



AVANCE Técnico
División de Asesoría Tributaria & Legal.
23 Noviembre 2020. No. 06.

**Cláusula Antielusiva: ¿es posible,
peligrosa, o viola principios
fundamentales?. (Segunda entrega)**

**AVANCE Técnico / División de Asesoría Tributaria & Legal.
23 Noviembre 2020, No. 6.**

En nuestro Avance anterior sobre este tema (Nro. 04 de Noviembre) logramos un acercamiento inicial con el mismo, y en consecuencia pudimos conocer la existencia de una serie de términos que están en sintonía con lo que son las llamadas “Cláusulas Antielusivas”.

Es así como entonces pudimos hablar de la Elusión misma, la Evasión, la Economía de Opción, Abuso en la aplicación del Derecho, la Sustancia sobre la Forma, Operaciones Simuladas, Sustancia Económica, entre otros; como pudimos ver en esa ocasión, todo apunta al contribuyente y su desempeño, y qué tanto puede considerarse que su actuar es procedente, legítimo, o impropio, y que no necesariamente al darse uno se da lo otro, siendo un ejemplo claro de ello cuando el contribuyente haciendo uso de una figura o forma jurídica válida, puede ser desconocida por la Administración Tributaria en el entendimiento de que la misma fue empleada con el fin de producir una disminución indebida en la recaudación a que tiene derecho dicha autoridad.

Digamos que el epicentro de toda ésta disquisición viene planteada por qué tan verdadera, honesta, cierta o real puede ser considerada la opción tomada por el contribuyente para desarrollar un determinado negocio o determinación contractual, o qué tan “deshonesta” o “falsa” pueda resultar, y para ello, el punto central lo determina entonces lo que se ha dado por llamar la “Sustancia Económica” (SE).

La sustancia vendría a representar ese fondo o fundamento que construye la tesis de lo que se hace, ya que de no existir o estar presente, se podría solo tener una estructura vacía, o dicho de otra manera, un “casarón”.

El tema de la SE, no es simple, ya que cada cual puede tener una apreciación sobre si un determinado supuesto o evento guarda una adecuada o deseable SE; es un tema complejo.

Digamos que a pesar de lo difícil que pueda resultar regular la materia, pues la tarea había que comenzar a realizarla de alguna manera, y es por ello, que internacionalmente las legislaciones locales de algunas jurisdicciones, han tratado de ir produciendo alguna normativa doméstica para dejar el precedente de ello, y en algunos casos, siguiendo las pautas de la llamada “acción 5” de las BEPS (Base Erosion and Profit Shifting dictadas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico –OCDE-) con el objeto de combatir las prácticas fiscales perniciosas, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia.



**AVANCE Técnico / División de Asesoría Tributaria & Legal.
23 Noviembre 2020, No. 6.**

Interesante ver el caso de Costa Rica: la Administración Tributaria ya ha indicado varias veces que las normas de OCDE de buenas prácticas tributarias, son de aplicación supletoria a las normas nacionales. Ejemplo de eso son los Precios de Transferencia y los grandes ajustes millonarios que han venido por dichos casos. A la vez, Costa Rica es firmante del marco inclusivo de la lucha contra la erosión de bases imponibles de un régimen tributario al otro.

De igual forma, llama la atención ver que en la “Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas”, se incluye un artículo 12 que versa sobre la cláusula general antielusiva en el Código de Normas y Procedimientos Tributarios. En este caso se señala:

“Artículo 12 bis- Cláusula antielusiva general.

Cuando se realicen actos que, en lo individual o en su conjunto, sean artificiosos o impropios para la obtención del resultado conseguido, las consecuencias tributarias aplicables a las partes que en dichos actos hayan intervenido serán las que correspondan a los actos usuales o propios para la obtención del resultado que se haya alcanzado.

Lo dispuesto en el párrafo anterior únicamente se aplicará cuando los actos artificiosos o impropios no produzcan efectos económicos o jurídicos relevantes, a excepción del ahorro tributario.”

Y a su vez en cuanto se habla de las Reorganizaciones empresariales en el artículo 27 D, en lo correspondiente a las **Rentas de Capital y Ganancias y Pérdidas de Capital**, se indica:

*“En casos de reorganización empresarial por distintos medios, como la adquisición de acciones, cuotas o participaciones sociales, aportes no dinerarios o en activos, fusiones, escisiones, compra del establecimiento mercantil, transferencia total o parcial de activos y/o pasivos y otros, las ganancias de capital que se puedan generar se considerarán como no realizadas para los efectos del artículo 27 C inciso 3), con base en los principios de neutralidad fiscal y continuidad del negocio, **siempre que en la operación de reorganización medie un motivo económico válido.**”*



Estos dos artículos se relacionan con la acción 5 de BEPS (dispuesta con la intención de combatir las prácticas fiscales perniciosas, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia) la cual indica que toda estructura que tenga una empresa debe de contar con una sustancia económica válida, y en consecuencia, para nada aparente.

La referida SE, a su vez, se divide en dos:

Sustancia material: referida a la acreditación de actividades que respalden la existencia de una entidad y sus movimientos económicos, es decir, que existan elementos que constaten la presencia y actividad de una entidad. O bien como lo señalan las acciones BEPS que existan los medios materiales y los recursos humanos necesarios para poder llevar a cabo la actividad.

Sustancia económica: esta es la que guarda relación con el artículo que hace referencia al motivo económico válido. Quiere decir ello, que exista una válida y real justificación

**AVANCE Técnico / División de Asesoría Tributaria & Legal.
23 Noviembre 2020, No. 6.**

empresarial para tener una entidad en jurisdicciones fiscalmente de más baja imposición, y que comporten las prestaciones y contraprestaciones los principios atinentes a la retribución de precios de transferencia y el concepto de encadenamiento en función del análisis de la cadena de valor.



Entendamos entonces que el “motivo o sustancia económica”, se refiere a la justificación que brinde una ventaja al realizar la actividad por medio de una forma jurídica o la adopción de determinados contratos, y que deje entrever que la misma nunca será, pagar menos impuestos.

Es decir, debido a que se parte del principio que toda empresa o grupo económico busca siempre mejorar sus rendimientos económicos, toda acción que vaya a tomar va a ser en pro de este efecto, y no de otro distinto, y en consecuencia, nunca debería ser desconocida por la autoridad fiscalizadora cualquiera de esas decisiones.

Ahora bien, veamos otro ángulo del asunto: si una empresa realiza un plan empresarial que de manera prospectiva refiere a un mayor ingreso, pero dicho plan a la hora de su realización no logró materializar el objetivo, no pudiera decirse bajo ninguna consideración que es improcedente o debe ser desconocido, pues a la hora de su idealización presentaba una justificación y motivo económicos, claros y definidos. En un escenario de este tipo, sin duda la prueba documental es definitiva porque será la que deje plasmada tanto la intención, como el proceso, pasos a seguir, y el por qué.

En otra variante podríamos considerar el caso de una empresa que busca generar costos y gastos, y con ello no se observa, de manera lógica o armonizada con el propósito fundamental una mejora económica para la empresa o grupo económico, más allá de una ventaja fiscal, sin duda, pudiera entenderse que este accionar no estaría cumpliendo con el motivo económico válido, al menos a los efectos de poder oponerle como justificación de cara a las autoridades fiscales en una eventual revisión.

Otra jurisdicción que ha venido haciendo lo propio respecto a este complejo tema, es Barbados, y es así como el pasado 29 de noviembre de 2019, modificó su legislación en materia de sustancia económica, y por ello, casi inmediatamente después, el 04 de diciembre de 2019, fueron dictadas las directrices sobre la referida SE.

Las Directrices se actualizarán periódicamente siendo que está previsto que posteriormente

**AVANCE Técnico / División de Asesoría Tributaria & Legal.
23 Noviembre 2020, No. 6.**

sean publicadas aclaratorias adicionales sobre los negocios bancarios, de seguros, gestión de fondos, entre otros.

La normativa prevé la aplicación de una suerte de "Test" para determinar lo relativo a la SE de las operaciones a realizar por parte de las entidades que hacen vida en Barbados; del mismo es destacable:

- ✓ Es aplicable a las actividades empresariales definidas como relevantes, a saber: a) Negocio bancario; b) Negocio de seguros; c) Negocios financieros y de arrendamiento financiero; d) Negocio de gestión de fondos; e) Sede de negocio (Headquarters); f) Empresa holding; g) Negocio de propiedad intelectual; h) Negocio de envíos (Shipping); i) Centro de distribución y servicio comercial; y, j) Otras actividades que el Ministro de Negocios Internacionales pueda prescribir por orden para ser actividades relevantes. Esto implica que el test solamente debe aplicarse sobre este tipo de negocios jurídicos, no sobre otros tipos de actividades económicas que puedan eventualmente desarrollarse "en y desde" Barbados.
- ✓ Las actividades fundamentales del negocio jurídico deben efectuarse "en y desde" Barbados para poder cumplir con el test de sustancia económica.



- ✓ Superar o no el test de sustancia económica depende de cada caso concreto, siendo que la entidad deberá disponer de la información relevante para demostrar la idoneidad de sus negocios jurídicos ejecutados "en y desde" Barbados.
- ✓ La información a proporcionar en la declaración anual de sustancia económica es la siguiente: a) Tipo de negocio jurídico; b) Ingresos por cada actividad relevante que realiza; c) Gastos operativos por cada actividad relevante que ejecute; d) Información sobre su dirección comercial; e) Número de trabajadores calificados a tiempo completo; f) Actividades claves ejecutadas en Barbados directamente por la entidad o por un tercero.
- ✓ No están sujetas al test de sustancia económica: a) Las actividades que no sean consideradas como relevantes según se indicó antes; b) Empresas constituidas en Barbados, pero gestionadas y controladas en otra jurisdicción; y c) Empresas constituidas fuera de Barbados, pero registradas en Barbados.
- ✓ Las entidades que controlan activos de propiedad intelectual de alto riesgo, es decir, con activos adquiridos a personas vinculadas o que ceden tales activos a personas vinculadas, la

AVANCE Técnico / División de Asesoría Tributaria & Legal.
23 Noviembre 2020, No. 6.

disposición jurídica parte de la presunción base de que no cumplen con los requisitos de sustancia económica, a menos que pueda demostrarse su vinculación con el desarrollo, explotación, mantenimiento y protección del activo intangible de que se trate, caso en el cual, tales funciones deben ser ejercidas por funcionarios calificados que vivan y desempeñan tales actividades "en y desde" Barbados;

Otro caso destacable para efectos de esta "Segunda Entrega", es el referido al de los Estados Unidos de Norteamérica (USA).

Una de las consecuencias de la reforma sanitaria del Ex-Presidente Obama pasó un tanto desapercibida en su momento, fue la codificación, por primera vez en USA, de una norma general anti-abuso (*General Anti-avoidance Rule—GAAR*). Dicha codificación tuvo lugar mediante la reforma, entre otros preceptos, del art. 7701 (o) del Internal Revenue Code (IRC) y fue llevada a cabo, mediante la extensa Ley de Reforma Sanitaria (*US Health Care and Education Reconciliation Act of 2010*).

El objeto de la norma fue sin duda, el unificar y clarificar la vasta (y dispar si se quiere) doctrina jurisprudencial con respecto al alcance de la sustancia económica (*economic substance*) conocida hasta ese momento. Esta normativa forma parte de un conjunto más amplio, de origen jurisprudencial, que en muchos casos también inspiró normas específicas anti-fraude, y que tienen en común el atender, de diferentes formas, a la realidad económica de una operación desde la perspectiva tributaria. Entre estas doctrinas se encuentran, estando íntimamente relacionadas, la doctrina del test del propósito negocial o de los motivos económicos válidos (*business purpose test*), la doctrina de la simulación (*sham transaction doctrine*) o la más general, y no exclusivamente tributaria, doctrina de la sustancia sobre la forma (*substance over form*).



Consideremos que como acertadamente ha puesto de relieve el profesor C. PALAO TABOADA, el test del *business purpose* se refiere a la finalidad de los negocios u operaciones, y no puede confundirse con un análisis de los «motivos» o razones subjetivas, metas, finalidad a la vista. Según se asume, lo verdaderamente relevante de acuerdo con esta normativa antielusión, no es la presencia de un motivo de elusión del impuesto, sino la ausencia de toda finalidad de negocios o comercial (no fiscal).

En el ordenamiento estadounidense, se aplica un doble concepto de "sham"; uno se refiere a los hechos y el otro, al carácter económico.

**AVANCE Técnico / División de Asesoría Tributaria & Legal.
23 Noviembre 2020, No. 6.**

La denominada “*factual sham*”, tiene lugar cuando la versión de los hechos que el contribuyente ha documentado no resulta consistente con lo que acontece en la realidad o en la práctica; por ejemplo, se documenta un contrato para la prestación de un servicio, y en la revisión se determina que no hubo ninguna actuación que lo respalda, solo quedó todo plasmado en texto y no en la realidad, ello haría que la operación se considere falsa (fake).

Caso distinto, es el de la denominada “*economic sham situation*”, la cual tiene lugar cuando de la operación realizada no resultan efectos económicos legítimos, y solo puede apreciarse la materialización del aprovechamiento de una ventaja fiscal; como ejemplo pongamos la transferencia de un activo de una entidad a otra del grupo, a su costo, para así no generar ganancia, para que ésta luego lo venda al precio real al comprador interesado aprovechando una gran pérdida operativa que tiene en su Balance y que anularía el beneficio ocasionado. Aquí, no hay un efecto económico legítimo, sino solo una ventaja fiscal lograda.



El principal aspecto de la reforma es la definición de qué debe entenderse por acto o negocio con sustancia económica, lo cual se ha hecho en el artículo 7701(o) del IRC, dedicándose el resto de preceptos a delimitar la posibilidad de establecer sanciones en el caso de incumplimiento.

El referido artículo 7701 (o) del IRC establece entonces, que se considerara que una transacción tiene sustancia económica solo si concurren dos requisitos o tests de forma concurrente: a) que dicha transacción o conjunto de ellas modifica sustancialmente la posición del contribuyente con independencia de la ventaja o ahorro tributario resultante de la misma; y b) que además el contribuyente tiene un propósito sustancial, aparte de la ventaja tributaria, para realizar la transacción.

La conclusión preliminar que cabe extraer es que la nueva norma hizo algo más, en todo caso, que actualizar o unificar las normativas de origen jurisprudencial. En efecto, si bien es cierto que adoptó el test acumulativo, que requiere la concurrencia tanto de la sustancia económica como del propósito negocial, también lo es que el requisito de la sustancia económica se endurece, de manera que la norma va más allá de un mero análisis del beneficio esperado de la operación (*profit-based test*), exigiendo un cambio en la posición económica del sujeto que no exige la concurrencia inmediata del beneficio (*economic-change test*).

Entendamos un poco mejor, a que se refiere lo anterior:

- **La operación debe modificar sustancialmente la posición del contribuyente.**

La necesidad de que la transacción o actuación del contribuyente, altere su posición económica deberá poderse comprobar, siempre que el mismo pueda demostrar que la operación modifica sustancialmente dicha posición económica, lo cual puede hacerse a través de cualquier factor o prueba objetiva y no sólo a través del “beneficio potencial” de la operación (*profit potential test*); es decir, la cláusula no exige ni establece un beneficio económico mínimo para que se satisfaga el test de beneficio potencial. Esto es relevante porque una operación puede tener sentido más allá del simple beneficio directo, por ejemplo como una operación a medio plazo para ocupar o posicionarse en un determinado mercado, de manera que la transacción sea beneficiosa para el contribuyente por finalidades más amplias que el puro beneficio económico tangible (corriente de ingresos).

Conforme a lo anterior, el análisis de la sustancia económica requiere una determinación objetiva de si existía una posibilidad razonable de beneficio derivado de la operación, haciendo abstracción de las ventajas fiscales. Sin embargo, por otro lado, se advierte que si el contribuyente utiliza el test del *profit potential*, el valor presente de la expectativa de beneficio razonable (antes de impuestos) debe ser sustancial en relación con el valor presente de la expectativa de beneficio neta de impuestos que resultaría si la operación es respetada. Los costos de transacción, sin duda, deben tenerse en cuenta para analizar los beneficios antes de impuestos.

- **Debe haber una finalidad sustancial ajena al ahorro tributario que se espera conseguir.**

Estrechamente ligado con el requisito anterior, está la exigencia de que el contribuyente pueda demostrar la existencia de una finalidad sustancial, es decir, el elemento subjetivo o de intencionalidad aunque en el fondo entraña un test de finalidad económica (no fiscal) que puede considerarse objetivo en la medida en que no requiere la demostración del motivo fiscal sino lo contrario.

El punto de partida o la presunción base, es que el fraude es intencionado, de ahí el porqué la sanción no será aplicable en aquellos casos en los que el contribuyente pueda demostrar su buena fe. La cuestión de la intencionalidad o no del fraude, en tanto que puede estar ligada a la culpabilidad (y por lo tanto dar entrada a la imposición de sanciones), ha sido siempre controvertida, de manera que se sostiene en ocasiones que la intencionalidad es un elemento irrelevante, mientras que para otros se trata de un elemento esencial o al menos necesario



**AVANCE Técnico / División de Asesoría Tributaria & Legal.
23 Noviembre 2020, No. 6.**

en la aplicación de las normas antielusión. Nótese en todo caso que el elemento subjetivo se verifica por la concurrencia de todos los elementos objetivos, como no podía ser de otro modo.

El problema radica entonces, en si la concurrencia de un elemento subjetivo implica que el sujeto debe conocer que su conducta es contraria a Derecho. Si esto es así, la norma antielusión solo se podrá aplicar en aquellos casos de clara infracción tributaria.

A todas luces, No parece ser esta la intención de la norma norteamericana, sobre todo porque en la jurisprudencia doméstica se traza una distinción entre *motive*, ámbito interno, netamente subjetivo e irrelevante, y *purpose*, finalidad que, razonablemente y a la luz de todos los elementos del caso, se supone a una operación.

Esto significa que si bien la norma parte de la intención del sujeto de evitar o minimizar la carga tributaria, su concurrencia debe ser determinada mediante el examen de la forma de la operación (*form reveals purpose*). Citando nuevamente a PALAO TABOADA, podemos decir que *“desde el punto de vista de la aplicación de la ley fiscal, el negocio u operación realizado es artificioso, es decir, no se corresponde con la realidad económica y ha sido utilizado con la única finalidad de eludir la norma tributaria. En esto consiste el propósito de eludir el tributo”*.

Puede señalarse entonces, con base en lo expuesto en líneas previas en lo concerniente al caso norteamericano, que a partir de su jurisprudencia, a pesar de que la motivación subjetiva del contribuyente puede ser pertinente para la existencia de llegar a determinar una finalidad no fiscal frente a una exclusiva finalidad fiscal, la realidad objetiva de la operación es lo relevante para determinar si la operación en si misma posee alguna sustancia, o si por el contrario, es lo que suele denominarse una mera operación de cascarón.

Finalizando, podemos señalar sin temor a equivocarnos, que si existe un argumento innegable sobre la sustancia o motivo económico válido, es que no existe uniformidad de criterios para definirlo, lo cual resulta tremendamente peligroso, dada la discrecionalidad que ello puede traer en el funcionario revisor actuante para desconocer la aplicación de un contrato, la implementación de una estructura operativa, o la toma de una decisión determinada por parte del contribuyente; a este fenómeno, no escapa ninguna jurisdicción, comenzando por nuestro propio país.

Antonio Dugarte Lobo
Socio División de Asesoría Tributaria & Legal
antonio.dugarte@crowe.com.ve