el tratamiento de los actos realizados bajo simulación absoluta o relativa, podemos traer a colación lo señalado por Bravo (2018) por cuanto la simulación absoluta viene aparejada de ausencia de conducta negocial por lo que involucra un engaño, siendo ese engaño la verdadera voluntad de los simuladores; mientras que en la relativa sí se celebra un negocio pero que no corresponde a la realidad por ser disfrazado.

En ese sentido, la NAG peruana como se menciona en la exposición de motivos se introduce para combatir diversas formas elusivas no alcanzadas por la norma anterior, que son conceptualmente distintas a la simulación, donde el punto central está en la falsedad sobre la causa del negocio jurídico, es decir la inexistencia de dicha causa, mientras que en la elusión no se origina o materializa el hecho imponible ya que se utilizan formas jurídicas atípicas o artificiosas.

### **2.5.3 Modalidades elusivas recogidas por la NAG peruana**

Por exclusión, los conceptos que podrían incorporarse en la aplicabilidad de la NAG serían el fraude de ley tributario, el abuso de derecho, el negocio indirecto y la simulación en la causa.

Al respecto, Malherbe (2018) señala que el fraude del acto jurídico, nada tiene que ver ni con el fraude de la ley ni con la materia tributaria ... en nuestro derecho positivo no (se) regula el fraude de ley.

Asimismo, el citado autor, abordando el abuso de derecho indica que el Título Preliminar de nuestro Código Civil recoge un concepto subjetivo, circunscrito a situaciones de orden civil y que no pueden ser transpoladas a casos tributarios... en nuestra opinión el abuso del derecho institucional y específicamente el referido a la materia tributaria equivale al fraude de ley tributario (p. 39)

Por ello, es necesario recurrir a la doctrina, entendiendo que en el abuso de derecho se exceden los parámetros por o para los cuales fue concebida una norma jurídica, usándola por encima de su finalidad establecida, siendo por ello inoponibles sus consecuencias, en lugar nulas como en el caso la simulación. Mientras que, en el fraude de ley tributario, se distingue la intencionalidad fraudulenta de utilizar formas jurídicas reales en lugar de otras más gravosas fiscalmente, que requieren para efectos de su tratamiento un alto nivel de probanza por parte de las administraciones.

Así lo señala también Perez Arraiz señalando que el determinar la existencia de un comportamiento de fraude a la ley tributaria plantea dificultades, ya que no sólo se requiere la existencia de una actuación encaminada a modificar un supuesto real con el fin de someterlo a un régimen jurídico que no le es aplicable, sino que además es necesario que con dicha actuación se haya querido eludir una norma tributaria. Por todo ello, es muy difícil identificar en cada caso concreto la existencia del fraude a la ley. (como se cita en Del Carpio, 2018, p. 277)

Es por ello que, ante el antecedente de normas antielusivas que utilizaron directamente el concepto del fraude de ley en su concepción jurídica (redacción) las cuales no tuvieron buen puerto debido a su alto grado de subjetividad en el análisis de los casos concretos; se tiene que la mayoría de legislaciones han optado por incorporar en el cuerpo legal de sus NAG la aplicación de los test denominados de “propiedad” y “de

relevancia jurídico económica” así como la incorporación de definiciones necesarias como las vinculadas a lo artificioso e impropio y a la ventaja tributaria.

## **2.6 Aplicación de Test para calificación de conductas elusivas**

La norma XVI en lo que respecta a la NAG establece el cumplimiento concurrente de dos requisitos para su aplicación, los cuales ha sido denominados test de propiedad y test de relevancia jurídico económico.

### **2.6.1 Test de propiedad o idoneidad**

El inciso a) del tercer párrafo de la Norma XVI señala sobre los actos realizados:

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

El test de propiedad justifica la necesaria evaluación de la existencia de causa usual o típica del acto jurídico llevado a cabo y su correlación con la consecuencia alcanzada por su ejecución. De dicha evaluación, efectuada por sólo por la Administración Tributaria – SUNAT, se podrán obtener elementos suficientes que demuestren, en el ejercicio de la facultad conferida a esta institución, si dicho acto o conjunto de actos contienen en su conceptualización un matiz de artificialidad en su o pueden ser considerados como actos jurídicos no propios o inusuales.

Al respecto, Mur Valdivia (2018) señala que, aunque la libertad de contratación permite construir nuevas figuras, las innovaciones no soslayan los límites de la “causa”, por lo que cualquier figura “atípica” -por creativa que sea- debe ajustarse al parámetro de licitud en sus fines para que pueda recibir protección legal. (p. 584)

Adicionalmente señala que forman parte de esta calificación como negocios anómalos los denominados como: indirectos, fiduciarios, simulados y negocios con formas abusivas. En todo caso, prepondera como elemento homogeneizador que en ningunos de estos casos existe una relación causal entre la forma jurídica utilizada y los resultados obtenidos.

### **2.6.2 Test de relevancia jurídico económico**

El otro requisito concurrente, para calificar un como acto elusivo es el contenido en el inciso b) del tercer párrafo de la Norma XVI que señala sobre los actos realizados:

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.

El test de relevancia jurídico económico, busca evidenciar si el acto realizado tiene consecuencias económicas equivalentes a los actos típicos o regulares, por tanto, permite evidenciar si existe una finalidad distinta a la mera obtención de ventaja fiscal, por tanto debe demostrarse lo que en palabras de Villagra (2018) es el “propósito comercial del negocio ... la única razón por la cual el contribuyente realizó el negocio jurídico fue para obtener una 'ventaja tributaria' indebida, ilegítima, abusiva (porque para ello desnaturalizó la causa jurídica del acto negocial celebrado, test de propiedad). (p. 731)

En opinión de Chirinos (2018):

A diferencia del test anterior, el test de relevancia jurídico-económica no evalúa ningún elemento objetivo ni base jurídica civil, siendo puesto en práctica únicamente a través de un criterio de “razonabilidad”, concepto fundamental en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos del common law. En este test son importantes las intenciones, motivaciones y el olos propósitos de la transacción. (p. 203)

Por tanto, resulta evidente que es en este punto donde la carga de la prueba para demostrar que las formas adoptadas por el deudor tributario solo buscaron obtención de beneficio fiscal, corresponde a la SUNAT, siendo necesarios el establecimiento de parámetros de fondo y forma para dicho fin.

### **2.7 Parámetros de fondo y forma para la aplicación de la NAG**

Mediante el Decreto Supremo N° 145-2019-EF publicado el 06 de mayo del 2019 (en adelante el Decreto), se establecieron los parámetros de forma y fondo para la aplicación de la norma antielusiva general establecida en la Norma XVI.

En la misma se establecen definiciones como la efectuada para los siguientes términos:

- Ahorro o ventaja tributaria: A la reducción total o parcial de la deuda tributaria; a la reducción o eliminación de la base imponible; a posponer o diferir la obligación tributaria o deuda tributaria; a la obtención de saldos a favor, créditos, devoluciones o compensaciones, pérdidas tributarias o créditos por tributos; a la obtención de inmunidad tributaria, inafectación, no gravado, exoneración o beneficio tributario; a la sujeción a un régimen especial tributario; a cualquier situación que conlleve a que la persona o entidad deja de estar sujeto o reduzca o posponga su sujeción a tributos o el pago de tributos.
- Economía de opción: A la acción de elegir y el resultado de elegir llevar a cabo actos que tributariamente son menos onerosos que otros posibles o disponibles en el ordenamiento jurídico y respecto de los cuales no se presentan ninguna de las circunstancias previstas en los literales a) y b) del tercer párrafo de la norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario.

Entendemos que el hecho de definir el concepto de economía de opción tiene por objetivo diferenciar a esta actuación legítima de las modalidades que se consideran, a la luz de la aplicación de los test de propiedad y de relevancia jurídico-económica, como elusivas y dejar en claro que la norma antielusiva general no proscribe toda forma de ahorro fiscal.

### **2.7.1 Parámetros de Fondo**

No obstante, el Decreto Supremo omite esbozar definiciones a los conceptos artificiosidad e impropiedad. Esto es explicado en la exposición de motivos del decreto en la cual se señala que esto se debe a que el legislador decidió seguir las prácticas internacionales referidas a las cláusulas antielusivas, que incorporan la aplicación de una serie de exámenes y evaluaciones a las situaciones concretas que se ponen bajo la lupa de la administración tributaria, y en la cual le corresponde a esta probar el contenido elusivo, más allá de la mera indagación de la intencionalidad del deudor tributario para ejecutar algún esquema atípico.

Asimismo, se precisa que la facultad de la SUNAT para aplicar la NAG debe contar con una adecuada motivación sobre los hechos y la interpretación de las normas, por cuanto al contener la NAG conceptos jurídicos indeterminados (no definidos), se requiere un margen de apreciación de los hechos que permitan identificar su contenido y luego de ellos la extensión de los conceptos jurídicos que le corresponden, lo cual debe ser evaluado en cada caso concreto.

Añade la norma, a manera de lista enunciativa, una serie de situaciones que se podría considerar la aplicación de la NAG, entre las cuales se destacan las reorganizaciones empresariales con apariencia de poca sustancia económica y los actos, situaciones o relaciones económicas que no guarden relación con el tipo de operación ordinaria para lograr los efectos jurídicos deseados, entre otras situaciones. Al ser enunciativo el carácter del artículo 6° del Decreto, pueden incluirse nuevos supuestos o situaciones, a diferencia de una lista de carácter taxativo.

Por último, el artículo 7° del Decreto establece tomar en consideración dentro de la evaluación y análisis efectuado al amparo de los incisos a) y b) del tercer párrafo de la Norma XVI, los siguientes aspectos (lista también enunciativa y no limitativa):

- a) La manera en la que el acto o actos fueron celebrados y ejecutados.

Se observa que en este punto se les brinda peso a las formas utilizadas, pero también a su proceso de ejecución, ya que es conocido que en diversas modalidades elusivas es sumamente importante la concatenación y ejecución ordenada de actos, que vistos de forma independiente carecen de sustancia económica alguna no obstante son inocuos fiscalmente, pero analizados en su conjunto persiguen un fin exclusivamente de obtener ventaja fiscal.

- b) La forma y la sustancia del (de los) acto(s), situaciones o relaciones económicas.

Al respecto Tarsitano (s.f.), señala que:

Cuando esa sustancia económica no se expresa en la figura jurídica adecuada, se habla de un conflicto entre forma y sustancia y, si a la vez, tal antinomia se traduce en una vía de escape del impuesto, se habla de elusión. El problema es que la adecuación entre forma jurídica y sustancia económica se realiza siguiendo procedimientos de

subsunción que obedecen a criterios disímiles. El análisis de las instituciones jurídicas nos demuestra que tal adecuación forma parte del proceso de investigación del intérprete en la aplicación de la ley, y se funda en las reglas de la calificación jurídica. (p. 4)

c) El tiempo o período en el cual el acto o actos fueron celebrados y la extensión del período durante el cual el acto o los actos fueron ejecutados.

El aspecto temporal cobra preponderancia en el análisis, pero nuevamente va a depender del caso específico bajo análisis, ya que, si bien la ejecución de actos jurídicos adoptados puede haber considerado el diferimiento del hecho imponible para fines, por ejemplo, de compensación con pérdidas tributarias, situación que podrías trascender más de un periodo tributario. Es por ello, que el aspecto temporal o periodicidad en los actos, debe analizarse de forma conjunta con otros factores, como la vinculación de los intervinientes, la complejidad de la operación, las regulaciones específicas de estas; pero sobre todo contrastándola con la periodicidad usual de la forma evitada.

d) El resultado alcanzado bajo las normas del tributo específico bajo análisis, como si la norma anti-elusiva general no aplicase.

Permite definir si efectivamente solo se logra una ventaja fiscal producto de la ejecución del acto jurídico elegido por el deudor tributario.

e) El (Los) cambio(s) en la posición legal, económica o financiera del sujeto fiscalizado que resultó, resultaría o sea razonable esperar que resulte de la celebración o ejecución del (de los) acto(s) o de la configuración de las situaciones o relaciones económicas.

f) El (Los) cambio(s) en la posición legal, económica o financiera de cualquier persona que tiene o ha tenido conexión (de negocios, familiar, u otra naturaleza) con el sujeto fiscalizado que resultó, resultaría o sea razonable esperar que resulte de la celebración o ejecución del (de los) acto(s) o de la configuración de las situaciones o relaciones económicas.

g) Cualquier otra consecuencia para el sujeto fiscalizado o para cualquier persona que tiene o ha tenido conexión (de negocios, familiar, u otra naturaleza) con aquel, derivada de la celebración o ejecución del (de los) acto(s).

En los incisos e), f) y g), se efectúa la revisión de los efectos de la forma o formas jurídicas ejecutadas por los intervinientes del esquema sujeto a escrutinio, nuevamente para corroborar las implicancias de la aplicación del test de relevancia jurídico económico.

h) La naturaleza de la conexión (de negocios, familiar, u otra naturaleza) entre sujeto fiscalizado y cualquier persona afectada por el (los) acto(s) o de la configuración de las situaciones o relaciones económicas.

Si bien, tanto las situaciones en las que se podría considerar la aplicación de la NAG, así como las consideraciones para analizar los actos, situaciones y relaciones económicas, son listas enunciativas no cerradas, brindan en algún sentido un parámetro objetivo para la determinación de actos elusivos, tratando de otorgarle a la aplicación de la NAG un tamiz garantista y certeza jurídica a los contribuyente, lo que a su vez se ve complementado con los parámetros de forma que se explican a continuación.

### **2.7.2 Parámetros de Forma**

Dentro de los parámetros de forma establecidos en el Decreto, se establece el carácter definitivo del procedimiento de fiscalización que realice SUNAT (no puede aplicarse en uno de tipo parcial) y la necesaria opinión del denominado Comité Revisor para efectos de la aplicación de la NAG, quien definirá si existen o no de elementos suficientes para aplicarla.

El citado Comité Revisor también dispondrá la aclaración y/o complementación del informe a que se refiere el artículo 62-C del Código Tributario en los casos que en el citado informe no se hayan evaluado aspectos contenidos en el expediente de fiscalización relacionados con la aplicación de la NAG; pudiendo citar al contribuyente, por única vez, para que exponga sus razones respecto de la observación contenida en el informe elaborado por el fiscalizador. Cabe resaltar que el acto administrativo contiene la opinión del Comité Revisor no puede ser impugnado.

Cabe resaltar que el artículo 10° del Decreto establece diversos parámetros procedimentales en la ejecución de una fiscalización en la cual se va a aplicar la NAG, tal como las siguientes:

- Se notifica al contribuyente requerimiento específico con las observaciones y solicita sustento legal y/o documentario, en caso de estimarse la existencia de las circunstancias previstas en los literales a) y b) del tercer párrafo de la norma XVI.
- Vencido el plazo otorgado, el requerimiento es cerrado notificándose la evaluación a los descargos efectuados.
- Se notifica el requerimiento del artículo 75 del Código Tributario, y posteriormente, vencido el plazo y evaluados los descargos que este hubiera presentado, el agente fiscalizador elabora el informe a que se refiere el artículo 62-C del Código Tributario el cual, una vez revisado por el jefe del área de fiscalización o auditoría, debe ser:
  - a) Notificado al sujeto fiscalizado, quien en el plazo máximo de diez (10) días hábiles contados a partir de la fecha en que surta efecto dicha notificación debe declarar los datos de todos los involucrados en el diseño o aprobación o ejecución de los actos, situaciones o relaciones económicas materia del referido informe, en la forma y condiciones que se establezcan mediante resolución de superintendencia.
  - b) Remitido al Comité Revisor, conjuntamente con el expediente de fiscalización, en un plazo máximo de quince (15) días hábiles contados desde el día en que surta efecto la notificación del citado informe.
- En caso de ser necesario el Comité Revisor estime puede devolver el informe y el expediente de fiscalización para que sea complementado o aclarado. Este informe complementario o aclaratorio, revisado por el jefe del área de fiscalización, también debe ser notificado al sujeto fiscalizado antes de su derivación al Comité Revisor. Esta derivación se efectúa en un plazo no mayor

a los diez (10) días hábiles contados a partir de la fecha en que el comité realice la solicitud de complementación o aclaración.

- Una vez obtenida la opinión del Comité Revisor, se notifica al sujeto fiscalizado de acuerdo al artículo 104 del Código Tributario, agregándose el documento y la constancia de notificación al expediente de fiscalización.
- La opinión del Comité Revisor respecto de la aplicación de la NAG es vinculante para el procedimiento de fiscalización, por lo que esta se consignará en resultado del requerimiento emitido de acuerdo con el artículo 75 del Código Tributario.

Finalmente, el Decreto en sus disposiciones complementaria finales establece algunas obligaciones para la administración tributaria SUNAT, destinadas a garantizar el procedimiento tales como:

- Difundir las conductas elusivas en su portal institucional: mediante nota de prensa N° 011-2020, se publicó la primera versión del Catálogo de Esquemas de Alto Riesgo Fiscal, conteniendo a modo de infografías, cinco modalidades entre las que se puede destacar: la explotación de marca en propiedad de accionista para generar gasto a empresa vinculada y menor carga fiscal, la constitución de patrimonio autónomo en el exterior para venta de acciones de empresa domiciliada, cambio de domicilio de empresa no domiciliada para uso de beneficios por CDI, cesión de marca a empresa localizada en países donde solo se tributa por la fuente territorial y uso de empresa con pérdidas tributarias que presta servicio de gerenciamiento a otra con utilidades.

El catálogo no ha sido actualizado a la fecha.

- En relación a la aplicación garantista de la NAG, se considera el compromiso de capacitación interna de la SUNAT, la adopción de criterios de importancia fiscal y la evaluación de la oportunidad del incumplimiento detectado para efectos de los procedimientos de fiscalización a ejecutarse.

Al respecto se puede observar que en el Anexo 02 de la RSNAAF N° 140-2020-SUNAT, como parte de la Matriz del plan de desarrollo de personas de la

SUNAT se establece la capacitación sobre la Norma Antielusiva General. No obstante, los criterios de programación de actuaciones de fiscalización, al corresponder a las estrategias planificadas por la Administración, no son puestas al conocimiento de los contribuyentes.

- Sobre la gestión efectuada por el comité revisor, se señala que debe publicarse la estadística de casos recibidos, atendidos y el sentido de las opiniones emitidas, en el portal institucional. Dichas estadísticas no han sido publicadas a la fecha en el citado portal institucional.

## **2.8 Resoluciones de Superintendencia SUNAT vinculadas a las formas**

Posteriormente, con fecha 26 de julio de 2019 se publicaron las resoluciones de superintendencias N° 152 y 153-2019-SUNAT, estableciendo las formas y condiciones para que el sujeto fiscalizado presente la declaración señalada en el artículo 62-C del Código tributario y las normas necesarias para la implementación, organización y funcionamiento del comité revisor, respectivamente.

Con respecto al formato, este se refiere a la obligación de declarar los datos de todos los involucrados en el diseño o aprobación o ejecución de los actos, situaciones o relaciones económicas materia del informe que ha de remitirse al comité revisor. Adicionalmente, la RS establece las formas y los lugares para presentar el formato aprobado, recalando el plazo máximo conforme a los señalado en el Decreto.

Por su parte la RS 153, establece la composición del comité revisor (03 titulares y 03 suplentes) los que tienen que ser ratificados por el Superintendente Nacional. Asimismo, se establecen los requisitos para forma parte del citado comité, el procedimiento para su selección y las causales para el término del nombramiento en estas funciones. Cabe resaltar que el primer comité revisor fue designado mediante Resolución de Superintendencia N° 257-2019/SUNAT publicada el 13 de diciembre del 2019.

## **CAPÍTULO III: PROBLEMÁTICA OBSERVADA EN LA UTILIZACIÓN DE PRIMAS DE CAPITAL**

Con la finalidad de comprender cómo funciona o se aplica una norma antielusiva general, es decir la norma XVI contemplada en el Código Tributario peruano, se propone un caso en el cual se utiliza el concepto de primas de capital dentro de una serie de operaciones societarias efectuadas con el capital, con el fin de obtener una ventaja fiscal, en este caso la neutralización de la configuración del hecho imponible consignado en el Impuesto a la Renta por la ganancia de capital derivada de la enajenación de acciones.

Para llegar a ello es necesario primero, revisar algunos conceptos vinculados a la posible norma de cobertura que en este caso hipotético corresponde a la Ley General de Sociedades.

### **3.1 La Ley General de Sociedades**

La ley N° 26887 “Ley General de Sociedades” fue promulgada el 09 de diciembre de 1997 con la finalidad de ser un instrumento legal que proporciona las pautas jurídicas o legales para el funcionamiento regular de aquellas empresas que se constituyen como sociedad.

El artículo 2° del citado cuerpo normativo establece que:

Artículo 2.- **Ámbito de aplicación de la Ley**

Toda sociedad debe adoptar alguna de las formas previstas en esta ley. Las sociedades sujetas a un régimen legal especial son reguladas supletoriamente por las disposiciones de la presente ley.

La comunidad de bienes, en cualquiera de sus formas, se regula por las disposiciones pertinentes del Código Civil.

Asimismo, mediante su Libro IV “Normas Complementarias” establece la regulación para los procesos de reorganización societaria.

Por otra parte, se debe tener presente que “la buena fe es el fundamento y razón del comportamiento social de las personas lo que debe estar en todas las relaciones que se originen.

El artículo 168° del Código Civil establece que el acto jurídico debe interpretarse de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de buena fe y, como sabemos, la buena fe se presume, ergo la mala fe tendrá que ser probada y de comprobarse, no tendrá ninguna protección.

Para Guerra (2010):

En la Ley General de Sociedades se acoge este principio, estando prevista la protección a los terceros, siempre que hayan actuado de buena fe. Al referirnos a las relaciones, éstas o deben entenderse sólo en aquellas relaciones civiles entre particulares sino también en las relaciones con entes públicos o principalmente con la Administración de Justicia. (p. 11)

### **3.2 La Prima de Capital**

La prima de capital o prima de emisión traduce la necesidad de tener un mecanismo para equiparar los derechos y/o participación de los accionistas de una sociedad en el ámbito de una ampliación de capital que permita el ingreso de nuevos socios.

Ante la necesidad de tener mecanismos de financiamiento para las operaciones o proyectos propios del negocio, los nuevos aportantes realizan contribuciones que pueden ser significativos frente al capital de la sociedad, por lo que es necesario considerar que el aumento de capital que realice el ingresante al accionariado, no deberá ser realizado pagando sólo el valor nominal de las acciones, sino que deberá pagar una prima de capital por dichas acciones que va adquirir como parte de su inversión.

La prima tiene como función la nivelación de la situación patrimonial de los nuevos accionistas con los antiguos, que son los que habían venido soportando la constitución de reservas a costa de reducir la cuantía de los beneficios repartibles en periodos anteriores y por tanto, también los únicos que hasta ese momento habían venido corriendo los riesgos inherentes a una empresa social. (Sanchez Andres, 1994, p. 77)

### 3.2.1 Propósito de la Prima de capital

Al considerarse a la prima de capital como la diferencia entre el valor del capital tras la aportación del nuevo accionista y lo que realmente coloca ese accionista, dicha diferencia se constituye en un agente de protección de los accionistas iniciales al momento de dar entrada a nuevos accionistas.

En relación con el objetivo buscado a través de las primas de capital Boldó Roda señala que:

La razón de ser de la prima se encuentra en la distinción entre los antiguos y los nuevos accionistas, en la medida que han sido los primeros los que han trabajado para que la sociedad llegue al nivel en que se encuentra en el momento de la emisión. De acuerdo con ello y en la medida en que la constitución de reservas sirve para que los valores patrimoniales de la sociedad rebasen la cifra de capital, si esta cifra aumenta sin que lo hagan al mismo tiempo las reservas, se producirá una disminución del porcentaje del excedente patrimonial. Por eso se puede exigir a los nuevos suscriptores una prima proporcional a las reservas constituidas antes de la nueva emisión.

De no existir se rompería la igualdad entre los accionistas, el equilibrio entre reservas. Se trata, como ya se apuntó doctrinalmente, de que la con prima sea un medio eficaz para lograr el robustecimiento patrimonial que en la empresa se consigue mediante la constitución de reservas y la justa valoración del activo. (como se cita en Salas Sánchez, 2003, p. 128)

De acuerdo a lo señalado por Marh Delgado (1973) la prima de capital es:

La prima de emisión de acciones constituye una aportación o desembolso complementario de los accionistas. Y en principio se produce cuando concurre esta doble circunstancia:

- Que se trate de una ampliación de capital y no de una suscripción inicial.
- Que la acción representativa del aumento se emita por encima de la par.

En nuestra opinión, es de índole jurídico-económica: mantener la proporción que existía, antes del aumento de capital, entre capital y reservas

efectivas acumuladas. En una ampliación de capital a la par, la acción se desvaloriza porque la misma cantidad de reservas se distribuye entre un mayor número de acciones (pp. 961-971)

A la par de Marh Delgado quien señala que “por su origen la prima no es un beneficio sino una aportación complementaria”, similar posición sostiene De la Cámara (1996) quién refiriéndose a la prima de capital, señala:

Este fondo puede asimilarse, en cierto modo, al fondo de reserva estatutario o voluntario, aunque no se nutra de beneficios, pues bajo ningún concepto cabe considerar la prima como beneficio. Es equivocado suponer que la sociedad experimenta un beneficio por el hecho de colocar sus acciones con un sobreprecio, pues este sobreprecio procede de sus socios, aunque sean éstos los que adquieran esta condición al suscribir por primera vez acciones de la sociedad con ocasión del aumento de capital. La distinción entre lo que es beneficio para la sociedad y lo que es beneficio para el socio es válida en cuanto quiere expresar que las ganancias sociales no pasan automáticamente a poder del socio, sino que permanecen en el patrimonio social hasta que se decida su reparto, pero no debe exagerarse hasta el punto de reputar beneficios los ingresos que la sociedad obtiene a expensas de sus propios socios. La prima de emisión, no es, pues, beneficio sino aportación. (p. 113)

En ese orden de ideas se puede ir señalando, que la naturaleza de la prima de capital o emisión no ha sido pensada como vehículo para obtención ganancias para los accionistas, teniendo eminentemente un fin contributivo para la sociedad.

### **3.2.2 La Prima de capital en la Ley General de Sociedades**

La Ley General de Sociedades establece en su artículo 85° que la suma que se obtenga en la colocación de acciones sobre su valor nominal es una prima de capital.

Asimismo, en su artículo 233° señala que:

Las primas de capital sólo pueden ser distribuidas cuando la reserva legal haya alcanzado su límite máximo. Pueden capitalizarse en cualquier momento.

Si se completa el límite máximo de la reserva legal con parte de las primas de capital, puede distribuirse el saldo de éstas.

Al respecto según Marh Delgado (1973) sugiere que los posibles destinos para las reservas por primas más importantes son los siguientes:

- Incorporación a la reserva legal
- Incorporación a la cuenta de capital
- Distribución a los accionistas

Las primas de capital sólo pueden ser distribuidas cuando la reserva legal haya alcanzado su límite máximo. Pueden capitalizarse en cualquier momento.

Si se completa el límite máximo de la reserva legal con parte de las primas de capital, puede distribuirse el saldo de éstas. (p. 966)

En ese mismo sentido la norma peruana que rige a las sociedades, en su artículo 202° señala que el aumento de capital puede originarse en ... 3. La capitalización de utilidades, reservas, beneficios, primas de capital, excedentes de revaluación.

Podemos concluir el presente punto señalando, que existe consenso en que el objetivo de las primas de capital dentro del ámbito de las operaciones societarias que realizan los entes jurídicos es básicamente contributivo

Solo en los casos que haya cumplido con el requisito establecido en el artículo 233° de la Ley General de sociedades, podrá repartirse a los demás accionistas.

### **3.2.3 Cálculo de la prima de emisión**

Teóricamente el valor de la prima correspondiente a cada acción debería ser rigurosamente proporcional al importe de las reservas. (Garrigues & Uría, 1952, p. 381)

Pero en la práctica no existe un procedimiento normado que sea aplicable para determinar el monto que debe pagar el aportante ingresante al bloque accionario, por lo que se toman diversos criterios, tales como el valor de mercado de las acciones, la posición de la empresa en el mercado, su solvencia, liquidez, proyección de crecimiento, entre otros factores. Esto puede obedecer incluso a la realización de estudios contratados tanto por el nuevo aportante como por la propia empresa para llegar a un importe razonable que justifique el pago del considerado como “derecho de piso”.

Al respecto Sanchez Andres (1994) señala que:

La determinación de la prima es, antes de nada, un asunto de prudencia en el plano financiero, y de leal comportamiento y respeto a la buena fe, que en la actuación de su medida concreta adopten los administradores; una medida que deberá tratar de coordinar el interés de la sociedad con el más escrupuloso respeto a los derechos de los accionistas” (pp. 90-91)

#### **3.2.4 Tratamiento contable**

Existe el cuestionamiento sobre si en la capitalización de las primas se produce solo un traspaso contable o una operación simultanea donde se configura la distribución y el aporte.

De acuerdo con el Plan contable General Empresarial vigente en el Perú aprobado por el Consejo Normativo de Contabilidad, se contempla la utilización de la cuenta contable “Capital Adicional”, en la cual se incluye la divisionaria denominada 521 Primas (descuento) de acciones, en la cual se anotan o registran las variaciones en exceso o defecto entre el valor nominal de las acciones y el precio pagado por ellas en una emisión; o entre el valor nominal y su precio de compra en el caso de las acciones de tesorería. Incluye también la diferencia cambiaria que se genera entre la fecha del acuerdo y la fecha de pago del aporte, cuando éste se ha acordado en moneda distinta a la del curso legal.

Cabe resaltar que, al presentar información vinculada a acuerdos societarios, que por mandato de Ley es obligatoria la inscripción de dichos acuerdos en los registros públicos, reflejará de forma transitoria dichas transacciones, debiendo transferirse posteriormente a la cuenta de 50 Capital una vez que los acuerdos sean inscritos.

#### **3.3 Derecho de Suscripción preferente**

El derecho de suscripción preferente es que permite a los accionistas originales de una sociedad la opción de suscribir acciones nuevas en el momento de realizar un aumento de capital, lo cual se efectuara en la proporción de participación que tenga en el accionariado.

### **3.3.1 Propósito del derecho de suscripción preferente**

El objetivo intrínseco es proteger el patrimonio de los accionistas originales, evitando que al darse una ampliación del capital se origine que su participación en la empresa se vea “licuada” por el ingreso de los nuevos accionistas.

De acuerdo con lo teorizado por Montoya (2019), ante los aumentos de capital ya sea por nuevos aportes o capitalización de créditos:

Nace el derecho de los accionistas para que se respete su participación porcentual en el capital social. La expectativa de todo accionista es pues mantener un nivel de inversión en la sociedad, y consecuentemente un nivel de control, una permanencia de derechos mínimos en función del porcentaje de participación en el capital social, ya que este último tiene la función jurídica de medir los derechos en la sociedad de capitales. A mayor participación en el capital social, mayor es la expectativa para controlar la sociedad. (p. 56)

### **3.3.2 El derecho de suscripción preferente en la LGS**

De esa manera se encuentra establecido en el artículo 207° de la LGS, que señala lo siguiente:

Artículo 207° Derecho de suscripción preferente:

En el aumento de capital por nuevos aportes, los accionistas tienen derecho preferencial para suscribir, a prorrata de su participación accionaria, las acciones que se creen. Este derecho es transferible en la forma establecida en la presente ley.

No pueden ejercer este derecho los accionistas que se encuentren en mora en el pago de los dividendos pasivos, y sus acciones no se computarán para establecer la prorrata de participación en el derecho de preferencia.

No existe derecho de suscripción preferente en el aumento de capital por conversión de obligaciones en acciones, en los casos de los artículos 103 y 259 ni en los casos de reorganización de sociedades establecidos en la presente ley.

Asimismo, en los artículos 208° al 201° de la LGS se establecen el procedimiento para el ejercicio del derecho de suscripción preferencial, la emisión de un título denominado certificado, entre otras cuestiones procedimentales.

Si bien es notorio que ambas figuras tienen un objetivo proteccionista hacia los accionistas originales, en opinión de Sanchez Andrés (1994):

La acumulación de la prima con el derecho de suscripción es suficientemente justificada, en base a dos argumentos principales: El primero, que la prima, siendo un instrumento con efecto anti dilución, nunca asegurará la conservación del antiguo porcentaje de votos, que protege mejor el derecho de suscripción preferente. El segundo, el derecho de suscripción preferente, es un mecanismo insuficiente, en aquellos casos en que las acciones no cotizan en Bolsa, en los que, por consiguiente, la venta del derecho de suscripción puede resultar muy difícil a la falta de un mercado institucionalizado en el que ese derecho pueda negociarse. (p. 987)

Hasta este punto hemos visto que tanto la prima de capital como el derecho de suscripción preferente en los aumentos de capital son instrumentos propios para su utilización dentro del derecho societario, sin mayor incidencia tributaria por su propia naturaleza.

### **3.4 El aumento de capital**

Según la definición atribuida por Laroza (2000)

El aumento de capital es [1]la realización de nuevos aportes de bienes o derechos a favor de la sociedad, que incrementan o fortalecen su activo y mejora su situación económica, a cambio de la entrega a los aportantes de nuevas acciones o del aumento del valor nominal de las acciones existentes. (p. 332)

#### **3.4.1 Propósito del aumento de capital**

Las principales motivaciones para efectuar un aumento del capital social de la empresa son las siguientes:

- Insuficiencia de capital para los fines que son buscados por la sociedad.
- Incrementar el control o la posición del bloque accionarial
- Estrategia para la salida de accionistas no deseados por el grupo de poder dominante en el bloque accionarial.

- Incorporación de acreedores
- Búsqueda de posición de solvencia frente a terceros e instituciones bancaria
- Otras propias a la actividad empresarial de la sociedad y por mandato legal de la LGS.

### **3.4.2 El aumento de capital en la Ley General de Sociedades**

La Ley N° 26887 - Ley General de Sociedades (LGS), señala en su artículo 201° que “El aumento de capital se acuerda por junta general cumpliendo los requisitos establecidos para la modificación del estatuto, consta en escritura pública y se inscribe en el Registro”.

Asimismo, el artículo 202° señala las principales modalidades para realizar un aumento de capital, a saber: por nuevos aportes, capitalización de créditos contra la sociedad, capitalización de utilidades, reservas, beneficios, primas de capital, excedentes de revaluación; y por los demás casos previstos en la ley.

Cabe resaltar, como ya se mencionó en el punto referido a la suscripción preferente de capital, que existen estos instrumentos que permiten salvaguardar el interés económico y el poder de decisión o control con el que cuentan los accionistas originales.

## **3.5 La reducción de capital**

### **3.5.1 Propósito de la reducción de capital**

Las principales motivaciones para efectuar una reducción del capital social de la empresa son las siguientes:

- Exceso de capital para la realización de actividades (costo de oportunidad)
- Compensación de pérdidas
- Constitución de reservas legales y voluntarias
- Condonación de obligación o compromiso de aporte
- Otras de carácter legal

### 3.5.2 La reducción de capital en la Ley General de Sociedades

La normativa aplicable a la reducción de capital se encuentra contemplada en los artículos 215° al 220°.

En particular el artículo 216° señala que la reducción de capital determina la amortización de acciones emitidas o la disminución del valor nominal de ellas, teniendo las siguientes modalidades: La entrega a sus titulares del valor nominal amortizado, la entrega a sus titulares del importe correspondiente a su participación en el patrimonio neto de la sociedad, la condonación de dividendos pasivos, el restablecimiento del equilibrio entre el capital social y el patrimonio neto disminuidos por consecuencia de pérdidas; y otros medios específicamente establecidos al acordar la reducción del capital.

### 3.6 Planteamiento del caso

La estructura de actos jurídicos por analizar corresponde a la utilización de operaciones concatenadas sobre el capital social de una persona jurídica, con los siguientes parámetros:

La persona jurídica NEWCO SA desea ingresar al bloque accionario de la empresa GRANCO SA, la cual tiene dos accionistas:

<b>Accionista Original</b>	<b>Nro Acciones</b>	<b>Porcentaje Participación</b>	<b>Valor nominal por acción</b>	<b>Total</b>
SalienteCorp	49,000	49%	100	4'900,000
OriginalCorp	51,000	51%	100	5'100,000

El accionista SalienteCorp ha decidido salir del bloque accionario de GRANCO SA, lo cual ha dejado constancia a través de su Directorio nombrando apoderados que se encarguen de efectuar las gestiones para dicho fin, e inclusive en periodos anteriores ha efectuado la venta de bloques de acciones al otro accionista OriginalCorp hasta quedarse con el 49% mostrado en el cuadro anterior.

Luego de realizar evaluaciones de debida diligencia de carácter legal, operativo y económico, SalienteCorp determina un valor por acción de S/ 150 teniendo en cuenta que el valor nominal de las acciones es S/ 100, lo que origina que por el bloque total de acciones del SalienteCorp tengan un valor total de S/ 7'350,000, por lo que de enajenarse en favor de NEWCO obtendría una ganancia por S/ 2'450,000

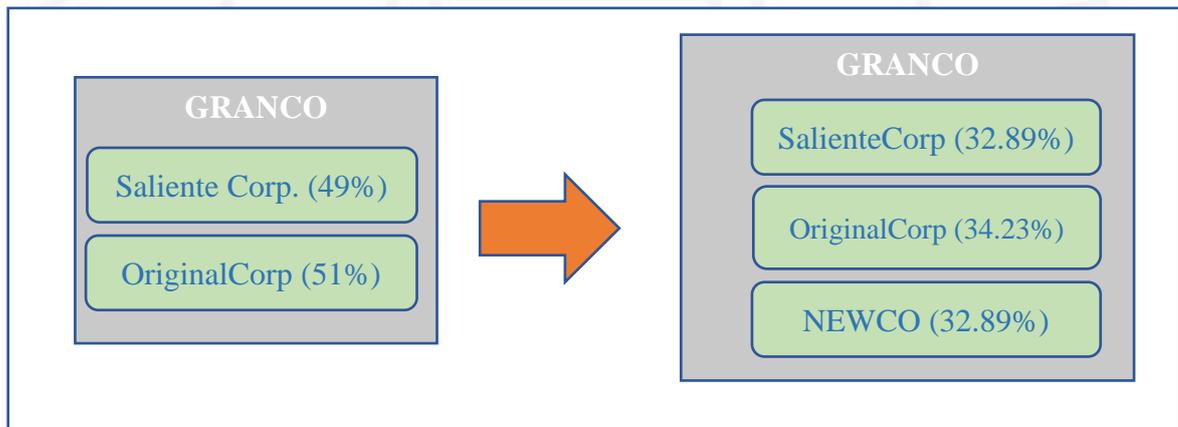
Ante dicha situación, con aprobación de los representantes legales de ambos accionistas originales (OriginalCorp y SalienteCorp), así como de la aceptación por parte de NEWCO, se plantea la utilización de la siguiente forma jurídica con la finalidad de evitar el nacimiento de la obligación tributaria que le correspondería a la ganancia de capital por la enajenación de acciones:

### 3.6.1 FASE 1: Aumento de capital social con prima de emisión

El accionista ingresante NEWCO aporta capital por el importe de S/ 4'900,000 y efectúa el aporte de una prima de capital por el importe de S/ 2'450,000. Tanto SalienteCorp y OriginalCorp renuncian a aplicar su derecho de suscripción preferente en dicho aporte de capital.

**Figura 3.1**

*Posición inicial y posterior al aumento de capital con prima*



### 3.6.2 FASE 2: Capitalización de la prima de emisión

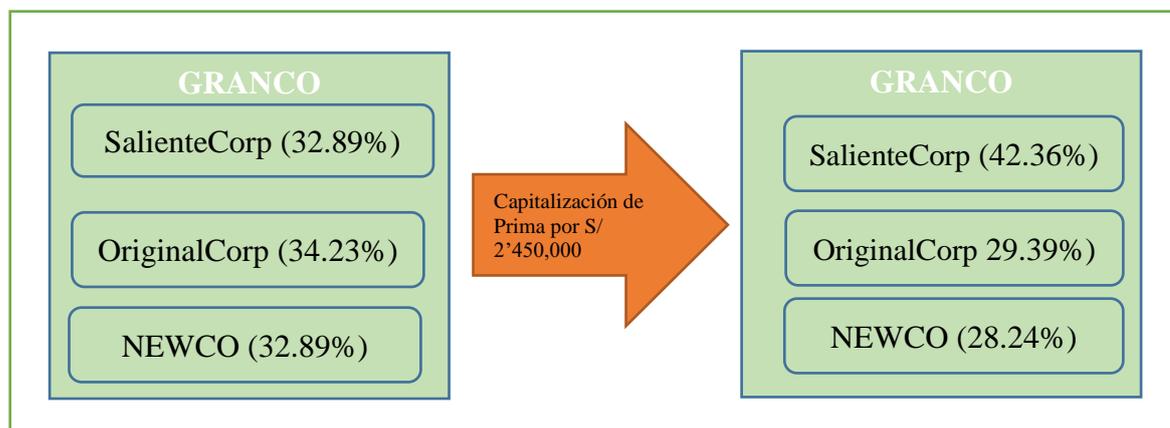
En la segunda fase del esquema OriginalCorp y NEWCO renuncian a su derecho de capitalizar la prima de emisión aportada por NEWCO en la fase 1 en favor de SalienteCopr por S/ 2'450,000

Producto de esta segunda operación societaria se tiene un movimiento en el bloque de participación accionarial, que otorga a SalienteCorp la calidad de accionista mayoritario por encima de OriginalCorp quien tenía esa condición al inicio del esquema.

Por tanto, la nueva composición del bloque de accionistas se refleja de la siguiente manera:

### Figura 3.2

*Posición inicial y posterior a la capitalización de la prima*



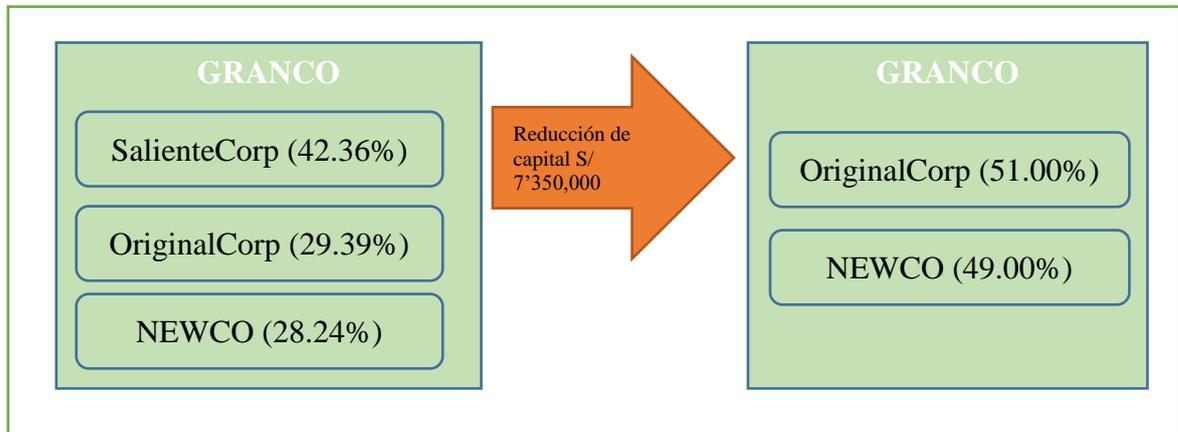
#### 3.6.3 FASE 3: Reducción de capital por devolución de aportes

Finalmente, SalienteCorp a través de una reducción de capital por devolución de aportes a los accionistas aprobado por Juna General, se procede a amortizar las aportaciones efectuadas por SalienteCorp efectuando el retiro de S/ 7'350,000, monto que está compuesto por su participación inicial en la fase 1 (que era de S/ 4'900,000) más el importe de la prima de capital pagada por el accionista ingresante NEWCO por el importe de S/ 2'450,000.

Posterior a la reducción de capital el bloque de accionistas queda conformado de la siguiente manera:

**Figura 3.3**

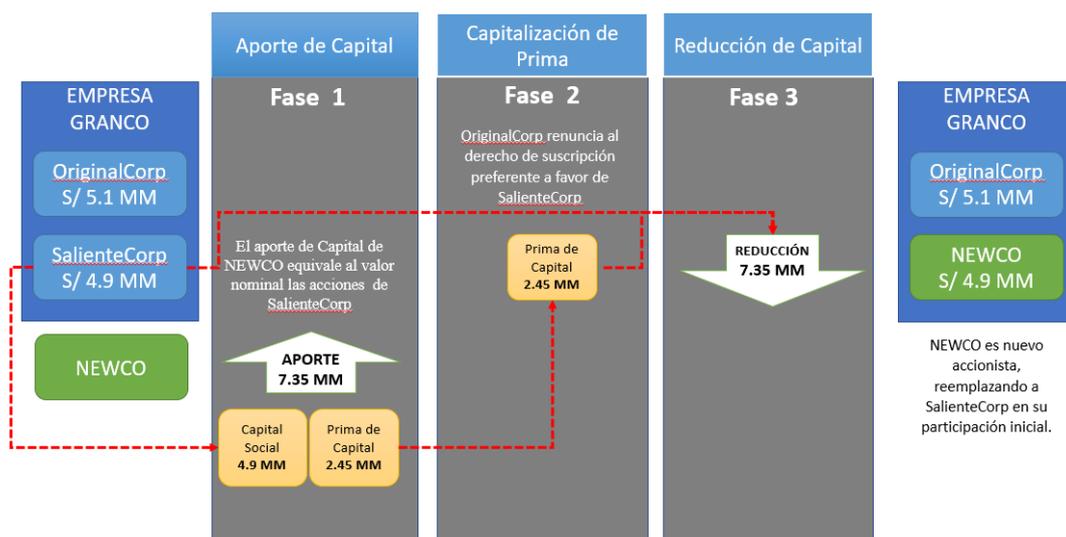
*Posición inicial y posterior a la reducción de capital*



Como puede observarse, de la comparación de la figura 01 y la figura 03, simplificando los efectos del aumento del capital por nuevos aportes (que incluye prima de emisión), seguido de capitalización de la prima y posterior reducción de capital por devolución de aportes se tiene el siguiente esquema consolidado:

**Figura 3.4**

*Esquema resumido de la estructura*



El reemplazo del socio original SalienteCorp por el nuevo socio NEWCO resulta evidente, ya que mantiene el mismo nivel de aportación y porcentaje de participación que en la posición inicial.

### **3.7 Categorización de la modalidad planteada**

De acuerdo con las modalidades señaladas en el capítulo de aspectos generales del presente trabajo, se evidencia que el caso planteado cumple con las características que corresponden al fraude de ley debido a que con el esquema utilizado no se encuentra bajo el alcance del hecho imponible contenido en la ley, en este caso la enajenación de acciones.

Además, a través de las fases 1, 2 y 3 realizadas de manera ordenada y concatenada, se obtienen similares resultados a los que se hubieran obtenido de realizar una enajenación, ya que la propiedad sobre las mismas fue trasladada del accionista original al accionista ingresante, obteniendo una margen diferencial (ganancia) el primero.

Finalmente, la dinámica de los hechos materializados a través de las tres fases planteadas denota un camino no usual o apropiado para el ingreso y/o salida de accionistas dentro de la composición accionarial de una entidad jurídica.

### **3.8 Norma de cobertura**

Denominamos norma de cobertura a aquel cuerpo legal o conjunto de normas que son utilizadas para efectos de disminuir o esquivar el efecto tributario que derivaría de la operación que se persigue, evadiendo las consecuencias de la aplicación de la norma defraudada.

En el caso planteado, se utiliza los siguientes artículos de la Ley General de Sociedades (en adelante LGS):

- a) Fase 1: Aporte de Capital con prima
  - Artículo 201° de la LGS para el aumento de capital efectuado por el accionista ingresante.
  - Artículo 85° de la LGS para el pago de excedente sobre el valor nominal de las acciones de la accionista saliente.

- Artículo 207° de la LGS para la aplicación del derecho de suscripción preferente. Es importante recalcar que la presente norma juega un rol importante en el esquema planteado ya que a través de ella se va a “dirigir” o conducir los efectos elusivos buscados en el planeamiento. Es evidente que, de existir mayor dispersión de accionistas o menor control en la entidad, la utilización del esquema elusivo planteado en el presente caso será inviable, ya que se requeriría mayor disposición por parte de los accionistas no intervinientes en la operación para “alinearse” al objetivo buscado.
- b) Fase 2: Capitalización de la prima
- Artículos 201° y 202° de la LGS para el aumento de capital y la capitalización de la prima
  - Artículo 233° de la LGS, que posibilita la capitalización una vez cubierta la reserva legal. Cabe resaltar que de acuerdo con la “norma de cobertura”, dicha capitalización puede realizarse en cualquier momento, situación que posibilita la utilización del esquema en diferentes momentos de actuación.
  - Artículo 207° de la LGS para la aplicación del derecho de suscripción preferente en cuanto a la capitalización de la prima. En este punto, se evidencia con mayor claridad la “atipicidad” de los actos realizados, ya que como se explico en el análisis de las primas de capital y el derecho de suscripción preferente, ambos mecanismos se utilizan para salvaguardar o resguardar los intereses de los accionistas originales, sirviendo como herramienta de equilibrio entre el interés de los accionistas originales frente a los accionistas ingresantes, situación que se trastoca en esta fase del esquema ya que la suscripción preferente se utiliza nuevamente para dirigir el “beneficio” hacia una de las partes en desmedro o bajo la aceptación de la otra.
- c) Fase 3: Reducción de capital por devolución de aportes
- Artículo 216° de la LGS, por la reducción de capital bajo la modalidad de entrega del valor nominal al accionista original saliente. En este punto, se logra completar el esquema elusivo con la salida del accionista el cual

obtiene el beneficio revestido bajo la forma de prima de emisión por la transferencia de sus acciones a la entidad ingresante.

### **3.9 Norma defraudada**

En el presente caso, de acuerdo con la modalidad planteada, la norma defraudada se encuentra contenida en la Ley del Impuesto a la Renta (LIR), en específico, la que proviene de la enajenación de acciones.

Al respecto, el inciso b) del artículo 1° de la LIR establece que están sujetas al impuesto las ganancias de capital.

El artículo 2° señala que constituye ganancia de capital cualquier ingreso que provenga de la enajenación de bienes de capital, entendiéndose como tal a aquellos que no están destinados a ser comercializados en el ámbito de un giro de negocio. Asimismo, señala la norma que se encuentran en este supuesto, entre otros, la enajenación, redención o rescate, según sea el caso, de acciones y participaciones representativas del capital, acciones de inversión, certificados, títulos, bonos y papeles comerciales, valores representativos de cédulas hipotecarias, certificados de participación en fondos mutuos de inversión en valores, obligaciones al portador u otros valores al portador y otros valores mobiliarios.

A su vez, el inciso d) del artículo 24°-A del citado TUO dispone que para los efectos del Impuesto se entiende por dividendos y cualquier otra forma de distribución de utilidades a la diferencia entre el valor nominal de los títulos representativos del capital más las primas suplementarias, si las hubiere y los importes que perciban los socios, asociados, titulares o personas que la integran, en la oportunidad en que opere la reducción de capital o la liquidación de la persona jurídica.

En ese sentido, la norma señala expresamente que constituye dividendo, la diferencia entre el importe pagado al accionista por cada acción y el valor nominal de ésta, más primas suplementarias si hubiera, como consecuencia de una redención o rescate de acciones efectuada por la sociedad y cuya finalidad sea la reducción de capital.

Por tanto, en ambos supuestos es factible señalar que a través de la norma de cobertura señalada se logra eludir la configuración de estos hechos imposables de cara al Impuesto a la Renta.

### **3.10 Aplicación de los test contenidos en la NAG**

De acuerdo con la normativa que gradúa los parámetros de fondo y forma, tenemos que solo en un procedimiento de fiscalización definitivo se puede aplicar la norma antielusiva general.

En ese sentido, no necesariamente la programación original del procedimiento de fiscalización debe estar referida a la posible detección de una modalidad elusiva, si no que esta podría identificarse en un proceso de revisión específica, como uno iniciado bajo la forma o el tipo de fiscalización parcial, que se amplíe producto de este “hallazgo” a uno del tipo definitivo. Asimismo, la ejecución del procedimiento normado en el Decreto Supremo N° 145-2019-EF, no considera que la fiscalización definitiva se limite a la aplicación de la NAG, ya que podría contener observaciones o reparos vinculados a otros incumplimientos detectados e inclusive a la aplicación de los párrafos primero y sexto de la norma XVI. Claro está, que bajo ningún concepto podría aplicarse el tratamiento para operaciones simuladas y la norma antielusiva general a los mismos hechos materia de revisión por parte del ente fiscalizador.

Por ello, una vez que se haya iniciado el procedimiento de fiscalización (pensado este teniendo como sujeto fiscalizado a SalienteCorp), e identificadas situaciones como las señaladas en la lista enunciativa del artículo 6° del Decreto, el área acotadora emitirá requerimiento con la observación pertinente, requiriendo el sustento respectivo, y posteriormente emitirá un requerimiento al amparo del artículo 75° del Código Tributario, comunicando las conclusiones del Procedimiento de Fiscalización indicando las observaciones formuladas e infracciones detectadas. Asimismo, emitirá y notificará e informe señalado en el artículo 63-C del Código Tributario para que sea evaluado por el comité revisor, y este en opinión vinculante señalara si efectivamente es aplicable la NAG y por ello las consecuencias que deriven de ello, tal como lo indica el párrafo cuarto de la norma XVI.

#### **3.10.1 Obtención de ahorro o ventaja tributaria**

Si efectuamos una comparación de la figura jurídica adoptada versus la figura jurídica que estime el fiscalizador como los actos usuales o propios, se verifica en el esquema planteado que SalienteCorp se beneficia con la no afectación de su operación con el

Impuesto a la Renta de tercera categoría que le correspondería al hecho imponible establecido para la enajenación de valores (acciones).

En consecuencia, bajo la definición de ahorro o ventaja tributaria señalada en el artículo 2° del Decreto, el sujeto fiscalizado habría conseguido que sus actos no se encuentren gravados con el impuesto a la renta.

### **3.10.2 Test de propiedad o idoneidad**

Mediante este test se evalúa la causa del acto jurídico y el propósito perseguido por el ejecutante. Asimismo, se determina si existe condiciones para considerar lo actuado como artificioso o impropio.

Por ello, corresponde evaluar si los actos jurídicos que conforman el esquema ejecutado por el contribuyente contienen características de artificialidad de acuerdo con los parámetros de fondo señalados en el Decreto.

Al respecto, observamos que el citado decreto señala, entre otros, las siguientes situaciones:

“b) Actos, situaciones o relaciones económicas que no guarden relación con el tipo de operaciones ordinarias para lograr los efectos jurídicos, económicos o financieros deseados.

c) Realización de actividades similares o equivalentes a las realizadas mediante figuras empresariales, utilizando en cambio figuras no empresariales.”

Ante lo cual, es válido preguntarse si existe más de una forma idónea para el ingreso de un nuevo accionista dentro de la composición de socio de una persona jurídica (por ejemplo, una Sociedad Anónima). En efecto, existen diversas maneras, entre ellas la compra-venta de las acciones de algún accionista de la empresa, a través de una reorganización empresarial o con una operación societaria de aporte de capital.

Por ello, es claro que el simple hecho de haber elegido el aporte de capital como camino para ingresar a la sociedad no reviste a esta operación de características suficientes para ser considerada un esquema elusivo. Esto en la medida que el aporte de capital se evalúe de manera independiente de los demás actos societarios realizados entre las partes.

Entonces, tenemos que, en la posible evaluación del esquema, aparecen elementos poco usuales, como los siguientes:

- El aporte de capital efectuado, no reviste ninguna resistencia por parte de ambos accionistas originales (uso del derecho de suscripción preferente), no obstante, el aporte del capital del nuevo accionista incorpora el pago de una prima de emisión o de capital, que según el análisis efectuado en el punto 3.2.1. constituye una herramienta de protección de los accionistas iniciales al momento de dar entrada a nuevos accionistas.
- Seguidamente se efectúa una capitalización de la prima de capital efectuada por el nuevo accionista, y esta solo afecta al accionista que en la fase 3 del esquema saldrá del bloque accionarial. Es en este momento donde se tiñe de artificialidad la operación ya que se utiliza operaciones societarias como el derecho de suscripción preferente y la capitalización de la prima de emisión para “dirigir” el monto adicional pagado por el nuevo ingresante en favor de un solo accionista.
- Finalmente, el accionista que recibió la totalidad de la prima retira su aporte a la sociedad, concretando así su reemplazo con el nuevo accionista.

Para efectos del análisis de los actos señalados se pueden considerar diversos aspectos, tales como los señalados en el artículo 7° del Decreto.

Se menciona como elemento de análisis la manera en la cual el o los actos fueron celebrados o ejecutados, por lo que a la luz del esquema planteado es claro que el ordenamiento de las operaciones societarias es inalterable para la consecución del fin u objetivo esperado, el cual en virtud del esquema es el ingreso de un nuevo accionista en reemplazo de otro. Los actos ejecutados en otro orden no tienen mayor sentido individual, la salida del accionista original como primer eslabón de la cadena para el ingreso del nuevo socio, no dotarían de sustento a la existencia prima de capital y su posterior capitalización.

La forma y la substancia de los actos también constituyen un elemento preponderante. También se explicaron en los puntos 3.4 y 3.5 las causas o motivos principales por los cuales se originan los aumentos y reducciones de capital pensado como operaciones societarias, a partir de los cuales no se encuentra en el esquema

planteado ninguna substancia propia a cada operación societaria efectuada de forma individual.

### **3.10.3 Test de relevancia jurídica - económico**

Mediante este test, se efectúa la evaluación de relevancia de los efectos jurídicos económicos y persigue juzgar si de la utilización de los actos “impropios o artificiosos” no resultan efectos jurídicos o económicos, distintos del ahorro o la ventaja tributaria.

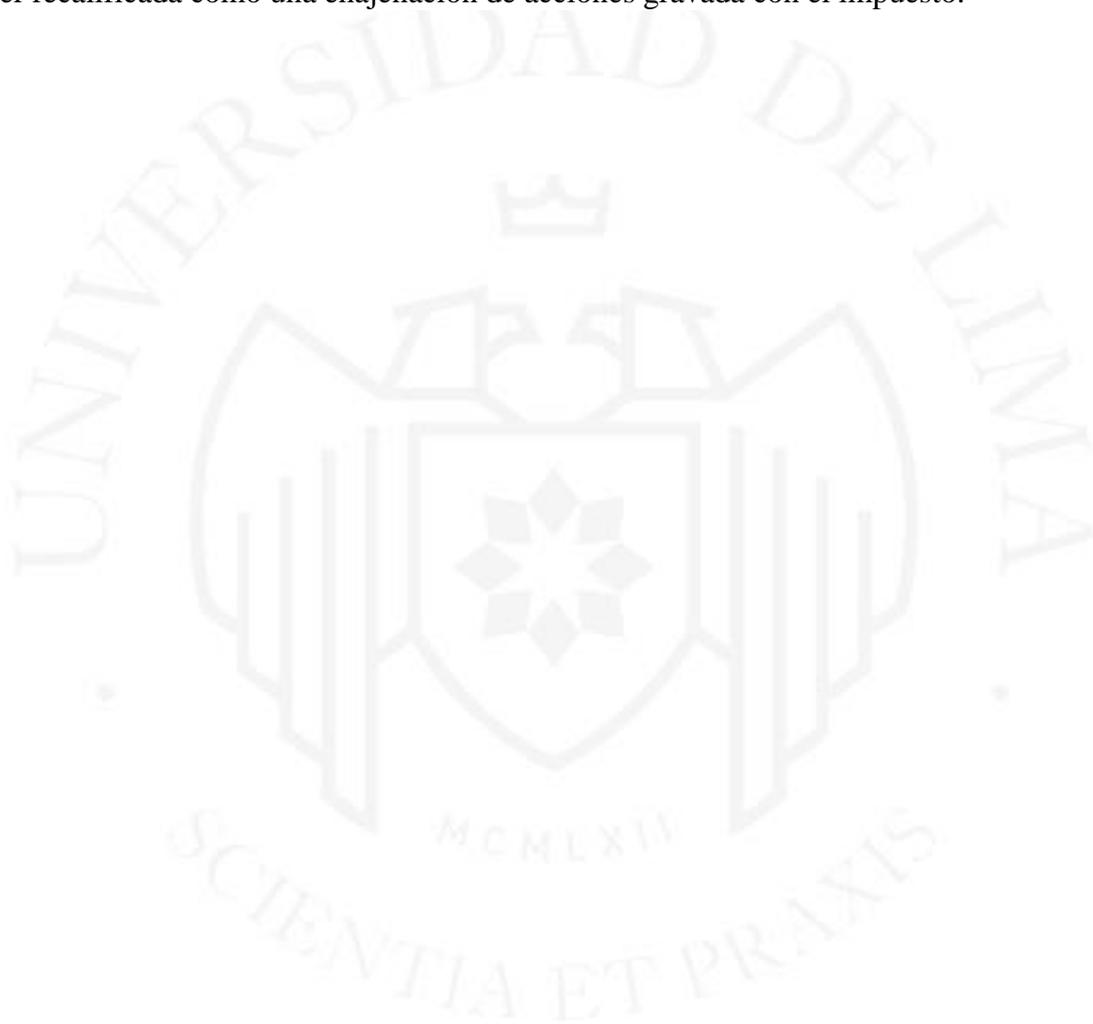
El transcurso del tiempo entre una u otra operación societaria también es importante para caracterizar al esquema con el matiz de la artificialidad o impropiedad, ya que puede ser un factor diferenciador si estas operaciones se ejecutan en periodos de tiempo razonables para cumplir con finalidad propias a la actividad económica de la empresa, tales como la consolidación de sinergias entre dos bloque empresariales distintos, la normalización de procesos, reducción de costos innecesarios, entre otras motivaciones propias al actuar económico, los cuales pueden ser plenamente verificables y observables en dicho lapso temporal; de otras que se realizan en lapsos extremadamente cortos (inclusive de horas) entre la ejecución de una figura societaria y otra, que no deja margen a la demostración de algún resultado económico esperado de cada acto.

Partiendo del supuesto que el conjunto de operaciones societarias ejecutadas fueron realizadas en un breve espacio de tiempo tendríamos que los resultados obtenidos bajo las normas del tributo específico bajo análisis (renta de tercera categoría), si la NAG no se aplicase, carecería de esencia ya que se limita a lograr el reemplazo de un accionista por otro, sin intercambiar posiciones accionariales ya que los porcentajes se mantendría de forma idéntica a la posición inicial señaladas en las figuras 1 y 3.

Entonces, a la luz del análisis efectuado se evidencia que no existen efectos jurídicos o económicos, distintos del ahorro o ventaja tributarios, ya que el posible sujeto fiscalizado (SalienteCorp), obtiene como resultado de la aplicación del esquema societario utilizado que el importe obtenido, pagado por el nuevo accionista como prima de capital, no se encuentre gravado con el Impuesto a la Renta.

### **3.11 Resultado de la evaluación del caso planteado**

Habiendo verificado de forma objetiva con la aplicación de los test de propiedad y de relevancia jurídico económica, que la modalidad planteada como caso de análisis, bajo los supuestos desarrollados en los puntos anteriores, no ha superado los mismos, se concluye que puede considerarse a los esquemas societarios que utilizan la prima de capital como vehículo para dirigir el beneficio a un accionista específico, seguido de una reducción de capital por devolución de aportes; como una modalidad elusiva pasible de ser recalificada como una enajenación de acciones gravada con el impuesto.



## CONCLUSIONES

- La excesiva complejidad del sistema tributario peruano, aunado a las notorias deficiencias en la interpretación de las normas se consolidan como un problema mayor que debe solucionarse para menguar el efecto de las conductas elusivas.
- El supuesto de utilización de primas de capital como vehículo para la configuración de un esquema elusivo como el planteado no es limitativo, pudiendo contener distintas variantes para obtener el mismo objetivo, debido a ello cada caso debe evaluarse de forma individual para concluir si en efecto corresponde la aplicación de la NAG.
- En los casos en los cuales se utilizan formas jurídicas utilizando como norma de cobertura a la Ley General de Sociedades, es sumamente necesario la probanza de la existencia de un negocio simulado paralelo al transparentado ante el fisco, caso contrario cabe la posibilidad de la aplicación de la NAG.
- Los parámetros de fondo y forma establecidos en el Decreto Supremo 145-2019-EF, confieren a la Norma antielusiva general de un marco conceptual mínimo para efectos de su aplicación, siendo necesario que la lista enunciativa pueda ser ampliada a mayores situaciones y aspectos con la finalidad de garantizar la suficiente certeza jurídica para la realización de sus operaciones a los contribuyentes.
- La utilización de esquemas de planificación tributaria agresiva con figuras de fraude de ley tributario con el fin de neutralizar el pago del Impuesto a la Renta, ocultando el precio de la transferencia de acciones, bajo la figura de redención de capital aportado posterior a la capitalización dirigida de las primas aportadas, supone la creación de altos niveles de riesgo para la empresa, debido a la posterior atribución de responsabilidades contractuales entre los intervinientes en el esquema, sobre todo cuando no forman parte del mismo grupo empresarial.

## RECOMENDACIONES

A continuación, detallaremos las recomendaciones:

- Actualizar constantemente las normas anti elusivas específicas de acuerdo con el dinamismo del empresariado. Siendo necesario que se tomen acciones mas contundentes en cuento a la implementación de las recomendaciones de la Acción 12 de BEPS, ya que a la fecha no se conocen actuaciones de atribución de responsabilidad solidaria a los representantes legales de las empresas en caso de que hayan colaborado o participado en el diseño, aprobación o ejecución de planificaciones fiscales, esto se evidencia en la poca cantidad de casos que han sido relevados en el catálogo de esquemas de alto riesgo fiscal.
- La SUNAT debe efectuar permanentemente la actualización de su Catálogo de Esquemas de alto riesgo fiscal, así como efectuar la publicación que corresponde sobre las actuaciones desarrolladas por el comité revisor, con el fin no solo de generar riesgo en los contribuyentes, si no de mostrar el adecuado trabajo que viene realizando respetando, según las opiniones efectuadas sobre los casos evaluados, el debido proceso, la aplicación garantista de la NAG y la adecuada conducta procedimental.

## REFERENCIAS

- Albiñana, C. (1970). La evasión legal impositiva. Ponencia general en las IV Jornadas Luso-Hispano-Americanas de Estudios Tributarios. *Revista de Economía Política* 56, 7-41 <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/fondo-historico?IDR=11&IDN=961&IDA=31689>
- Bravo, D., (2018). Simulación, elusión y Norma XVI. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, 65, 153.
- Bravo, J., (2006). *¿Existe el Fraude a la Ley Tributaria en el Perú? Temas de Derecho Tributario y de Derecho Público*. Palestra Editores.
- Bravo, J., (2006). *Temas de Derecho Tributario. Libro Homenaje a Armando Zollezzi Moller*. Palestra Editores.
- Caamal, E., Cortes, I. & Solis K. (2019). La Planeación Fiscal como estrategia para la toma de decisiones. *Revista Académica de Investigación Tlatemoani*, 30, 195.
- Calderon, J. & Quintas, A. (2016). Una aproximación al concepto de “Planificación Fiscal Agresiva” utilizados en los trabajos de la OCDE. *Análisis Tributario*, 337, 20-21.
- Canh-Speyer, P. (2006), La potestad de la administración para calificar los hechos de acuerdo con su naturaleza económica. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, 44, 59.
- Casación N° 1128-97 (Ucayali), (17 de marzo de 1999)
- Chirinos, C. (2018). Hacia una propuesta de interacción entre las CAG de derecho interno y la CAG de un CDI: Urgente reflexión. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, 65, 203.
- Chu, I. (2018). Sobre la necesidad de que el Perú cuente con una CAG en su derecho positivo. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, 65, 214.
- Corneel, F. (1967). Planeamiento Tributario: Enseñanza y práctica. [Artículo traducido por Marissa Palomino para su publicación en la revista] *Tax Law Review*, 22, 7.
- De la Camara, M. (1996). *El capital social en la sociedad anónima, su aumento y disminución*. Consejo General del Notariado.
- Del Carpio, C. (2018). El procedimiento garantista para la aplicación de la Cláusula antielusiva general. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, 65, 277.
- Del Pozo, J. (2018). ¿Es necesario delimitar el alcance de las CAG? Conclusiones a partir de la RTF N° 10923-8-2011. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, 65, 298.

- Duran, L. y Nina, P. (2018). Relación entre las normas peruanas sobre Precios de Transferencia y la Cláusula Antielusiva General. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, 65, 311-339
- Elías Laroza, E. (2000). Derecho Societario Peruano La Ley General de Sociedades del Perú. (2.a ed., T. 2). Editorial Normas legales
- Estrada Alonzo M. (2016). *¿Planificación fiscal agresiva o de economía de opción? Estudio del caso Hong Kong Nicaragua Canal Development Group.*  
<https://repositorio.upoli.edu.ni/260/1/457-1823-1-PB.pdf>
- Flucker, E., (2018). La Clausula antielusiva general contenida en la norma XVI del Título preliminar del Código Tributario: Una perspectiva constitucional. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, 65, 659
- García Novoa, C., (2006), Naturaleza y función jurídica de la Norma VIII del Título Preliminar del Código Tributario peruano. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, 44, 75-76.
- García Novoa, C., (2010). La doctrina del principio de solidaridad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. *Revista de Derecho Vox Juris*, 19.
- Garrigues, J. & Uría, R. (1952). *Comentario a la Ley de Sociedades anónimas* (T. 1). Instituto de Estudios Políticos.
- Guerra Cerron, M. (2010). El levantamiento del velo societario y responsabilidad de la sociedad anónima, *Editora Jurídica Grijley*
- Hadwa, M., (2019). Evasión y Elusión Tributaria. Un breve análisis desde el punto de vista penal de las categorías conceptuales de economía de opción, fraude a la ley y de la simulación. *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 38, 19-42
- Lluís & Navas, J. (s.f.). *El abuso de derecho según la doctrina y la jurisprudencia.*  
<https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/02/abusodrechoespana.pdf>
- Malherbe, J. & Zuzunaga F. (2018). La Cláusula Antielusiva General en el ordenamiento jurídico peruano. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, 65, 39
- Marh Delgado C. (1973). La Emisión de Acciones con Prima. *Revista Española De Financiación Y Contabilidad*, 6, 959-971. <http://www.jstor.org/stable/42781673>
- Mondini, A., (s.f.). *Planificación Fiscal y jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.* Universidad de Bolonia.  
<https://www.occ.pt/fotos/editor2/Andrea%20Mondini.pdf>
- Montecinos, J., (2000). De la elusión y la evasión tributaria. *Revista de Derecho*, 207 (68), 161.

- Montoya Alberti, H. (2019). Las limitaciones al derecho de suscribir preferentemente acciones en un aumento de capital. *Revista De Derecho*, 13(1), 55-73.  
<https://revistas.udep.edu.pe/derecho/article/view/1563>
- Moreano, C., (2018). Reflexiones sobre la naturaleza jurídica de la cláusula Antielusiva General y la sancionabilidad de los actos elusivos. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, 65, 525.
- Mur, M., (2018). Cláusula General Antielusiva Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, 65, 584
- Queralt, J., Lozano, C., Tejerizo, J., Casado, G. & Orón, G. (2013). *Curso de Derecho Financiero y Tributario* (24ª ed.). Tecnos.
- Salas, J. (2003). *La modificación del estatuto, el aumento y la reducción del capital en la sociedad anónima. Tratado de Derecho Mercantil* (T. 1). Gaceta Jurídica.
- Sanchez Andrés, A. (1994). *La Acción y los Derechos del Accionista*. 1(1), Editorial Aranzadi.
- Sevillano, S (2016). *Lecciones de Derecho tributario. Principios generales y Código tributario*. Fondo Editorial PUCP.
- Tarsitano, A. (2014). La Elusión Fiscal y la Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario. *Revista Ius et veritas*, 49.
- Vergara S. (2006). *Planificación tributaria y tributación*. Editorial Nova Lex.
- Villagra, R. (2018). Relación de los lineamientos de la OCDE sobre recalificación y la CAG en el Perú. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, 65, 731
- Villegas, Héctor (2016). *Curso de Finanzas, Derecho Tributario y Financiero*. Astrea

## BIBLIOGRAFÍA

- Chumacero, R., (2018). Tras la búsqueda de una sana convivencia: Normas antielusivas generales y específicas en el Derecho Tributario peruano. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, 65.
- Gallo, S., (2016). Los aumentos de capitales en las sociedades anónimas. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, 16-23.
- Iannacone, F., (2018). Deber Probatorio para la coexistencia de las cláusulas antiabuso específicas del derecho interno y la CAG. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, 65, 381-409.
- Malherbe, J. y Zuzunaga F., (2018). La Cláusula Antielusiva General en el ordenamiento jurídico peruano. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, 65, 15-118.

