

LA INTERPRETACIÓN ECONÓMICA DE LA LEY TRIBUTARIA. APUNTES SOBRE LA INFLUENCIA DEL DERECHO ANGLOSAJÓN SOBRE EL DERECHO DE TRADICIÓN ROMANISTA*

Alejandro C. Altamirano**

1 Introducción y metodología. 2. La Sustancia por sobre la forma, ¿son pautas hermenéuticas plenamente aplicables en nuestro ordenamiento? 3 Obligación del Estado de combatir la evasión privilegiando el valor Justicia. 4 Sistemas de Derecho e Interpretación económica. 4.1 Referencia al realismo jurídico norteamericano. 4.2 Derecho de tradición romanista. 5 Legalidad y capacidad económica. 6 Tensión entre el Derecho público y Derecho privado. 7 Precisiones del lenguaje: sustancia y forma. 8 El derecho anglosajon y la construcción pretoriana del principio del *substance over form*. 8.1 Precedentes norteamericanos. 8.2 Precedentes ingleses. 9. Influencia en el derecho judicial argentino. 9.1 Los vasos comunicantes entre los distintos ordenamientos jurídicos. 9.2 Doctrina judicial de la Corte Suprema en relación con la realidad económica y cierta influencia del Derecho judicial comparado. 10 Conclusión.

RESUMEN

Este artículo hace un análisis del tema de la interpretación de la ley tributaria en el orden jurídico, examinando el derecho del contribuyente al planeamiento tributario como política de gestión y estrategia empresarial. La teoría de la interpretación económica del derecho tributario es estudiada en el ámbito del orden jurídico argentino, en comparación con los principios de legalidad, de la seguridad jurídica y de la capacidad económica, como también en confrontación con la obligación del Estado de luchar en contra de la evasión fiscal y defender las garantías del contribuyente. El artículo

* Aclaración previa: este trabajo forma parte de la obra colectiva coordinada por el prof. José Osvaldo CASÁS "Interpretación económica de la norma tributaria", Abaco, Buenos Aires, Serie Biblioteca de Derecho Tributario de la Universidad Austral, 2004.

** Abogado. Director del Departamento de Derecho Tributario de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. Profesor de la Carrera de Especialización en Derecho Tributario de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral; del Master en Derecho de la Empresa y del Master en Magistratura Judicial de la misma Universidad. Socio del Estudio Beccar Varela.

va a analizar las diferencias entre elusión y evasión, para tratar de establecer los límites entre las dos situaciones, y la influencia del derecho anglosajón, que es notable en la teoría argentina de la “substancia sobre la forma”. Finalmente, uno encuentra un análisis de la teoría de la “substancia sobre la forma” en el derecho comparado.

PALABRAS-CLAVE: Derecho tributario. Planeamiento tributario. Interpretación económica. Substancia. Forma. Proposito negocial. Legalidad. Seguridad Jurídica. Capacidad Económica. Evasión. Elusión. Justicia.

1 INTRODUCCIÓN Y METODOLOGIA

Dos datos determinan la elaboración de éste aporte. El primero radica en que el Derecho se encarga de dar a cada uno lo suyo y el segundo que ninguna norma obliga al contribuyente a seguir el camino tributario más gravoso si puede elegir otro - dentro del ordenamiento jurídico - de mayor conveniencia por la reducción del costo tributario. Por estos dos datos – siendo lo suyo el respeto al derecho de propiedad y manejo de la propia economía - podemos concluir que existe un derecho a la planificación tributaria.

Por planificación entendemos aquel procedimiento por el cual se interpreta el sistema de normas desde la perspectiva de un modelo de acción para que el contribuyente mejore su economía tributaria habiéndose compulsado ese modelo de acción como admitido por el ordenamiento jurídico tributario. Arespacochaga define a la planificación fiscal como el mecanismo dentro de la estrategia empresarial para “ordenar de forma eficiente las consecuencias fiscales de la gestión empresarial fuera de las fronteras propias”¹ agregando García Novoa que el concepto se identifica también con la “búsqueda de ventajas fiscales” o con el “ahorro fiscal” dentro de la estrategia global de optimización económica de los operadores económicos y las personas.

En los países de tradición jurídica de *Common Law* este derecho no es puesto en duda. Simón Acosta² señala, en relación con la licitud de los fines de ahorro fiscal dentro del marco de la ley, que ello es “tan evidente como la luz del día”, es decir, es lícito elegir formas contractuales en virtud de ventajas fiscales pues no debemos perder de vista la libertad contractual que inspira a nuestro Código Civil argentino.

Si evaluamos este derecho desde la perspectiva del principio de legalidad - que en clave de Xavier³ implica una tipicidad cerrada- deviene

en un principio firme que la conducta del contribuyente – para configurar el hecho imponible - debe encastrar perfectamente en aquella descripción abstracta y previa del hecho imponible. Es decir, hay zonas de libertad y zonas de gravabilidad. Ningún contribuyente tiene la obligación de colocarse en la zona de gravabilidad si el Derecho ofrece otras alternativas para la realización de los negocios.

Consideramos más justo analizar el problema de la evasión desde la perspectiva de la obligación de la Administración tributaria. Así, el Estado debe sellar las fisuras del ordenamiento tributario a efectos de desalentar el planeamiento impositivo. Resulta necesario, para favorecer el normal cumplimiento del contribuyente y beneficio del Estado en su búsqueda del bien común, que las normas tributarias tengan la suficiente claridad para facilitar su aplicación, de manera que todo ordenamiento debe erradicar las normas ambiguas y oscuras. Como es obvio que esas fisuras existen en todo ordenamiento, la Administración tributaria es dotada de otras herramientas, en este caso hermenéuticas, para proteger las bases imponibles cuando estas intentan ser manipuladas antifuncionalmente con arquitecturas sofisticadas que por único propósito tienen el de disminuir el impuesto. Una de esas herramientas consiste en privilegiar la sustancia económica del negocio por sobre la forma jurídica adoptada por el contribuyente. Ello se encarna, normativamente, en los arts. 1 y 2 de la ley 11.683 (t.o. 1998 y sus modificaciones) de la ley de procedimientos tributarios vigente en la República Argentina.

El artículo 1º de la ley 11.683 textualmente expresa: “En la interpretación de las disposiciones de esta ley o de las leyes impositivas sujetas a su régimen, se atenderá al fin de las mismas y a su significación económica. Sólo cuando no sea posible fijar por la letra o por su espíritu, el sentido o alcance de las normas, conceptos o términos de las disposiciones antedichas, podrá recurrirse a las normas, conceptos y términos del derecho privado”.

El artículo 2º del mismo cuerpo normativo reza: “Para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible se atenderá a los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los contribuyentes. 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 contribuyentes se prescindirá en la consideración del hecho imponible real, de las formas y estructuras jurídicas inadecuadas, y se considerará la situación económica real como encuadrada en las formas o estructuras que el derecho privado les aplicaría con independencia de las escogidas por los contribuyentes o les permitiría aplicar como las más adecuadas a la intención real de los mismos”.

En el Derecho Tributario, la forma y la sustancia de las operaciones adquieren relieves de importancia y su estudio ha concentrado – y concen-

tra - la atención de la materia. Siendo un tema común a todos los ordenamientos tributarios de todos los países –la lucha contra los mecanismos de ingeniería que antifuncionalmente se valen de las formas para evadir el gravamen - ha sido motivo de enormes esfuerzos doctrinarios los que siguen la construcción pretoriana de este concepto. De manera que en todas esas relaciones doctrinarias internacionales fácilmente puede advertirse el trasbasamiento del análisis de estas figuras de un orden jurídico a otro. Así observamos la influencia del derecho extranjero, en esta materia, sobre el argentino. Ese tema pretende ser el objeto de este trabajo.

La forma alude a un concepto legal y apunta al ropaje jurídico que adopta una operación determinada (por ejemplo si nos enfrentamos a un contrato de venta pero utilizando la figura del leasing). La sustancia refiere al sustrato económico de esa operación (por ejemplo, si nos enfrentamos a la venta de todas las acciones de una sociedad, ello equivale a transferir los activos de la misma). Se puede producir un punto de tensión entre ambos conceptos, sustancia y forma, pues en nuestro país el ordenamiento tributario faculta al legislador a disponer de conceptos propios del Derecho tributario cuya naturaleza puede ser diferente para el Derecho privado. Si en la ley tributaria se utilizan términos del derecho privado, esto no significa que debe prevalecer el sentido del derecho privado.

El combate a la elusión fiscal – en caso de que se considere a ésta como violación indirecta de la norma tributaria - se justifica, constitucionalmente, en el principio de capacidad económica como presupuesto del deber de contribuir y en la exigencia de un sistema tributario justo, inspirado en la igualdad y generalidad.⁴ Ello se conecta con el fenómeno de la planificación tributaria.

Las normas sobre la evasión fiscal pueden clasificarse como (a) aquellas en que no existen medidas generales basadas en un estatuto o en la jurisprudencia; (b) norma general contra la evasión fiscal basada en la ley tributaria y (c) normas generales contra la evasión fiscal basada en la jurisprudencia. En las tres categorías, los países pueden tener en mayor o menor grado normas específicas contra la evasión fiscal. La frontera entre los grupos resulta bastante difusa ya que puede discutirse si una norma o una jurisprudencia es general o no; un ejemplo es la doctrina *Ramsay*, que más adelante referimos.

Este trabajo analiza la influencia que la regla de privilegiar la sustancia por sobre la forma otorgada a la operación (*substance over form*) puede tener sobre el derecho judicial argentino. Específicamente nos preguntaremos si estas figuras, tan propia de ordenamientos jurídicos más depurados, son plenamente aplicables a nuestro contexto local, nos referiremos a la regla del precedente – tan decisiva en el *common law* -, intentaremos reseñar jurisprudencia anglosajona sobre el tema y compararla con algunos precedentes de nuestro más alto tribunal de Justicia para evaluar su influencia.

2 LA SUSTANCIA POR SOBRE LA FORMA, ¿SON PAUTAS HERMENÉUTICAS PLENAMENTE APLICABLES EN NUESTRO ORDENAMIENTO?

El acento en la forma y sustancia en el Derecho Tributario – la preeminencia de una sobre la otra - como pauta hermenéutica se origina en el derecho de los países del *common law*. Para nuestro sistema jurídico son conceptos familiares anclados normativamente en los arts. 1 y 2 de la ley de procedimientos tributarios y se los ha reconocido como un mecanismo para individualizar o calificar, jurídicamente, un determinado negocio jurídico, también para quitarle el ropaje jurídico asignado a las formas legales adoptadas por las partes en una operación. Son, estos arts. 1 y 2 de la ley de procedimientos tributarios, dos normas precarias, inciertas, muy endeblés y que pueden traducirse en situaciones de inseguridad y discrecionalidad administrativa deformada (arbitrariedad).

La regla del *substance over form*, ¿puede extrapolarse sin más, sin reservas, a los ordenamientos jurídicos de tradición continental, romanista, como lo es el nuestro? Pasando el cribado fino sobre la cuestión, ¿no tendría que otorgarse mayor certeza conceptual a estas expresiones? ¿Son tolerables para nuestro régimen jurídico tributario, que se asienta sobre los dos pilares constitucionales de legalidad y capacidad contributiva? Nuestros tribunales y la administración tributaria ¿copian estas orientaciones normativas y jurisprudenciales en forma correcta? Entendemos por correcta el hecho de que no solo se importen estas ideas para fiscalizar sino también que vengan acompañadas del debido respeto de las garantías del contribuyente (decimos esto porque nuestro ordenamiento jurídico tributario conserva aún el *solve et repete*).

Una interesante reflexión sobre lo que intentamos expresar se encuentra en la expresión de Woodrow Wilson, recogida por Tawil, quien se preguntó – para el sistema constitucional norteamericano - sobre «trasplantar instituciones extranjeras a este país. Esto es imposible: simplemente no crecerían aquí. Pero, ¿por qué no habríamos de usar ciertas ideas extranjeras como queremos, si son de alguna manera útiles? No corremos peligro de usarlas al modo extranjero. Pedimos prestado arroz, pero no lo comemos con palillos. Tomamos en préstamo nuestro vocabulario político de Inglaterra, pero dejamos las palabras «rey» y «señor» fuera de él... Podemos tomar prestada la ciencia de la Administración con seguridad y provecho, si atendemos a todas las fundamentales diferencias de condición entre sus principios esenciales. Tenemos solo que filtrarla a través de nuestra constitución, únicamente ponerla al fuego lento de la crítica y eliminar por destilación sus gases foráneos»⁵.

Es indudable que el concepto de sustancia sobre forma, como pauta hermenéutica, funciona con rigurosidad en ordenamientos jurídicos de mayor precisión conceptual que el nuestro, de mayor tradición de respeto a la nor-

ma; de mayor sensibilidad a la seguridad jurídica, de mayor certeza en las consecuencias de las relaciones jurídicas, con una tradición judicial de notable rigurosidad⁶. En países de tradición judicial anglosajona, en los que el *stare decisis* es vital y de una proyección *erga omnes* inexorable donde, quizá, los jueces tengan una mayor formación puntual en la especialidad tributaria.

Privilegiar la sustancia económica de una operación por sobre la forma jurídica adoptada es una figura que se aplica para dar respuesta a casos administrativos, judiciales y para calificar – o más precisamente recalificar – los negocios. Para que la administración tributaria utilice esta figura deberá cumplir con los principios constitucionales de legalidad, igualdad tributaria y seguridad jurídica, siendo la esencia del tema la correcta identificación del negocio jurídico a los fines de la configuración de la obligación jurídico tributaria. En otros términos, se trata de individualizar los límites de la autonomía del derecho privado.

Pero estas ideas se enfrentan con la obligación de recaudar que, como aclaró Tipke, debe hacerse pero no a cualquier costa: “Los funcionarios del Fisco no tienen el deber de ‘recaudar todos los impuestos posibles’ con cualquier tipo de medios. El aumento de recaudación no puede ser el estímulo ni la medida del rendimiento del funcionario del Fisco. Su ideal ha de ser, más bien, el de tutelar el Derecho tributario”⁷.

La trascendencia práctica y actual de esta cuestión es indudable y con regularidad eventos internacionales vuelven reiteradamente a ocuparse de su estudio⁸. Siendo este tema esencial en el Derecho tributario, también es importante, para el interprete, reflexionar sobre la génesis de su sistema legal, de tradición continental, romanista, civilista o del *Common Law*, en donde la balanza se inclina en favor del precedente jurisprudencial. La naturaleza del sistema legal es decisoria al momento de ajustar en la práctica, esta figura⁹.

El concepto de sustancia (legal) individualiza o apunta a los derechos y obligaciones en una relación legal; por ejemplo, si una transacción debe caracterizarse como venta o alquiler. La función principal del concepto de la sustancia legal implica recurrir a la naturaleza de la operación para desentrañar si es simulada o errónea a fin de hacer recaer, sobre el contribuyente, la obligación tributaria. Parece razonable suponer que cuanto más se utilizan en los estatutos fiscales los conceptos del derecho privado y más se interpretan con el mismo sentido que en el derecho privado, mayor es el alcance para la planificación fiscal y más se lleva a los extremos la cuestión de la relación entre la forma legal y la sustancia económica¹⁰.

Señala Rosso Alba que la interpretación económica en Argentina ha sido objeto de una vasta utilización por las autoridades fiscales e interpretación por el Poder Judicial, dando lugar a los contenidos más diversos. “Si comparamos la doctrina nacional con la extranjera podemos reparar que tan sólo

dos artículos de la ley de Procedimiento Fiscal han fundamentado definiciones tan amplias como las doctrinas extranjeras del *sham transaction*, *substance over form*, *step transaction* y el llamado *business purpose test*. El criterio de la realidad económica, ampliamente desarrollado en su contenido, resulta la herramienta más empleada por las autoridades fiscales para evitar la evasión y elusión doméstica e internacional¹¹, la realidad económica, la sustancia sobre la forma no son datos jurídicos, son elementos imprecisos.

Lo que en definitiva interesa no es que se aplique o no la realidad económica como pauta interpretativa de una operación determinada, lo que le debe importar es que se cumpla con el valor justicia.

3 OBLIGACIÓN DEL ESTADO DE COMBATIR LA EVASION PRIVILEGIANDO EL VALOR JUSTICIA

En el fenómeno de la evasión el contribuyente evita el pago escapando intencionalmente al alcance del gravamen, evitando la sujeción legal al impuesto al que está obligado por una norma. En el fenómeno de la elusión el contribuyente elimina, reduce o demora la obligación, utilizando los caminos que las propias normas jurídicas autorizan para arribar a dicho resultado. Uckmar se refiere a ahorro de impuestos, ejemplificándolo con aquel contribuyente que ahorra el gravamen evitando consumos, circunstancia que no es tomada en consideración por el legislador. Ahora bien, define a la elusión fiscal como un medio de eliminar, reducir o demorar la obligación tributaria¹².

No escapa a nuestro análisis que la evasión tributaria es un mal social que no solo afecta a la administración tributaria en forma directa, sino también a los contribuyentes de probada trayectoria en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias, porque inexorablemente sobre estos se incrementa la carga fiscal como consecuencia del incumplimiento de los otros, lo cual es a todas luces injusto. En la medida en que el contribuyente interprete honestamente la norma tributaria - utilizando las expresiones de la Corte Suprema - ostente evidencias en tal sentido y despliegue un negocio jurídico con una estructura apta ofrecida por el derecho privado, el mejor impacto tributario que así logra no es, en forma alguna y en nuestra opinión, reprochable. ¿Acaso puede pedirse a un contribuyente que pague más impuestos de los que la interpretación prudente y razonable de la ley le requiere?.

Ante los mecanismos elusivos que pueden adoptar los contribuyentes, las administraciones fiscales diseñan técnicas jurídicas y económicas para contrarrestarlos. Sustancia sobre forma es una carta “comodín” que la Autoridad fiscal puede jugar con extramada sencillez. Dentro de las teorías jurídicas se cuenta la preeminencia del principio de la primacía de la ley. Conforme a estos, el contribuyente podrá desarrollar una conducta

fiscalmente intachable si utiliza las figuras jurídicas que el derecho privado le ofrece, y a la vez lograr que el impacto tributario sea sensiblemente menor en comparación con el que le exigen otras estructuras jurídicas. Es obvio que esta tesis se opone al criterio fiscalista, que privilegia la justicia sustancial desde una perspectiva eminentemente económica, con el único objeto de sujetar a impuesto el ahorro que se logra por esta vía. Consecuentemente, si el contribuyente utiliza el formalismo jurídico y ciertas lagunas que derivan de la ley y logra un efecto fiscalmente aprovechable, la administración fiscal somete a imposición tal ventaja.

Nunca debe perderse de vista las dos balizas sobre las que se traza el camino de la fiscalidad, que son el principio de legalidad y el de capacidad contributiva. Además estamos, en materia tributaria, simplemente ante una obligación jurídica siendo el concepto de realidad económica un elemento extraño al mundo del derecho.

La reconciliación útil y la adaptación mutua de esas dos realidades jurídicas (el derecho del contribuyente a contribuir dentro de los extremos trazados por el hecho imponible y el derecho del Estado a recaudar) no se puede obtener mediante enfoques extremos y unidireccionales - actitudes formalistas o empleos de nutridas disposiciones antielusión - que han abierto el campo interpretativo a los tribunales. Señala Uckmar que la resolución del problema ha de tener carácter legislativo: debe ajustarse a la exclusiva competencia del legislador en el sector fiscal, de acuerdo con el principio de fortalecer la certeza jurídica¹³. Es la ley la que debe encargarse de resolver los espacios difusos, no la interpretación de la Administración tributaria a través de formulas hermenéuticas tan imprecisas.

En la práctica, la ley fiscal es compleja y su aplicación al caso concreto depende de muchas variables; por lo que la línea divisoria entre la elusión - no sancionable - y la evasión - delito tributario - es siempre difícil de trazar¹⁴. Sigue siendo complejo, aun cuando existen diferencias que permiten el *distingo* entre ambas, lo cual gira en gran medida en torno a la honestidad del contribuyente al momento de la interpretación de una posición tributaria en el convencimiento de la corrección de tal decisión. En tal circunstancia debiera atenuarse el castigo.

Las dificultades que conlleva ubicar el gozne entre elusión y evasión, la preeminencia de la sustancia sobre la forma - en donde la realidad económica asume un rol preponderante - se exhibe como una herramienta confortable para que el Estado cumpla con este fin.

Decimos que es confortable para la gestión tributaria del Estado porque el art. 1 de la ley de procedimientos tributarios privilegia el fin de las normas impositivas y su significación económica, agregando que, cuando no es posible fijar, por la letra o el espíritu, el sentido o alcance de las normas, conceptos o términos de las disposiciones antes aludidas, podrá recurrirse supletoriamente a las normas, conceptos o términos del derecho privado. La

normas es de especificidad en favor del Derecho tributario – halo de autonomía - y remarca el “espíritu” de la norma. ¿Puede encontrarse algo más incierto que conocer el “espíritu” de una norma jurídica como la “voluntad” del legislador?

Complementa a esta disposición el criterio de interpretación previsto en la norma indicada que le acuerda especificidad al sistema tributario sólo autorizando a recurrir al ordenamiento privado en forma supletoria y secundaria, sólo cuando el Derecho tributario no define tal o cual figura. Las normas intentan dar prevalencia a la sustancia más que a la forma jurídica.

Con estas herramientas la Administración fiscal y los jueces pueden apartarse del formalismo conceptual, el *nomen iuris* asignado por las partes a un determinado negocio y la apariencia jurídica con que el mismo fue revestido. Más que un método para interpretar normas impositivas se trata de un principio para indagar los hechos y su relación con las figuras jurídicas empleadas por las partes. Lo normal es que la forma jurídica adoptada coincida con el negocio jurídico asumido como presupuesto de hecho, pero, en algunas circunstancias, pueden producirse divergencias entre ambos. Al respecto, el art. 2 del ordenamiento procesal tributario dispone que para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible se atenderá a los actos, situaciones y relaciones económicas, prescindiéndose de las formas y estructuras jurídicas inadecuadas a la situación económica real. De esa manera se consagra por ley la prevalencia del sustrato económico subyacente en el hecho generador por sobre el ropaje jurídico utilizado por las partes intervinientes en el negocio, definida doctrinariamente como la teoría de la preeminencia de la intención empírica (situación de hecho) por sobre la intención jurídica (situación de derecho).

A través de la significación económica de las operaciones se tiende a evitar maniobras directamente dirigidas a disminuir en forma arbitraria el monto imponible de los impuestos mediante mecanismos elusivos. Es dable observar que no se castiga el ahorro tributario, sino la adopción de formas jurídicas inapropiadas o, en los términos de la ley, que no son las que el derecho privado ofrece o autoriza para configurar adecuadamente la cabal intención económica y efectiva de los contribuyentes. Estas reglas deben utilizarse con extremada prudencia, tendiendo a impedir que se incurra en abusos del derecho y evitando que se alteren, por consideraciones subjetivas del intérprete o juzgador, los conceptos adoptados por el legislador, y se aplican tanto en favor como en contra del contribuyente, y no solamente en su contra, como suele aplicarlas la Administración fiscal.

El contribuyente no tiene la obligación de pagar más impuestos si el ordenamiento jurídico no lo dispone de esa forma, ello además con fundamento en la garantía constitucional de legalidad en función de la cual el contribuyente no debe hacer lo que la ley no manda ni lo privado de lo que ella no prohíbe. Si la figura jurídica que el contribuyente adopta para la

realización de un negocio determinado es inadecuada en comparación con la que el Derecho ofrece, con el agravante de la evidencia, en el sentido de que el contribuyente se coloca en dicha posición para restar, intencionalmente, ingresos a las arcas del Fisco, tal conducta será sancionable sólo si el ordenamiento así lo tipifica. Por el contrario, si el contribuyente se coloca en una posición jurídica que el Derecho admite para la realización de una determinada situación y ello deriva en un ahorro tributario, tal conducta no será sancionable. El contribuyente tiene derecho a elegir, dentro de los límites constitucionales de la legalidad y ejerciendo la autonomía de su voluntad, la figura jurídica que mejor se ajuste a la realización de sus negocios.

No se nos escapa la complejidad del tema y lo llamativo que puede resultar la afirmación precedente que puede lucir agresiva, pero si consideramos al sistema tributario - desde un punto de vista estrictamente jurídico- como un conjunto discontinuo de hechos imposables demarcado por esa fuerte tipicidad que conlleva la obligación de contribuir, en tanto no se encastre la conducta del contribuyente con aquella descripción abstracta, no surgirá ninguna obligación de contribuir. El principio de tipicidad - concepto plenamente jurídico y enraizado en nuestra Constitución nacional - no se compeadece con la intención económica o significación económica de las operaciones comerciales - conceptos estos ajenos al Derecho. He aquí las dificultades esenciales que estos temas generan.

4 SISTEMAS DE DERECHO E INTERPRETACIÓN ECONÓMICA

4.1 Referencia al realismo jurídico norteamericano

En el derecho judicial norteamericano se gestó el principio *substance over form*. El sistema jurídico americano pone el peso específico en el derecho judicial (*judicial made law*) y del caso concreto (*case law*). Estas características, señala Rodríguez Paniagua, han llevado a considerar que, en cuanto al método y al modo de creación, el derecho anglosajón se asemeja al derecho romano mucho más que los ordenamientos jurídicos que derivan más directamente de él en cuanto al contenido. En el derecho continental europeo es el legislador el promotor del derecho, en el derecho anglosajón lo es la magistratura. En el primero, la determinación del derecho se hace descendiendo del principio jurídico al caso particular. En el segundo se asciende del caso particular al principio jurídico. En el derecho continental se construye en base a la ley y al espíritu de ésta. En el derecho anglosajón, se construye sobre la base de la vida jurídica y la naturaleza del caso¹⁵.

En la regla del precedente (*stare decisis*) el juez anglosajón está ligado a ese precedente y está más trabado que el de la administración continental de justicia en virtud de que rige para los tribunales superiores el principio que autoriza a romper con el precedente, cuando se considera imprescindible.

La regla del *stare decisis* no vincula de suyo al Tribunal Supremo ni a los tribunales superiores de Estados Unidos de Norteamérica, pero observando la labor del juez del sistema continental este es mucho más libre en la aplicación de la ley lo cual implica un movimiento del derecho más ágil de lo que se supone. El juez anglosajón cuenta con la regla que lo autoriza a romper con el precedente cuando lo considere imprescindible. El juez continental, en cambio, cuenta con el margen de interpretación más o menos amplio que le deje el texto legal¹⁶.

Es Holmes¹⁷ quien resume con enorme elocuencia su concepción del derecho en la célebre frase “*la vida del Derecho no ha sido lógica sino experiencia*”¹⁸. Esto es esencial para analizar el interrogante que planteo. Enseña Holmes que el objeto de estudio del derecho es la predicción, el acierto de cuáles van a ser en cada caso concreto las sentencias de los jueces aun cuando para ello haya que servirse de documentos del pasado, aludiendo a las sentencias judiciales, tratados y leyes de Estados Unidos y de Inglaterra, que abarcan un período de seiscientos años. En su visión del derecho, las sentencias conforman aquel y predicciones que se van generalizando y reduciendo a sistema. Las predicciones se presentan como un cuerpo finito de enunciados dogmáticos que pueden llegar a ser dominados en un período razonable de tiempo¹⁹.

También Holmes se encarga que desarticula la idea de que el derecho pueda configurarse con la exactitud propia de las ciencias matemáticas y, por consiguiente, encontrarse en él una solución segura y exacta. Esta confusión proviene de la forma lógica con que se revisten las sentencias y, en general, todo el lenguaje jurídico y se ve favorecido por el ansia humana de seguridad y certidumbre. Pero por más irreprochable que fuere cualquier razonamiento jurídico, lógicamente existe un punto de partida que depende de una valoración, de un juicio de valor y a ese punto de partida, es decir, a la preferencia de uno y otro de los diversos fundamentos posibles que se puedan poner a la base de las disposiciones o de las resoluciones jurídicas, no se le puede aplicar la matemática ni la lógica. Según los intereses que se trate de salvaguardar ante todo, la solución que se da al caso será distinta²⁰.

Posteriormente Cardozo²¹ enseñará que las fuentes del derecho son las leyes (*statutes*) y el *common law*, para el juez anglosajón. Pero lo importante será la actitud del juez ante ellas. Con respecto a las leyes, advierte que en ningún caso pueden hacer superflua la labor del juez, ni tampoco convertirla en automática y rutinaria. No puede quedar reducida a averiguar la intención del legislador, porque en muchos casos esa intención ni siquiera existió.

Cardozo recurre en su método jurídico para la creación y aplicación del Derecho, al método lógico, al método histórico y al método sociológico. El método lógico implica que el juez utiliza la lógica (a diferencia de la posición de Holmes que señaló que el derecho no es lógica sino experiencia). No se puede menospreciar la armonía de la estructura jurídica, pues no puede resolver una cuestión de una manera para ciertos actores y de otra

totalmente diferente para otros. La lógica conduce, cuanto menos, a brindar seguridad jurídica.

Estas mínimas referencias al realismo jurídico americano pueden ayudarnos a reflexionar en el sentido de que privilegiar la sustancia sobre la forma jurídica – a la manera del *substance over form* americano - podremos intentarlo para nuestro microclima local, pero con errores, pues no sólo podemos copiar esto: también deberíamos copiar el sistema garantista, los mecanismos claros de neutralización de la discrecionalidad administrativa y, como simple muestra de la poca similitud de ambos ordenamientos, deberíamos desterrar de una vez por todas el *solve et repete*, que campea con prestancia en todo el ordenamiento jurídico tributario argentino.

En consecuencia, ¿podemos importar, sin más, la regla del *stare decisis* que liga al juez anglosajón al sistema legal argentino? Sobre este punto cabe una reflexión pues existe un comando normativo constitucional que es el de legalidad: no puede la Administración fiscal ni los jueces, por vía de interpretación, extender los elementos de la obligación jurídica tributaria a fronteras no definidas por la ley. De allí el extremo cuidado a adoptar si se avanza sobre privilegiar la sustancia por sobre la forma (nuestro art. 2 de la ley 11.683, tan precario, de textura tan abierta, de contornos extensibles conforme criterios de discrecionalidad).

A tal extremo llega esta norma que se esbozó el *distingo* a través de las referencias a la *intentio iuri e intentio facti*. Opinamos que el principio de tipicidad cerrada, en clave de Xavier²² no admite esta diferenciación. Tales términos a-jurídicos llevan al insólito extremo de convertir al interprete en una especie de oráculo al pretender determinar el interés de las partes. En todo caso no habría que buscar el interés sino la verdad.

4.2 Derecho de tradición romanista

El Derecho no busca la verdad, pues ese es el objeto que corresponde a la filosofía. El Derecho tampoco busca como objeto inmediato la utilidad, ni el bienestar de los hombres, ni su seguridad, ni su enriquecimiento, ni el orden ni el progreso, pues estos forman parte de los objetivos de la política y la economía. El Derecho mira a la partición de los bienes. La misión del Derecho, como señalamos al inicio de este trabajo, es la de dar a cada uno lo suyo.

Bien dice Villey: “Pago de forma regular mi impuesto sobre la renta; dicho de otro modo, yo no contribuyo menos a los gastos públicos de lo que me corresponde. Hago realidad, al menos en este punto, el estado de la cosa justa (*dikaion*). Pero puede suceder que si yo declaro mis rentas tan exactamente es porque el Secretario de la facultad las comunica al inspector de Hacienda; no hay posibilidad de engañar. Y suponiendo que yo no pagase en la fecha mandada, careciendo de relaciones en los medios administrativos de Hacienda, difícilmente podría escapar al agente ejecutivo. Puede ser que, en otras

circunstancias, yo imite el comportamiento común de los contribuyentes franceses. No debéis concluir de esto que soy *dikaios*, que tenga la virtud de la justicia (*dikaiosune*). El *dikaios* sería la justicia en mí, subjetiva: el *dikaion*, es la justicia fuera de mí, en la realidad objetiva: así se ha entendido durante mucho tiempo, en Francia, la idea de Derecho... El derecho (*to dikaion*) es un objeto; es, por ejemplo, mi parte de impuestos sobre la renta, que yo debo pagar o que he pagado, y que no debe ser ni excesiva ni insuficiente. Si, por tanto, el Derecho es un medio, es un justo medio objetivo ‘en las cosas’, *in re*”.²³

La misión del Derecho no es que el individuo sea justo, ni vigilar la virtud del individuo ni siquiera regular su conducta. Nada le importa al jurista que subjetivamente yo sea honesto y lleno de buenas intenciones hacia las finanzas públicas; únicamente le importa que pague mi impuesto; y todavía con más precisión (ahí reside la misión de la ciencia del Derecho): le importa definir la parte de impuesto que me corresponde pagar... La idea del Derecho ha salido de la idea de Justicia, pero con Aristóteles el Derecho ha conquistado autonomía.”²⁴

El Derecho es el objeto de la justicia. Lo propio de la justicia, entre las demás virtudes, es ordenar o regir al hombre en las cosas relativas al otro (alteridad). La Justicia se imparte en relación a otro. Se da el nombre de justo a aquello que, realizando la rectitud de la justicia, es el término del acto de ésta, aún sin tener en cuenta cómo lo ejecuta el agente (en tanto en el resto de las virtudes no se califica a algo como recto sino en atención a cómo el agente lo hace)²⁵. El vocablo Derecho, originariamente se empleó para significar la misma cosa justa. Más tarde derivó en denominar al arge con que se discierne qué es lo justo. La razón determina lo justo y si esto se formula por escrito, estamos en presencia de la ley que, como tal, no es el Derecho sino cierta razón del Derecho.

Existe la obligación de pagar impuestos conforme lo establezca la ley. Pero si por vía de hipótesis, la propia falla de la ley autoriza – dentro del marco de la ley - a adoptar un camino más económico al contribuyente, esta actitud del mismo no debe ser cuestionable: es obligación del Estado sellar esa fisura del ordenamiento, no castigarla *ex post* por la vía del *substance over form* (cuya discrecionalidad en su aplicación parece evidente).

No se nos escapa que es imposible que el Derecho de todas las respuestas, la ilusión de la subsunción mecánica del caso a la ley no siempre es posible pero por abarcar todas las situaciones posibles con normas amplias antielusivas podría generarse situaciones de arbitrariedad, de injusticia que son, precisamente, las que el ordenamiento jurídico debe repeler.

Recordamos, con Tipke²⁶, que “la fiscalidad empresarial no persigue medidas de compensación social o de redistribución de la riqueza entre las empresas. En principio, un impuesto sobre la empresa debería ser neutral para la competencia, es decir, debería basarse en un tipo proporcional y no progresivo. En cualquier caso la diferencia de trato entre las empresas no debería basarse en la forma jurídica que hayan adoptado”. En el sistema romanista es cada vez

más importante la influencia del precedente – no al nivel del *stare decisis* del *common law* - y es indudable que los precedentes de los tribunales anglosajones generan líneas de interpretación que proyectan sus efectos sobre nuestros tribunales. Puntualmente en el tema en análisis, como se verá más adelante, en Fallos 241:210 la Corte Suprema de Justicia de la Nación alude con referencia a precedentes del Derecho judicial estadounidense.

5 LEGALIDAD Y CAPACIDAD ECONÓMICA

Un jurista no puede admitir la interpretación económica pues no es un concepto jurídico.

Legalidad y capacidad económica son dos principios consulares que inspiran y justifican al Derecho Tributario. El primero enfoca al impuesto desde la perspectiva normativa – mira la forma de generación de la norma que obliga a contribuir, si ha cumplido el recaudo formal definido por la Constitución -, el segundo enfoca a su extensión, a su cuantía atendiendo a las particularidades del destinatario de la norma (contribuyente).

No podemos dejar de considerar que el Derecho Tributario desde una perspectiva de legalidad cerrada, es un sistema discontinuo de hechos imposables es decir –insistimos- hay zonas de libertad y zonas de gravabilidad. Este dato constitucional de indudable fuerza, condiciona al superado concepto de la “realidad económica”.

De Mita afirma que “el principio constitucional de legalidad es uno de los pilares del sistema fiscal, cuya finalidad es contener a la discrecionalidad de la administración tributaria”²⁷. La justicia presupone principios, valores o reglas. Estos principios ofrecen una medida unitaria, impiden que se mida con varas diversas, impiden, ante todo, la arbitrariedad carente de principios. Los principios deben llevarse hasta el final de modo consecuente²⁸. El principio de capacidad económica es el único principio fundamental que respeta todos los derechos fundamentas de las Constituciones del Estado Social de Derecho. Además, se acepta generalmente como principio adecuado a la realidad. Ninguna persona desearía tributar más que otra a igualdad de condiciones económicas, por lo que debe aceptar que los demás sean tratados del mismo modo²⁹.

La mal llamada “interpretación económica” – que, insistimos, es a-jurídica - sólo puede admitirse si lo que visualiza es el hecho imponible en cuanto a su cuantía y si lo consideró la propia norma, lo económico está dentro del hecho imponible, no puede venir por fuera, por vía de interpretación pues esa pretensión está fulminada por el primero de los principios indicados, el de legalidad.

La interpretación no recae sobre principio de la capacidad económica: este es el que se tuvo en cuenta al elaborar el impuesto, ya está contenida en el hecho imponible diseñado por el legislador, le otorga justicia a la imposición. La justicia particular presenta la singularidad de buscar un fin objetivo, la igualdad o la armonía en el reparto de los bienes inherentes al cuerpo políti-

co. La función primera del arte jurídico es la repartición de los bienes y de las cargas de modo que cada uno reciba su parte.

En el caso de los tributos, no es la igualdad simple, aritmética, lo que se busca. Sino más bien una proporción entre los bienes y las personas. En ningún lugar los impuestos son iguales sino proporcionales a las fortunas, a los modos de vida o a la estima que posee tal categoría llamada socio profesional. El papel de la justicia consiste en reestablecer el equilibrio, corregir el desequilibrio. El Derecho se ocupa de la distribución de las cargas y funciones públicas, del reparto de las propiedades, salarios, impuestos. De modo diferente el Derecho se ocupa de los intercambios (delitos y contratos donde juega subyacente la idea del sinalagma).

En punto a los derechos constitucionales tributarios ha señalado Zagrebelsky “hoy en día el derecho no es sólo “el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio de otro según una ley universal de la libertad, como afirma la famosa definición Kantiana. No es el puro y simple formal ‘acuerdo de los arbitrios’, según la despreciativa fórmula hegeliana. Es el conjunto de condiciones en las que necesariamente debe moverse las actividades públicas y privadas para la salvaguardia de los intereses materiales no disponibles. Es un orden objetivo previsto para limitar la inestabilidad de las voluntades”³⁰. El mismo autor, más adelante señala que: “Dicho de otro modo, hay exigencias de justicia general, existe un orden que está por encima tanto de las voluntades individuales particularmente consideradas cuanto del acuerdo de las mismas que se expresa a través del principio de la mayoría, un orden que debe ser perseguido como tal... Digamos entonces que la vida colectiva, desde el punto de vista del derecho constitucional actual, no es sólo el conjunto de derechos individuales y de los actos que constituyen su ejercicio, sino que es también un orden objetivo que corresponde a ideas objetivas de justicia que imponen deberes”³¹.

No debe perderse de vista que las normas constitucionales que aseguran el ejercicio de los derechos “se tratan de reglas o normas para la esfera de acción. Derechos humanos sólo pueden desenvolver su pleno vigor cuando se les garantiza a través de normas de derecho positivo, esto es, transformadas en derecho positivo”³².

En suma, lo primero a respetar es nuestro mandato constitucional de legalidad lo que significa que, por vía de construcción hermenéutica aún basada en la realidad económica, no podrá extenderse la matriz de incidencia tributaria a elementos no contenidos en una norma en sentido formal y material emanada del Congreso de la Nación.

6 TENSION ENTRE EL DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO

La relación entre el Derecho Público y el Derecho Privado es un comun denominador de la problemática de la planificación tributaria pues se enfrentan

el Derecho del Estado a imponer con el Derecho del contribuyente a ejercer la autonomía de su voluntad en materia contractual. Taveira Torres produjo recientemente un importante trabajo sobre este tema. Analizó este punto de tensión e inflexión en el Derecho Tributario, abogando por la certeza jurídica por sobre los mecanismos economicistas que, contenidos en normas jurídicas, dejan siempre abierto el margen discrecional en la interpretación de la relación jurídico tributaria con herramientas metajurídicas.

El profesor paulista señala que la autonomía privada, en la que hunde sus raíces nuestros sistemas jurídicos de tradición romanista y clara influencia francesa, se presenta como una calificación de la facultad que las personas tienen para crear entre sí normas jurídicas mediante el ejercicio de su libre voluntad, de modo que esos acuerdos son vinculantes plenamente para las partes. En el constitucionalismo contemporáneo coexisten dos poderes creadores de normas, por un lado la autonomía privada, el poder privado apto para producir efectos vinculantes entre las partes, y el poder público, mediante órganos habilitados para ese fin, pudiendo el legislador crear normas limitadoras de aquella a autonomía privada cuando se está en presencia de elementos que justifican la reglamentación de tales derechos por razones de un orden económico justo y solidario³³.

Admitiendo el principio de la autonomía privada como expresión del poder derivado de la Constitución, que califica a los particulares como verdaderas fuentes de normas, ninguna ley puede reducir el campo de la autonomía privada sin fundamento en el orden público bajo pena de afectar el precepto de orden fundamental. Lo que el legislador puede es demarcar los modos, las condiciones y los requisitos para el ejercicio de la autonomía de la voluntad, la constitución de los negocios jurídicos y otros, mediante la elección de los criterios que han de ser satisfechos por los interesados³⁴.

Por esta razón es esencial que de manera constante el Estado revise la aptitud del ordenamiento tributario para que no se filtren bases imponibles y se sellen todas las fisuras encontradas por los operadores económicos utilizando la autonomía privada, que como sabemos es perfectamente legal en el ordenamiento jurídico. El Estado no puede escapar a su obligación de velar por normas tributarias que confieran certeza al operador jurídico y no puede, por su propia actitud, neutralizar los negocios privados sobre la base de que los contribuyentes pueden encontrar hendiduras a través de las cuales tamizar sus operaciones comerciales con un impacto tributario más ventajoso. En otras palabras, no puede el Estado recurrir al facilismo de la “interpretación económica” o “intención económica” o “sustancia económica” para castigar una conducta que las propias normas jurídicas pueden haber motivado. De aquí la fuerte vinculación entre arbitrariedad y discrecionalidad en la interpretación económica de las normas tributarias.

Veamos un ejemplo. Si un ordenamiento jurídico no cuenta con normas ampliamente abarcativas de todos los efectos derivados de la utilización

del contrato de *sale & lease back*, si por la utilización de éste las partes arribaran a una operación tributariamente ventajosa, no puede el Estado recurrir al facilismo de castigar la operación comercial sin haber, previamente, modificado la ley para sellar esa fisura. De otra forma se estaría injustamente haciendo cargar al contribuyente el costo de la ineptitud del ordenamiento para prevenir las deficiencias del mismo. Además el Fisco, frente a esta figura, debería cuestionar la legalidad y validez de ese tipo de operatorias y no puede limitarse a efectuar una interpretación de los hechos económicos supuestamente subyacentes a la misma, reconduciendo el negocio a otras figuras jurídicas que no son las que la partes han seguido. En otros términos el Estado no puede arrogarse la potestad de un verdadero legislador, pues ello le está vedado por el ordenamiento constitucional.

En efecto, el artículo 19 de la Constitución argentina dispone que «Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe». Este mandato hace referencia a la ley en sentido material, o sea a la norma jurídica de alcance general, impersonal y objetivo, contenida en una ley formal. En protección de esta garantía, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido categórica en reiteradas oportunidades en sentenciar que el cobro de un impuesto sin ley que lo autorice es un despojo que viola el derecho de propiedad como también que no cabe aceptar las interpretaciones analógicas o integradoras de las normas tributarias materiales para extender el derecho más allá de lo previsto expresa y concretamente por el legislador³⁵.

Creemos sumamente útil destacar, en apoyo de nuestra aseveración sobre la obligación del Estado de revisar el ordenamiento tributario con debida frecuencia y plasmar normas de fácil y clara aplicación, que desde sus orígenes la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentenció que la Administración "...no puede ni debe, prevalerse del retardo causado por ella misma en perjuicio de otras personas a quienes su inacción y su reserva ha podido inducir en error, porque no es moral ni justo que la Administración que debe ser leal, franca y pública en todos sus actos, guarde en reserva sus créditos vencidos... para caer por sorpresa ..."³⁶.

Zimmer³⁷ traza una comparación interesante. Analiza el caso de Bélgica y Argentina concluyendo que se trata de extremos opuestos de una escala. En Bélgica se considera un principio fundamental que la legislación fiscal esté regida por el derecho privado, lo que significa que los conceptos utilizados en los estatutos fiscales deben interpretarse conforme a su significado del derecho privado y que las transacciones deben identificarse de acuerdo con los principios del derecho privado. Además, la Constitución de Bélgica considera que la tributación es una violación de la libertad individual y del derecho de propiedad, lo que significa que los estatutos fiscales deben interpretarse y aplicarse de modo estricto; la analogía está prohibida y en caso de duda prevalecerá la interpretación favorable al contribuyente. En resumen, esto da la impresión de un sistema muy legalista y estricto. Sin

embargo, la Constitución de Bélgica no impide al legislador utilizar conceptos económicos en el derecho fiscal.

En Argentina, por el contrario, la libertad del legislador para establecer conceptos en las normas tributarias con independencia de los conceptos del derecho privado se considera que influye en la interpretación y aplicación de las normas tributarias. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que si las normas tributarias utilizan términos del derecho privado, esto no significa que debe prevalecer el sentido del derecho privado. Por el contrario, el contenido de ese concepto debe establecerse ante todo con referencia al derecho fiscal y las normas del derecho público y sólo, como último recurso, debe acudir al derecho privado. A pesar de todo esto en nuestro país se está muy lejos de ser una situación típica en la norma general de los países de la Europa meridional y América Latina.

La cultura jurídica de Francia que tanto peso ha tenido en nuestro ordenamiento jurídico, es la iniciadora del concepto de que la forma es importante en la cultura francesa, incluida la cultura jurídica, y que eso procede ya de la época del Código de Napoleón. Por esta razón un régimen de aplicación estricta de las leyes escritas y hace que los tribunales naturalmente le asignen preferencia al significado de derecho privado de los conceptos jurídicos, incluso si el legislador tiene amplio alcance para promulgar leyes fiscales con conceptos especiales de derecho fiscal. La tendencia actual sobre la autonomía del Derecho tributario no se corresponde con el creciente efecto de que en que los tribunales prevalece el sentido de derecho privado de los conceptos legales.

En suma, es evidente que en la medida en que exista correspondencia entre forma jurídica y contenido material, no puede la ley tributaria – y menos aun su intérprete - desconocer los efectos que se derivan de la autonomía de la voluntad. Sobre el particular Martínez señaló que «es errónea la tesis de que, por importar al derecho tributario sólo el contenido económico del negocio jurídico, o sea, la intención práctica o empírica que las partes quieren alcanzar, la norma jurídico fiscal deba interpretarse de tal manera que, cuando el presupuesto de hecho del impuesto aparezca vinculado a un acto jurídico, será legítimo entender que la voluntad de la ley ha sido abarcar con el impuesto todo otro negocio o figura jurídica a la que pueda atribuirse el mismo contenido económico, salvo que el presupuesto venga definido por características formales”³⁸.

7 PRECISIONES DEL LENGUAJE: SUSTANCIA Y FORMA

Enseña Barros Carvalho³⁹ que todo lo que se interpreta es lenguaje. ¿Qué es sustancia y que es forma? La forma hace referencia a la matriz legal, al formato jurídico empleado por el contribuyente para concertar un acto jurídico conforme deviene del estatuto jurídico plasmado en el Derecho privado. Pero existen muchos términos del Derecho tributario que encastran, en forma analoga, a los del Derecho privado. La sustancia individualiza el

contenido, el sustrato económico tenido en cuenta por el operador jurídico

Es frecuente – al interpretar un negocio jurídico - la ausencia de tensión entre la forma legal y la sustancia económica, pero en el desenvolvimiento de los negocios aparece la tensión cuando el formato jurídico no es funcional a la sustancia de la operación, tal el caso de la venta de todas las acciones de una empresa puede ser equivalente económicamente a la venta de los activos de la empresa; así, la sustancia de la transacción puede considerarse que es la venta de los activos de la empresa y no de las acciones⁴⁰. Entonces ¿cual es el punto de inflexión entre los conceptos del Derecho Privado y los conceptos del Derecho Tributario?, cuáles son los conceptos tributarios autónomos y cuáles los que autoriza el Derecho Privado?

La ley argentina es deficiente. Autoriza a prescindir de las formas utilizadas por las partes en sus operaciones jurídicas cuando no sean las que “manifiestamente ofrece el Derecho Privado” (cfr. art. 2 ley 11.683 t.o. 1998 y sus modificaciones). Y así hemos convivido con esta norma por más de medio siglo (siendo que nuestro Derecho privado privilegia la autonomía de la voluntad).

Recordemos la causa “Vignes” de nuestra jurisprudencia en la que se recurrió al principio de la realidad económica para concluir en que es evasión la operatoria utilizada por el contribuyente que, a fin de vender un campo y evitar el pago del impuesto sobre los beneficios eventuales, estructuró la operación de venta con el mecanismo consistente en constitución de una sociedad anónima a la cual incorporó el campo y luego transfirió las acciones de la misma. Dos datos esenciales fueron observados por el Fisco nacional y confirmada esta tesis por la Justicia: precio de la operación y tiempo transcurrido en todo el armado de la operación, los que se erigieron en datos relevantes para juzgarse – correctamente - que el propósito de la operación fue sólo el de evadir el impuesto⁴¹. ¿Pero cuál hubiera sido la conclusión si le pactaba esa operación por un precio real y se esperaba un tiempo un poco mayor? La operación no hubiera podido ser cuestionada, y el propósito de reducir la carga tributaria igualmente hubiera sido el motivo central de la misma. Siempre, sustancia y forma, deben ser ponderadas a la luz de los principios constitucionales que son los que legitiman la obligación de contribuir. De lo contrario, nos ubicaremos en el sector de la conveniencia para la recaudación pero, quizá, resulte un sector ajeno al Derecho, a ese dar a cada uno lo que le corresponde.

8 EL DERECHO ANGLOSAJON Y LA CONSTRUCCIÓN PRETORIANA DEL PRINCIPIO DEL SUBSTANCE OVER FORM

8.1 Precedentes norteamericanos

En el precedente de la Justicia americana *Helvering v. Gregory*⁴² (1934), el juez Learned Hand sentenció que la ley no castiga el deseo de evitar el pago del impuesto, si se elige para ello un medio lícito destinado a llevar la

carga fiscal a sus niveles más bajos. No pesa sobre el contribuyente ningún *deber patriótico* de pagar más impuestos de los previstos en la ley tributaria.

La interpretación del juez Hand encuadra en la corriente del “activismo judicial” existente en Estados Unidos desde la aparición del impuesto a la renta. De este célebre precedente de la Corte Suprema de los Estados Unidos surge la referencia al derecho de los contribuyentes a reducir el pago de sus impuestos, que de otra forma debiera haber pagado o eludirlo enteramente por medio de lo que la ley permite, no puede ser puesto en duda. Esta doctrina perfiló una serie de principios que fueron modelando el criterio de las Administraciones tributarias para autorizar o desautorizar los esquemas de arquitectura tributaria tendientes a la reducción de la carga tributaria.

Estos principios son, a) el propósito de los negocios *business purpose*; b) los pasos de la operación – *step transaction* -, c) la sustancia económica del negocio por sobre la forma – *substance over form* -, d) las transacciones falsas - *sham transaction*. Todo se refunde en la doctrina del *business purpose*, que en citado caso consistió en una transferencia de activos de una sociedad por acciones a otra sociedad por acciones se concreta a través de una transferencia efectuada a través de un proceso reorganizativo de sociedades y no como una transferencia de activos de una sociedad por acciones a otra.

Esa transacción consistió en un mecanismo comercial ajeno a las actividades desarrolladas por las dos sociedades. La contribuyente, Sra. Evelyn F. Gregory, poseía las acciones de una sociedad (S1) que a su vez tenía la propiedad de todas las acciones de otra sociedad (S2) que las Sra. Gregory se proponía adquirir. Con el objeto de evitar el impuesto a la renta de personas físicas resultante del pago de dividendos que distribuiría la S1, Gregory constituyó una nueva sociedad (S3) a la que le transfirió, a través de S1, todas las acciones de S2, a cambio de acciones. Inmediatamente concluida la operación societaria de constitución de S3, esta última sociedad fue liquidada de manera que las acciones de S2 pasaron íntegramente a la Sra. Gregory la que, tributariamente, la calificó como un aumento patrimonial proveniente de la reorganización societaria que había realizado y, como reorganización, estaba libre de impuestos. Desde la perspectiva del contribuyente, la entrega de las acciones de S3 no daría origen a ningún rendimiento susceptible de generar el impuesto a la renta. El Fisco americano consideró que la creación de S3 no tenía ninguna sustancia y debió ser ignorado de manera que, a través de esa interpretación, la distribución de las acciones de S2 en realidad se trataba de una distribución de dividendos directamente recibidos por medio de S1.

En otros términos, el Fisco americano – poniendo el acento interpretativo en la naturaleza del proceso - concluyó en que la operación no tenía objeto comercial o societario alguno, fue un simple mecanismo jurídico que escenificó una reorganización societaria como figura que no deja ver la verdadera naturaleza de la operación, cuyo único objetivo y logro ha sido la consumación de un plan preconcebido no para reorganizar

un negocio sino simplemente para transferir el paquete accionario de uno a otro. No se pone en duda que se constituyó una nueva sociedad absolutamente válida, sin embargo, esa sociedad no era más que una pantalla, no fue genuina la operación, fue antifuncional pues no perseguía ningún fin solo producía un ropaje jurídico tendiente a reducir impuestos.

El *Board of Tax Appeals* consideró, contrariamente a la tesis del Fisco, que las operaciones eran reales. Apelado que fue el fallo, por la Administración ante el Tribunal, éste consideró que las operaciones representaban una hipótesis de simulación (*sham transaction*) y, posteriormente fue confirmado por la Corte americana pero reconociendo por *obiter dictum* que es legítimo derecho de los contribuyentes a economizar sus tributos escogiendo, para ello, el mejor modelo para atender a sus intereses, por cuanto no habría ningún deber programado por la ley que obligue al contribuyente a pagar el mayor impuesto posible. No existe ese deber patriótico. Con todo, la Corte americana instituyó la regla del *business purpose test* diferenciando la organización de las operaciones comerciales con objetivos de negocios concreto de aquellos que no tienen esa finalidad. Por tanto, la doctrina de este precedente estriba en que para ser legítima la operación debe tener un motivo no simplemente dirigirse a reducir la carga tributaria.

El precedente se proyectó como precedente insoslayable en el tema que nos ocupa y también fue acogido por referencia expresa en la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación⁴³.

En *Superior Oil Co. v. Mississippi*⁴⁴ se determinó que el contribuyente tuvo por única intención eludir un impuesto estadual en una transacción interna transformándola en una transacción interstadual lo cual jurídicamente era irrelevante dado que el verdadero y único propósito radicaba en eludir el gravamen y en los casos de elusión lo que determina la licitud o ilicitud es la voluntad de la ley, su finalidad y no la intención subjetiva del contribuyente. Por tanto, la exigencia encontrada extraída o colocada en la ley a través de su interpretación en el sentido de que fue intención del legislador su aplicación solo a los casos en que hubiese una transacción con objetivos realmente económicos y no la pura economía tributaria, acaba por afectar la propia intención del contribuyente. Por tanto se puede legítimamente escoger entre varias opciones o formas jurídicas pero todas ellas con contenido comercial sustancial desde el punto de vista de la intención del legislador.

El precedente *Higgins v. Smith*⁴⁵ (1940) Corte Suprema de EEUU sostuvo que el Gobierno no tiene la obligación de aceptar la forma que el contribuyente elige como la más ventajosa para conformar su negocio. La autoridad fiscal puede indagar la realidad subyacente y si concluye que la forma empleada para estructurar el negocio o para llevar a cabo el acto imponible impugnado resulta ficticia o simulada podrá mantener o desestimar los efectos de dicha ficción según resulte más adecuado a la luz de los objetivos tenidos en mira por la norma impositiva.

La doctrina de la intención negocial – *business purpose* - pasó a ser aplicada siempre que hubiese en la conducta del contribuyente la presunción de una transacción sin intención negocial, estando presente sólo el objetivo de eludir el impuesto, inclusive analizando la secuencia del camino jurídico adoptado por el contribuyente, dando así origen a la regla del *step transaction*.

En este sentido otra serie de fallos resultan ilustrativos del tema análisis. En la causa *Commissioner v. Court Holding Co.* (1945) se acordó, verbalmente la transferencia de activos de una empresa pero después de ser verificado el efecto tributario directo de la operación la transacción fue formalizada a través de una liquidación previa de la compañía a fin de que su socio vendiese la propiedad como persona física, generando una menor carga tributaria. La Justicia consideró la transferencia como la venta directa de un bien. En el caso *Goldstein v. Commissioner* (1967) una señora había obtenido un rendimiento gravado por lo que contrató un préstamo muy superior a la utilidad de manera que los intereses – que son deducibles - hacían desaparecer la base imponible, por tanto el impuesto a pagar. La señora pagaba los intereses del presunto préstamo en un sólo acto al inicio del préstamo. Dicho préstamo fue considerado sin una intención económica real y la operación fue tributariamente tratada como si el banco tuviese una inversión directa en títulos públicos y hubiese recibido una comisión por el préstamo que se consideró había otorgado, por tanto era no deducible el pago anticipado de los intereses. En el caso *Waterman Steamship Corp. v. Commissioner* (1971), una compañía subsidiaria antes de transfereir sus acciones a otra empresa distribuyó dividendos a su controlante, cuya operación estaba exenta del impuesto, evitando anticipar una excesiva utilidad de capital gravado. La subsidiaria otorgó una nota de crédito a título de distribución de dividendos inmediatamente antes de la transferencia de sus acciones a otra empresa la cual, inmediatamente, concedió un préstamo a la subsidiaria del mismo valor que la nota de crédito para que ésta pagase a su ex-controlante el crédito que ésta destinó a título de dividendos. Se juzgó a la operación, por la proximidad de las fechas en que se realizaron la secuencia de operaciones, la extracción de las utilidades antes de la venta de las acciones como una operación única que no podía concluirse que se trataba de una operación con genuina intención negocial.

En el fallo *Knetsch v. United States* ⁴⁶ (1960) el fisco no autorizó la deducción de intereses a un contribuyente que había tomado un préstamo con el único propósito de generar un gasto deducible en su impuesto a pagar. Anualmente el contribuyente aumentaba su deuda por un monto aproximado a los intereses debidos, en tanto los recursos financieros efectivamente tomados eran mucho más bajos. Los intereses generados anualmente pasaron a ser altos, en tanto la garantía otorgada por el deudor contribuyente detectada por el fisco se limitaba al valor de los recursos en moneda corriente efectivamente colocado en la transacción por el prestamista. El contribuyente alegó simplemente que los intereses era deducibles, excepto que una ley adoptase una restricción específica contra la forma en que lo implementó,

pero sólo para los períodos posteriores a los fiscalizados en el caso en discusión. La Corte americana aludió al precedente *Helvering v. Gregory* y consideró que la deducción de los intereses no era admisible porque no tenía, el préstamo, un contenido económico real. En este precedente hubo tres votos en disidencia, promovidos por el Juez Douglas, en el sentido que el remedio debería ser legislativo para estas situaciones reconociendo que la elusión fiscal era un motivo dominante en la operación y no permitir la deducción de los intereses porque la transacción no tenía sustancia comercial, implicaba trazar una línea que afectaría a una multiplicidad de situaciones, pues ese propósito es seguido por el contribuyente. La solución debe ser legislativa.

En *Bugler v. Johnson*⁴⁷ (1969) la Corte americana no autorizó la elusión fiscal que consistió en admitir la tesis fiscal que cuestionó los gastos de estudio (usualmente exentos del impuesto a la renta) en el caso de que el contribuyente tenía recibido el dinero de su empleador, en materia relacionada a su trabajo y con el hecho de que era esperado su retorno a la empresa cuando obtuviese un doctorado. El fisco americano no aceptó la aplicación de la exención considerando que tales hechos llevaban a la conclusión de que la situación concreta no era la tenida en cuenta por la ley para conceder la exención. En este caso la Corte interpretó la inintención legislativa.

Los principios resultantes de los precedentes indicados no trazaban un panorama concreto sobre el complejo tema de marcar el límite entre lo legal y lo que no lo es. Tarsitano⁴⁸, en su agudo trabajo sobre este tema, nos referencia el precedente *Lyons* (1978) que permitió perfilar con mayor certeza el tema. La Corte Suprema produce la mayor cantidad de especificaciones que se hayan originado hasta el presente, al extremo de considerarse el caso más citado por los tribunales. El caso trataba de una sociedad por acciones cerrada dedicada a la distribución de artículos para el hogar. El Banco Worthen estaba radicado en el Estado de Arkansas (donde se originaron los hechos). El señor Lyon era accionista mayoritario y el presidente del directorio de Lyon y también era integrante del directorio de Worthen. El banco comenzó a planear la construcción de un edificio de oficinas para el banco, el cual financiaría, construiría y devendría en propietario del edificio. Como banco autorizado conforme a la ley de Arkansas, Worthen no podía legalmente pagar sobre los debentures que emitiera intereses más altos que aquellos establecidos en la ley de Arkansas. Pero a dicha tasa los debentures propuestos no serían comercializables. Las leyes imponían al Worthen la obligación de requerir autorización previa para realizar el negocio, ya que la operación superaba un determinado porcentaje – significativo – del capital del banco. La Reserva Federal no autorizó la operación para Worthen.

El banco, así, advirtió no era posible financiar mediante hipotecas convencionales y otros medios de financiación la construcción del edificio por lo que planificó la realización de contratos de *sale & lease back* a través de los cuales el Lyons, como accionista, adquirió el dominio del edificio. En el mismo acto alquiló el inmueble al banco por un plazo extenso.

También se obtuvo el préstamo para la construcción y el financiamiento hipotecario permanente. El banco estaba obligado a abonar el alquiler cuyo monto era equivalente a los pagos de capital e intereses adeudados por el accionante bajo la hipoteca y tenía el derecho a ejercer una opción de recompra sobre edificio, en varias oportunidades a precios cuyos montos eran equivalentes al saldo impago de la hipoteca y a la inversión inicial del accionante. Al declarar el impuesto a las ganancias en el año en que finalizó la construcción y tomó el banco la posesión, el accionante devengó alquileres del banco y declaró deducciones en concepto de depreciación del edificio, de intereses correspondientes al préstamo para la construcción y la hipoteca, y otros gastos relacionados con la transacción de *sale & lease back*.

La autoridad tributaria americana impugnó las deducciones tomadas con fundamento en que el accionante no era el titular de dominio del edificio a los fines impositivos, dado que el acuerdo de *sale & lease back* es una transacción financiera mediante la cual el accionante le había prestado una suma de dinero al banco, por lo que el accionante había actuado tan sólo como un medio para la transmisión del capital e intereses al acreedor hipotecario. Así la autoridad impositiva exigió al accionista el pago de diferencias impositivas.

La Corte Suprema de EEUU falló en favor del contribuyente y puntualizó una serie de datos que revelaban la realidad económica de la operación comercial, tales como: a) la existencia de competencia entre Worthen y el banco; b) Worthen no contaba con suficiente capital para acometer la empresa; c) imposibilidad de Worthen para construir por sí mismo por razones societarias (nivel del capital-endeudamiento); d) el ente estadual de regulación exigía que el edificio fuera propiedad de un tercero independiente; e) pluralidad de organizaciones financieras seriamente interesadas en participar en la transacción; f) la presentación de propuestas formales por parte de varias de dichas organizaciones bancarias; g) la competitividad de la presentación de ofertas; h) la buena fe en las negociaciones; i) la transacción se celebró en tres partes; j) la saludable situación económica de Lyon y su independencia jurídica de Worthen; k) la razonabilidad del monto de los alquileres y los precios de las opciones de compra; l) la veracidad de los precios de compra; m) Lyon no se dedicaba al negocio financiero; n) Lyon soportaba todos los riesgos de depreciación del edificio, así como también los riesgos de que Worthen pudiera incumplir o quebrar, como otros bancos lo habían hecho; ñ) Lyon no era responsable por el alquiler del terreno si Worthen decidía no ejercer ninguna de las opciones de prórroga; o) la inexistencia de un acuerdo entre Lyon y Worthen en el sentido de que Worthen debía ejercer cualquiera de las opciones de compra; p) la inexistencia de distintas alícuotas impositivas especiales para una de las partes.

También en *Commissioner vs. Newman*⁴⁹ (1949) señaló que nadie tiene la obligación de pagar más impuestos de lo que la ley demanda: los impuestos son exacciones compulsivas, no contribuciones voluntarias por lo que exigir más en el nombre de la moral, es meramente hipócrita. Dichos principios son, a mi juicio, aplicables en todo ordenamiento tributario a punto tal que

nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación sentenció que el esfuerzo honesto de los contribuyentes para limitar o reducir sus ingresos tributarios al mínimo legal, utilizando formas jurídicas económicamente más convenientes, no son reprobables, si bien la autoridad fiscal puede contrarrestar esta posibilidad mediante el establecimiento de presunciones o procedimientos para neutralizar el efecto buscado por el contribuyente. También el precedente se proyectó sobre nuestra jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación⁵⁰.

La dualidad comparativa sustancia sobre forma proviene de la jurisprudencia norteamericana. En *U.S. v. Phellis*⁵¹ (1921) la “forma” adoptada en una transacción es, en general, la etiqueta que las partes le asignan, por ejemplo llamando préstamo a lo que en realidad podría ser una compraventa. La Justicia (y la Administración fiscal) no están limitadas a esa etiqueta, pudiendo avanzar sobre la verdadera sustancia legal, prescindiendo de la forma (etiqueta asignada por las partes). Esta distinción es invocada por las autoridades fiscales con gran éxito.

Las transacciones artificialmente elaboradas debe templarse ante la autonomía de la voluntad (recogida por el Código Civil argentino) que se traduce, en el derecho público, en la libertad que tiene el contribuyente para organizar sus negocios de la manera que desee y no está obligado a elegir las transacciones que conducen a impuestos más altos que otras posibilidades.

El concepto de sustancia (legal) individualiza o apunta a los derechos y obligaciones en una relación legal; por ejemplo, si una transacción debe caracterizarse como venta o alquiler. La función principal del concepto de la sustancia legal implica recurrir a la naturaleza de la operación para desentrañar si es simulada o errónea a fin de hacer recaer, sobre el contribuyente, la obligación tributaria. Parece razonable suponer que cuanto más se utilizan en los estatutos fiscales los conceptos del derecho privado y más se interpretan con el mismo sentido que en el derecho privado, mayor es el alcance para la planificación fiscal y más se lleva a los extremos la cuestión de la relación entre la forma legal y la sustancia económica⁵².

La cuestión en análisis, se encuentra indisolublemente unida a la problemática de la interpretación de las normas jurídicas. De la aparente sencillez de la redacción del precepto legal, frecuentemente surge la necesidad de llenar lagunas, despejar dudas y esclarecer ambigüedades. Se trata de descubrir el sentido latente del derecho positivo, cubrir los vacíos que, en mayor o menor medida, se encuentran en todo derecho positivo, pues la ley es, algunas veces, fragmentaria y oscuramente concebida. Tarea no exenta de dificultades si se considera como lo manifestara la célebre expresión del Justice Holmes, en el precedente *Towne vs. Eisner*⁵³ (1918) respecto de que la palabra no tiene la transparencia del cristal, es la piel de un pensamiento viviente y puede variar sustancialmente en color y contenido, de acuerdo con las circunstancias y el tiempo en el cual es usada.

8.2 Precedentes ingleses

En 1981 la *House of Lords* resuelve el caso *W. T. Ramsay*⁵⁴ de gran difusión fuera del Reino Unido por los principios que este precedente proyecta sobre la cuestión en análisis.

A muy grandes rasgos, el caso versó sobre un contribuyente que adquirió todas las acciones emitidas por una compañía y en la misma fecha, ese contribuyente pactó con la misma compañía dos préstamos pagaderos en plazos de 30 y 31 años respectivamente. La compañía tenía derecho a la precancelación del préstamo. Si alguno de los dos préstamos se cancelaba con antelación al vencimiento, el préstamo debía ser reembolsado a la par o al valor de mercado, el que fuere mayor. Los intereses que devengaban los préstamos podían modificarse, aumentando los de uno y disminuyendo los del otro. La concertación de la operación se hizo oralmente (con posterioridad se instrumentó en una declaración jurada que emanó de uno de los directores de la Compañía). El contribuyente canceló uno de los préstamos (con fondos recibidos de un banco) y redujo la tasa de interés del otro préstamo a cero. Se produjo, en el contribuyente, una fuerte pérdida de capital. Al momento de pagar éste el impuesto argumentó que el préstamo no era deuda sobre un título valor (gravada) porque no se había instrumentado sino pactado oralmente (por tanto no se aplicaba el impuesto, según el contribuyente). En una primera instancia, el juez inglés admitió la tesis del contribuyente en función de que, según las normas del derecho bancario inglés, la característica esencial de un título valor consiste en tratarse de un documento o certificado emitido por un deudor que representa un título valor comercializable o que puede ser negociado y convertido. Además, sostuvo el juez, no se habían ofrecido garantías del préstamo. La segunda instancia admitió la tesis del Fisco inglés sobre la base de que el préstamo tenía todas las características de un préstamo de acciones y que por lo tanto era una deuda sobre un título valor (gravada).

Uno de los principios que irradia esta causa estriba en considerar que los tribunales pueden perfilar la naturaleza jurídica de cualquier transacción a los fines de precisar si corresponde o no un impuesto. Si una serie de operaciones en cascada, concatenadas son las que elaboró el contribuyente, al momento de determinar la naturaleza jurídica de la operación se atenderá a ese grupo de operaciones en su conjunto y no a las transacciones individuales. El principio entonces deviene de que un escenario (esquema) que amalgama varias transacciones independientes, si tiene por propósito exclusivo evitar el gravamen, este dato autorizará al Fisco a determinar el impuesto y los tribunales no podrán limitarse a evaluar cada operación en forma individual sino a compulsar jurídicamente la totalidad del esquema en su conjunto. Si la operación tiene ribetes de complejidad y no se trata de una serie de transacciones independientes que no producen utilidades o pérdidas por lo que no afectan en forma sustancial los intereses del contribuyente, la autoridad fiscal podrá desestimar dicho esquema a los efectos impositivos.

Lord Wilberforce afirmó en esta causa que el contribuyente evidenció ciertos datos reveladores de una conducta antifuncional: (a) la existencia de varios pasos pre-armados; (b) varios documentos y pagos a efectuar en función de un cronograma pre-armado; (c) llamativa rapidez en toda la operación; (d) dos activos enlazados uno de los cuales crea una pérdida y el otro produce una ganancia de la misma magnitud de la pérdida pero de todo surge que la pérdida no es real y su única finalidad es que esa utilidad no esté gravada (por imperio de las normas del gravamen); (e) cumplido el objetivo buscado, las operaciones se cancelan recíprocamente y desaparece toda la operación; (f) al finalizar toda la operación, la posición financiera del contribuyente es la misma que tenía al principio, salvo que ha pagado un precio y ciertos gastos al consultor que le diseñó el esquema; (g) deliberada consecución de todos los pasos para finalizar el objetivo perseguido; (h) usualmente en estas operaciones el contribuyente no aporta dinero en concreto sino que el dinero se obtiene de un préstamo otorgado por una institución financiera, que está garantizado por un gravamen constituido sobre cualquier activo del contribuyente y que es reembolsado automáticamente una vez concluida la operación.

Lord Wilberforce⁵⁵ elabora así los siguientes principios: (1) los contribuyentes sólo deben contribuir a través de normas [palabras en la traducción exacta] claras y no mediante presunciones. Esa necesidad de que la letra de la ley sea clara deberá evaluarse de conformidad con «los principios generales; éstos no confinan a los tribunales a una interpretación literal. Las palabras pueden ser consideradas en contexto y de conformidad con la ley en forma integral, y a tal efecto deberá tenerse en cuenta el fin de dicha Ley. (2) Los contribuyentes tienen derecho a arreglar sus negocios de manera de reducir su carga impositiva, por tanto, el hecho de que la razón de una transacción sea evitar un impuesto no es de por sí causal para invalidar dicha transacción salvo que una ley específica así lo determine pues deberá evaluarse en función de sus efectos jurídicos. (3) El Fisco debe descubrir si un documento o una transacción es genuina o ficticia. Sostener que un documento o una transacción es genuino significa que, según la ley, es lo que parece ser y no pretende ser nada distinto de eso.

Del reconocido precedente *Ramsay* puede concluirse que, en determinadas circunstancias los tribunales pueden -al aplicar las normas jurídicas sobre las transacciones no al interpretarlas- determinar el tratamiento fiscal como si las partes hubieran realizado una transacción distinta a la que de hecho han efectuado.

En el Derecho judicial inglés nos enseña a través de otros precedentes de notoria proyección. En efecto, en el caso del *Duke of Westminster* se juzgó un simple sistema de neutralización de impuestos, en el cual el duque deseaba proporcionar a algunos de sus empleados una renta vitalicia a pagar con posterioridad a que cesaran en sus empleos. Los pagos de esa renta serían deducibles al calcular los ingresos del duque para fines fiscales, mientras que los pagos por sueldos no lo serían. Por consiguiente, el duque estableció un

convenio con cada empleado para efectuar pagos anuales en función de los servicios prestados. Esos pagos eran independientes de que el empleado permaneciera al servicio del duque. El acuerdo establecía que no influirían en el derecho al sueldo del empleado, pero había la expectativa colateral por parte del duque, reconocida por el empleado, de que el empleado olvidaría una parte del sueldo equivalente a la cantidad incluida en el convenio. La mayoría de los *Lords* legisladores aceptaron la descripción «en consideración de los servicios pasados» como parte de la sustancia legal. Sin embargo, un juez que disentía opinó que la sustancia legal de la transacción no se presentaba sólo en los documentos sino que se trataba más bien de que una parte de los sueldos del empleado se abonaría conforme al convenio. Apoyaba esa opinión refiriéndose a algunas extrañas consecuencias que se producirían si los documentos se aceptaran por su valor facial: el duque estaría cada vez más endeudado respecto a sus empleados y éstos serían plenamente responsables del impuesto sobre los ingresos por toda la cantidad de su derecho al pago. Este ejemplo muestra que a veces debe profundizarse en la relación contractual para hallar la sustancia legal.⁵⁶ En el caso resultó irrelevante los objetivos buscados por los particulares a través de una preferencia concreta respecto de un determinado instrumento jurídico elegido para la realización del negocio.

El caso del *Duke of Westminster* se refiere a un simple sistema de evitación de impuestos. El duque deseaba proporcionar a algunos de sus empleados una renta vitalicia pagadera después de que dejaran su empleo. Los pagos de esa renta serían deducibles al calcular los ingresos del duque para fines fiscales, mientras que los pagos por sueldos no lo serían. Por consiguiente, el duque estableció un convenio con cada empleado para efectuar pagos anuales ‘en consideración de los servicios pasados’, pagos que eran independientes de que el empleado permaneciera al servicio del duque. El acuerdo establecía que no influirían en el derecho al sueldo del empleado, pero había la expectativa colateral por parte del duque, reconocida por el empleado, de que el empleado olvidaría una parte del sueldo equivalente a la cantidad incluida en el convenio.»⁵⁷

En el precedente *Mc Niven v. Westmoreland Investments Limited*, del año 2001, la *House of Lords* limitó la amplitud de la doctrina sentada en *Ramsay*, resolviendo en contra de la determinación del *Internal Revenue Commissioner*. Para renovar la doctrina en la materia se consideró que la doctrina *Ramsay* no podía aplicarse sin más como una pauta hermenéutica en materia de ahorro tributario en razón de las particularidades de cada caso en análisis, asimismo privilegió el texto de la ley y su encastre con el sentido que el Poder Legislativo pretendió dar a la norma jurídica desde una perspectiva comercial, apta para superar lo concretamente jurídico existiendo varios conceptos en las normas tributarias que no pueden ser interpretados de esta forma ya que se refieren a pautas jurídicas que no tienen ese sentido amplio que tiene la faz comercial. Asimismo, con el propósito de determinar el alcance general de la interpretación de las normas tributarias deben apelarse al sentido usual, normal de las expresiones en el contexto de que se trate y aún cuando la expresión legal

aluda a un concepto comercial, no podrá desconocerse la transacción que parte del sentido corriente del lenguaje legal por el sólo hecho de que se pretendió obtener una ventaja tributaria. Estas conclusiones permiten considerar que no resulta fácil individualizar caminos preconstituidos generalmente aplicables sino que cada supuesto de hecho tiene una individualidad concreta que inhibe la adopción de criterios generales.

En otros términos, se plantea la cuestión de decidir si un concepto es «legal» (igual al concepto del derecho privado en la terminología del presente informe) o «comercial». En el Reino Unido, en cuyo sistema se respeta inexorablemente los conceptos de derecho privado, este precedente fue liminar. Se trataba de una empresa que deudora de intereses los que, además de vencidos, los debía a su único accionista que era un fondo de pensiones. Tales intereses no se podían deducir hasta su efectivo pago. El fondo prestó dinero a la empresa que lo imputó al pago de tales intereses que debía al fondo. La Cámara de los *Lords* analizó si la empresa había «pagado» intereses al fondo en esa situación y los alcances del concepto de “pago”: se refiriera a un concepto jurídico o comercial. La Cámara de los *Lords* expresó que: «La prueba de un concepto puramente legal que proporciona *Lord Hoffmann* es lo que, si se preguntara a un especialista comercial lo que significa, diría ‘mejor es que se dirija a un abogado’. Por otra parte, *Lord Hoffmann* nos dice que un concepto comercial es ‘un concepto al que el Parlamento quiere darle un sentido comercial capaz de trascender la individualidad jurídica de sus elementos componentes’.»

Finalmente, por ser integrante del sistema *Common Wealth* señalamos que el Tribunal Supremo del Canadá – apartándose de los precedentes británicos - sentenció en los casos *Shell* y *Singleton*, de 1999 y 2001 respectivamente que el enfoque debe basarse sólo en la ley y que no está admitida la reidentificación de las transacciones basadas en una estrecha conexión económica entre ellas. Así, en el caso *Singleton*, el contribuyente retiró el capital de *partnership* de la firma jurídica de la que era asociado y lo utilizó para adquirir una vivienda. Sustituyó el capital de la *partnership* por dinero prestado y pidió una deducción por los intereses (que no se acepta en el caso de dinero prestado para adquirir una vivienda). El Tribunal Supremo rechazó la recalificación de las transacciones como un préstamo para adquirir una vivienda. Sin embargo, esos resultados se alcanzaron sin referencia directa a normas constitucionales (o a una norma general contra la evasión promulgada ulteriormente)⁵⁸.

9 INFLUENCIA EN EL DERECHO JUDICIAL ARGENTINO

9.1 Los vasos comunicantes entre los distintos ordenamientos jurídicos

Con estas referencias a los precedentes del derecho judicial comparado intentamos enfatizar la complejidad de la cuestión en análisis que luce como huidiza, incierta, y generadora de discrecionalidad administrativa la

que, mal entendida, podría convertirse en arbitrariedad. Por ello nuestro ordenamiento debería mejorar normativamente el facilismo al que conduce del precario “principio de realidad económica” previstos en nuestros artículos 1 y 2 de la ley 11.683 (t.o. 1998 y sus modificaciones).

No se pone en duda la influencia del derecho judicial comparado sobre nuestros tribunales, máxime en estos tiempos de globalización –inclusive - del servicio de justicia (los tribunales arbitrales internacionales están interviniendo aún en cuestiones tributarias). Pero la influencia no puede limitarse a esta herramientas hermenéuticas. Para tomar estas referencias también deben meritarse otros conceptos como la doctrina constitucional que se aplica en aquellos países de donde se extraen estos conceptos. Es decir, la influencia debería ser en bloque, no selectivamente conforme satisfaga a los intereses de una sola de las partes en la obligación tributaria (en el caso, el Fisco).

La interconexión de los diferentes ordenamientos es inexorable lo que lleva a decir a Vigo⁵⁹ que el derecho comparado es una “fuente de derecho” y nuestra Corte Suprema es un buen terreno para constatar todo el peso que tiene en la realidad el derecho extranjero, particularmente en el terreno jurisprudencial. El nuevo y expansivo modo de cultivar el derecho es el diálogo con otros derechos, no obstante que se constaten otros hábitos en nuestra propia química interna. Fallos como “Cafés La Virginia SA”⁶⁰, “Girolodi”⁶¹ y “Bramajo”⁶² imponen a los juristas una información permanente tanto en torno a las sentencias y opiniones de otros tribunales como de organismos internacionales.

Pero fundamentalmente debe considerarse la raíz sobre la que crece el Derecho Tributario argentino, que son los principios constitucionales que nunca pueden ser ignorados. En tal sentido remarcamos que Madison en *El Federalista* escribió «...el departamento legislativo es el único que tiene acceso a los bolsillos del pueblo»⁶³. Esta gráfica visión se plasma en nuestro programa constitucional como derivación inexorable de la fuente inspiradora de nuestra Constitución Nacional, es decir, la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. Blackstone en *Commentaries on the Laws of England*, dice respecto de la aplicación de impuestos, que es un indisputable privilegio y derecho de la Cámara de los Comunes, y la razón de esta exclusividad radica en que sólo el pueblo puede gozar de la potestad de aplicarse, a si mismo, gravámenes⁶⁴. Dicey puntualiza tres aspectos que inexorablemente deben estar ordenados por la ley, cuales son la autoridad para la aplicación de tributos, la autoridad con facultades para efectuar los gastos y satisfacerlos con aquella recaudación de las rentas públicas y la seguridad de que la imposición se basa en una ley específica con tal propósito⁶⁵. Casás enseña que el principio legalidad es un límite infranqueable de la discrecionalidad pues sólo el legislador puede seleccionar circunstancias y hechos determinados y elevarlos a la categoría jurídica obligación⁶⁶. Señaló Lord Acton que ningún impuesto es legítimo si no ha sido aprobado por la clase que lo paga, es decir, “la tributación es inseparable de la representación” y ello no es un privilegio de algunos países sino un derecho de todos. “Ningún príncipe en

el mundo, decía Felipe de Comynnes, puede establecer el impuesto ni de un solo penique sin el consentimiento del pueblo”⁶⁷.

Por esta razón, no puede la Administración - con fundamento en criterios discrecionales resultantes de la norma que recibe en nuestro ordenamiento la “interpretación económica” - extender a través de tales criterios, el hecho imponible a extremos que no resulten de la ley. Ello agravia al ordenamiento constitucional y vulnera el valor justicia.

9.2 Doctrina judicial de la Corte Suprema en relación con la realidad económica y cierta influencia del Derecho judicial comparado

La causa *Gregory v. Helvering* sentó el criterio de que no existe un deber patriótico de pagar más impuestos y además que debe evaluarse el propósito del negocio. La Corte Suprema de Justicia de la Nación citó expresamente este precedente en apoyo a una de sus sentencias que el esfuerzo honesto de los contribuyentes para limitar o reducir sus ingresos tributarios al mínimo legal, utilizando formas jurídicas económicamente más convenientes, no son reprobables, si bien la autoridad fiscal puede contrarrestar esta posibilidad mediante el establecimiento de presunciones o procedimientos para neutralizar el efecto buscado por el contribuyente.⁶⁸.

La CSJN en la causa *Atkinsons*⁶⁹ estableció que las leyes tributarias deben ser interpretadas conforme a la realidad de los hechos originándose así la tesis hermenéutica de atender a la *sustancia*, y no a las *formas* jurídicas externas de los actos involucrados, o sea que las construcciones artificiales utilizadas por los contribuyentes no deben prevalecer sobre la realidad que las mismas encubren. Hemos observado que en la causa *U.S. v. Phellis* la Corte americana había prescindido del *nomen iuris* otorgado a una operación por las partes y de la misma forma en *Higgins v. Smith* en la que se decidió que el estado no tiene la obligación de aceptar la forma que el contribuyente elige para conducir sus negocios, por tanto la autoridad tributaria puede indagar sobre el sustrato económico real del negocio.

En la causa *Refinerías de Maíz*⁷⁰, la Corte Suprema se pronunció expresamente sobre la realidad económica, respecto de esta sociedad que era de responsabilidad limitada por lo que dependía de una sociedad extranjera la que poseía la casi totalidad del capital de la empresa argentina. Así se resolvió que no podía ella celebrar un contrato consigo misma y por eso desestimó la pretensión de descontar en el balance impositivo lo pagado por regalías. En el derecho judicial americano, se sentenció que la intención del legislador se cumple si el contribuyente opta por una gama de opciones todas ellas con contenido económico sustancial, conforme lo estableció en la causa *Superior Oil Co. v. Mississippi*.

En los años 70, la Corte Suprema aplicó explícitamente la doctrina de la *penetración* o del *órgano* o del *disregard* a través de los artículos

[actualmente] 1 y 2 de la ley de procedimientos tributarios. Nos referimos a los primeros conocidos casos *Parke Davis*⁷¹, *Mellor Goodwin*⁷² donde afirmó, sin hesitación, que «de lo que se trata es de la necesaria prevalencia de la razón del derecho sobre el ritualismo jurídico formal, sustitutivo de la sustancia que define a la justicia, aprehendiendo la verdad jurídica objetiva, sea esta favorable al fisco o al contribuyente» y “Ford Motor”⁷³.

En la causa *Eurotur*⁷⁴ la Corte Suprema remarcó que la determinación de la verdadera naturaleza del hecho imponible debe hacerse atendiendo a los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente se realicen, persigan o establezcan los contribuyentes.

En la causa *Cafés y Chocolates Aguila y Productos Saint Hnos. SA*⁷⁵ nuestro más Alto Tribunal sentenció que «...es misión del intérprete indagar el verdadero sentido y alcance de la ley, mediante un examen atento y profundo de sus términos, que consulte la realidad del precepto y la voluntad del legislador así como también que, cualquiera sea la índole de la norma, no hay método de interpretación mejor que el que tiene primordialmente en cuenta la finalidad de aquella ...»

En *Fleischman Argentina Inc*⁷⁶ el máximo tribunal de la República sentencia la «necesidad de que el Estado prescriba claramente los gravámenes y exenciones para que los contribuyentes puedan fácilmente ajustar sus conductas respectivas en materia tributaria».

Asimismo, en la causa *Multicambio S.A.*⁷⁷, categóricamente establece la Corte Suprema, en el considerando 8º, que la Constitución Nacional «impide que se exija un tributo en supuestos en que no estén contemplados por la ley» (cfr. considerando 8). Concordantemente, señaló que «el propósito de evitar una posible elusión del tributo, que inspira a su vez, a la decisión apelada, no puede llevar por vía interpretativa a establecer restricciones a los alcances de una exención, que no surgen de los términos de la ley ni pueden considerarse implícitas en ella, pues tal pauta hermenéutica no se ajusta al referido principio de legalidad o reserva».

En la causa *Eves S.A.*⁷⁸, el alto tribunal en el considerando 8º expresa que «cuando el legislador ha considerado pertinente gravar la actividad de intermediación, lo ha señalado expresamente en la ley». Agrega en sus considerandos 10 y 11 que «cualquier extensión analógica, aún por vía reglamentaria, de los supuestos taxativamente previstos en la ley y señalados en el considerando anterior, se exhibe en pugna con el principio constitucional de legalidad del tributo. Al respecto se tiene sentado que no cabe aceptar la analogía en la interpretación de las normas tributarias materiales para extender el derecho o imponer obligaciones más allá de lo previsto por el legislador, habida cuenta de la reiterada doctrina en el sentido de que, atendiendo a la naturaleza de las obligaciones fiscales, rige el principio de reserva o legalidad -arts. 4 y 67 inc. 2, de la Constitución Nacional (Fallos 312:912). Concordantemente con lo expuesto, ninguna carga tributaria puede

ser exigible sin la preexistencia de una disposición legal encuadrada dentro de los preceptos y recaudos constitucionales, esto es válidamente creada por el único poder del Estado investido de tales atribuciones...».

Más recientemente, nuestro más Alto Tribunal ha reconocido el principio de seguridad jurídica, adjudicándole jerarquía constitucional y utilizándolo incluso para limitar la aplicación de la pauta hermenéutica de la realidad económica. Así y entre otros, en la causa, *Autolatina de Argentina S.A.*, expresó en el considerando 20: «Que tampoco resultan atendibles los agravios fundados en las pautas interpretativas consagradas en los arts. 11 y 12 de la ley 11.683 (actualmente 1 y 2 del texto ordenado en 1998). Ello es así pues, sin desconocer la significativa importancia que tiene en esta materia el principio de la realidad económica, su aplicación no puede conducir a desvirtuar lo establecido específicamente por las normas legales que regulan concretamente la relación tributaria. Una conclusión contraria afectaría el principio de reserva o legalidad, supondría paralelamente un serio menoscabo de la seguridad jurídica, valor al que este Tribunal ha reconocido asimismo jerarquía constitucional (Fallos 220:5; 243:465; 251:78; 253:47; 254:62,...) e importaría prescindir de la necesidad de que el Estado prescriba claramente los gravámenes y exenciones para que los contribuyentes puedan fácilmente ajustar sus conductas respectivas en materia tributaria (Fallos 253:332; 315:820 y causa *Multicambio S.A. s/ recurso de apelación*, fallada el 1 de julio de 1993).»

En relación con estos últimos dos precedentes de la Corte Suprema se irradian sobre los mismos una situación próxima a la resuelta en la causa *Commissioner vs. Newman* que señaló que siendo los impuestos exacciones compulsivas y no voluntarias, sería hipócrita exigir un deber moral de contribuir en exceso.

10 CONCLUSIÓN

Pretendemos, en este trabajo, enfatizar que la doctrina del *substance over form*, tiene origen en un sistema legal (anglosajón) de una sensibilidad jurídica diferente al nuestro. Es por ello que, de admitirse su utilización como pauta hermenéutica para nuestro sistema legal, deberíamos: a) privilegiar el abanico de garantías constitucionales nuestro ordenamiento madre acuerda al contribuyente condicionando al Estado, nos referimos al principio de legalidad, generalidad, igualdad y capacidad contributiva los que – de aplicarse sin más estas pautas hermenéuticas foráneas, vigentes en ordenamientos judiciales seguramente más depurados en la aplicación de tales pautas interpretativas. b) Además, deberían también transplantarse – desde el derecho anglosajón - la previsibilidad jurídica, la desaparición del *solve et repete*, y todas las garantías – y obligaciones - que el contribuyente tiene en esas latitudes.

En el Derecho Tributario argentino, las normas de los arts. 1 y 2 de la ley 11.683 encarnan la figura de la sustancia económica o realidad económica

en donde se asienta la aplicación de tales pautas hermenéuticas. Estas son las herramientas con las que el fisco cierra las fisuras que nuestro ordenamiento tiene y que los contribuyentes utilizan. Un ejemplo lo tenemos en el tratamiento fiscal específico para algunas operaciones comerciales como es el caso del *sale & lease back*. Para esta figura fue necesario la sanción de un decreto reglamentario que resolviese a futuro y neutralizase los efectos adversos que se generaban para las arcas del Estado la utilización de esa figura. También en materia de fideicomisos, fue necesario el decreto 780/96 y posteriormente su modificación para dar cierta certeza tributaria a esas operaciones. En estos dos ejemplos podemos observar que las leyes no resolvían el tratamiento fiscal y que, a posteriori de la utilización de esos instrumentos jurídicos, fue necesario cerrar las fisuras tributarias que los mismos tenían. Otro ejemplo que deja abierto espacios en beneficio de la inseguridad jurídico aparece en materia de comercialización de obligaciones negociables con oferta pública de los títulos para la procedencia de la neutralidad tributaria que prevé la ley 23.962, art. 36 bis. Es necesario que el Estado, a través de la autoridad con competencia específica en la materia, defina qué debe entenderse por oferta pública a fin de darle certeza a los operadores jurídicos que deben saber a qué atenerse tributariamente. Estas son deficiencias, fallas del sistema legal que el Estado debe clarificar y no resolverlas con la interpretación económica.

Interpretar en función de la intención histórica del legislador, en torno a la cual gira la idea del propósito del negocio (*business purpose*) y la prevalencia de la sustancia sobre la forma (*substance over form*) es notoriamente una forma que siembra inseguridad y siempre necesitará de pruebas muy firmes para arribar a lo que habría sido la intención del legislador al crear una norma determinada. Ello genera discrecionalidad que podría tender a la arbitrariedad, la que en derecho no se admite.

Como bien afirma Rolim⁷⁹, la equidad restringe la rigidez de un sistema de derecho fundado en el respeto pleno a los precedentes judiciales (*stare decisis*). Precedentes como *Hevelring v Gregory* crean una regla de sustancia sobre forma y de intención negocial que es suficientemente razonable para resolver los casos de creación artificial de una persona jurídica que fue dada de baja apenas luego de la realización de la operación que implicaba una economía de impuesto, pero que no deja –esa regla– de ser dudosa en un sistema como el common law, para no decir que es extraña a juristas de tradición y formación en ese sistema donde impera el precedente.

Esta omnímoda facultad a favor de la autoridad administrativa exhibe una textura a todas luces abierta, autorizando al Fisco a interpretar –desde una perspectiva económica– las operaciones jurídicas, todo lo cual –en principio– produce la sensación de enfrentarse a claras potestades discrecionales de la administración. Esta norma, en otros ordenamientos, no es tan impre-

cisa sino que se autoriza la discrecionalidad interpretativa de la autoridad fiscal pero privilegiando el concepto de “propósito del negocio”. No puede admitirse la interpretación económica extensiva, sin hablar de analogía, sin herir a la garantía constitucional de legalidad⁸⁰. Normas de esta naturaleza siembran inseguridad. Lo único que tiene privilegio en el ordenamiento jurídico es el valor Justicia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría del Discurso y Derechos Humanos*. Luís Villar Borda (trad.). Bogotá: Editorial Universidad del Externado de Colombia, 1995.

ARESPACOHAGA, Joaquin de. *Planificación fiscal internacional*. Marcial Pons: Madrid, 1998.

BALLARD, Richard M. y Davison, Paul E. M. Relato nacional británico sobre *Form and substance in tax law*. Cahiers de Droit Fiscal International. Oslo: Congreso IFA, 2002.

BLACKSTONE. *Commentaries on the Laws of England, a Facsimile of the First Edition of 1765-1769, Volume I Of the Rights of Persons (1765)*. Chicago & London: The University of Chicago Press.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Derecho Tributario: fundamentos jurídicos de la incidencia*. 2ª ed. Serie Biblioteca de Derecho Tributario de la Universidad Austral. Buenos Aires: Abaco, 2004.

CASÁS, José O. *Derechos y garantías constitucionales del contribuyente*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2002.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Apreciação crítica do projeto de lei complementar de iniciativa do Poder Executivo Federal que procura introduzir no Brasil a interpretação económica do Direito Tributário ou, o que dá no mesmo, a chamada norma geral anti-elisiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

DALBERG-ACTON, John Emerich Edward (Lord Acton). *Ensayos sobre la libertad y el poder*. Madrid: Unión Editorial, 1999.

De MITA, Enrico. *La legalita tributaria*. Napoli: Giuffré Editore, 1993.

DICEY. *Introduction to the study of the law of the Constitution*. Liberty Classics, Indianapolis, EEUU.

GARCÍA NOVOA, César. *La cláusula antielusiva en la nueva LGT*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

HOLMES, Oliver Wendell. *La senda del Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1975.

MADISON. *El Federalista*. Cuestión XLVIII, Fondo de Cultura Económica, México.

MARTÍNEZ, Francisco. El criterio económico y la importancia que para el Derecho Fiscal tiene la divergencia en el negocio jurídico entre la intención empírica (intentio facti) y la intención jurídica (intentio iuris). *Derecho Fiscal*, Tomo XX-B.

McKAY, Hugh. Tax avoidance issue. *British Tax Review*, 1998, n. 2. Londres: Sweet & Maxwell, 1998.

MORGAN, Patricia T. *Tax procedure and tax fraud*. Chicago: West Publishing Co., 1990.

_____. *International Tax Avoidance and Evasion, Four related Studies*. Paris: OCDE, 1987.

ROCHA, Valdir de Oliveira. *O planejamento tributário e a lei complementar 104*. São Paulo: Dialética, 2001.

RODRIGUEZ PANIAGUA, José María. *Historia del Pensamiento Jurídico*. T. II, Siglos XIX y XX. 8ª ed. Madrid: Universidad Complutense, 1997.

ROLIM, João Dácio. *Normas Antielisivas Tributárias*. São Paulo: Dialética, 2001.

ROSSO ALBA, Cristian E. La fiscalidad internacional y los problemas de la evasión y elusión en las transacciones internacionales en Argentina, In: *Impuestos sobre el Comercio Internacional*. V. Uckmar, A. C. Altamirano y H. Taveira Torres (coord.). Serie Biblioteca de Derecho Tributario de la Universidad Austral. Buenos Aires: Abaco, 2003.

ROWLAND, Hugh y BAUER, Jill W. The right of a United States taxpayer to avoid taxes. *International Tax Review*, July/August. London: 1990.

SIMÓN ACOSTA, Eugenio. Fraude de ley y bonos austríacos. *Jurisprudencia Tributaria*, Pamplona (España), n. 8, año 2001.

TAWIL, Guido S.. *Administración y Justicia*. T. I. Buenos Aires: Depalma, 1993.

TIPKE, Klaus. *Moral tributaria del Estado y de los Contribuyentes*. P. M. Herrero Molina (trad.). Madrid: Marcial Pons, 2002.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito Tributario e Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

UCKMAR, Víctor. Informe General en el XXXVII Congreso de la IFA - International Fiscal Association. *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. LXVIII a. Oslo: Congreso IFA, 2002.

VIGO, Rodolfo Luis. *De la ley al Derecho*. México: Porrúa, 2003.

VILLEY, Michel. *Compendio de Filosofía del Derecho: definiciones y fines del Derecho*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1979.

XAVIER, Alberto. *Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977

_____. *Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva*. São Paulo: Dialética, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. 3ª ed. Madrid: Trotta, 1999.

ZIMMER, Frederik. General Report on Form and substance in tax law. In: *Form and substance in tax law*. Cahiers de Droit Fiscal International. Oslo: Congreso IFA, 2002.

¹ ARESPAOCHAGA, Joaquín de. *Planificación fiscal internacional*. Marcial Pons: Madrid, 1998, p. 39.

² SIMÓN ACOSTA, Eugenio. Fraude de ley y bonos austríacos. *Jurisprudencia Tributaria*, Pamplona (España), n. 8, año 2001.

³ XAVIER, Alberto. *Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributacao*. San Pablo: Revista dos Tribunais, 1977; *Tipicidade da tributacao, simulacao e norma antielisiva*. San Pablo: Dialética, 2002.

⁴ GARCÍA NOVOA, César. *La cláusula antielusiva en la nueva LGT*. Marcial Pons: Madrid, 2004, p. 98. Agrega el autor que, además del principio de capacidad contributiva como justificante de la lucha contra la elusión, también se cuentan la obligación solidaria del sostenimiento del Estado (principio de solidaridad)

⁵ WILSON, Woodrow, *The study of administration*, 2 *Political Science Quaterly* 218, 219 (1887), citado por TAWIL, Guido S., en *Administración y Justicia*, tomo I, Depalma 1993, p. 11.

⁶ En el realismo jurídico americano despliega sus banderas sobre un estilo de pensar el Derecho con algunas notas comunes: a) la concepción del Derecho como algo en constante movimiento, creado ante todo por los jueces; b) la concepción del Derecho como un medio para la consecución de los fines sociales, c) la concepción de la sociedad como algo que está también en continuo flujo; d) la desconfianza de las normas y de los conceptos tradicionales en cuanto descripciones de lo que de hecho realizan las gentes o los tribunales; e) la desconfianza de que las fórmulas normativas, en su aspecto de precepto o prescripción, sean el factor operativo de más peso en la determinación de las decisiones judiciales; f) la creencia de que vale la pena clasificar los casos y las situaciones legales en categorías más concretas o estrechas de lo habitual. Cfr. RODRIGUEZ PANIAGUA, José María. *Historia del Pensamiento Jurídico*, T. II, Siglos XIX y XX, Universidad Complutense, Octava Edición, Madrid, 1997, p. 591.

⁷ TIPKE, Klaus. *Moral tributaria del Estado y de los Contribuyentes*. Traducción de P. M. HERRERO MOLINA, Marcial Pons, 2002, p. 82

⁸ En los Congresos de la International Fiscal Association se analizó esta problemática, expresamente, en el Congreso de Londres, 1965 en el que se trató sobre “*La interpretación del derecho fiscal, con especial referencia a la forma y la sustancia*”; en el Congreso de Venecia de 1983, cuyo tema central fue la evasión fiscal; analizandose también –aunque tangencialmente– en Rio de Janeiro, 1989, *La ignorancia de la entidad jurídica para los fines fiscales*; en Ginebra 1996, *Aspectos internacionales de la subcapitalización*; en Munich 2000, *Imposición de los instrumentos financieros híbridos en transacciones transfronterizas*; en San Francisco 2001, *Límites sobre el uso de regímenes de baja imposición por empresas multilaterales: medidas actuales y tendencias emergentes*.

⁹ La naturaleza del sistema legal es de tanta trascendencia que ZIMMER, Frederik, relator general del Congreso IFA 2002 remarca al inicio de su relato, textualmente, lo siguiente: “*Una interesante cuestión consiste en determinar si existe alguna diferencia sistemática en el enfoque y las soluciones entre los países de derecho civil y los países de jurisprudencia en lo que respecta a la forma y la sustancia. Por ello se pidió a los ponentes que indicaran si su país pertenece a la familia de derecho civil o de la jurisprudencia o tal vez a ninguna de ellas. Conforme a las respuestas y otra información, los siguientes países pertenecen al grupo de derecho civil: Alemania, Austria, Bélgica, Brasil, Colombia, Corea, España, Finlandia, Francia, Hungría, Italia, Luxemburgo, México, Países Bajos, Finlandia y Uruguay. Probablemente Argentina pertenece también a este grupo. El ponente de Suecia señala que su país puede considerarse probablemente como de derecho civil, y el ponente general opina que esto también se aplica a los otros países nórdicos, esto es, Dinamarca y Noruega (incluso si esa clasificación rara vez se hace en tales países). Incluso si la influencia estadounidense ha sido importante después de la Segunda Guerra*

Mundial, Japón pertenece también al grupo de países de derecho civil. Al grupo de jurisprudencia pertenecen los siguientes países: Australia, Canadá (excepto la provincia de Quebec, en donde el derecho privado es por tradición de derecho civil), Estados Unidos de América, India, Nueva Zelandia y el Reino Unido". Cfr. *General Report on Form and substance in tax law*. IFA Congress, 2002, Oslo, Noruega. Publicado en los Cahiers del evento.

¹⁰ ZIMMER, Frederik. "General Report on Form and substance in tax law" publicado en los Cahiers del evento. sobre "Form and substance in tax law", Cahiers de Droit Fiscal International, Congreso IFA 2002, Oslo, Noruega.

¹¹ ROSSO ALBA, Cristian E. *La fiscalidad internacional y los problemas de la evasión y elusión en las transacciones internacionales en Argentina*, publicado en *Impuestos sobre el Comercio Internacional*, AAVV coordinado por V. UCKMAR, A. C. ALTAMIRANO y H. TAVEIRA TORRES, Abaco, Buenos Aires, Serie Biblioteca de Derecho Tributario de la Universidad Austral, 2003, ps. 910. ROSSO ALBA remarca que esta teoría del *substance over form* es muy fácilmente encastrable en el principio de la realidad económica vigente en Argentina. "Por años la Corte Suprema de Justicia, la Cámara Federal y el Tribunal Fiscal han sostenido pacíficamente que en la determinación del hecho imponible debe atenderse a la sustancia y no a las forma jurídicas externas de los actos involucrados, de modo tal que -como señalan Giuliani Fonrouge y Navarrine- los artificios usados por los contribuyentes no deben prevalecer sobre la realidad que ellos encubren". Op. cit. p. 912.

¹² UCKMAR, Víctor, *Informe General en el XXXVII Congreso de la IFA -International Fiscal Association, Cahiers de Droit Fiscal International*, Vol. LXVIII a, p. 152. Ver también FALSITTA, Gaspare, *Ob. cit.* ps. 189 y siguientes.

¹³ UCKMAR, V. *op cit.*, p. 162.

¹⁴ MORGAN, Patricia T., *Tax procedure and tax fraud*, West Publising Co., 1990, p. 4. Ver también *International Tax Avoidance and Evasion, Four related Studies*, OCDE, París, 1987, p. 16 y ROWLAND, Hugh y BAUER, Jill W., *The right of a United States taxpayer to avoid taxes*, en *International Tax Review*, July/August, 1990, p. 23.

¹⁵ RODRIGUEZ PANIAGUA, José María. *Historia del Pensamiento Jurídico, T. II, Siglos XIX y XX*, Universidad Complutense, Octava Edición, Madrid, 1997, p. 572.

¹⁶ RODRIGUEZ PANIAGUA, José María. *Op. cit.*, T. II, p. 574.

¹⁷ Juez de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, Oliver Wendell HOLMES (1841-1935) es autor, entre otras de la obra *Common Law (1881)* de enorme influencia y traducida al español por F. N. Barrancos y Vedia, Buenos Aires, 1964. Más influyente aún es *The Path of the Law (La senda del Derecho)*, conferencia dictada en la Universidad de Boston, 1987, publicada en español por Abeledo Perrot, 1975.

¹⁸ HOLMES, Oliver Wendell. *La senda del Derecho*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975, p. 16. Expresa que las sentencias, que permanentemente se multiplican por centenas "se congregan las dispersas profecías del pasado sobre los casos del porvenir. Con acierto se las ha llamado oráculos del Derecho...lo que llamamos obligación o deber jurídico no es sino una predicción de que si una persona realiza o deja de realizar ciertos actos deberá sufrir de esta o aquella manera la sanción de un tribunal de justicia, y otro tanto puede decirse de la facultad jurídica o derecho subjetivo"

¹⁹ HOLMES, Oliver Wendell. *Op. cit.*, p. 17.

²⁰ RODRIGUEZ PANIAGUA, José María. *Op. cit.*, p. 577.

²¹ CARDOZO (1870-1938) fue Juez de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica y autor de dos influyentes obras: *The nature of the Jidicial Process*, 1921 y *The Growth of the Law*, 1924. Cfr. RODRIGUEZ PANIAGUA, José María. *Op. cit.*, p. 578.

²² XAVIER, Alberto. *Os principios da legalidade e da tipicidade da tributacao*, San Pablo, 1977; *Tipicidade da Tributacao Simulacao e norma antielisiva*. Dialética, San Pablo, 2002.

²³ VILLEY, Michel. *Compendio de Filosofía del Derecho. Definiciones y fines del Derecho*. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1979, p. 86.

²⁴ VILLEY, Michel. *Op. cit.*, p. 87.

²⁵ Santo TOMÁS DE AQUINO. 2-2 q. 57 a.1.

- ²⁶ TIPKE, Klaus. *Moral tributaria del Estado y de los Contribuyentes*. Traducción de P. M. Herrero Molina, Marcial Pons, 2002, p. 47.
- ²⁷ DE MITA, Enrico. *La legalita tributaria*. Giuffrè Editore, 1993, p. 14.
- ²⁸ TIPKE, K. *Op, cit.* p. 29.
- ²⁹ TIPKE, K. *Op. Cit.* p. 34.
- ³⁰ Cfr. Gustavo ZAGREBELSKY, *El Derecho Dúctil*, Trotta, Madrid 1999, tercera edición, p. 94.
- ³¹ Cfr. Gustavo ZAGREBELSKY, *ob. cit.*, p. 95.
- ³² ALEXY, Robert, *Teoría del Discurso y Derechos Humanos*, Traducción al castellano Luís Villar Borda, Editorial Universidad del Externado de Colombia, página 97, Bogotá 1995.
- ³³ TORRES, Heleno Taveira. *Direito Tributario e Direito Privado*. Revista dos Tribunais, San Pablo, 2003, ps. 107 y 110. Agrega el autor que la autonomía privada no es una autorización estatal en razón de que en los actuales modelos de organización social, el Estado es también un ente creado por la Constitución a la cual se obliga en sentido formal y material. En la Constitución el Estado encuentra justificación para el ejercicio de su poder normativo en el plano interno del país, imponiendo deberes y obligaciones por intermedio de sus tres poderes (ejecutivo, legislativo y judicial) en nombre del interés público que lo legitima y, en el plano exterior, la relación con los demás órdenes soberanos y organismo internacionales (cfr. op. cit. p. 109).
- ³⁴ TORRES, Heleno Taveira. *Op. cit.*, ps. 129.
- ³⁵ Fallos 184:542; 185:36; 186:521; 206:21; 214:269; 251:7.
- ³⁶ Fallos 10:203.
- ³⁷ ZIMMER, Frederik. “General Report on Form and substance in tax law” publicado en los Cahiers del evento. sobre “Form and substance in tax law”, Cahiers de Droit Fiscal International, Congreso IFA 2002, Oslo, Noruega. MARTÍNEZ, Francisco, “El criterio económico y la importancia que para el Derecho Fiscal tiene la divergencia en el negocio jurídico entre la intención empírica (intentio facti) y la intención jurídica (intento iuris)”, artículo publicado en Derecho Fiscal, Tomo XX-B, pp. 849 y ss.
- ³⁸ MARTÍNEZ, Francisco, *El criterio económico y la importancia que para el Derecho Fiscal tiene la divergencia en el negocio jurídico entre la intención empírica (intentio facti) y la intención jurídica (intento iuris)*, artículo publicado en Derecho Fiscal, Tomo XX-B, pp. 849 y ss.
- ³⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Derecho Tributario. Fundamentos jurídicos de la Incidencia*. Abaco, Buenos Aires, Serie Biblioteca de Derecho Tributario de la Universidad Austral, 2a Edición, 2004.
- ⁴⁰ ZIMMER, Frederik. “General Report on Form and substance in tax law” publicado en los Cahiers del evento. sobre “Form and substance in tax law”, Cahiers de Droit Fiscal International, Congreso IFA 2002, Oslo, Noruega. Señala que “Esa tensión puede producirse en particular en la combinación de dos o más transacciones (transacciones por etapas). Si esas transacciones llevan al contribuyente aproximadamente al lugar donde empezó (transacciones circulares por etapas), su sustancia económica puede ser despreciable o nula, por ejemplo, por la venta y la recompra inmediata del mismo objeto. En otros casos existe una sustancia económica (transacciones lineales por etapas), pero distinta a la indicada por la forma legal de la transacción, por ejemplo, la venta a través de un sujeto intermedio. Debe mencionarse que incluso si el contenido económico de una transacción puede considerarse equivalente a otra transacción (por ejemplo, la venta de todas las acciones en lugar de la venta de los activos de la empresa), las transacciones pueden tener diferentes consecuencias legales (derecho privado). En el caso de la venta de todas las acciones en relación con la venta de los activos de la empresa, existe una diferencia en lo que se refiere al sujeto vendedor (accionista o empresa) y en lo que se refiere a la situación creada después de realizar la transacción (si la empresa posee todavía o no los activos)”.
- ⁴¹ «Vignes, Alberto Juan», CNACAF, del 2/4/73, Rev. Derecho Fiscal, p. 683. Ver también «Eurotur SRL s/ recurso de apelación. Impuesto a las ganancias». CSJN, del 4/5/95, E-253.XXII en el cual el Alto Tribunal remarca que la determinación de la verdadera naturaleza del hecho imponible debe hacerse atendiendo a los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente se realicen, persigan o establezcan los contribuyentes. Continúa así la doctrina sentada en Fallos 237:246; 249:256; 251:379; 283:258; y 307:118.
- ⁴² *Helvering v. Gregory*, 69 F. 2d 809, 810 (2nd Cir, 1934), aff'd 293 U.S. 465 (1935). “[A] transaction, otherwise within an exception of the tax law, does not lose its immunity, because it is actuated by a desire to avoid,

or, if one choose, to evade, taxation. Any one may so arrange his affairs that his taxes shall be as low as possible; he is not bound to choose that pattern which will best pay the Treasury; here is not even a patriotic duty to increase one's taxes". Este precedente se proyectó sobre otros en los que la Corte americana no revocó los precedentes que consideraban el derecho del contribuyente a disminuir o evitar sus impuestos por medios lícitos, tales como "United States v. Isham", 17 Wall. 496, 506; "Superior Oil Co. v. Mississippi", 280 U.S. 390, 395, 396 S. 50 S. CT, 169; "Jones v. Helvering", 63 App. D.C. 204, 71 F. (2d) 214, 217.

⁴³ Fallos 241:210.

⁴⁴ "Superior Oil Co. v. Mississippi" 280 U.S. 390, 395, 396 S. 50 S. CT, 169;

⁴⁵ "Higgins v. Smith", 308 US. 473, 477, 84 L. Ed. 406, 60 S. Ct. 355, 1940

⁴⁶ "Knetsch v. United States", 1960, 364, US 361.

⁴⁷ "Bugler v. Johnson", 1969, 394 US 741.

⁴⁸ TARSITANO, Alberto. *Interpretación de la ley tributaria*, en AAVV coordinado por H.A. García Belsunce, Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 561 y s.s.

⁴⁹ «Commissioner vs. Newman», 159 F. 2d 848, 851 (2d Cir. 1947).

⁵⁰ Fallos 241:210.

⁵¹ "U.S. v. Phellis", 257 U.S. 156, 168 (1921). También "Weinert's Est. v. CIR", 294 F. 2d 750, 755 (5th Cir. 1961).

⁵² ZIMMER, Frederik. "General Report on Form and substance in tax law" publicado en los Cahiers del evento. sobre "Form and substance in tax law", Cahiers de Droit Fiscal International, Congreso IFA 2002, Oslo, Noruega.

⁵³ 245 U.S. 418, 425 (1918).

⁵⁴ Ramsay v. IRC, 1982 A.C. 300; 1981 2 WLR 449; 1981 1 All ER, 865, HL. Cfr. comentarios en DAVIES, F. R. *Principles of Tax Law*, Sweet & Maxwell, London, 1996, p. 40 y s.s. MCKAY, Hugh. *Tax avoidance issue*. British Tax Review, 1998, N° 2, p. 81 y s.s. Sweet & Maxwell, Londres, 1998.

⁵⁵ Dijo WILBERFORCE en esta sentencia "A subject is only to be taxed on clear words, not on "intendment" or on the "equity" of an Act. Any taxing Act of Parliament is to be construed in accordance with this principle. What are "clear words" is to be ascertained on normal principles; these do not confine the courts to literal interpretation. There may, indeed should be, considered the context and scheme of the relevant Act as a whole, and its purpose may, indeed should be, regarded..."

⁵⁶ BALLARD, Richard M. y DAVISON, Paul E. M. Relato nacional británico sobre "Form and substance in tax law", Cahiers de Droit Fiscal International, Congreso IFA 2002, Oslo, Noruega.

⁵⁷ BALLARD, Richard M. y DAVISON, Paul E. M. Relato nacional británico sobre "Form and substance in tax law", Cahiers de Droit Fiscal International, Congreso IFA 2002, Oslo, Noruega. La mayoría de los lores legisladores aceptaron la descripción «en consideración de los servicios pasados» como parte de la sustancia legal. Sin embargo, un juez que disintió opinó que la sustancia legal de la transacción no se presentaba sólo en los documentos sino que se trataba más bien de que una parte de los sueldos del empleado se abonaría conforme al convenio. Apoyaba esa opinión refiriéndose a algunas extrañas consecuencias que se producirían si los documentos se aceptaran por su valor facial: el duque estaría cada vez más endeudado respecto a sus empleados y éstos serían plenamente responsables del impuesto sobre los ingresos por toda la cantidad de su derecho al pago. Este ejemplo muestra que a veces debe profundizarse en la relación contractual para hallar la sustancia legal.

⁵⁸ ZIMMER, Frederik. "General Report on Form and substance in tax law" publicado en los Cahiers del evento. sobre "Form and substance in tax law", Cahiers de Droit Fiscal International, Congreso IFA 2002, Oslo, Noruega.

⁵⁹ VIGO, Rodolfo Luis. *De la ley al Derecho*, Porrúa, DF, México, 2003, p. 20.

⁶⁰ Fallos, 317:1282.

⁶¹ Fallos, 318:514.

⁶² Fallos, 319:1840.

⁶³ MADISON. *El Federalista*, Cuestión XLVIII, Fondo de Cultura Económica, México, p. 211.

⁶⁴ BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England, a Facsimile of the First Edition of 1765-1769, Volume I Of the Rights of Persons (1765)*”, The University of Chicago Press, Chicago & London, p. 163, traducción libre).

⁶⁵ DICEY, *Introduction to the study of the law of the Constitution*, Liberty Classics, Indianapolis, EEUU, p. 200.

⁶⁶ CASÁS, José O. *Derechos y garantías constitucionales del contribuyente*. Ad Hoc, Buenos Aires, 2002, p. 575 y s.s.

⁶⁷ DALBERG-ACTON, John Emerich Edward (LORD ACTON) *Ensayos sobre la libertad y el poder*. Unión Editorial, Madrid, 1999, p. 94.

⁶⁸ Fallos 241:210.

⁶⁹ Fallos 257:739, del 24/5/57. En igual sentido cfr. causa “Cobo de Ramos Mejía”, Fallos 251-379.

⁷⁰ Fallos 259:141, “Refinerías de Maíz”, causa del10/7/64.

⁷¹ Fallos 286:97

⁷² LL 152-341 de fecha 18 de octubre de 1973.

⁷³ LL 155-163

⁷⁴ CSJN, del 4/5/95, E-253.XXII. Esta doctrina sigue la sentada en anteriores precedentes registrados en Fallos 237:246; 249:256; 251:379; 283:258; y 307:118.

⁷⁵ CSJN del. 4/3/86

⁷⁶ Derecho Fiscal, XLVII, 171, fallo del 13.6.89, cfr. considerando 7º.

⁷⁷ Impuestos LI-B, 1766, del 1.6.93.

⁷⁸ del 14.10.93, E 35-XXIV,

⁷⁹ ROLIM, João Dácio. *Normas Antielisivas Tributárias*, Dialética, San Pablo, Brasil, 2001, p.173.

⁸⁰ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Apreciação crítica do projeto de lei complementar de iniciativa do Poder Executivo Federal que procura introduzir no Brasil a interpretação económica do Direito Tributário ou, o que dá no mesmo, a chamada norma geral anti-elisiva*. Del Rey, Belo Horizonte, Brasil, 2000, p. 15. Ver también AAVV coordinada por Valdir de OLIVEIRA ROCHA *O planejamento tributário e a lei complementar 104*, Dialética, San Pablo, 2001.

ECONOMIC INTERPRETATION OF TAX LAW. NOTES ON THE INFLUENCE OF COMMON LAW OVER LEGAL SYSTEMS BASED UPON ROMAN LAW

ABSTRACT

This paper examines the issue of the interpretation of tax law rules in Argentine Law, assessing the right of the taxpayer to taxation planning as a policy of management and strategy in business. The theory of economic interpretation in Tax Law is to be examined as related to Argentine Law and compared with the principles of strict legality and economic capacity, as

well as opposed to the duty of the State to fight tax evasion and to uphold the assurances granted to taxpayers. The author highlights the differences between tax evasion and tax elusion, in order to establish their limits. The influence of Common Law can be especially perceived in the “Substance against Procedure”, theory that exists in Argentina. Finally, an analysis is made on the abovementioned theory in Comparative Law.

KEYWORDS: Tax Law. Taxation Planning. Economic Interpretation. Substance. Procedure. Legal transaction. Legality. Juridical Safety. Economic Capacity. Tax Evasion. Tax Elusion. Justice.

L'INTERPRÉTATION ÉCONOMIQUE DE LA NORME FISCALE

RÉSUMÉ

Il s'agit d'un article qui analyse le problème de l'interprétation de la norme fiscale dans l'ordre juridique argentin, en analysant le droit du contribuable à la planification fiscale en tant que politique de gestion et de stratégie d'entreprise. La théorie de l'interprétation économique du droit fiscal est examinée dans le contexte de l'ordre juridique argentine, se confrontant aux principes de la stricte légalité, de la sécurité juridique et de la capacité économique du contribuable, et en s'opposant à l'obligation de l'État à combattre l'évasion fiscale et les garanties du contribuable. C'est remarqué la différence entre élution et évasion pour essayer de tracer les limites des deux. Il s'agit aussi de vérifier l'influence du droit anglo-saxon, notamment de la théorie de la “substance sur la forme”, dans la construction jurisprudentielle argentine. Finalement, il s'agit d'une analyse dans le droit comparé de la théorie de la “substance sur la forme”.

MOTS-CLÉS: Droit fiscal. Planification fiscale. Interprétation économique. Substance. Forme. Objectif commercial. Légalité. Sécurité juridique. Capacité économique. Évasion. Elusion. Justice.