

# ¿DEBEMOS EXIGIRLE SEGURIDAD JURÍDICA A UNA CLÁUSULA ANTIELUSIVA GENERAL (CAG)? REFLEXIONES SOBRE LAS LÍNEAS DISCURSIVAS CONTRARIAS A LA CAG

Fernando Loayza Jordán<sup>1,2</sup>

*“La seguridad jurídica debe ponderarse con los demás valores del sistema jurídico. El derecho tributario no debe convertirse en una suerte de “salvaje oeste” legal en el que casi cualquier forma de comportamiento oportunista deba ser tolerado mientras cumpla con una interpretación estricta y formalista de las disposiciones tributarias relevantes”<sup>3</sup>*

**CONTENIDO:** 1. Breve Introducción a las líneas discursivas contrarias a la CAG.- 2. Una CAG vulneraría el principio de seguridad jurídica.- 3. Una CAG solo podría ser aceptable si se enuncia con un lenguaje muy preciso y definido.- 4. Una CAG interrumpiría la dinámica regular de los negocios y detendría la inversión.- 5. Reflexión final.- 6. Bibliografía.

**RESUMEN:** Las CAG generan tensiones entre la certidumbre que desean los contribuyentes y la flexibilidad que requiere su naturaleza. Esta tensión se refleja en las líneas discursivas críticas contra la Norma XVI. Hemos resumido éstas en tres ideas fuerza: (i) “una CAG vulneraría el principio de seguridad jurídica”, (ii) “una CAG solo podría ser aceptable si se enuncia con un lenguaje muy preciso y definido” y (iii) “una CAG interrumpiría la dinámica regular de los negocios y detendría la inversión”. A partir de la experiencia comparada y el análisis de la función de las

- 
- 1 Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Gerente de PwC Perú. El autor agradece la asistencia de Teresa Leyva, Bachiller de Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la investigación necesaria para el presente trabajo. El contenido de este artículo es responsabilidad única del autor y no representa la opinión, ni compromete en forma alguna a PwC Perú.
  - 2 Me parece relevante indicar, en aras de la transparencia académica y considerando el tema de este trabajo, que actualmente participo en proyectos de planeamiento tributario.
  - 3 Halifax Plc v. Commissioners of Customs & Excise (2006) ECR I-1613 (European Court of Justice) at I-1642.

*CAG y la naturaleza del fenómeno de la elusión tributaria, presentamos una serie de reflexiones sobre estas líneas discursivas, con especial énfasis en preguntarnos si debemos exigirle a una CAG que otorgue seguridad jurídica. Nuestra reflexión nos lleva a concluir que (i) si bien se debe procurar reducir la incertidumbre generada por una CAG, tal incertidumbre es inherente a la naturaleza de una CAG, (ii) ningún enunciado posible de la CAG garantizará predictibilidad, pues son otros los factores que más influirán en este aspecto y (iii) el impacto de la CAG en la dinámica regular de los negocios es bastante limitado.*

## **I. BREVE INTRODUCCIÓN A LAS LÍNEAS DISCURSIVAS CONTRARIAS A LA CAG**

Me parece imprescindible empezar este artículo señalando que, así como el debate en torno a las CAG tiene una vertiente técnico jurídica también tiene una vertiente eminentemente política. El derecho, como se ha estudiado largamente, no es política ni ideológicamente neutral<sup>4</sup> y en el caso de la CAG, los intereses contrapuestos de los *stakeholders* son claramente identificables: los contribuyentes siempre bregaran por más certeza y el Estado por más flexibilidad<sup>5</sup>.

Esta pugna entre las grandes empresas que realizan planeamiento tributario (con sus respectivos asesores tributarios) y el Estado se puede apreciar en todas las jurisdicciones, tanto en aquellas en las que se ha introducido una CAG, como en las que se ha planteado su introducción. Podría decirse que es un fenómeno mundial, visible incluso en países con una larga tradición de CAG, como Nueva Zelanda o Australia. Es notable como muchas de las mismas críticas que gremios empresariales peruanos vienen realizando son bastante similares a las que ha realizado, por ejemplo, el *Corporate Taxpayers Group* neozelandés<sup>6</sup>

---

4 Véase Ugo Mattei & Laura Nader. Plunder: When the rule of law is illegal (2008). Shapiro, Carolyn, The Context of Ideology: Law, Politics, and Empirical Legal Scholarship (August 20, 2009). Missouri Law Review, Vol. 75, No. 1, 2010. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1596893>. Sultany, Nimer, The Legal Structures of Subordination: The Palestinian Minority and Israeli Law (December 9, 2013). Nadim N. Rouhana and Sahar S. Huneidi (eds.) "Israel and Its Palestinian Citizens: Ethnic Privileges in the Jewish State" (Cambridge University Press, 2016, Forthcoming). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2365177>

5 Véase Elliffe, Craig. Policy Forum: New Zealand's General Anti-Avoidance Rule – A Triumph of Flexibility over Certainty. Canadian Tax Journal (2014) 62:1, p. 164.

6 En el 2011, tres influyentes grupos relacionados a la tributación neozelandesa (Taxation Committee of the New Zealand Law Society, Corporate Taxpayers Group y el

No obstante, desde que se aprobó la Norma XVI en el año 2012, la respuesta de los gremios empresariales peruanos y sus asesores ha sido bastante más agresiva que en otras jurisdicciones. Más allá de críticas atendibles respecto al enunciado de la Norma XVI o al requerimiento de un procedimiento garantista, ciertos gremios y asesores tributarios pidieron simple y directamente su eliminación, alegando que eran simplemente incompatibles con el sistema tributario peruano.

Por ejemplo, la Cámara de Comercio de Lima declaró a través de sus representantes, que la Norma XVI era una norma peligrosa por “*su abierta discrecionalidad que puede convertirse en arbitrariedad y que lesiona la seguridad jurídica, por lo que debería derogarse*”<sup>7</sup> y que “*la Norma XVI debe derogarse, disponiéndose en cambio que los casos de elusión concretos, sean definidos como tales por una ley expresa (...)*”<sup>8</sup>.

Por su parte, ciertos asesores tributarios sostuvieron que “*la norma general antielusiva es anticonstitucional*” e incluso afirmaron que “*la elusión no es ilegal sino legítima, se llama planeamiento tributario*”<sup>9</sup>. En un artículo muy curioso, un asesor tributario llegó a hacer una analogía entre el uso de una CAG contra la elusión tributaria y el uso de armas de guerra contra la inseguridad ciudadana<sup>10</sup>.

Más allá de estos extremos, la mayoría de especialistas y asesores tributarios

---

Taxation Committee of the New Zealand Institute of Chartered Accountants) prepararon un reporte conjunto, con sugerencias de reforma legislativa y administrativa que redujera la incertidumbre de la CAG neozelandesa. Véase “Report: Improving the Operation of New Zealand’s Tax Avoidance Laws” (2011) 17:4 New Zealand Journal of Taxation Law and Policy.

- 7 “CCL: Norma contra elusión lesiona seguridad jurídica”. *Gestión*. Lima, 20 de mayo de 2014. Consulta: 30 de agosto de 2018.  
<https://gestion.pe/impresa/ccl-norma-elusion-lesiona-seguridad-juridica-60522>
- 8 “Cámara de Comercio en contra de norma antielusiva de la Sunat”. *El Comercio*. Lima, 19 de mayo de 2014. Consulta: 30 de agosto de 2018.  
<https://elcomercio.pe/economia/peru/camara-comercio-norma-antielusiva-sunat-171049>
- 9 “Guillermo GRELLAUD: La nueva norma contra la elusión “es anticonstitucional y desalienta la inversión””. *Gestión*. Lima, 02 de agosto. Consulta: 30 de agosto de 2018.  
<https://gestion.pe/economia/guillermo-grellaud-nueva-norma-elusion-anticonstitucional-desalienta-inversion-17201>
- 10 PICÓN, Jorge. “Norma Antielusión: ¿Inconstitucional o no? ¡Esa es la cuestión!” *Conexión. ESAN*. Lima, 11 de septiembre de 2012. Consulta: 30 de agosto de 2018.  
<https://www.esan.edu.pe/conexion/actualidad/2012/09/11/norma-antielusion-inconstitucional-tributacion/>

peruanos han admitido que una CAG es, en principio, constitucional y que tiene un fin legítimo<sup>11</sup>, aunque si han mostrado preocupación por la incertidumbre que podría generar. Esta preocupación es el principal insumo que ha alimentado las líneas discursivas contrarias a la aplicación de una CAG en el Perú.

A efectos de este trabajo, he sintetizado las líneas discursivas del sector contrario a la aplicación de la Norma XVI en las siguientes ideas fuerza: (i) una CAG vulneraría el principio de seguridad jurídica, (ii) una CAG solo podría ser aceptable si se enuncia con un lenguaje muy preciso y definido y (iii) una CAG interrumpiría la dinámica regular de los negocios y detendría la inversión.

Este trabajo presentará algunas reflexiones sobre estas líneas discursivas y para ello me apoyaré sobretudo en bibliografía extranjera, en particular neozelandesa, siendo consciente de las limitaciones que esto representa. Es evidente que cada país tiene sus particularidades y que debemos evitar referirnos a la experiencia de países que vienen de otras tradiciones y sistemas jurídicos sin consideraciones de contexto. Sin embargo, en tanto la intención de este artículo es, antes que presentar propuestas legislativas o recomendaciones para un procedimiento garantista, revisar líneas discursivas y los argumentos detrás de ellas, considero válidas las referencias a la experiencia comparada que realizaré.

## **2. UNA CAG VULNERARÍA EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA**

Debemos partir por aclarar que toda norma genera incertidumbre en cierto grado, en tanto son enunciados que pretenden describir situaciones en abstracto. El mismo fenómeno de la subsunción jurídica, en el que decidimos aplicar una previsión legal abstracta e hipotética a una situación específica de la realidad genera cierto grado de incertidumbre. Podemos hacer una norma más específica, pero la misma vocación de generalidad de una norma evita que tengamos certidumbre total respecto a su aplicación.

Como señala Hart, todas las normas admiten “core situations” en las que la norma se aplicará definitivamente y “penumbra” en las que habrá incertidumbre sobre su aplicación<sup>12</sup>. Por lo tanto, el principio de seguridad jurídica no

---

11 Véase ZUZUNAGA, Fernando. ¿La cláusula antielusiva general vulnera la constitución peruana? Fernando Zuzunaga del Pino. Revista del IPDT. Edición No. 53. 2013. Lima. pp. 23-66.

12 H.L.A. Hart, Positivism and the Separation of Law and Morals, 71 Harvard Law Review 593 (1958)

puede significar la eliminación de la incertidumbre. No existe tal cosa como la seguridad jurídica absoluta<sup>13</sup>. La generalidad de la norma y su necesaria presentación en forma de enunciado lingüístico genera una brecha intrínseca entre significado y significante, por más pulcra que sea la técnica normativa o por más preciso que pretendan ser los conceptos. Como bien señala García Novoa:

*“Conviene recordar que el ordenamiento tributario ni tiene ni puede tener pretensión alguna de plenitud, debiendo renunciar a un alto grado de concreción. La abstracción de la norma, garantía de la igualdad frente a la misma, va indisolublemente unida a un determinado nivel de incertidumbre, que sólo la Administración, en el proceso aplicativo de la ley, puede hacer desaparecer. De ahí el recurso frecuente a los conceptos jurídicos indeterminados o a la configuración de determinadas potestades discrecionales en el ámbito de aplicación de los tributos”<sup>14</sup>*

Esto no implica que la seguridad jurídica deje de ser una aspiración continua del Estado<sup>15</sup>. Por supuesto que debemos buscar que nuestras normas tribu-

13 Además, mal podríamos hablar de un principio constitucional absoluto, cuando nuestro ordenamiento jurídico ha adoptado la concepción conflictualista de los principios constitucionales, como se puede apreciar en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Esta concepción explica que los principios constitucionales están continuamente en coalición y que se limitan entre sí, no existiendo principios absolutos que prevalezcan sobre otros. Al respecto véase: LANDA ARROYO, César. Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lima: Palestra, 2006. De otro lado, se toma en cuenta la concepción de ALEXV respecto a los principios. Este autor entiende a los principios como una clase de normas que no se pueden cumplir cabalmente, sino que configuran máximas de comportamiento: directrices hacia las cuales el comportamiento debe guiarse, sin llegar nunca a cumplirlo de forma absoluta por su misma naturaleza.

14 GARCÍA NOVOA, César. *Aplicación de los Tributos y Seguridad Jurídica*. En: Derecho & Sociedad. No. 27, p. 30.

15 En una entrevista al profesor Geraldo Ataliba, éste definió a la seguridad jurídica como una “aspiración”. El maestro brasileño tampoco cree que exista una situación de certeza total, pero que sí se debe aspirar a una situación donde se exija como mínimo el respeto a los principios constitucionales en general y que tienda dentro de sus posibilidades a generar la mayor seguridad jurídica posible: “Bueno, la seguridad jurídica es un clima, una aspiración, un ideal, y es también una situación que se vive o que no se vive de acuerdo a la actuación del Estado, de sus órganos y de las personas; todo esto genera un clima, un ambiente, una situación de seguridad. Este conjunto de cosas se obtiene respetando y observando los principios constitucionales en general, y específicamente, los tributarios” (el subrayado es nuestro). ATALIBA, Geraldo. La seguridad jurídica en el Derecho Tributario. Entrevista realizada por Juan Luis Hernández Gazzo. En: IUS ET VERITAS. No. 5, p. 61.

tarias generen la mayor predictibilidad posible. Sin embargo, la exigencia de seguridad jurídica debe ponderarse con otros principios como el de igualdad, el deber de contribuir o la proscripción del abuso de derecho; y no pueden exigirse en igual medida a todas las normas tributarias. La seguridad jurídica que otorgue una disposición normativa que establezca una alícuota tributaria (básicamente, una cifra específica) no será la misma que la otorgada por aquella que defina un concepto y mal haríamos exigiéndoles a ambas lo mismo.

El tema con las CAG es, como señalan Prebble y Prebble, que generan un grado de incertidumbre fuera de lo común para una norma tributaria<sup>16</sup>. La incertidumbre es parte de su ADN y no hay mayor discusión al respecto en la academia<sup>17</sup>. Por lo tanto, cuando se argumenta que una CAG “genera incertidumbre” (como un argumento contrario a su aplicación) se está diciendo una obviedad y cuando se le pretende exigir a una CAG que otorgue predictibilidad se le está pidiendo ir contra su naturaleza.

¿Por qué las CAG generan, intrínsecamente, mayor incertidumbre que otras normas tributarias? Porque se enfrentan a la constante (e incierta) evolución de las estructuras elusivas. La incertidumbre es también, como indica Weber, parte del fenómeno de la elusión tributaria<sup>18</sup> y parte de la misma naturaleza

---

16 “To criticize general anti-avoidance rules because their application is unclear in some situations appears to subject them to a higher standard that we demand of law in general. The difference is that general anti-avoidance rules have far larger penumbras than most laws. Arguably, general anti-avoidance rules have far larger penumbras than most laws”. Prebble, R., & Prebble, J. (2010). Does the use of general anti-avoidance rules to combat tax avoidance breach principles of the rule of law? A comparative study. *Saint Louis University law journal*, 55(1), 29.

17 “The most realistic of supporters [of the GAAR] concede that there inherent uncertainty arising from a GAAR but argue that this is a price that has to be paid in the interest of the larger goal of protecting the integrity of the tax base”. Krever, Richard, General Report, GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS World (June 1, 2016). Michael Lang, Jeffrey Owens, Pasquale Pistone, Alexander Rust, Josef Schuch and Claus Staringer (eds), GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS World (Amsterdam: IBFD, 2016), p. 3. Incluso autores con posiciones claramente pro-contribuyente como Keating (socia de las oficinas de EY en Nueva Zelanda) lo señalan “uncertainty is inherent in the application of general anti-avoidance provisions”. Kirsty Keating, “Reform of the General Anti-Avoidance Provision – The Iron Is Hot” (December 2011) no. 6 New Zealand Tax Planning Report (CCH New Zealand).

18 “The fact that the answer to the question of when abuse is present cannot always be answered with 100% certainty before-hand (as it is dependent on the circumstance of each case) is inherent to the concept of “abuse” itself”. Weber, Dennis, The Reasonableness Test of the Principal Purpose Test Rule in OECD BEPS Action 6 (Tax Treaty Abuse) versus the EU Principle of Legal Certainty and the EU Abuse of Law Case Law (August 28, 2017). *Erasmus Law Review*, Vol. 10, No. 1, 2017. p. 9

de un derecho tributario que genera lagunas que permitirían la elusión tributaria sin una CAG<sup>19</sup>. Podría decirse incluso, como concluye Littlewood, que la incertidumbre podría ser, antes que una característica de las CAG, una característica de la legislación tributaria que falla al determinar su ámbito de aplicación<sup>20</sup>.

Esas lagunas pueden pretender cerrarse con CAE pero como bien advierte Freedman, mientras más específica y detallada sea la normativa tributaria, más formas encontrarán los contribuyentes de escapar de ella<sup>21</sup>. Las CAE son insuficientes por varias razones, que Orly resume en los siguientes términos<sup>22</sup>:

- i) Es imposible predecir todas las formas de elusión tributaria,
- ii) Intentar hacerlo sería costoso e ineficiente,
- iii) Las CAE tienden a tener una naturaleza reactiva: se introducen cuando se ha identificado un esquema elusivo recurrente y ya hubo contribuyentes que se beneficiaron de tal esquema,
- iv) Estructuras que antes de la introducción de una CAE se hubieran calificado como peligrosas (por la aplicación de una CAG) ahora podrán utilizarse libremente por los límites claros establecidos por una CAE<sup>23</sup>, y
- v) Las CAE añaden complejidad a un sistema ya complejo.

En consecuencia, sin una CAG, la lucha contra la elusión tributaria es una lucha perdida. Siempre resultará imposible para el legislador predecir todos los comportamientos elusivos a futuro<sup>24</sup>. Como resume Cooper:

---

19 Véase John PREBBLE, *Income Taxation: A Structure Built on Sand*, Address at Sydney University Law School Ross Parsons Memorial Lecture (June 14, 2001), in Sydney L. Rev. 301,303 (2002)

20 Michael LITTLEWOOD. *Tax avoidance, the rule of law and the New Zealand Supreme Court*, p. 22

21 *“Unfortunately, however, the more specific and detailed a system’s rules become, the more ways people find to circumvent those rules”*. Judith Freedman, *Defining Taxpayer Responsibility: In Support of a General Anti-Avoidance Principle*, 4 Brit. Tax Rev. 332, 347 (2004)

22 MAZUR, Orly, *Tax Abuse - Lessons from Abroad* (May 11, 2012). SMU Law Review, Vol. 65, 2012; p.12

23 Como señala el Institute for Fiscal Studies del Reino Unido, *“the more detailed the rules, the more opportunity there may be for those wishing to do so to find and exploit loopholes.”* Institute for Fiscal Studies. (2009). *Countering Tax Avoidance in the UK: Which Way Forward?* TLRC Discussion Paper No.7.

24 KREVER, Richard, *General Report, GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-*

*“Presumably it is precisely because the drafter cannot foresee an avoidance possibility, that the drafter cannot write a precise rule to deal with it; but in effort to deal with the unforeseen and the unforeseeable possibility, the drafter does draft a rule – a GAAR”<sup>25</sup>*

Usualmente se dice que una norma con un ámbito de aplicación definido y específico, que reduzca al máximo la incertidumbre, es una norma efectiva<sup>26</sup>. En ese sentido, las CAG son una excepción: es su poca concreción las que las hace efectivas. Por lo tanto, parecería que carece de sentido exigirle a una CAG que genere certidumbre:

*“It they were not vague, they would not be effective. This characteristic, together with the fundamental problems of tax law, plus what many see as the dubious moral standing of tax avoiders, prompts some commentators to argue that certainty is simply an inappropriate value for general anti-avoidance rules to strive for”<sup>27</sup>*

### **3. UNA CAG SOLO PODRÍA SER ACEPTABLE SI SE ENUNCIA CON UN LENGUAJE MUY PRECISO Y DEFINIDO**

Por lo expuesto y como bien concluye la Corte Suprema neozelandesa, una CAG simplemente no puede cumplir sus objetivos a través de definiciones precisas<sup>28</sup>. Es precisamente la indeterminación de una CAG la que

---

BEPS World (June 1, 2016). Michael Lang, Jeffrey Owens, Pasquale Pistone, Alexander Rust, Josef Schuch and Claus Staringer (eds), GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS World (Amsterdam: IBFD, 2016), p. 20

25 Tax Avoidance & the Rule of Law edited by GS Cooper, IBFD Publications 1997. pp 26 y 27

26 Lon. L. Fuller, The Morality of Law 36 (1964)

27 Prebble, R., & Prebble, J. (2010). Does the use of general anti-avoidance rules to combat tax avoidance breach principles of the rule of law? A comparative study. *Saint Louis University law journal*, 55(1), 41. Véase también Judith Freedman, Defining Taxpayer Responsibility: In Support of a General Anti-Avoidance Principle, 4 *Brit. Tax Rev.* 332, 346 (2004)

28 “[48] It must be said, and indeed the appellant does say, that to approach the question of the intent and application of the Act in this way is not to respect the bargain struck by the parties and would allow the Commissioner to restructure their bargain for them, with different GST consequences, and would thus be productive of uncertainty. But what uncertainty is inherent where transactions have artificial features combined with advantageous tax consequences not contemplated by the scheme and purpose of the Act. There will also inevitably be uncertainty whenever a taxing statute contains a general anti-avoidance provision intended to deal with and counteract such artificially favourable transactions. It is simply not possible to meet the objectives of a general anti-avoidance



la hace efectiva<sup>29</sup>. Sin embargo, una de las posiciones predominantes en el sector privado es sostener que el problema de la Norma XVI está en su enunciado normativo: se debería corregir la Norma XVI, definir conceptos y eliminar aquellas frases que aumentarían las dificultades de una posterior interpretación. Algunos incluso han solicitado la reglamentación de la Norma XVI.

Todo enunciado normativo puede mejorarse, pero como señala Littlewood, el problema con las CAG es peculiarmente complejo: *“Dibujar una línea entre la elusión tributaria y la economía de opción (o cualquiera sea el nombre que se le dé) es un problema muy antiguo, y uno que aflige a todo sistema tributario – pero hasta ahora, nadie en el mundo, ha podido hacerlo coherentemente. Menos aún alguien ha logrado formular una definición satisfactoria de tal distinción”*<sup>30</sup>. Por esto, probablemente carece de sentido seguir buscando aquel enunciado perfecto que termine con los problemas de aplicación de una CAG: ésta siempre presentará dificultades. Parecería más indicado permitir que la aplicación periódica de la CAG y el desarrollo de la jurisprudencia vaya marcando una pauta que disminuya la incertidumbre.

De hecho, la experiencia comparada nos indica que la orientación de los tribunales judiciales y administrativos de un país son los que finalmente definen el concepto de elusión tributaria y el ámbito de aplicación de una CAG, antes que el enunciado legislativo de la misma<sup>31</sup>. Como bien señala Orly, la amplitud de una CAG siempre termina dejando la última palabra respecto al límite

---

*provision by the use, for example, of precise definitions, as may be able to be done where an anti-avoidance provision is directed at a specified type of transaction”* [énfasis agregado] Glenharrow Holdings Ltd. v. Commissioner of Inland Revenue (2008) NZSC 116

29 *“Few would argue that GAAR, as it is currently being applied, is not effective in preventing tax avoidance. (...) The underlying reason for this is, paradoxically, the lack of precision in the definition of “tax avoidance” (...) Perversely, the breadth of New Zealand’s GAAR is a design feature of significant value”* Elliffe, Craig. Policy Forum: New Zealand’s General Anti-Avoidance Rule – A Triumph of Flexibility over Certainty. Canadian Tax Journal (2014) 62:1, p. 163.

30 Littlewood es bastante pesimista respecto a la probabilidad de encontrar un enunciado perfecto para las CAG: *“Perhaps one day someone, somewhere in the world will resolve the conundrum. At that point, it might be a good idea to incorporate the solution, whatever it turns out to be, in the legislation – though equally, once a solution has been devised, it might be better to let the courts incorporate it in the law as a matter of interpretation. But there is no reason to suppose that a solution will be devised in the foreseeable future or, indeed, eve – either in New Zealand or anywhere else”* Michael Littlewood. Tax avoidance, the rule of law and the New Zealand Supreme Court, p.23.

31 Véase Tarun Jain. GAAR and the Rule of Law: Mutually Incompatible?

entre economía de opción y elusión tributaria a los tribunales<sup>32</sup>. Algunos autores han utilizado el caso australiano para ejemplificar esta cuestión<sup>33</sup>.

La CAG australiana original, la *section 260*, estaba redactada en términos muy amplios. Sin embargo, dada la interpretación literal y formalista de la High Court australiana, la *section 260* casi no se podía aplicar. En este caso, un enunciado muy amplio generaba poquísima incertidumbre por los criterios jurisprudenciales desarrollados.

Dado que la *section 260* devino en inefectiva, el Parlamento australiano la reemplazó por una nueva CAG: la *Part IVA*. Esta tenía un ámbito de aplicación más preciso (sin dejar la generalidad propia de una CAG) que pretendía facilitar el trabajo de los tribunales australianos y de los operadores jurídicos en general. Sin embargo, aun cuando era más precisa, ésta generó mucha más incertidumbre que la *section 260* en tanto la Australian Tax Office (ATO) evitó su aplicación y, por lo tanto, los operadores no pudieron contar con jurisprudencia que los guíe. La ATO esperó 8 años antes de emplear la *Part IVA*, supuestamente en espera del caso ideal para aplicarla, aunque los más cínicos sostenían que era parte de una estrategia deliberada de la Administración Tributaria para mantener la incertidumbre en los asesores tributarios y desincentivar nuevos esquemas tributarios agresivos<sup>34</sup>.

Además de la exigencia de un enunciado pulcro, se ha sugerido la publicación de una serie de criterios que deban tomarse en cuenta por la Administración Tributaria y por los tribunales peruanos para la aplicación de la Norma XVI. Este es un mecanismo que se puede apreciar en otras jurisdicciones, como por ejemplo, en Australia y en Hong Kong<sup>35</sup>. Además del obvio problema de interpretar estos criterios (que podrían contener conceptos igual o más indeterminados que los de la propia CAG), la experiencia en estas jurisdicciones con éstos criterios es negativa: al ser generales, solo se aplican a ciertos casos

---

32 "Because of the deficiencies inherent in specific anti-abuse rules, some discretion must be left to the judges in making the ultimate determination of which transactions are tax abusive. This often achieved through the enactment of a GAAR. A GAAR is a statutory general anti-avoidance rule that broadly defines tax abuse but leaves the ultimate determination of tax abuse to the courts" Mazur, Orly, Tax Abuse - Lessons from Abroad (May 11, 2012). SMU Law Review, Vol. 65, 2012; p. 12

33 Véase DABNER, Justin, The Spin of a Coin - In Search of a Workable GAAR (2000). Journal of Australian Taxation, 2000; p. 6

34 DABNER, Justin, The Spin of a Coin - In Search of a Workable GAAR (2000). Journal of Australian Taxation, 2000; p. 6

35 Véase el Income Tax Assesment Act 1936 (Australia) s 177D y la Inland Revenue Ordinance 1947 (Hong Kong) s 61A.

y, por lo tanto, no se puede exigir (ni se podría exigir) *prima facie* que los operadores le den un peso específico a uno de los criterios enumerados versus el otro. Por lo tanto, estos criterios acaban en listas de ítems que no otorgan una guía para el análisis de los casos y terminan, simplemente, añadiendo mayor complejidad al proceso<sup>36</sup>.

Esta experiencia nos inclina a pensar que, antes que exigir en enunciado normativo impecable o una serie de directrices que guíen la aplicación de la Norma XVI, debemos concentrarnos en requerir pronunciamientos en sede judicial y constitucional en corto tiempo y, en el ínterin, la publicidad de aquellos casos en los que la Administración Tributaria estaría aplicando nuestra CAG.

#### 4. UNA CAG INTERRUMPIRÍA LA DINÁMICA REGULAR DE LOS NEGOCIOS Y DETENDRÍA LA INVERSIÓN

Esta es una de las líneas discursivas más relevantes contra la CAG y es un argumento reiterado en todos los países que pretenden aplicar una. Es evidente que hay una preocupación válida al respecto, aunque como señala Elliffe, “*a pesar de ser una idea ampliamente sostenida por el sector privado, es muy difícil de validar con datos empíricos y más bien suele sustentarse en casos hipotéticos o experiencias anecdóticas*”<sup>37</sup>.

De hecho, como señala el South African Revenue Service, si bien las CAG generan incertidumbre, ésta solo se genera respecto a una cantidad reducida de transacciones. La incertidumbre se genera, justamente, en aquellos casos en que se percibe un ahorro tributario desproporcional al desarrollo natural de un negocio<sup>38</sup>. La experiencia comparada nos indica que las CAG se aplican,

36 “*That is what has happened in some other jurisdictions, notably Australia and Hong Kong. But as the experience of those jurisdictions illustrates, such lists are counterproductive, for they do not supply any framework as to how the analysis is to be conducted. Nor do they give any guidance as to the weight to be attached to each item on the list. Rather, they merely require the courts to consider the factors listed, and somehow derive from them a conclusion. Moreover, the factors listed generally seem to fall into two categories: either they are irrelevant to the facts of the particular case, or they are matters the court would have considered anyway. Consequently the list adds nothing, other than an extra layer of complexity*” Michael Littlewood. Tax avoidance, the rule of law and the New Zealand Supreme Court, p.23.

37 ELLIFFE, Craig. Policy Forum: New Zealand’s General Anti-Avoidance Rule – A Triumph of Flexibility over Certainty. Canadian Tax Journal (2014) 62:1, p. 161

38 “*There has also been a growing recognition that a GAAR cannot be overly precise if it is to be effective. More important, any uncertainty created by a stronger GAAR would leave the overwhelming majority of ordinary taxpayers and ordinary business transactions unaffected. As one commentator has noted: “The root cause of unpredictability is aggressive*

en su enorme mayoría, a casos groseros de elusión tributaria<sup>39</sup> y no a las transacciones del día a día, como pretenden sostener ciertos críticos de las CAG<sup>40</sup>.

Por último, en aquellos casos en los que cierta inversión realmente se vea detenida por una CAG, conviene reflexionar sobre la pertinencia de querer retener tal inversión. ¿Deberíamos desear o proteger a aquella inversión que solo ve viable su negocio bajo estructuras tributarias elusivas?<sup>41</sup>

## 5. REFLEXIÓN FINAL

Nuestra reflexión nos lleva a concluir que, si bien se debe procurar reducir la incertidumbre generada por una CAG, tal incertidumbre es inherente a la naturaleza de una CAG. Una CAG extremadamente precisa no sería eficiente: es justamente su flexibilidad la que le permite enfrentar el fenómeno de la elusión tributaria. No sería apropiado, por lo tanto, demandar un elevado estándar de seguridad jurídica por parte de una CAG.

---

*tax planning by taxpayers and their advisers, who seek to apply a wide variety of provisions of the code and regulations in contexts in which they were never intended to be applied to produce results they were never intended to produce. The level of predictability is not unmanageable in the vast bulk of cases involving transactions in the ordinary course of the taxpayer's business. Unpredictability abounds and is inevitable, however, in cases involving transactions outside the ordinary course of business, especially transactions designed specifically to produce tax losses vastly disproportionate to before-tax losses and transactions costs".* South African Revenue Service, Discussion Paper on Tax Avoidance and Section 103 of the Income Tax Act, 1962 (Act. No. 58 of 1962), (November, 2005) at pg. 51.

39 "(...) whilst enacting a law against something that cannot be defined or explained is problematic in principle, the results to date do not seem objectionable. Taxpayers against whom the GARR is invoked routinely complain of the uncertainty apparently inherent in it, but these complaints deserve no sympathy, for all the taxpayers against whom the Commissioner has invoked the GARR had plainly attempted unmeritorious raids on the Treasury. Those who sail too close to the wind should not complain if they get wet." Michael Littlewood. Tax avoidance, the rule of law and the New Zealand Supreme Court, p.22.

40 En su momento, el entonces Ministro de Economía y Finanzas, Alfredo Thorne se refirió a la Norma XVI indicando que "Esta ley [la Norma XVI] afectó a muchos individuos, la vamos a derogar, porque queremos una Sunat que sea amigable", pretendiendo alegar que la Norma XVI se venía aplicando a ciudadanos de a pie y no a las grandes empresas. [https://www.americaeconomia.com/economia-mercados/finanzas/consideran-que-la-norma-sobre-elusion-tributaria-desalienta-la-formalizac\\_\(04.09.2016\)](https://www.americaeconomia.com/economia-mercados/finanzas/consideran-que-la-norma-sobre-elusion-tributaria-desalienta-la-formalizac_(04.09.2016))

41 "Clearly, if multinational businesses rely on unintended tax advantages relating to tax avoidance to justify investment in a country, such investment may not be desirable". Elliffe, Craig. Policy Forum: New Zealand's General Anti-Avoidance Rule – A Triumph of Flexibility over Certainty. Canadian Tax Journal (2014) 62:1, p. 161.

Tampoco parece tener mucho sentido perseguir “el enunciado perfecto” para una CAG. No sólo porque es una aspiración inalcanzable, sino porque existen otros factores más determinantes para generar seguridad jurídica respecto a la aplicación de una CAG en la que deberíamos concentrarnos, por ejemplo, la jurisprudencia desarrollada por los tribunales.

Por último, la experiencia comparada parecería indicar que una CAG no afectaría de forma importante la dinámica natural de los negocios como pretenden sostener ciertos opositores a la Norma XVI.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- AGENCIA PERUANA DE NOTICAS  
2016. “Consideran que la norma sobre elusión tributaria desalienta la formalización en Perú”. *América economía*. Consulta: 30 de agosto de 2018.  
<https://www.americaeconomia.com/economiamercados/finanzas/consideran-que-la-norma-sobre-elusion-tributaria-desalienta-la-formalizac>
- CHEN, Shu-Chien  
2018. “Predicting the ‘Unpredictable’ General Anti-Avoidance Rule (GAAR) in EU Tax Law”. *En SSRN*. Consulta: 20 de agosto de 2018.  
<https://ssrn.com/abstract=3210833>
- CRAIG, Elliffe  
2014. “Policy Forum: New Zealand’s General Anti-Avoidance Rule – A Triumph of Flexibility over Certainty”. *Canadian Tax Journal*, p. 164. Consulta: 20 de agosto de 2018.  
<https://ssrn.com/abstract=2406659>
- COOPER, Graeme  
2016. “The Role and Meaning of ‘Purpose’ in Statutory GAARs”. *En SSRN*. Consulta: 20 de agosto de 2018.  
<https://ssrn.com/abstract=2752276>
- DABNER, Justin  
2000. “The Spin of a Coin - In Search of a Workable GAAR”. *En SSRN*. Consulta: 20 de agosto de 2018.

<https://ssrn.com/abstract=2701054>

- EL COMERCIO

2014. “Cámara de Comercio en contra de norma antielusiva de la Sunat”. *El Comercio*. Lima, 19 de mayo. Consulta: 30 de agosto de 2018.

<https://elcomercio.pe/economia/peru/camara-comercio-norma-antielusiva-sunat-171049>

- FREEDMAN, Judith

2006. “Defining Taxpayer Responsibility: In Support of a General Anti-Avoidance Principle” *En SSRN*. Consulta: 15 de agosto de 2018.

<https://ssrn.com/abstract=900043>

- GARCÍA NOVOA, César

2006. “Aplicación de los Tributos y Seguridad Jurídica”. *Derecho & Sociedad*. Lima, Volumen No. 27, p. 30.

- GESTIÓN

2014. “CCL: Norma contra elusión lesiona seguridad jurídica”. *Gestión*. Lima, 20 de mayo. Consulta: 30 de agosto de 2018.

<https://gestion.pe/impres/ccl-norma-elusion-lesiona-seguridad-juridica-60522>

- GESTIÓN

2012. “Guillermo Grellaud: La nueva norma contra la elusión “es anti-constitucional y desalienta la inversión””. *Gestión*. Lima, 02 de agosto. Consulta: 30 de agosto de 2018.

<https://gestion.pe/economia/guillermo-grellaud-nueva-norma-elusion-anticonstitucional-desalienta-inversion-17201>

- HART, Herbert

1958. “Positivism and the Separation of Law and Morals”. *Harvard Law Review* No. 593. Vol. 71 No. 4; pp. 593-629.

<http://users.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/hart-1958-positivism-separation.pdf>

- HERNÁNDEZ, Juan Luis

“Entrevista a Geraldo Ataliba: La seguridad jurídica en el Derecho Tributario”. En *IUS ET VERITAS*, Volumen No. 5, p. 61.

- KEATING, Kirsty

2011. “Reform of the General Anti-Avoidance Provision – The Iron is Hot”. En *New Zealand Tax Planning Report No. 6*.

- KREVER, Richard

2016. “General Report, GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS World”. En *SSRN*. Consulta: 20 de agosto de 2018.

<https://ssrn.com/abstract=2795397>

- LANDA, César

2006. “Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Palestra Editores. Lima:Perú.

- LI, Jinyan

2010. “Tax Transplants and Local Culture: A Comparative Study of the Chinese and Canadian GAAR”. En *SSRN*. Consulta: 20 de agosto de 2018.

<https://ssrn.com/abstract=1645336>

- LITTLEWOOD, Michael

2010. “Tax avoidance, the rule of law and the New Zealand Supreme Court”. En *SSRN*. Consulta: 20 de agosto de 2018.

<https://ssrn.com/abstract=1726165>

- MAZUR, Orly

2012. “Tax Abuse - Lessons from Abroad”. *SMU Law Review*, Vol. No. 65. En *SSRN*. Consulta: 20 de agosto de 2018.

<https://ssrn.com/abstract=2056553>

- NYBERG-ANDERSSON, Markus

2018. “General Anti-Avoidance Rules and Legal Certainty in Sweden, USA and China – A Taxation Determined by Legal Culture?” En *SSRN*. Consulta: 10 de agosto de 2018.

<https://ssrn.com/abstract=3195490>

- PREBBLE, John  
2001. "Income Taxation: A Structure Built on Sand, Address at Sydney University Law School Ross Parsons Memorial Lecture". *Sydney L. Review*. Consulta: 10 de agosto de 2018  
<http://www.austlii.edu.au/au/journals/SydLawRw/2002/13.pdf>
- PICÓN, Jorge  
2012. "Norma Antielusión: ¿Inconstitucional o no? ¡Esa es la cuestión!" *Conexión Esan*. Lima, 11 de septiembre de 2012. Consulta: 30 de agosto de 2018.  
<https://www.esan.edu.pe/conexion/actualidad/2012/09/11/norma-antie-lusion-inconstitucional-tributacion/>
- PREBBLE, Rebecca y John  
2010. "Does the use of general anti-avoidance rules to combat tax avoidance breach principles of the rule of law?". *En SSRN*. Consulta: 20 de agosto de 2018.  
<https://ssrn.com/abstract=1523043>
- ROUHANA, Nadim y Sahar HUNEIDI  
2013. "The Legal Structures of Subordination: The Palestinian Minority and Israeli Law". *En SSRN*. Consulta: 11 de agosto de 2018.  
<https://ssrn.com/abstract=2365177>
- SHAPIRO, Carolyn  
2009. "The Context of Ideology: Law, Politics, and Empirical Legal Scholarship". *En SSRN*. Consulta: 10 de agosto de 2018.  
<https://ssrn.com/abstract=1596893>
- SOUTH AFRICAN REVENUE SERVICE  
2005. "Discussion Paper on Tax Avoidance and Section 103 of the Income Tax Act, 1962 (Act. No. 58 of 1962)". Consulta: 15 de agosto de 2018.  
<https://www.ftomasek.com/DiscussionPaperGAAR20051103.pdf>
- TARUN, Jain



2013, “GAAR and the Rule of Law: Mutually Incompatible?”. *Chartered Accountant Practice Journal*, Vol. 43, en SSRN. Consulta: 10 de agosto de 2018.

<https://ssrn.com/abstract=2298520>

- TAXATION COMMITTEE OF THE NEW ZEALAND LAW SOCIETY, CORPORATE TAXPAYERS GROUP y TAXATION COMMITTEE OF THE NEW ZEALAND INSTITUTE OF CHARTERED ACCOUNTANTS

2011. “Improving the Operation of New Zealand’s Tax Avoidance Laws”. *En New Zealand Journal of Taxation Law and Policy*. Consulta: 10 de agosto de 2018.

<http://docs.business.auckland.ac.nz/Doc/improving-the-operation-of-nz-tax-avoidance-laws-2248668.pdf>

- WAERZERGERS, Christophe

2016. “Introducing a General Anti-Avoidance Rule (GAAR): Ensuring that a GAAR Achieves its Purpose”. *En SSRN*. Consulta: 10 de agosto de 2018.

<https://ssrn.com/abstract=2729042>

- WEBER, Dennis

2017. “The Reasonableness Test of the Principal Purpose Test Rule in OECD BEPS Action 6 (Tax Treaty Abuse) versus the EU Principle of Legal Certainty and the EU Abuse of Law Case Law”. *Erasmus Law Review*, Vol. 10, No. 1, p. 9.

Lima, setiembre de 2018.

